

Sobre la autoridad y la interpretación de las constituciones: Algunas consideraciones preliminares¹

Joseph Raz

Catedrático de Filosofía del Derecho
del «Balliol College» de Oxford

SUMARIO: I. ¿QUÉ TIPO DE CONSTITUCIÓN?—PARTE I: LA AUTORIDAD DE LAS CONSTITUCIONES.—II. LA AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LA AUTORIDAD DE SUS AUTORES: 1. *La naturaleza de la autoridad de los creadores de la constitución originaria.* 2. *El argumento de la regla de reconocimiento.* 3. *El argumento del consentimiento.* 4. *La mano muerta del pasado.*—III. PRINCIPIOS Y PRÁCTICA EN MATERIA DE JUSTIFICACIÓN: 1. *Dificultades concernientes a los hechos y a las normas.* 2. *La legitimidad a través de la práctica.* 3. *Estabilidad y continuidad.*—PARTE II. INTERPRETANDO LAS CONSTITUCIONES.—IV. INTERPRETANDO LA CONSTITUCIÓN: SOBRE LA NATURALEZA DE LAS DOCTRINAS INTERPRETATIVAS.—V. FIDELIDAD E INNOVACIÓN.—VI. CONSIDERACIONES SOBRE EL MÉRITO MORAL DE LA CONSTITUCIÓN Y SOBRE SU PAPEL INSTITUCIONAL.—VII. CONSIDERACIONES MORALES Y LEGALES: DONDE LA LEY ES AUTÓNOMA.—VIII. RECAPITULACIÓN: ¿PERO, ES LA MISMA CONSTITUCIÓN?

I. ¿QUÉ TIPO DE CONSTITUCIÓN?

Los escritos sobre teoría constitucional llenan las bibliotecas. A menudo se presentan, y casi invariablemente son, escritos sobre la práctica constitucional de uno u otro país. Si presentan un análisis de las prácticas del momento y sugerencias para su mejora, son válidos, por lo menos,

¹ Traducido por María José FALCÓN Y TELLA, del original inglés: «On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries».

frente al transfondo de pronunciamientos políticos y constitucionales de un país, válidos para la interpretación de ese país. Pocos escritos sobre interpretación constitucional abordan con éxito los problemas en su completa generalidad; es decir, que pocos ofrecen lecciones útiles sobre la naturaleza de la interpretación constitucional como tal. Esto se explica en parte por la ambición de los que escriben sobre interpretación. Pretendan o no que sus escritos sean un reflejo de la situación actual de las prácticas interpretativas de sus países, casi invariablemente tratan de señalar cómo debe hacerse la interpretación constitucional, cual es el método correcto de la misma. También intentan presentar sus conclusiones de un modo que sea útil a los abogados y a los jueces, y por tanto en una forma que se presta a formulaciones muy abstractas, que presuponen demasiadas cosas sobre la interpretación y la aplicación. Aspiran a contribuir a la solución de problemas constitucionales importantes de cara a sus países y esa aspiración limita la relevancia de sus conclusiones a una jurisdicción o a unas pocas similares.

Pero posiblemente no son las aspiraciones subyacentes las que limitan la validez de mucha de la literatura sobre la interpretación constitucional. Quizás no haya lugar para una teoría universal sobre el tema. Después de todo, el Derecho, incluido el Derecho constitucional, puede variar de un país a otro, también de un período a otro dentro de un mismo país. Incluso los enunciados más básicos de la constitución y su papel en la vida y en el Derecho de un país pueden ser diferentes en los diferentes países. ¿Cómo puede entonces existir una teoría de la interpretación constitucional que abarque todas estas diferencias?

Hasta cierto punto todas estas dudas resultan fundadas. Existen poderosas razones para que la teoría sustantiva de la constitución y del constitucionalismo tenga una aplicación limitada. Su aplicación se limita a determinados países y constituciones. Una de las razones es que la noción de «constitución» se usa en el discurso legal a veces en sentido estrecho y a veces en una variedad de sentidos aún más estrechos. Porque, en ese sentido la constitución

es simplemente la ley que establece y regula los principales órganos de gobierno, su constitución y poderes, e «ipso facto» incluye el Derecho que establece los principios generales bajo los que se gobierna el país: la democracia, si crea órganos de gobierno democráticos; el federalismo, si configura una estructura federal; y así sucesivamente.

El sentido estrecho de «constitución» resulta menos claro, y probablemente existan montones de tales sentidos en la práctica de las diferentes culturas jurídicas. Para los propósitos de la presente discusión me referiré a las constituciones como definidas por la combinación de cinco rasgos.

Primero, incorporando el sentido estrecho, la constitución define la composición y poderes de los principales órganos de los diferentes sectores del gobierno. (Esta nota distintiva identifica la constitución como «constitutiva» de la estructura legal y política en que se articula ese sistema legal).

Segundo, es, y está concebida para ser, de larga duración: Está pensada para servir como un marco estable para las instituciones jurídicas y políticas del país, para ser reajustada y enmendada de vez en cuando, pero básicamente para preservar la estabilidad y continuidad en la estructura jurídica y política, y los principios básicos que guían sus instituciones. (La constitución es «estable», al menos como aspiración).

Tercero, tiene una formulación articulada. Esto implica normalmente que se contiene en uno o en un pequeño número de documentos escritos. A éstos se denomina constitución. (La constitución —diríamos refiriéndonos a este rasgo— es «escrita»).

Cuarto, constituye una ley superior. Esto implica que la ley ordinaria que entra en conflicto con la constitución es inválida o inaplicable. (La constitución es una «ley superior»).

Quinto, hay procedimientos judiciales para hacer efectiva la superioridad de la constitución, es decir, mecanismos judiciales por los cuales la compatibilidad de las reglas jurídicas y de otros actos jurídicos con ella puede ser com-

probada, y las reglas o actos jurídicos incompatibles, declarados inaplicables o inválidos. (La constitución es «justiciable»).

Sexto, aunque hay procedimientos legales para la enmienda constitucional, dicha enmienda es más difícil de ser llevada a cabo que en la legislación ordinaria. (La Constitución está «protegida»).

Séptimo, sus disposiciones incluyen principios de gobierno (democracia, federalismo, derechos civiles y políticos fundamentales, etc.) que se considera generalmente que expresan la concepción común de la población sobre el modo en que la sociedad debería ser gobernada. Podría decirse que sirve no sólo como la ley de los abogados, sino como la ley del pueblo. Sus principales contenidos son conocidos por la generalidad, ordenan un consentimiento general, y se consideran como la (o parte de la) común ideología que gobierna la vida pública en ese país. (La constitución expresa una «ideología común»).

Esta caracterización de la constitución (en sentido estrecho) implica un concepto vago. Cada uno de los siete criterios es vago en su aplicación. Para poner un ejemplo: ¿Es una condición de un país el tener una constitución escrita (condición 3) y no puede haber una parte de la constitución «no escrita» —por ejemplo, una parte que sea Derecho consuetudinario? ¿Y si la condición de constitución-escrita es compatible con el hecho de que parte de la constitución no sea escrita, se sigue de lo dicho que Gran Bretaña tiene una constitución escrita? Recuérdese que aunque parte de su constitución (en este sentido estrecho) es consuetudinaria o «common law», otra parte de ella (así el «Bill of Rights» de 1689, la «Act of Union» entre Inglaterra y Escocia de 1706, la «European Communities Act» de 1971) es Derecho escrito. Sabemos que en lo relevante Gran Bretaña no tiene una constitución escrita. Pero eso no se desprende claramente de la caracterización dada, que es vaga en este punto.

Pero entonces la caracterización no es dada para delinear fronteras, sino para enfocar el debate. Su propósito es resaltar los rasgos centrales de las constituciones —en

(un) sentido estrecho—, rasgos que explican por qué (algunas) constituciones (así las constituciones en este sentido estrecho) dan lugar a cuestiones teóricas que no son aplicables, al menos no en el mismo grado, a otro Derecho. Este ensayo tomará en consideración algunas cuestiones relativas a las constituciones en este sentido. Algunas de las cuestiones, incluso algunas de las respuestas, son aplicables a constituciones en las que concurren sólo algunas de las condiciones especificadas, o concurren sólo en cierto grado. Algunas incluso son aplicables al Derecho común (no constitucional) también. Pero es útil discutir las en el contexto constitucional, y no consideraremos en qué medida los problemas o sus soluciones son aplicables en otros campos.

Resultaría poco importante investigar en términos generales las constituciones estrechas de donde quiera que sean si no juegan un papel importante en la vida de más países. Sin duda, no todos los países tienen una constitución en este sentido. Gran Bretaña hoy en día y el Imperio romano antiguamente no son sino dos ejemplos de países que la tuvieron y no. La ausencia de una constitución (en sentido fuerte) puede deberse a varios factores. Uno es que el país disfruta de un nivel de consenso que hace la constitución innecesaria. Ese consenso significa que cada uno conoce y acepta el marco de los poderes gubernamentales. Éstos son, si se quiere, objeto de acuerdo conocido, sin ningún mecanismo para su cumplimiento. Un consenso de este tipo puede existir en un pequeño país con una población relativamente homogénea y estable, que disfruta de una relativa igualdad de «status» y de una economía estable. Pero puede incluso existir en un país grande con una población diferente, marcada por una considerable estratificación social y económica, si se basa en una cultura de diferencia y disfruta de condiciones sociales, demográficas y económicas estables.

Las constituciones en sentido fuerte tienden a existir en sociedades que gozan de una estabilidad relativa sobre la diversidad y el cambio. Tales sociedades deben tener estabilidad y un sentido de la identidad común suficiente

para asegurar la permanencia y estabilidad de la propia constitución. Pero, siendo sociedades a gran escala, con muchas divisiones por razón de, por ejemplo, religión, clase, u origen étnico, necesitan la garantía de un gobierno públicamente conocido, guiado por principios abiertamente administrados, para fortalecer la estabilidad de las estructuras políticas y la autoridad de las instituciones jurídicas. Una sugerencia tentadora es considerar que el modo de construir una teoría de la autoridad y la interpretación propia de la constitución (estrecha) es explorar, más allá, las condiciones sociales, culturales y económicas que la justifican. Seguramente ello nos dará las claves para entender la naturaleza o función de la constitución y de su autoridad e interpretación. Pero esta sugerencia va desencaminada. Sin duda tal indagación será muy apreciable. Sin embargo, no conducirá a los resultados buscados. Implica que el Derecho, el Derecho constitucional por lo menos, se desarrolla exclusivamente en respuesta a los aspectos relativamente estables de las condiciones sociales del país al que se aplica. Como sabemos, esto es un punto de vista sobre el desenvolvimiento del Derecho demasiado racionalista. En gran medida depende de las ambiciones de los personajes poderosos, de la conveniencia política del momento. Las fluctuantes corrientes públicas e incluso los giros económicos del momento pueden conducir a cambios que permanecen de hecho muchos años después de olvidadas las condiciones que condujeron a ellos.

Las cosas no son en absoluto distintas respecto a las constituciones. La creencia de que su «status superior» y su propensión a la longevidad las hace conformes sólo a las condiciones sociales fundamentales y duraderas es errónea. En 1995, por poner un ejemplo, influyentes voces del Partido Laborista inglés quisieron poner el tema de la reforma de la constitución en el centro de su debate, porque la situación económica del país parecía estar mejorando y ello podría favorecer al gobierno conservador en las siguientes elecciones. Igualmente puede argumentarse que los Tribunales en Inglaterra no habrían sido tan activos desde finales de los ochenta hasta mediados de los no-

venta en el desarrollo de nuevas doctrinas de Derecho público, conducentes a una serie de humillantes fracasos para el gobierno, si no fuera por el hecho de que los conservadores habían estado en el gobierno diecisiete años, encontrando una muy débil oposición parlamentaria. La política constitucional puede que no sea lo mismo que la política parlamentaria, pero tampoco se trata de cosas totalmente separadas. Ejemplos similares pueden encontrarse en la historia de otros países, incluidos aquellos con una constitución en sentido fuerte. Sin embargo, en nuestro mundo, superpoblado de contratos, la elaboración de constituciones y su desarrollo tiene a menudo más que ver con la moda que con los principios. Ciertas maneras de entender la constitución están de moda, quizás debido al prestigio del país que las promovió. Resulta políticamente correcto seguir la moda. Este factor influye más de lo que estaríamos a menudo dispuestos a reconocer.

Puede objetarse que ninguno de estos hechos es relevante para la teoría constitucional, que es una teoría normativa y por tanto no influida por meras contingencias. En cierto modo, a investigar, la teoría constitucional es normativa. Pero esto no significa que sea o deba ser ciega a las realidades básicas de la vida. Que la elaboración y evolución de las constituciones esté afectada por una variedad de factores a corto plazo no es una mera aberración en la vida de este o aquel país. Es una nota universal de la vida política de todos los países con constitución. La teoría constitucional haría mejor en admitirlo. Una teoría que condena todas esas influencias como aberraciones a evitar está demasiado alejada de la realidad para resultar de alguna utilidad.

Volveremos sobre este punto y lo desarrollaremos más adelante. Aunque el desarrollo principal tendrá que esperar a una discusión más detallada sobre la normatividad de la teoría constitucional, podemos comenzar aquí haciendo una observación relevante: en gran medida el desarrollo legal (incluido el desarrollo constitucional) es autónomo. Esto significa que sus tradiciones cristalizan en prácticas que son seguidas en las decisiones que desarro-

llan el Derecho constitucional. Esas tradiciones pueden estar presididas por consideraciones válidas, tales como la eficiencia del gobierno, la dignidad individual, o la autonomía relativa de las diferentes regiones. Pero lo importante es que esas consideraciones no determinen el resultado de las decisiones sobre las que influyen. Esas consideraciones serán respetadas por varias decisiones constitucionales. La decisión tomada es elegida más allá del hábito o del respeto de las prácticas constitucionales y tradiciones de ese país.

Si esto es así, y si las tradiciones jurídicas autónomas de los distintos países juegan un papel importante en la determinación del desenvolvimiento constitucional, entonces la teoría constitucional no puede basarse en factores sociales, económicos o culturales. No puede derivar de circunstancias extrañas. Debe otorgarse un papel mayor a consideraciones jurídicas internas. Por eso las reflexiones de teoría constitucional ofrecidas aquí proceden de un examen de los rasgos centrales de la constitución, los siete enumerados antes, y algunas de sus implicaciones. La teoría deja al margen el posible impacto de las condiciones sociales, porque asumimos que éstas difieren de un país a otro. Espero, sin embargo, que una teoría de la constitución dote del marco teórico en el que pueda fijarse el efecto de las diversas condiciones sociales.

Nosotros creemos que gran parte de lo que necesita decirse sobre la naturaleza de las constituciones ya se ha dicho. Ello no significa, desde luego, que la cuestión esté relativamente clara y asentada. El problema radica no tanto en que la verdad sea esquivada u oscura y que nadie la haya vislumbrado, como en la existencia de una gran variedad de equívocas analogías que han dado lugar a algunas ideas desencaminadas. Dedicaré gran parte de este ensayo a tratar de explicar por qué no debemos escuchar a algunas falsas sirenas.

Podemos empezar reflexionando sobre un principio que parece ser convicción común de gran número de enfoques de los estudios constitucionales: La teoría constitucional comprende dos partes principales, una sobre la autoridad

de las constituciones, y la otra sobre la manera en que las constituciones deberían interpretarse. La primera explica bajo qué condiciones la constitución de un país es legítima, determinando las condiciones bajo las cuales los ciudadanos deben obedecerla. Al hacerlo se informa sobre los principios de la moralidad política que subyacen bajo la constitución justificando y legitimando su exigencia de cumplimiento, si es justificada. La teoría de la interpretación constitucional explica el modo de determinar los principios de la interpretación constitucional en los diversos países. Un principio de teoría constitucional que demanda reconocimiento general dice que los principios de la interpretación constitucional dependen en parte de la teoría de la autoridad constitucional. Al determinar las condiciones de legitimidad constitucional, la teoría de la autoridad de la constitución contribuye a la determinación de los principios de su interpretación. Lamentablemente, este renombrado principio es también fuente de muchas falsas analogías, motivadas por los intentos de asimilar la autoridad de la constitución a la situación en otras ramas del Derecho.

PARTE I:

LA AUTORIDAD DE LAS CONSTITUCIONES

II. LA AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LA AUTORIDAD DE SUS AUTORES

Resulta tentador pensar que la autoridad del Derecho, de cualquier Derecho, deriva de la autoridad de su autor. El Derecho consuetudinario es una excepción. Pero tomemos en consideración el Derecho dictado —es decir, el Derecho cuya validez deriva del hecho de que ha sido dado por una autoridad legal con intención normativa. El ejemplo paradigmático de este tipo de Derecho es la ley —Derecho estatutario—. La misma es válida porque es creada por un cuerpo autorizado para crearla. Si, por ejemplo, se impugna la validez legal de una regulación en base a que

el cuerpo que la dictó no tenía competencia para ello, ese cargo no puede ser rechazado alegando, aunque sea verdad, que la regla en cuestión es, sin embargo, jurídicamente vinculante porque es una regla buena, digna de ser seguida. Esto no implica que el valor de las reglas sea irrelevante para el razonamiento jurídico. En un contexto adecuado tales consideraciones pueden guiar la interpretación de una ley o regulación cuya validez legal se base en otros fundamentos. En algunos contextos, el mérito de tener una regla de un cierto tipo puede justificar asimismo que los Tribunales la apliquen y basen sus decisiones en ella, incluso si ello supone ignorar otras reglas legales existentes. El valor de una norma puede también fundar que se le otorgue fuerza vinculante, bien a través de los Tribunales, convirtiéndola en un precedente vinculante, bien a través de la legislación. Pero el mérito o valor de una norma no es el tipo de consideración que puede determinar por sí solo que sea legalmente obligatoria.

Reseño este extremo conocido para destacar el hecho, en sí obvio, de que la identidad del legislador es esencial para la validez del Derecho, al menos en el caso del Derecho legal. Es plausible pensar que sólo si la identidad del creador del Derecho es la razón de su validez puede darse sentido a este rasgo en el Derecho legal. El hecho de que la ley fue creada por esa persona o institución otorga, desde este punto de vista, la justificación (al menos un nivel de justificación) para considerar el Derecho emanado como legalmente válido. Es decir que con el Derecho promulgado, la autoridad de la ley deriva de la autoridad del que la creó.

Éste es un argumento importante para considerar que la autoridad de las constituciones deriva de la autoridad del órgano que las elaboró. La razón no es que no haya otro camino por el que el Derecho pueda tener autoridad. El Derecho consuetudinario nos muestra que hay otras vías por las cuales el Derecho puede gozar de autoridad. Tampoco queremos decir que todo lo que fue creado con la intención de crear Derecho, si es legalmente válido, obtiene autoridad de la autoridad de su autor. Tampoco es eso.

En Gran Bretaña, por poner sólo un ejemplo, una regulación puede ser «ultra vires», pues aunque el cuerpo que la adoptó no fuese competente para regular sobre esa materia la regla es, sin embargo, válida pues se trata de una regla de «common law» muy duradera. La clave reside en otro extremo: A menos que la autoridad de la constitución derive de la autoridad del que la creó, no hay explicación para el hecho de que es relevante que la misma fuese creada por un cuerpo legal y no por otro. Y seguramente es totalmente determinante que la constitución fuese elaborada por quienes la elaboraron y no por otros. Es decir, que es válida porque fue así elaborada. ¿Acaso no se sigue de aquí, de la fuerza intrínseca del argumento mencionado, que su autoridad deriva de la autoridad de quienes la crearon?

Y ocurre que la respuesta abreviada es ambas cosas, un sí y un no. Para explicar esta dualidad es preciso una respuesta más larga. Pero en principio debemos disponer de una respuesta falsa a la espera. Su interés no radica tanto en ella misma como en el hecho de que nos enfrenta con un aspecto de la perenne cuestión de la relación entre el Derecho y la Moral. Podría alegarse que la autoridad de las constituciones no puede derivar de la de sus creadores pues éstos, en el momento del nacimiento de los Estados no tendrían autoridad en sí mismos. Toda autoridad deriva de la constitución, que ellos hicieron sin la autoridad previa para poder hacerla.

1. *La naturaleza de la autoridad de los creadores de la Constitución originaria*

Para ser tomado en serio, este argumento debe limitarse a unas pocas constituciones que pueden llamarse constituciones «originarias». Muchas constituciones no lo son. Son hechas por autoridades legales legitimadas como una parte de un proceso de reforma legal. Incluso las constituciones que se sitúan en el nacimiento de un nuevo país independiente son a menudo hechas basándose en la autori-

dad legal conferida a sus creadores por el ordenamiento jurídico previo en vigor en esos países, frecuentemente un régimen colonial. Éste fue el modo en que la mayor parte de los países de la «Commonwealth» británica adquirieron su independencia. ¿Pero acaso no es convincente el argumento respecto a aquellas constituciones a las que es aplicable? No, no lo es.

Dicho argumento asume que sólo aquellos a los que se ha conferido la autoridad por una norma preexistente tienen autoridad legítima. Pero no es, no puede ser, así. La autoridad legal es en sí misma una forma de autoridad moral². Este dato se pierde de vista a veces, porque las estructuras legales transmiten la autoridad para crear Derecho de un cuerpo a otro. Estamos familiarizados con el hecho de que el Derecho es una estructura de autoridad, en la que cada autoridad legal deriva su poder de leyes hechas por otras. La autoridad de una descansa en la autoridad de las otras. Raramente se apela a razones morales para justificar una demanda de autoridad legal. Ello nos permite hablar de la autoridad legal con una apariencia de discurso legal, técnico, autónomo. En cierto modo es así. Si la constitución y las otras normas que establecen autoridades legales están moralmente justificadas, también lo están las autoridades por ellas creadas y las leyes dictadas por esas autoridades son moralmente obligatorias. Esto implica que una vez que se establece la justificación moral de esas últimas normas jurídicas —por ejemplo, aquellas cuya validez legal no presupone la de ninguna otra norma—, la justificación moral del resto del Derecho se establece en este punto a través de la argumentación jurídica. (Esto es así sólo hasta cierto punto porque, como apuntamos, la interpretación del Derecho puede entrañar otras consideraciones morales o suprale-gales). Como la mayor parte de las veces los argumentos

² Ver, para una discusión más detallada, Joseph RAZ: *The Morality of Freedom*. (Oxford: Oxford University Press, 1986), Parte 1, y Joseph RAZ: *Ethics in the Public Domain*, ed. rev. (Oxford: Oxford University Press, 1995), Ensayos 9 y 10.

jurídicos se dirigen a los funcionarios legales que aceptan la validez moral de las normas últimas y la mayor parte de los argumentos jurídicos explican (a los clientes o abogados o a cualquier individuo) cual es la posición del Derecho —en el supuesto de que sea moralmente legítimo— en relación con un asunto u otro, la mayoría de los argumentos jurídicos son técnicamente legales.

Nada de esto niega el hecho de que el Derecho pretende ser moralmente obligatorio y de que en conjunto sólo la gente que acepta esta pretensión, la gente que acepta al menos que está permitido moralmente aplicar el Derecho (exigir el pago de impuestos, determinar los derechos de propiedad, o los derechos en y al trabajo, a meter en prisión, etc.) obedece a las autoridades que hacen y aplican el Derecho. Una teoría del Derecho es, por eso y entre otras cosas, una teoría de las condiciones, si existen, bajo las cuales el Derecho es moralmente legítimo y de las consecuencias que se derivan de que sea moralmente legítimo. Esa es también la naturaleza de nuestra investigación sobre la autoridad de la constitución. Si la constitución no es una constitución originaria, si ha sido hecha por un cuerpo al que otra ley (quizás una constitución precedente) otorgó poder constituyente, entonces será moralmente legítima si la ley que la autorizó es moralmente legítima. Pero si se trata de una constitución originaria, entonces la cuestión de su legitimidad moral no puede hacerse depender de la legitimidad de ninguna otra ley. Debe depender directamente de un argumento moral.

De ahí que el argumento de que una constitución originaria no puede derivar su autoridad de la autoridad de sus autores, porque no tenían tal autoridad, es nulo. Es verdad que los autores de la constitución no tuvieron una autoridad otorgada por otras normas. Pero ello no implica que no tengan autoridad, ni que la autoridad de la constitución no pueda descansar en su autoridad. Pueden tener una autoridad moral y esa puede ser la causa de la autoridad de la constitución.

Podría responderse que, de ser verdad mis observaciones, olvidan el punto del argumento para refutar el cual

fueron creadas. Ese argumento, puede decirse, versa sobre la autoridad «legal» de las constituciones originarias, no sobre la autoridad moral. En cierto sentido es verdad que sus constructores no tuvieron autoridad legal. (Es engañoso decirlo así, pero ahora no nos detendremos en consideraciones técnicas)³. El punto crucial es que nuestro interés en la autoridad legal descansa en la manera en que la misma establece la autoridad moral del Derecho o de parte del mismo. Estamos interesados en la autoridad del Derecho, si la hay, para establecer si tenemos obligación de respetarlo y obedecerlo⁴. Es más, los fundamentos de la autoridad del Derecho ayudan a determinar cómo debe ser interpretado. Los jueces, quizás más que ningún otro agente social, siguen el Derecho porque creen que están moralmente obligados a hacerlo. No hay ningún otro modo en que puedan justificar⁵ el encarcelar a la gente, inmiscuirse en sus propiedades, trabajos, familia, relaciones, y demás decisiones que son el pan nuestro de cada día en la tarea judicial.

Es digno de ser repetido que esto no implica que no sea posible ningún razonamiento jurídico con miras más puntuales sobre si es posible que una institución reúna los requisitos necesarios para tener autoridad. Mi opinión al respecto es que tal indagación es de interés porque se inserta dentro de la indagación más general sobre la legitimidad moral del poder de las instituciones. No pretendo que en cualquier cadena de razonamiento sobre la autoridad legal haya un estadio en el que las consideraciones morales sobre la legitimidad se opongan directa o explícita-

³ Yo discutí algunas de ellas en *The Concept of a Legal System*, 2ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 1980), 29-32.

⁴ La cuestión de la autoridad del Derecho no abarca por completo el tema de la obligación política, pero sí en su mayor parte.

⁵ Posiblemente, algunos desempeñan el cargo judicial por razones de ventaja personal aunque creen que es moralmente malo para ellos hacerlo. En algunos regímenes opresores podemos imaginarnos jueces y otros cargos judiciales que realizan inmoralidades por miedo de la propia vida o la de sus familias. En tales circunstancias puede ser moralmente excusable actuar como lo hacen. Pero esas son las excepciones y no tomaré en consideración esos casos en esta discusión.

tamente. Muy a menudo se consideran garantizadas. Y por supuesto no pretendo que cuando se alcanzan las condiciones jurídicas de la legitimidad se alcancen las condiciones morales.

2. *El argumento de la regla de reconocimiento*

Éste podría ser un lugar adecuado para aclarar el camino de otro argumento extraviado a favor de la independencia de la autoridad de la constitución respecto de la de sus autores. Algunos teóricos que siguen ampliamente la teoría jurídica de H.L.A. Hart piensan que la constitución de un país es su regla de reconocimiento, en el sentido en que este término es usado por Hart⁶. Puesto que la regla de reconocimiento existe como una práctica de los funcionarios jurídicos, es una regla viva, una regla que se «apoya en actitudes y conductas actuales», y no en lo que ocurrió en el momento en que comenzó a existir. Así, puesto que la constitución es la regla de reconocimiento, la autoridad de la constitución deriva de la práctica actual de los funcionarios y no de la autoridad de sus creadores.

Este argumento es claramente refutable. Por un lado, sus conclusiones pueden ser vueltas del revés y usadas como un argumento para rechazar su premisa central: si la constitución es la regla de reconocimiento, entonces su autoridad no deriva de la autoridad de sus autores; si su autoridad derivase de la autoridad de sus autores, se seguiría que la constitución no es la regla de reconocimiento. No hay razón alguna para preferir ese argumento a su contrario. Esto hace aflorar una dificultad. Afortunadamente hay muchas razones al margen que establecen que las constituciones no son las reglas de reconocimiento de sus países. Ninguna constitución puede serlo, si ese término es comprendido en el sentido estrecho aquí empleado. Por ejemplo, la mayoría de las constituciones pueden ser

⁶ Ver H. L. A. HART: *The Concept of Law*, ed. rev. (Oxford: Oxford University Press, 1961, ed. rev. 1994).

objeto de enmiendas o incluso derogadas y sustituidas por otras de acuerdo con los procedimientos en ellas mismas previstos. Esto significa que pueden ser enmendadas o derogadas por un acto formal. La regla de reconocimiento no puede serlo. La misma sólo puede cambiar en la medida en que la práctica en que consiste cambie. El Derecho consuetudinario puede ser derogado y reemplazado por la ley. No hay nada en la naturaleza de la costumbre que impida que sea modificada por la ley. Pero, una vez que esto ocurre, el Derecho en cuestión no es ya Derecho consuetudinario, sino legal. Por el contrario, la regla de reconocimiento no puede originar Derecho legal. Es, y siempre será, consuetudinaria.

No sólo es un error identificar las constituciones con reglas de reconocimiento, sino que las reglas de reconocimiento no juegan el papel legitimador que juega la constitución⁷. La regla de reconocimiento es diferente del resto del Derecho. Es la práctica —es decir, el hecho— de que los Tribunales y otras instituciones jurídicas reconocen la validez, la legitimidad del Derecho y de que están dispuestos a seguirlo y a aplicarlo a los demás. Como tal es diferente de otras reglas jurídicas, incluso de otras reglas jurídicas consuetudinarias. Es en este punto —en tal punto— en el que —metafóricamente hablando— el Derecho termina y la Moral comienza. Éste es el hecho que nos permite separar los hechos jurídicos de los morales. Si la regla de reconocimiento existe —es decir, si la práctica adecuada de reconocimiento es seguida por los tribunales— entonces el Derecho existe. Pero sólo si se conduce a sí mismo de un modo correcto el Derecho es legítimo y vinculante, moralmente hablando.

Dicho en otros términos: Es porque se puede identificar el hecho social del reconocimiento judicial del Derecho por los tribunales, por lo que podemos establecer que existe un Derecho en cierto país y establecer su contenido, inclu-

⁷ Los puntos de vista expresados en este párrafo y en el siguiente son una variante de la interpretación de Hart de la regla de reconocimiento explicada en la parte final de la edición revisada de *The Concept of Law*.

so si se trata de un sistema de normas ilegítimas y malas. La regla de reconocimiento, al ser un hecho social, nos permite identificar el Derecho sin recurrir a la moralidad. Pero eso es (en suma) todo lo que la misma hace. No puede ser considerada una norma convencional —es decir, que no podemos asumir como una verdad necesaria que cuando un juez sigue la práctica de, digamos, aplicar leyes consideradas vinculantes por la Reina en el Parlamento, hace eso porque todos los tribunales lo hacen, o porque todos ellos se consideran a sí mismo obligados a hacerlo (aunque no lo hagan). Puede hacerlo porque las leyes del Parlamento tienen legitimidad democrática o por alguna otra razón. La regla de reconocimiento constituye una práctica normativa, pero no una práctica convencional.

3. *El argumento del consentimiento*

Hay quienes piensan que el único modo en que algunas personas pueden ejercer autoridad sobre otras es a través del consentimiento de esas otras⁸. Si la constitución es la fuente de la autoridad jurídica en el Estado, su propia autoridad debe derivar del consentimiento de los gobernados. Si el consentimiento es la fuente de toda autoridad, entonces ese consentimiento debe ser el consentimiento de los habitantes, el consentimiento de aquellos sujetos al Derecho de determinada época. Para los que consideran que el consentimiento es la fuente de la autoridad es intolerable la suposición de que la generación presente esté sujeta a la ley porque disfruta del consentimiento de la población que vivió hace doscientos años. Así, aunque la constitución fuera adoptada por un referéndum, es válida no debido al procedimiento por el que fue adoptada, sino porque solicita el consentimiento del público, tal como éste se manifiesta, de tiempo en tiempo.

⁸ Otras variantes del argumento lo relacionan con la democracia más que con el consentimiento. Las consideraciones adelantadas contra la versión considerada en el texto tienen que ser adaptadas para ser aplicables a otras variantes del argumento.

Algunas variantes de este argumento lo modifican para evitar dos objeciones: Primero está el hecho de que algunos pueden rehusar prestar su consentimiento por capricho, de un modo totalmente arbitrario o irracional. Cuando esto ocurre, aquellos que rechazan prestar su consentimiento no estarán sujetos al Derecho del Estado. Éstos pueden romper la ley impunemente. Parece poco plausible que sea tan fácil escapar a la autoridad del Derecho, que la gente pueda evadir la autoridad a placer. Segundo, a mucha gente no se les requiere nunca para prestar su consentimiento a la constitución. Muchos pueden no haber consentido porque nunca supieron que debían hacerlo. Una vez más parece poco plausible considerarles por ello exentos de la autoridad del Derecho. Ambas objeciones pueden ser superadas si se estipula que el consentimiento que da lugar a la autoridad de la constitución no es necesariamente el consentimiento expreso de los gobernados. Mas bien, al menos en relación con aquellos que no lo prestaron, sería el hecho de que habrían consentido —si fueran gente razonable y racional (aunque no necesariamente gente moralmente ejemplar)— si se les invitase a hacerlo. Estas variantes conciernen a la autoridad como surgida del consentimiento hipotético de los gobernados.

Éste no es el lugar de enzarzarse en discusiones sobre la debilidad del consentimiento en relación al tema de la autoridad⁹. Baste decir al respecto que mientras unas veces los casos de consentimiento hipotético son más fuertes que los de consentimiento simple, otras veces son más débiles. Hay una cierta fuerza normativa en el hecho de que alguien presta su consentimiento libre e informado¹⁰ a una disposición que le afecta, que no tiene el consentimiento hipotético. El consentimiento, ya sea sabio o estúpido, ex-

⁹ Lo he discutido en «Government by Consent», *Ethics in the Public Domain*, 355.

¹⁰ En el sentido no de que el consentir fuera racional dada la información, sino en el de que —juzgado desde el prisma de la información disponible en general en ese momento— la información conocida por el agente presentaba a grandes rasgos un cuadro real de los rasgos (avalorativos) de la situación en lo concerniente al alcance de su decisión.

presa la voluntad del sujeto sobre conductas de su propia vida. El revuelo que resulte de ese consentimiento se debe en parte a la propia decisión. Si su vida es suya, es relevante si está bajo su control o no, y el consentimiento muestra que lo está. Es decir que, si bien el consentimiento real es una fuente de autoridad, resulta menos claro que ocurra lo mismo con el consentimiento hipotético. Yo no conozco ningún argumento que muestre lo contrario¹¹.

En cualquier caso, la relevancia del consentimiento no es tal que permita legitimar cualquier autoridad. Al ser difícil demostrarlo de un modo global, trataré de explicar esto a través de una analogía: Supongamos que yo acepto un combate de boxeo con un oponente que tiene mucha más fuerza y destreza. Estoy simplemente deseándolo y pierdo la cabeza en mi deseo por combatir contra él. Que haya consentido es relevante para lo que diré más tarde. Lo relevante es el tipo de cosas de las que puedo quejarme (puedo decir a mis amigos: «¿por qué no me lo impedisteis?», pero no puedo decir a mi enemigo: «¿por qué combates contra mí?»). Eso afecta a un razonable juicio sobre mi carácter. Pero no significa que mi enemigo hiciese lo correcto al querer pelear contra mí. Él debería haber sabido que boxear es inmoral y que mi consentimiento no cambia este hecho. Debería saber que el combate no sería justo, dada su superioridad (no iba a luchar en defensa propia; se trataba de un combate pactado). Ustedes pueden no estar de acuerdo con las reflexiones aquí plasmadas. Aun así, deben asentir en que, si son verdad, mi consentimiento no justifica la acción de mi enemigo. Algo similar ocurre en el caso del gobierno legítimo: Mi consentimiento puede impedirme que me queje y puede dar lugar a juicios sobre mi carácter. Pero no puede otorgar al gobierno el derecho a gobernar si no lo tuviera —a no ser que el consentimiento

¹¹ Esto no implica negar que los argumentos que no se basan en el consentimiento no puedan presentarse como relacionados con el consentimiento hipotético: Supone que existe una obligación derivada de cualquier fuente para reconocer la autoridad de ciertos gobiernos. De ahí se sigue trivialmente que si conoces tus obligaciones deberías consentir en el dato de que tienes una obligación de reconocer la autoridad de tales gobiernos.

sea relevante en un sentido diferente al que acabo de comentar. Asumiré en mis conclusiones que dicho aspecto del consentimiento no es relevante en este supuesto.

Es plausible suponer que el mérito del consentimiento hipotético deriva del hecho de que el mismo captura la esencia del consentimiento real y representa la verdadera voluntad del agente. En este sentido padece también algunas de las limitaciones del consentimiento real —a saber, las que afectan no sólo a la forma del consentimiento, sino también a la razón subyacente. Un aspecto importante del consentimiento, así como de todas las acciones humanas, es que es dado por alguna razón que el que actúa considera buena, a la vista de todas las consideraciones, incluidas las de carácter moral, aplicables al caso. Las razones en las que el sujeto que actúa se basa para consentir pueden no ser buenas o adecuadas y puede incluso saberlo y pese a ello prestar su consentimiento con toda su voluntad. Sin embargo, no conozco ningún caso basado en el consentimiento a una autoridad que no asuma que las razones de la prestación del consentimiento eran conocidas y correctas. De hecho sería imposible basar la autoridad en un consentimiento erróneo o no intencional, aunque, de nuevo, me temo, no puedo desarrollar este aspecto aquí. Pero, partiendo de que es así, entonces se presta el consentimiento con la verdadera creencia de que hay una razón adecuada para reconocer la autoridad de las instituciones. La cuestión es si esas consideraciones no son suficientes para fundamentar la autoridad de aquellos poderes o principios, con independencia del consentimiento.

Obviamente, en muchos casos se requiere el consentimiento para crear una obligación. Pero generalmente en estas situaciones la cordura del consentimiento no está en duda (por ejemplo, aunque con algunas excepciones, una promesa es vinculante aunque las razones para hacerla no fuesen buenas razones). Resulta evidente, asimismo, que no todas las obligaciones derivan del consentimiento (por ejemplo, la obligación de cumplir las promesas que uno hace no deriva del hecho de consentir en ello). Del mismo modo, no todas las obligaciones de condescender con otros

derivan del consentimiento (por ejemplo, tenemos la obligación, por lazos de parentesco, de respetar la voluntad de nuestros padres, obligación que —al menos en las condiciones existentes en algunos tipos de sociedades— se extiende más allá de la infancia y es aplicable también a las relaciones de los adultos con sus padres). Por tanto surge la cuestión: Si el consentimiento a la autoridad es efectivo sólo cuando se basa en buenas razones para aceptar la autoridad, ¿por qué no son estas razones por sí solas suficientes para justificar tal autoridad?

Estamos ante una cuestión importante, no meramente retórica. Podemos muy bien encontrar respuestas que muestren que en ciertos casos nadie tiene autoridad sobre otro salvo si media el consentimiento de ese otro. Tal es el caso de lo que ocurre en las parcelas de la vida que podemos denominar «privadas». Lo que es mucho más difícil de imaginar es que la autoridad política no pueda legitimarse si no es a través del consentimiento —es decir, que no exista ningún sector sobre el cual la autoridad pueda tener poder legítimo libre de consentimiento—. Muchas parcelas de la acción gubernativa (por ejemplo, la de la fijación de las aportaciones individuales para el mantenimiento de servicios públicos esenciales o la garantía de que aquellos que causen daño a otros les compensarán por ello, cuando la justicia y la equidad lo exijan) son cuestiones en las que de lo que se trata es de buscar la conformidad con patrones de justicia y moralidad, y son los típicos supuestos en los que abundan las obligaciones no voluntarias.

Partiendo de la base de que en muchos campos la autoridad no depende del consentimiento, resulta más claro que, en esos casos al menos, el consentimiento no es una forma de fundar la autoridad¹². Porque resulta razonable suponer que, en lo que concierne a estos supuestos, las razones que justifican el consentimiento a la autoridad justi-

¹² O eso juega sólo un papel secundario en la fijación de la autoridad en esos sectores.

fican igualmente a dicha autoridad sin necesidad de mediar el consentimiento.

Si el esbozo de argumento aquí sugerido puede ser elevado a un argumento final, entonces podemos afirmar que el consentimiento no es en absoluto un modo importante de legitimar la autoridad política o legal. Esto cierra la discusión sobre el argumento aquí tratado y muestra que la autoridad de las constituciones no deriva de la autoridad de sus creadores.

4. *La mano muerta del pasado*

Deberíamos considerar el argumento más poderoso y conocido para deshacer la afirmación de que la autoridad de las constituciones deriva de la de sus autores. Nadie, dice este argumento, puede tener autoridad sobre las generaciones futuras. De ahí que la autoridad de una constitución no pueda descansar en la autoridad de quienes la hicieron. Vamos a examinar dicho argumento.

Primero un par de precisiones evidentes: El argumento no es aplicable a las constituciones nuevas. Pero, como las constituciones son dadas con pretensiones de permanencia en el tiempo, es fácil concentrarse en las constituciones más viejas, como es la pretensión de todas ellas de llegar a serlo algún día. Resulta igualmente obvio, al menos «prima facie», que el argumento que examinamos es igualmente aplicable a las leyes antiguas. Pueden existir diferencias entre las constituciones y la legislación ordinaria, que resulten de su diferente contenido, que afectan a este argumento. Pero ninguno de estos puntos afecta a la fuerza del argumento.

El argumento funciona del siguiente modo: Buscamos las condiciones bajo las que las constituciones pueden ser justificadas y gozar de autoridad legítima (moral). Cualquiera que sean no puede hacerse derivar la autoridad de una constitución antigua de la autoridad de sus autores. Porque no existe ningún modo razonable de justificar la autoridad de una institución que permita a la autoridad

perdurar en el futuro. Y, perdurar en el futuro ¿cuanto? ¿Muere el poder de una autoridad con ella? Y, si es así, cual es el período de vida de una autoridad institucional? (¿es el período entre la celebración de elecciones?, ¿cambia el Congreso americano cada dos años o cada seis, o bien es un cuerpo permanente que muere únicamente con un cambio fundamental en su constitución?) ¿Deberíamos considerar el tiempo de vida de lo creado, el tiempo de vida de cada norma jurídica o regulación o más bien el de cada previsión constitucional? Lo segundo parece más razonable.

La autoridad de las instituciones para crear reglas vinculantes tiene sus límites: Algunas instituciones tienen autoridad para regular cómo deberían ser dirigidos los bancos; otras pueden tener autoridad para regular la marcha de las escuelas. Posiblemente ninguna autoridad puede tener una autoridad ilimitada para regular cualquier materia. Asimismo, la autoridad de una institución está limitada por el tipo de gente a ella sometida. Algunas tienen autoridad sobre la gente de Kansas, otras sobre la gente de Francia, y así sucesivamente. Las consideraciones que limitan la autoridad de los demás sobre nosotros, de manera general, son del mismo tipo de las que establecen la inmoralidad de la esclavitud. Establecen límites a la subyugación, a la subordinación de una persona a la voluntad de otra. Del mismo modo que hacen eso estableciendo límites a la cuestión de qué autoridades pueden tener poder y sobre qué tipo de personas se extiende tal poder, así esas mismas consideraciones limitan la validez temporal de sus directivas. De la misma manera que el tipo de sujetos y gente variarán en cada caso, la duración temporal de un mandato de la autoridad variará dependiendo de las circunstancias. Pero resulta razonable pensar que ninguna durará cien años. Y si fuese válida en ese momento, ello no se debería a la autoridad de su creador.

Resulta tedioso desarrollar este argumento detalladamente. Pero puede resultar útil esbozar algunos trazos y consideraciones en él implícitas. Éstas se producen a dos niveles:

- a) los factores que determinan cuando las leyes son buenas o malas y
- b) los factores que determinan la competencia de las autoridades políticas para alcanzar fines buenos, factores ambos que establecen y limitan la finalidad de los poderes legítimos.

Deben combinarse consideraciones de los dos niveles para fijar los límites de la autoridad política.

Ilustraré el primer nivel mencionando dos categorías (simplificadas a los efectos de la presente discusión):

1. Algunas leyes, si son buenas leyes, directamente¹³ garantizan imperativos morales incondicionales. Aquí se podría mencionar la protección legal de la seguridad personal en el Derecho penal. Algunos derechos civiles como la libertad religiosa y de pensamiento se ubican también en esta categoría.
2. Muchas leyes, si son buenas leyes, reflejan una justa igualdad de oportunidades y recursos entre los miembros de la población, dadas sus necesidades reales, fines y aspiraciones, los recursos tecnológicos y económicos existentes, y la organización social del momento. Las leyes cuyo valor se enjuicia de acuerdo con estos criterios deberían estar sujetas a una revisión continua, como los factores que las hacen satisfactorias en cualquier caso están sujetos a frecuentes y significativos cambios. Aquí se incluyen las leyes sobre bienestar, las leyes de planificación, la legislación sobre protección del consumidor, las regulaciones de la seguridad, las normas sobre la salud, las leyes educativas, etc.

Podría pensarse que las leyes pertenecientes a la primera categoría no requieren ajustes frecuentes. Las mis-

¹³ El carácter directo es importante aquí. En última instancia todos los principios morales o bien son o bien derivan de principios morales. Las leyes que pertenecen a esta categoría se justifican por referencia directa a principios universales de conducta, sin la mediación de complejos argumentos sobre el modo en que son aplicables a condiciones sociales o económicas.

mas incorporan al Derecho principios morales inmutables. Por ello, podría argumentarse que la autoridad de los legisladores al hacer este tipo de leyes es duradera. Sin embargo este argumento adolece de dos defectos. Primero, que del hecho, cierto, de que los preceptos morales que estas leyes aplican son inmutables no se sigue que lo sean las leyes que los protegen y aplican. Veámoslo con un ejemplo: El daño moral cometido en una violación puede implicar la violación de un principio moral universal. Pero la regulación legal de la violación pueden variar según el lugar y el momento. Sin ir más lejos, está lejos de ser un principio universal que la violación deba constituir una ofensa separada en vez de asimilarse al asalto serio. No existe una razón de peso general por la que exista una relación unívoca entre el tipo de mal moral y el tipo de ofensa. Si y cuando debe un motivo sexual determinar el carácter de una ofensa más que ser relevante exclusivamente en la determinación de la sentencia, si o cuando la penetración debe servir para individualizar unas ofensas frente a otras, si o cuando la violencia importa o no (no es un elemento esencial de la violación según la mayoría de las jurisdicciones) —todas ellas son cuestiones sensibles a las condiciones sociales, a los significados socialmente percibidos, a las consecuencias informales de las convicciones criminales, y a muchos otros factores que son tan variables como cualquiera. De ahí que el argumento de la existencia de una autoridad moral de larga duración para garantizar los principios morales de conducta universales sea objetable a través de esta primera vía.

La otra parte del argumento tampoco es mejor. Para verlo retomemos la objeción que mostré en el párrafo precedente. Asumamos por un momento que existe una categoría de leyes cuya validez es intemporal como la de los principios morales universales de los que derivan. ¿Quiere ello decir que tiempo después de su promulgación la autoridad de dichas leyes descansa en la autoridad de sus creadores? En absoluto. Ello ocurriría si la autoridad de la ley dependiese de la autoridad de sus autores. Pero, el mismo hecho de que tengan, como suponemos, autoridad

en todo tiempo va en contra de esta postura. La autoridad intemporal de dichas supuestas leyes dependería de su contenido. Si son válidas en todo tiempo es porque expresan principios morales universales. No son válidas en todo tiempo por ser aprobadas por una institución social falible o aprobadas por un referendun. Para que una autoridad sea capaz de crear normas legales sin límite en el tiempo es preciso que sea una experta en moralidad —es decir, que tenga una apreciación de los principios morales abstractos significativamente superior de lo que la tiene la gente obligada por sus leyes—. Aunque es concebible que exista gente que es moralmente experta en problemas especiales de la moralidad aplicada (por ejemplo, en la controvertida materia de la experimentación médica), no hay razón alguna para pensar que pueda haber alguna persona o institución que pueda proclamarse experta en los principios básicos de moralidad mismos. Por tanto, la autoridad de las leyes que expresan tales principios no puede decirse que derive de la de su autor, al menos en la medida en que las leyes determinan el modo temporal y socialmente sensible en que los principios morales se reflejan en el Derecho. Aunque ello no quiere decir que no pueda haber quien tenga potestad legislativa para hacer leyes que duren un período largo de tiempo.

En general la situación en el caso de la autoridad, limitada en el tiempo, de las instituciones en relación con las leyes del segundo tipo —las que distribuyen recursos y oportunidades de una manera justa entre la gente— es más fácil de describir. Resulta imposible formular estas leyes de modo que no necesiten de una revisión frecuente. Dado que los legisladores no pueden dar leyes que permanezcan como buenas por mucho tiempo, su autoridad no puede ser la base de la autoridad de las leyes viejas que dictaron.

Para ver este punto con más claridad necesitamos volver la vista al segundo nivel de consideraciones, a los factores que determinan la competencia de las instituciones para funcionar bien y, por tanto, ser autoridades legítimas. Aunque ya hemos dicho algo al respecto en los párra-

fos precedentes, haremos alguna matización más, si bien de un modo breve.

Hablando en sentido amplio, la autoridad política puede basarse en uno o más de estos tres tipos de consideraciones: su carácter de experta, la coordinación y el valor simbólico. La consideración de ser experta subyace, por ejemplo, en gran parte en la ley de protección de los consumidores, en la ley de seguridad en el trabajo, y en la mayor parte de las reglamentaciones sobre seguridad. También son importantes en muchas leyes que garantizan imperativos morales directos. La experiencia médica es importante en la definición de muerte, así como los conceptos de salud, enfermedad, daño, etc. La experiencia psicológica es relevante en muchos aspectos del Derecho de familia, etc. Asumir que la experiencia otorga a los legisladores autoridad intemporal equivale a asumir que no son relevantes los avances del conocimiento en el área en cuestión o en general. Tales avances negarían el carácter de expertos de los antiguos legisladores en relación a los nuevos expertos (a los nuevos avances del conocimiento) o en relación con la población en general (el conocimiento en general). Ambos despojarían a los mismos de autoridad legítima en la medida en que ésta se basase en el carácter de experto.

Gran parte del Derecho se reduce a la garantía de la coordinación social. La garantía de la coordinación predomina cuando la ley pretende asegurar las condiciones sociales cuyo logro depende de la conducta de un cierto número de gente, y cuando, de no comportarse suficientes personas de un modo conducente a alcanzar las condiciones deseadas, no hay razón —razón suficiente— para los demás tampoco para comportarse del modo deseado¹⁴. El Derecho puede ayudar a garantizar la coordinación, y al realizar

¹⁴ Esta noción de coordinación capta, a mi juicio, el significado natural del término tal y como es usado en el discurso político. En ese sentido lo he empleado yo al escribir sobre la justificación de la autoridad. Es un sentido diferente, en consecuencia, a aquél artificial en que es usado el término en la teoría de los juegos.

esta función puede alcanzar gran variedad de fines, incluidos aquellos que caen dentro de la segunda categoría enunciada anteriormente. En la medida en que las formas de coordinación deben ser adaptadas o reemplazadas por otras en circunstancias diferentes, y en la medida en que la capacidad de prever de antemano tales cambios es limitada, existe un límite, un límite temporal, de las leyes que tienen el poder de hacer.

El tercer factor que puede conferir autoridad a las instituciones es el valor simbólico de su posición como autoridades legales. Aquí tenemos que distinguir entre el valor del cargo y el valor de la persona, o grupo de personas, que asumen el cargo. Alguna gente adquiere una posición de gran autoridad convirtiéndose en símbolos para sus países en períodos de transición o lucha. Un ejemplo de esto es la posición de Vaclav Havel en los años que siguieron a la democratización de Checoslovaquia (y más tarde de la República Checa), y existen muchos otros ejemplos. El que a nosotros nos interesa es, sin embargo, el caso menos corriente, o al menos más difícil de documentar, en el que una institución ha adquirido valor simbólico. Puede decirse que la Corona tiene tal posición en el Reino Unido. La Corona expresa y simboliza la unidad del país (que no es una nación-estado). El carácter simbólico de una institución es en sí mismo una razón para reconocerle el disfrute de una posición de legitimidad moral. Mientras el valor simbólico de otorgar a una persona un cargo no afecta a la teoría de la autoridad, el hecho de que una institución tenga valor simbólico sí que le confiere autoridad legítima. Pero no se lo otorga de un modo intemporal. Después de todo existe «prima facie» una razón para no aceptar una ley como válida a no ser que sea el tipo de ley que uno debería tener. Que la institución que la hace sea válida, no quiere decir que la ley por ella hecha sea buena. Incluso si el valor de una institución puede ser un argumento para reconocerle autoridad, no lo es parar conferirle una autoridad intemporal.

He puesto de manifiesto estas consideraciones, que nos son familiares, porque a través de ellas se puede ver clara-

mente que ninguna institución humana tiene autoridad para hacer leyes que duren eternamente o por un período de tiempo muy largo. De ahí que, incluso si las nuevas constituciones pueden derivar su autoridad de la autoridad de sus autores, las viejas constituciones, si quieren ser moralmente válidas, deben derivar su autoridad de otras fuentes. A diferencia de la autoridad de la ley nueva, que deriva de la autoridad de sus autores, la autoridad de la ley vieja debe descansar en otro fundamento.

III. PRINCIPIOS Y PRÁCTICA EN MATERIA DE JUSTIFICACIÓN

1. *Dificultades concernientes a los hechos y a las normas*

Esta conclusión es susceptible de parecer paradójica en muchos aspectos. Puede pensarse que da lugar a una paradoja de cambio: La constitución que es válida hoy en día en Estados Unidos es la que fue promulgada en 1789 y ha sido objeto de varias enmiendas desde entonces, especialmente entre 1865 y 1870. Pero, si mi conclusión es correcta, algunos pueden objetar, entonces alguna vez desde su adopción la constitución tuvo un cambio y surgió una constitución nueva diferente. Pero esto es un simple malentendido. Lo que yo defiendo no es que la constitución cambiase, sino que cambió el fundamento de su validez. La misma ley puede ser válida por una gran variedad de razones o fundamentos y éstos pueden cambiar sin que la ley cambie.

Puede existir incluso un temor más profundo, que subyace, que voy a intentar identificar. Puede parecer que mi argumento deja sin explicar el importante papel de los creadores-constitucionales originarios y su importancia en la vida de algunos países. Dicho papel no se agota en su actuación en los primeros momentos de la vida de la constitución. Existen países en los que el respeto por los autores de la constitución es una fuerza política viva mucho

tiempo después de que la validez de la constitución haya cesado, de acuerdo con el argumento de la sección precedente, dependiendo de su autoridad. Pero esto no es un obstáculo para aceptar el argumento. Los autores de una constitución, especialmente los autores de la primera constitución del país, a veces se convierten en símbolos políticos, gente cuyo respeto es materia que une al país y la apelación a cuya sabiduría se convierte en moneda corriente de la argumentación política. Tales hechos políticos —justificados— no tienen por qué influir en el tema del fundamento de la autoridad legítima de las constituciones, cuando tal autoridad exista. Tampoco el hecho de que se apele a la sabiduría de los padres fundadores a la hora de interpretar la constitución es una objeción al argumento, porque, como se verá más tarde, las prácticas interpretativas locales son hasta cierto grado auto-legitimantes.

Pero éstas no son las únicas preocupaciones a las que da lugar el argumento de la sección precedente. También surgen nuevas preguntas acerca de la relación entre la ley y la moralidad. Nosotros reconocemos el carácter doble del Derecho. Por un lado es un hecho social más que moral el que la ley de un cierto país sea de un modo determinado y no de otro diferente. Este aspecto del Derecho deriva de algunos rasgos fundamentales para la comprensión de su naturaleza: Primero, esto explica cómo puede existir no sólo el Derecho bueno y malo, sino también el Derecho y los gobiernos que carecen de toda legitimidad (moral) así como aquellos que son (moralmente) legítimos¹⁵. Segundo, esto explica por qué no podemos saber cual es la ley en un determinado país, o en una cierta materia, simplemente imaginando cual debería ser. Tercero, esto explica cómo dos personas, una que cree que la ley es legítima y la otra que niega su legitimidad, pueden sin embargo ponerse de acuerdo en cual es dicha ley. Lo que cuenta en estos y otros, simples pero profundos, rasgos de la ley es que se

¹⁵ Malas leyes, por ejemplo, leyes que deberían ser rechazadas o enmendadas, pueden tener legitimidad moral; es decir que la gente puede tener obligación moral de aplicarlas o de obedecerlas.

trata de un hecho social, lo que implica que su existencia y contenido pueden determinarse como se determinan los hechos sociales, sin depender de argumentos morales¹⁶. Por otro lado, el Derecho tiene un aspecto normativo diferente. Pretende guiar la conducta de la gente y para ello necesita tener autoridad moral. Y aunque pueda carecer de tal autoridad, debe ser capaz en principio de hacer buena su finalidad. Es decir, que el Derecho es una institución social que persigue tener autoridad moral sobre sus sujetos y que es en principio, por su naturaleza, capaz de gozar de tal autoridad.

Una teoría del Derecho debe explicar esta naturaleza dual del Derecho, como hecho¹⁷ y como norma. La teoría de que la autoridad (moral) de todo Derecho deriva de la autoridad (moral) de sus autores es una sencilla manera de hacerlo. Existen, de acuerdo con la simple versión de esta explicación, dos escalones en el establecimiento de la validez moral del Derecho. Primero, hay que establecer la autoridad moral del legislador para hacer la ley, y después hay que establecer, como un asunto o hecho social simplemente, que esos legisladores hicieron esta ley en concreto —es decir, una ley con este contenido particular—. Los dos aspectos del Derecho están así separados en estos dos estadios a la hora de establecer la autoridad legítima de la ley. De acuerdo con esta explicación, la autoridad moral del Derecho, en caso de tenerla, deriva en parte de su facticidad. Del hecho de consistir en una serie de hechos deriva el argumento moral de su autoridad: Cuando estos hechos son de un determinado tipo, el argumento moral otorga a la ley legitimidad moral, pero cuando son de otro tipo, no existe argumento moral que pueda legitimar el Derecho. Esto explica porqué el contenido del Derecho puede

¹⁶ Como es bien sabido, esta afirmación necesita alguna aclaración en la que no entramos aquí. Así, por ejemplo, que puede darse el caso de que sólo aquellas criaturas con capacidad para el conocimiento moral, y la vida moral, puedan ser capaces de identificar y comprender los hechos sociales.

¹⁷ Por razones de conveniencia sigo la práctica de contrastar los hechos con las normas o con la moralidad y los valores. No pienso no obstante que no puedan existir hechos morales.

establecerse con independencia de la cuestión de su legitimidad moral. Aquí la moralidad sigue a los hechos: Se aplica a hechos independientes.

Pero todo esto presupone que los legisladores, como institución social, median entre el Derecho y la Moral. Ellos proveen el marco fáctico de la ley; son parte de su carácter fáctico, el cual se somete entonces al escrutinio moral. La mayor parte del cuadro trazado es correcta, pero el mismo se enfoca innecesariamente hacia la legislación como instancia que permite combinar ambos aspectos del Derecho. Un enfoque adecuado de la naturaleza dual del Derecho, en la línea sugerida¹⁸, requiere:

- a) que el contenido y existencia del Derecho vengan determinados por fuentes sociales y
- b) que el argumento moral de la autoridad del Derecho dependa de la naturaleza actual de las fuentes sociales.

Ello no requiere que las fuentes sociales revistan la forma de legislación. Pueden ser costumbres, common law, doctrina científica, etc.¹⁹.

Puede ayudar a aclarar este cuadro reflejar las implicaciones para las relaciones entre el Derecho y la Moral del aspecto dual del Derecho. Ambos aspectos del Derecho se reconcilian por el hecho de que la aplicación de la moralidad a nuestra conducta está mediatizada por su aplicación a hechos sociales creadores de normas. Se trata de una mediación de un tipo especial. No debe sorprendernos que nuestros derechos y deberes morales dependan de cómo vayan las cosas para nosotros en el mundo en que vivimos: «No realizaré esta o aquella acción porque hay gente a mi alrededor a la que dañaría con ellas». «Debería ofrecer mi ayuda a esa persona porque se ha caído y necesita ayuda». «Debería prestar mi coche al vecino la próxima se-

¹⁸ Y existen algunas posibles alternativas que se desvían del camino simplista de que los hechos y las normas están netamente separados en dos estadios distintos, y permiten en ciertas circunstancias mezclarlos.

¹⁹ No todo hecho social puede ser fuente del Derecho. Debe verificar otras condiciones que no nos conciernen aquí.

mana porque se lo he prometido». Éstas son situaciones normales que demuestran que las implicaciones morales dependen de hechos. Pero ninguno de ellos son hechos creadores de normas.

No ocurre lo mismo en relación con el Derecho. Aquí la moralidad sanciona (o condena) normas generadas por los hechos sociales de la legislación, la costumbre, etc. ¿Por qué ocurre así cuando se trata del Derecho? No es porque toda consideración moral tenga que ser mediatizada por normas socialmente creadas. Las razones de esto son, al menos en parte, evidentes. El Derecho puede ayudar a asegurar la coordinación social y a beneficiar a la gente dándoles información que no está generalmente disponible. La habilidad para beneficiarse de tal información y para asegurar la coordinación social es a menudo ventajosa o incluso necesaria para alcanzar fines válidos e incluso para adecuarse a los requerimientos morales. ¿Pero, por qué no puede la gente coordinar sus acciones o compartir la información sin la mediación de normas legales? Si las normas morales son suficientes para justificar la coordinación y para compartir la información, ¿por qué no actúa la gente para alcanzar estos objetivos simplemente porque son conscientes de que existen razones morales para hacerlo? A veces lo hacen y entonces no se requiere mediación legal, pero a veces no sucede así por razones que nos son también familiares. Entre las razones que han atraído más la atención en la literatura reciente se encuentran:

- a) el hecho del desacuerdo sobre qué finalidades son moralmente buenas y dignas de alcanzarse,
- b) problemas de la acción colectiva, y
- c) la indeterminación de las razones morales.

Estos factores hacen a veces difícil asegurar la coordinación y el compartir la información, salvo a través de la intervención de autoridades sociales o legales que se saben legítimas y que poseen suficiente poder para asegurar un razonable grado de cumplimiento por parte de quienes dudan de su legitimidad o quienes pudiesen estar tentados de no cumplirlas.

Quizás el último factor mencionado es el menos familiar²⁰. El pensamiento que subyace es simple: La mera ignorancia y el desacuerdo sobre los fines morales o las formas mejores de hacerlos realidad, y la evasión del cumplimiento eran consideraciones morales que indicaban cómo las cosas deberían de realizarse en sociedad de manera unívoca para que la gente pudiese seguir esas consideraciones. Pero cuando consideraciones morales determinan los fines a alcanzar o los medios de conseguirlos, pueden existir dificultades adicionales a la hora de asegurar su coordinación, para solventar las cuales la mediación de la ley es a menudo útil, y en algunos casos necesaria. Pensemos en un ejemplo hipotético: asumamos que la teoría de la democracia descansa sólo en un principio general —por ejemplo, que un gobierno democrático es aquél en el que hay mecanismos legales formales que dotan de contenido las políticas y la identidad de los que se encargan de implementarlas conforme a los deseos de los gobernados, de tal manera que, en la medida de lo posible, ningún individuo tenga más poder político que otro. De aquí se deriva que pueden existir muchos modos en principio moralmente legítimos de organizar los gobiernos democráticos: Repúblicas federales y monarquías constitucionales unitarias, sistemas de representación proporcional, gobiernos parlamentarios, sistemas presidencialistas, etc. Todos estos sistemas radicalmente diferentes podrían ser sistemas de gobierno adecuados en democracia. Posiblemente las circunstancias de uno u otro país podrían hacer uno u otro inadecuados para ese país. Pero —y en lo que aquí interesa— en ningún caso se reducirían los sistemas posibles a uno solo.

En tales circunstancias la mediación del Derecho sirve para concretar los principios morales dotándolos de un contenido concreto para que la gente pueda seguirlos. En nuestro ejemplo un país debe tener un gobierno democrático de uno u otro tipo y es la ley la que determina dicho

²⁰ Recientemente ha destacado su importancia J. FINNIS: *Natural law and natural rights* (Oxford. Oxford University Press. 1996).

tipo. Desde luego el hacerlo es una cuestión de hechos sociales, no morales. Su objetivo es la moralidad. Pero para ello el contenido no puede determinarse en base a consideraciones morales, sino como reflejo de prácticas y tradiciones sociales o algún otro hecho social.

Lo anterior muestra cómo el dato de que del hecho de que el contenido de la ley lo determinen los hechos y no las normas no sólo demuestra lo que nos proponíamos anteriormente, sino que contribuye también a mostrar como la ley es capaz de quitarse de encima algunas de sus funciones básicas (tales como manejar y concretar principios morales). Esto demuestra también cómo es buena, moralmente hablando, la mediación a través de leyes, donde en otras circunstancias sería mejor emplear otros medios. La legislación, sería el método de mediación preferido cuando los cambios en la ley se hacen frecuentemente o de manera repentina y cuando los reajustes en la ley pueden hacerse a través de la deliberación o la negociación. Pero otras formas de mediación son preferibles cuando los ajustes o los cambios sean lentos y graduables, cuando no sirvan la deliberación y la negociación, y especialmente cuando haya que garantizar la continuidad y evitar los cambios prematuros, para que los grupos de interés no puedan engañar al resto de la comunidad. En una palabra, la mediación no debe hacerse exclusivamente a través de la legislación cuando se trate de asuntos de importancia constitucional, es decir de asuntos que formen parte de la constitución.

2. *La legitimidad a través de la práctica*

La discusión sobre las relaciones entre normas y hechos es instructiva, pero la conclusión alcanzada puede parecer problemática. Dicho del modo más paradójico: Las constituciones, al menos las más antiguas, no derivan su autoridad de la de sus autores. Pero no se preocupen por las fuentes de su autoridad, pues son autovali-

dantes. Son válidas simplemente porque están ahí, en la práctica de un país.

Obviamente esto conlleva tergiversar las conclusiones de la discusión precedente. Hay que añadir algo: «En la medida en que se adecúan a principios morales, las constituciones se autovalidan y reciben su validez por el simple hecho de existir. Hay que añadir que esta conclusión sirve si la moralidad determina los principios sobre forma de gobierno y contenido de los derechos individuales reconocidos en la constitución. No he dicho nada al respecto y no lo haré en este ensayo. Sin embargo, considero conveniente explorar aquí algunas consecuencias de esta posición»²¹.

La principal implicación es que dentro de los amplios lazos de los principios morales el Derecho basado en la práctica es autovinculante. La constitución de un país es una constitución legítima por ser la constitución que hay. Esta conclusión debe ser explicada y elaborada antes de que podamos aceptarla.

Primero, el hecho de que los principios morales determinen el contenido de la constitución no significa que la gente o las instituciones que adoptan las constituciones o las enmiendan no lo hagan por razones adecuadas a su decisión. Solo significa que sus razones no están basadas en principios morales (así, no en los principios morales que determinan qué constitución es legítima y cuál no). Por ejemplo, un gobierno puede sostener un cambio en la constitución no necesario en base a principios morales, por el hecho de ser popular respecto al electorado o porque ofrezca alguna ventaja a un grupo que normalmente está resentido y alienado y puede así ayudar a reconciliarlo con el Estado, o con la mayoría de la sociedad. Alternativamente, tal cambio puede ser recomendable simplemente porque es un cambio y un cambio puede infundir un nuevo espíritu a una socie-

²¹ El hecho de que la moralidad determina el contenido de la constitución parece derivarse de la tesis de que los valores morales son extensiva y significativamente incommensurables. He explorado esta vía en varias publicaciones, especialmente en *The morality of freedom*, cap. 13 y en *Incommensurability and Agency*, en R. CHANG (ed.): *Incommensurability, Incomparability and Value* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998).

dad que está moribunda y estancada, o porque todo cambio conduce a que alguien pierda poder y otros lo ganen y es bueno para reducir el poder de la gente o de los grupos que generalmente tienen el poder en un país.

Tales razones y muchas otras son en cierto sentido razones morales y pueden ser perfectamente adecuadas para cambiar la constitución. La cuestión es que ninguna de ellas es lo que llamaríamos una «razón meritoria»; ninguna deriva de un deseo moral. A éstas llamaré razones meritorias para distinguirlas de las razones para el cambio o enmienda que no derivan de la bondad del mismo. Por el contrario todos son ejemplos de cómo la enmienda constitucional puede justificarse por razones que no dependen del mérito del cambio constitucional que justifican. En eso son también ejemplos de cómo los asuntos políticos ordinarios, incluso a corto plazo, pueden jugar un papel legítimo en la política de la constitución.

El aspecto autolegitimador de la práctica no se niega por el hecho de que la acción a favor o en contra de la reforma constitucional pueda ser llevada a cabo por buenas razones. Porque las razones del tipo aquí puesto de manifiesto no son razones meritorias y no dependen del mérito del contenido de la constitución, no dependen de su legitimidad. Esto viene determinado primariamente por razones de mérito que muestran que el contenido de la constitución es moralmente aceptable, y nada en los ejemplos vistos niega que las razones de mérito determinen el contenido de la constitución, conduciendo a la conclusión de que las constituciones están legitimadas por su existencia²².

3. *Estabilidad y continuidad*

He explicado la idea de la autolegitimación, del efecto legitimador de la práctica a través de la reflexión sobre el

²² Esta conclusión puede ser reforzada. Incluso cuando existe una constitución alternativa mejor que la que tenemos, ésta por ser la que tenemos es legítima. Los fundamentos de esta postura derivan del costo del cambio y de consideraciones conservadoras. Las trataremos más adelante.

hecho de que los principios morales determinan el contenido de las constituciones y que la práctica lo manifiesta. Pero, como es bien sabido, el poder autolegitimador de la práctica no se limita a esto. Los pactos son, quizás, el ejemplo más familiar. Los pactos y convenciones ilustran una gran categoría en la que el comportamiento está justificado si y sólo si existe una práctica general: no debe pisarse el césped si hay una práctica general de no hacerlo. Que las cosas ocurran de determinado modo hace correcto o bueno que sigan ocurriendo de esa manera.

Un aspecto importante de naturaleza similar se refiere a la estabilidad. La necesidad de asegurar la estabilidad es en sí misma indiferente para el contenido de las prácticas constitucionales existentes en determinado tiempo y lugar. Cualesquiera que éstas sean su estabilidad indica que deberían perpetuarse. La estabilidad no es siempre una ventaja. En la subsección precedente hice notar que el cambio de cosas puede ser deseable para reformar una estructura de poder moribunda o corrupta, infundir al país un sentido de energía y esperanza, etc. Sin embargo, la estabilidad es a menudo deseable y por muchas razones. Recordemos que aquí, como antes, la referencia al carácter «auto-legitimador» de la «constitución» no se refiere a la existencia legal de la constitución sino a la constitución tal y como existe en las prácticas y tradiciones del país en cuestión. Las constituciones son hechas para crear un marco a la vida pública en un país, guiándolo en determinada dirección. Para alcanzar esto es preciso asegurar un conocimiento extendido de la constitución. Esto requiere conocer no sólo el texto sino también su significado —es decir conocer las prácticas constitucionales en dicho país. Mientras la gente lo conozca y se ajuste a él un cambio constitucional radical cambia esas prácticas. Existen ramificaciones concernientes a aspectos diferentes de la vida pública y una cierta incertidumbre sobre la manera en que la reforma o cambio afectará a varios aspectos de la práctica constitucional. La incertidumbre afecta a la capacidad de la gente para funcionar. Pero aún peor en sí gene-

ra miedo a un continuo cambio, conduciendo a un sentido de aturdimiento y desorientación.

Éstas son algunas de las muchas razones por todos conocidas para preferir la estabilidad a la inestabilidad. No conducen a negar el cambio, pero sí a preferir la continuidad, a menos que existan razones realmente buenas para el cambio. Se suman al poderoso y principal argumento de los conservadores: Aunque es posible predecir las consecuencias directas de pequeños cambios en las prácticas legales y sociales, los cambios que tienen lugar dentro del marco existente y no lo quiebran, es imposible predecir el efecto de cambios radicales a gran escala. Éstos son susceptibles de afectar al marco legal y social que constituye las condiciones de fondo que hacen posible la predicción de los acontecimientos sociales. Así, mientras la reforma radical puede inspirarse por sabidas razones para cambiar las condiciones sociales, no existe ningún avance adecuado que justifique creer que traerá las consecuencias esperadas. En sí mismo éste no es argumento para negar la reforma y el cambio radicales. No muestra que un cambio radical conduzca a empeorar la situación. Pero no ignora tampoco algunas razones que la gente a menudo esgrime a favor del cambio radical. Sopesadas con las ventajas de la estabilidad, se suman a la actitud conservadora a veces manifiesta diciendo que en las sociedades relativamente estables y decentes existe una presunción a favor de la continuidad a la luz de la cual deberían ser juzgadas todas las propuestas de cambio.

En sentido amplio el argumento de la estabilidad y de la determinación de los principios constitucionales por la moralidad se unen para auto-legitimar las prácticas y tradiciones constitucionales²³. Sin embargo, juntarlos así significa el riesgo de oscurecer las dos diferencias fundamentales entre ellos.

²³ Habría que recordar, aunque no quiero ser pesado, que el aspecto legitimador de las prácticas constitucionales depende de que sean moralmente aceptables.

En primer lugar, el argumento de la determinación significa que en sentido amplio, en base a principios morales, la misma existencia de una constitución establece que es una buena constitución para el país en cuestión. Podrían haber existido otras, pero dado que no es así no hay más práctica legítima que la existente en la constitución. El ser deseable o estable no determina que la constitución sea legítima. Eso es aplicable también a las constituciones ilegítimas. El inconveniente de la inestabilidad es aplicable también, aunque con matizaciones.

Segundo, aunque el argumento de la determinación permite auto-legitimar las constituciones existentes, no constituye una razón para no cambiar la constitución. La constitución es legítima, pero también podrían serlo otras posibles alternativas en su lugar. El argumento a favor de la estabilidad, por otro lado, aunque no establece la legitimidad de la constitución existente, establece la existencia de razones para no cambiar una constitución existente.

Las cosas son diferentes si la constitución es moralmente legítima —es decir, si dota de formas permisibles de gobierno, si descansa en consideraciones morales. Cuando esto es así el argumento de la determinación y de la estabilidad se combinan para legitimar la constitución y mantener la tradición constitucional tal como es.

¿Qué papel juegan en su caso los autores de la constitución para hacerla legítima? Su papel puede ser de enorme importancia práctica, aunque es secundario desde el punto de vista teórico. Básicamente ayudan a echar a andar la tradición constitucional y a veces su reputación ayuda a mantenerla. Pueden dotarla de autoridad en los primeros años y el respeto en su mantenimiento puede ser de gran importancia para determinar la voluntad de la población y sus grupos políticamente activos de regirse por ella. Esta voluntad es crucial tanto para la supervivencia como para la legitimidad de la constitución. Pero ello es así en la medida en que ayuda a dotar a la constitución de lazos moralmente permisibles.

PARTE II. INTERPRETANDO LAS CONSTITUCIONES

IV. INTERPRETANDO LA CONSTITUCIÓN: SOBRE LA NATURALEZA DE LAS DOCTRINAS INTERPRETATIVAS

Podemos considerar la interpretación constitucional como una práctica establecida y centrarnos en su estudio en los diversos países. Tal estudio no carecería de interés, pero desde un punto de vista teórico sus ventajas serían limitadas. Un estudio basado en este tipo de clasificación de las técnicas interpretativas conduciría a una multitud inmensa de estilos y técnicas interpretativas diferentes en distintos países y a lo largo del tiempo. Revelaría también grandes desacuerdos entre los jueces sobre los métodos y técnicas de interpretación constitucional adecuados. Finalmente mostraría que a menudo lo que los jueces dicen es una cosa y lo que hacen otra. La práctica de algunos jueces no se adecúa con sus sentencias generales sobre la naturaleza de la interpretación constitucional. Quizás es en parte por estas razones por lo que muchos filósofos del Derecho han evitado escribir sobre la interpretación o han ofrecido planteamientos normativos de la interpretación en general y de la interpretación constitucional en particular. ¿Nos exime esto de tratar de explicar lo que la ley es más que lo que debería ser? No necesariamente. Primero, la interpretación de la ley es mucho más que un método para establecer lo que el Derecho es. Cuando es empleada por los tribunales y los abogados, o los comentaristas y teóricos que se fijan en la interpretación que los tribunales deberían adoptar, la interpretación legal es también una herramienta para desarrollar el Derecho, cambiarlo y reformarlo. Segundo, aunque resulta generalmente aceptado (por razones que a continuación veremos) que hay que seguir los métodos interpretativos establecidos, en la medida en que existen, también es generalmente aceptado que las interpretaciones son susceptibles de

medición objetiva, que algunas interpretaciones son defendibles y otras no²⁴. Es más, forma parte de la práctica interpretativa de muchos países que los tribunales no están obligados a seguir las técnicas interpretativas anteriores si se demuestra que son equivocadas o menos deseables que algunas alternativas. Ellos pueden modificarlas o sustituirlas por otras mejores. Ésta es la situación, por ejemplo, en todas las jurisdicciones del «common-law». En tales países el estudio de la interpretación forma parte del estudio de lo que el Derecho es. Pero es un estudio de un aspecto muy especial del Derecho, que fija los confines de los poderes creadores de Derecho de los tribunales y de su uso legítimo.

Por eso, cuando reflexionamos sobre la interpretación constitucional, deberíamos comenzar no por el hecho de que determinados métodos de interpretación son empleados y otros no, sino por la cuestión: ¿Por qué es la interpretación constitucional un tema tan central? La respuesta, como siempre que existe una razón para recurrir a la interpretación, resultaría de la combinación de las razones existentes para respetar la constitución tal como es y las razones para permanecer abierto a la posibilidad de que necesite reformas, reajustes, o desarrollos para evitar inconvenientes que siempre tuvo o inconvenientes que surgieron cuando el gobierno de la sociedad que rige cambió con el paso del tiempo.

Es conveniente enfatizar que este aspecto como de Jano de la interpretación (que se proyecta tanto hacia el pasado, para ver la ley tal cual es, como hacia adelante, intentando mejorarla), no es privativo de la interpretación jurídica. Es característico de la interpretación en general el tratar de ser fiel al original que es interpretado y a la vez el estar abierta a la innovación. El las artes representativas, como el teatro, por ejemplo, las buenas representaciones interpretan el texto y al hacerlo al mismo tiempo expresan los puntos de vista de los intérpretes. Esto no sig-

²⁴ Resulta evidente que eso no implica aceptar que para cualquier cuestión referente a la interpretación de la ley existe una única respuesta aceptable.

nifica que todas las buenas interpretaciones sean innovadoras, sino que pueden serlo y están abiertas a esta posibilidad. No es éste el lugar de tratar sobre la naturaleza de la interpretación en general²⁵. Pero deberíamos reflexionar sobre las razones por las que la interpretación constitucional tiene dos caras.

La razón del carácter de mirada atrás de la interpretación constitucional nos lleva de nuevo al punto de partida. Las doctrinas de la interpretación constitucional, como sostuvimos desde el principio, se basan, al menos en parte, en la doctrina de las fuentes de la autoridad de las constituciones. Del mismo modo que la autoridad de una constitución hace tiempo creada descansa primordialmente en el deseo de asegurar su continuidad, el mismo deseo debería informar también la interpretación constitucional. Para asegurar la continuidad la interpretación debería mirar atrás. Debería ser fiel a la constitución tal como existe en ese momento. Si es así ¿acaso no debería esta consideración dominar la interpretación constitucional excluyendo todo lo demás? La importancia moral de los asuntos decididos en los casos constitucionales no permitiría que esto sucediese. Los tribunales cuyas decisiones determinan la suerte de mucha gente deben basarse en consideraciones morales. Nada más podría justificar sus acciones. Si admitimos eso, ¿no se sigue del argumento precedente que la decisión moralmente correcta es la que mira hacia atrás —es decir, la que no hace sino determinar el contenido de las partes relevantes de la constitución tal como es en ese momento? Ésta podría ser la solución correcta, pero sólo cuando sea moralmente necesario, o al menos moralmente razonable, descansar en consideraciones de continuidad por encima de cualquier otra.

²⁵ Sobre las razones por las que se niega que cada vez que comprendemos algo lo estemos interpretando, ver A. MARMOR y su aplicación de la posición de WITTGENSTEIN en *Interpretation and legal theory* (Oxford. Oxford University Press. 1994). Sobre mi propia posición personal sobre la interpretación ver, «Interpretation without retrieval», en A. MARMOR (ed.): *Law and interpretation* (Oxford. Oxford University Press. 1996), pp. 155-176.

En otras palabras, dado el impacto de las decisiones constitucionales, como muchas otras decisiones legales, en la vida de la gente, sólo están justificadas si lo están moralmente. Como vimos, las consideraciones de continuidad son de gran importancia moral, y son las consideraciones que determinan primariamente la continua legitimidad de la constitución. Pero difícilmente pueden ser las únicas consideraciones morales que afecten a un caso. Cuando no lo son, los tribunales deberían intentar tomar decisiones que satisficieran en la medida de lo posible todas las consideraciones relevantes, y si fuese imposible satisfacerlas todas por completo, deberían procurar hacerlo en la medida de lo posible, dada su importancia relativa. Así, aunque en ocasiones el deseo de continuidad en el asunto en cuestión prevalecerá sobre todos los demás, a menudo no será así, aunque aún cuando no sobrepase los demás, deberá todavía ser tenido en cuenta en la medida de lo posible. Así, en tales casos, aunque los tribunales deberían interpretar la constitución, pues deben moverse por consideraciones de continuidad, deberían también otorgar importancia a otras consideraciones morales. O sea, que la interpretación debería también mirar hacia adelante. Esto no quiere decir que todos los defectos de una constitución pueda ser solucionados a través de una interpretación ingeniosa. Lo que yo digo es simplemente que a veces esto es posible.

Aún hay otra objeción a este enfoque, pues no toma en cuenta el hecho de que la doctrina de la interpretación constitucional es de carácter «legal», no moral. Pese al mérito moral de mis observaciones, continúa la objeción, ello es irrelevante para la comprensión de la interpretación constitucional. Esa teoría es una teoría legal y los jueces no pueden hacer sino seguir las doctrinas interpretativas que les vinculan de acuerdo con la ley del propio país. Concedamos que hay algo de verdad en esta objeción. Los jueces que siguen los puntos de vista desarrollados aquí en materia de interpretación pueden encontrarse ante la obligación moral de desobedecer la ley de su país. Éste es el resultado del hecho de realizar un acercamiento a la in-

terpretación constitucional que, a falta de una palabra mejor, podemos llamar acercamiento moral. El Derecho de cualquier país puede contradecir la moralidad en varios sentidos. Uno de ellos es la existencia de reglas localmente vinculantes que prohíban a los tribunales seguir cualquier interpretación moralmente aceptable.

No estoy haciendo estas observaciones para evitar examinar las reglas y doctrinas de la interpretación prevalentes en este o en otro país. Esa tarea es claramente importante para aquellos interesados en el Derecho de los países en cuestión. Sin embargo, sería falsa modestia decir simplemente que el tema de mi discusión es diferente. Yo lo considero también importante. Permítaseme recapitular: Primero, aunque haya razones para estudiar las reglas interpretativas vinculantes en éste o ese ordenamiento jurídico, no existe ninguna teoría universal de la interpretación que sea aplicable a todo sistema, a excepción de una teoría normativa —de lo que la interpretación debería ser—. Segundo, nos guste o no, los tribunales se enfrentan con problemas morales y deberían actuar moralmente, lo cual puede hacerles entrar en conflicto con la ley. Tercero, a menudo los propios modos de interpretar las constituciones son objeto de controversia. Cuarto, en realidad los tribunales pueden adoptar nuevas vías de interpretación de la ley y revisar las ya existentes cuando tengan buenos motivos para hacerlo.

Los dos últimos aspectos están relacionados y ambos derivan de un hecho aún no mencionado: En el nivel elemental no hay, no puede haber, medios legales de interpretación específicos. Desde luego, la mayoría de los ordenamientos jurídicos incluyen reglas de interpretación específicas en su legislación o en el precedente. Pero la mayor parte de la interpretación no depende de ellas. Esto es así, no sólo, no básicamente, porque las reglas de interpretación requieran a menudo ser ellas mismas interpretadas, sino porque los problemas de interpretación raramente son problemas acerca del sentido de un término o de una frase. Generalmente son cuestiones de interpretación de frases o de artículos en los estatutos o en las constitucio-

nes o de doctrinas morales y políticas. Y esto puede surgir en el lugar más inesperado. Ningún conjunto de reglas de interpretación expresamente articulado puede afrontarlo. Lo mismo cabe decir de las reglas de interpretación implícitas más que explícitas en determinada cultura legal. Tales reglas no son suficientes para cualquier posible asunto de interpretación. A menudo la interpretación es sólo una cuestión de razonar razonablemente en base a una serie de consideraciones, algunas compatibles, otras no. No existe modo alguno de reducir tal razonamiento a la aplicación de reglas u otras normas, ni tampoco hay modo de suprimir la necesidad y adecuación de la interpretación resultante de tal razonamiento.

Esto explica por qué las leyes interpretativas y las doctrinas sobre interpretación vigentes en determinado país, por muy útiles que puedan ser, no pueden contener todo lo que debe ser dicho en un caso de interpretación legal o constitucional. En definitiva, la interpretación constitucional tiene más que ver con el entendimiento del razonamiento legal y constitucional que con el de determinada doctrina de este o aquel país. Esto nos lleva a determinar el significado de la ley, una obra de arte, la literatura, la religión, etc., que combina el respeto por su manifestación original o tradicional con la apertura hacia interpretaciones innovadoras. De ahí que el razonamiento constitucional sea en gran medida razonamiento interpretativo. Pero las cuestiones argumentativas del razonamiento son universales, específicas de un determinado lugar o asunto sólo en cuanto a los detalles.

Lo dicho ha servido para explicar la importancia de las cuestiones de interpretación constitucional, que van más allá del estudio de las doctrinas interpretativas particulares de uno u otro país. Pero aquí surge una objeción diferente a la idea de que pueda haber una interpretación constitucional estudiada con carácter general. Si el estudio de la interpretación se limita al razonamiento aplicable a las constituciones, ¿puede decirse algo más que el consejo, sonoro pero inútil, de que al interpretar la constitución hay que razonar bien. Pero dicho esto ¿no es lo mis-

mo que aplicar las consideraciones generales sobre el razonamiento interpretativo al contenido de las constituciones de un determinado país?

Esto reabre la duda antes mencionada de la posibilidad de una teoría general del Derecho constitucional, aunque esta vez referido específicamente a cuestiones de interpretación. No existe una teoría general de la interpretación constitucional, si por tal se entiende una receta general sobre el modo en que el intérprete debe conducirse paso a paso, en detalle, con consejos prácticos. Apenas podría decirse más que «razona bien» o «interpreta razonablemente». Todo lo más que podría hacerse es señalar errores cometidos normalmente por los jueces, abogados o teóricos.

V. FIDELIDAD E INNOVACIÓN

La interpretación, como sugerí, vive en un espacio en el que se encuentran fidelidad a lo original y apertura a la novedad. Existe en una tensión dialéctica, como algunos dirían. La razón por la que encontramos esta tensión en el razonamiento jurídico constitucional, como dije, es que las decisiones constitucionales son decisiones morales que tienen que ser moralmente justificadas, y esta consideración moral incluye tanto la fidelidad a la constitución tal como es, surgida de la continuidad, como la apertura a los inconvenientes e injusticias que su aplicación puede generar en ciertos casos, lo que conduce a la apertura y a la necesidad de desarrollarla y modificarla.

Dos errores opuestos surgen por este hecho. El primero consiste en pensar que dado que una buena interpretación puede combinar ambos elementos, la distinción entre la constitución, y en general el Derecho, tal y como es y tal y como debería ser es ilusoria. La interpretación constitucional, dice este argumento, fija el significado de la constitución. Es decir, que no tiene sentido hablar del contenido de la constitución a no ser tal como es determinado por el proceso de interpretación. Como la interpretación mezcla

fidelidad e innovación, quiebra ambas nociones. Quiebra la distinción entre ambas, pues la fidelidad implica que el contenido de la constitución, al que uno debe ser fiel, puede ser establecido independientemente de la interpretación y de la misma manera ocurre con la innovación, pues la misma se identifica como una desviación de la pura fidelidad. Sin una identificación independiente de la interpretación del contenido de la constitución no podemos distinguir la fidelidad de la innovación, y ya que el contenido no puede identificarse independientemente de la interpretación, no hay significado coherente alguno de la noción de fidelidad a la constitución ni tampoco de innovación constitucional.

El argumento falla. Ya sugerí antes que no toda explicación del significado es interpretación. Pero no necesitamos reparar en esto para refutar el argumento. Se olvida el hecho de que la razón de que fidelidad e innovación se mezclen es que a menudo hay razones para interpretar mezclando ambas vías. Aunque no siempre es así. A veces existen razones para interpretar la constitución de manera que simplemente aclaramos su contenido en ese momento y eso es todo. Tal interpretación, a la que denomino «interpretación conservadora», tendrá éxito si el significado existente de la constitución es verdadero. La misma no mezclará elementos en conflicto. No desplegará tensión dialéctica alguna, y establecerá el marco por el que podemos medir otras interpretaciones para ver si son más o menos innovadoras. El fracaso del argumento previo no implica, desde luego, que no existan otros mejores. Pero yo desconozco otro argumento que llegue a la misma conclusión. Esto no implica que en cualquier caso podamos determinar lo que es el Derecho. La evidencia puede ser incompleta. Es más, no se trata de que pueda establecerse una respuesta legal para cualquier cuestión legal, ya que el Derecho a menudo es indeterminado. En consecuencia, cuando la constitución se interprete con el fin de establecer sólo lo que es en un momento dado del tiempo tal interpretación se mostrará vaga e indeterminada. Pese a todos estos puntos, cabe todavía que cuando sea evidente

sea posible establecer lo que la ley es y así distinguir entre interpretaciones innovadoras y conservadoras. Sospecho que una de las razones que anima a la gente a creer que es imposible interpretar el Derecho, establecer qué significa en un momento dado sin cambiarlo al mismo tiempo, es el siguiente tipo de argumento:

- a) Los tribunales pueden siempre cambiar el Derecho que es relevante para el caso al que se enfrentan.
- b) Los tribunales pueden cambiar el Derecho sólo cuando es indeterminado.
- c) De ahí se sigue que el Derecho es indeterminado en todos los casos.
- d) Por eso ninguna interpretación se limita a decir lo que es sin cambiarlo.

Este argumento no es válido porque de la afirmación de que el Derecho es indeterminado en todos los casos no se deduce que su interpretación se limite a describirlo sin cambiarlo. Lo que se deduce es que la interpretación lo describirá como indeterminado. Lo que es más, la segunda premisa es simplemente falsa. Los tribunales pueden desarrollar el Derecho incluso cuando es determinado. Pueden, y de hecho así ocurre a menudo, simplemente cambiarlo.

Esto nos lleva al segundo error que hay que evitar, que en cierto modo es el contrario del primero. Algunos pueden pensar que si cabe distinguir entre una interpretación conservadora, que se limita a determinar el Derecho tal como es, y una interpretación innovadora, que lo cambia y lo desarrolla, entonces debe ser posible fijar en una interpretación donde hay que detenerse viendo el Derecho que es y el que comienza a desarrollarse y cambiarse. En otras palabras, sería posible separar el elemento descriptivo del innovador en todo enunciado interpretativo. La creencia de que esto es así se alimenta del hecho de que a veces tal separación es incluso posible. Pero estos casos son relativamente raros, y ciertamente de la observación previa no se deduce que sea siempre posible. Aclarando el primer error, argumenté sobre la posibilidad de comparar diferentes interpretaciones por su grado de novedad, distinguiendo

do las interpretaciones innovadoras de las conservadoras. (Podría haber varias, puesto que cabe realizar interpretaciones que restablezcan el Derecho tal y como era en diferentes momentos). Este pensamiento es muy diferente a la sugerencia de que en cada interpretación se puedan separar los elementos verdaderos del Derecho de los que son innovadores. Lo único que quiero decir es que al pensar en las razones que justifican la interpretación cabe distinguir aquellas que sugieren que la interpretación debe ser fiel al Derecho existente de aquellas que sugieren que debería desarrollar o incluso cambiar el Derecho.

Habiendo aclarado estos dos errores teóricos, estamos en condiciones de afrontar una equivocación importante en la que incurren las teorías de la interpretación constitucional. Habiendo establecido en la sección precedente que la interpretación constitucional tiene que contestar a una variedad de razones, unas a favor de la fidelidad al Derecho existente, otras a favor de su desarrollo, cambio y adaptación, es natural esperar que la tarea central de una teoría de la interpretación constitucional sea determinar la justa proporción de innovación y de conservación en la interpretación constitucional, es decir cuanto de una y de otra debe haber en cada caso. Pero esto es erróneo, y si no se rechaza puede dar lugar a falsas teorías. En efecto, olvida el hecho de que no hay razón alguna para desarrollar y cambiar el Derecho constitucional. Cuando el mismo es adecuado a la situación del país, no hay necesidad alguna de cambiarlo o desarrollarlo. La modificación del Derecho sólo es necesaria cuando es indeterminado en el caso a decidir por el tribunal o cuando es inadecuado. En esos casos el tribunal debería tomar en cuenta las razones para considerar si se debe seguir una vía u otra. Pero éstas pueden ser de muy diversa índole tanto por su naturaleza como por su importancia. Ninguna consideración moral de tipo alguno puede figurar en las consideraciones de un tribunal constitucional en esas ocasiones. No puede existir ninguna respuesta general a la cuestión de la importancia que deberían tener las razones que conducen al cambio en su conflicto con las razones a favor de la continuidad.

Desde luego, hay ciertas generalidades que pueden destacarse de antemano. Por ejemplo, generalmente (aunque no universalmente) se acepta que cuanto mayores son los defectos de la ley constitucional en cuestión, menos importante es preservar su continuidad y más importante es cambiarla. Además hay que indicar que a veces es posible compatibilizar la continuidad con el cambio, introduciendo modificaciones en la ley que se desvían poco de ella, especialmente en las cuestiones en las que las expectativas establecidas permiten hacer previsiones en base a la ley existente. Esto es especialmente cierto en aquellos casos en los que la necesidad de solucionar la indeterminación en cierto aspecto es la única razón para desviarse del Derecho existente. En tales casos, puede que no se haya generado expectativa alguna, y la resolución del caso no necesariamente afectará a la estabilidad. Así podríamos continuar ofreciendo algunas generalizaciones útiles. Pero eso no nos ayudaría a obtener una respuesta general sobre cual es la porción correcta de innovación y la de conservación que hay que sopesar en las decisiones constitucionales.

VI. CONSIDERACIONES SOBRE EL MÉRITO MORAL DE LA CONSTITUCIÓN Y SOBRE SU PAPEL INSTITUCIONAL

Hasta aquí he argumentado cuatro conclusiones importantes: Primero, que no existe una teoría real de la interpretación constitucional, a modo de cuadro de principios que nos permitan saber cual es la interpretación de la constitución correcta en cada caso. Todo lo que la discusión filosófica de la interpretación puede hacer es explicar la naturaleza de tal actividad y sus principales parámetros, para evitar algunos errores. Segundo, que existe un modo de comprender la distinción entre la interpretación innovadora de la constitución y la conservadora y a menudo también entre interpretaciones más o menos innovadoras (o más o menos conservadoras). Tercero, que la interpretación es un tema central de la argumentación jurídica

pues en ésta la fidelidad al original tiene que combinarse con las razones que proponen el cambio. La interpretación constitucional es clave para la adjudicación constitucional, pues los tribunales se enfrentan a consideraciones morales en conflicto, algunas a favor de la continuidad y, por tanto, a favor de hacer efectiva la constitución tal y como es en determinado momento, y otras que señalan la necesidad de desarrollarla y mejorarla. Cuatro, que no tiene sentido la pregunta general sobre la justa proporción que debe existir entre conservación e innovación en la interpretación constitucional.

Para seguir progresando en este argumento, es preciso realizar una objeción a esta tercera conclusión —que cualesquiera que sea el mérito de la interpretación innovadora en la literatura, la historia, etc., la interpretación judicial de la constitución debe ser puramente conservadora. Con anterioridad argumenté contra esta afirmación en base a que:

- a) los tribunales se enfrentan con cuestiones morales y deben afrontarlas tomando decisiones moralmente justificadas, y
- b) estas consideraciones morales a menudo no sólo señalan las ventajas de la continuidad, sino también el deseo de cambio y mejora de las cláusulas constitucionales en cuestión.

Mi oponente imaginario está de acuerdo con ambas premisas, pero no con la conclusión que se deduce de ellas. Parece deducirse, señala, sólo porque omito la importancia de las consideraciones institucionales en las decisiones legales. Por encima de las consideraciones morales a las que me referí, se encuentra la teoría de que el papel de los tribunales consiste exclusivamente en aplicar la ley tal como es²⁶. A otros corresponderá mejorarla. Así, el hecho de que existan fundadas razones para estar en desacuerdo con la

²⁶ Podría imaginarse un objetor más moderado que permitiese a los tribunales una función creativa en determinadas circunstancias. Aquí empleo la postura radical para expresar mejor mi argumento.

ley tal y como es, no justificaría en absoluto el «activismo» judicial. No es la tarea de los jueces. Éstos tienen que limitarse a realizar su trabajo y nada más.

El valor de esta objeción es el de recordarnos la importancia de las consideraciones institucionales en la justificación de las acciones legales y políticas. La objeción descansa en la doctrina de la división del trabajo entre los distintos órganos de gobierno. Pero, detrás de esto se esconden complejas consideraciones adicionales de tipo institucional, la ventaja de desempeñar una u otra tarea, y otras justificaciones necesarias. Los filósofos están a menudo dispuestos a alejar las consideraciones institucionales de su horizonte. A ello contribuye también el que las consideraciones institucionales no marcan una solución como mejor que otra. Se limitan a indicar si el tribunal es o no un cuerpo competente para preferir una determinada interpretación, no a ver si eso es mejor o peor para el Derecho. En otras palabras, que las consideraciones institucionales no contribuyen a ver qué resultado es el mejor. Por el contrario fijan qué decisión está justificada. Actúan como límites paralelos, aunque no son necesariamente excepcionales²⁷.

La objeción es que mi argumento omite el efecto de los límites institucionales, y que una vez solventada la objeción puede afirmarse que los tribunales no pueden modificar la ley. ¿Es éste el único papel de los tribunales? Mi argumento anterior de que ya que los tribunales tienen que tomar decisiones morales, tienen que tomar la mejor decisión desde el punto de vista moral, es demasiado simplista. Toma en cuenta simplemente quien es el agente. Los tribunales no actúan en su propio nombre. Actúan como órganos de la sociedad política, es decir —dicho simplísticamente—, del Estado. Es el Estado el que tiene la responsabilidad de alcanzar el resultado correcto. De aquí no se sigue automáticamente, y esto es lo que señala la objeción institucional, que deba hacerlo a través de sus tribu-

²⁷ Noción introducida por Robert NOZICK, en *Anarchy, State and Utopia* (New York. Basic Books. 1974).

nales. El Estado cuenta con otros órganos, y probablemente los tribunales deban limitarse siempre a aplicar el Derecho existente, y si no es el correcto, o sea, si el Derecho debe ser modificado, entonces es a otros órganos del Estado a los que corresponde modificarlo.

¿Cómo puede entonces fijarse cual es la responsabilidad de otros órganos del Estado? En primer lugar examinando la estructura de los órganos estatales y la división de poderes contenida en la constitución. Pero, además de eso, hay que examinar la relevancia moral de dicha estructura. No sería moralmente adecuada si siguiéndola no podemos confirmar que el Estado llega a la conclusión correcta en cada caso. En ese supuesto corresponde a cada órgano estatal el considerar si debe moralmente alejarse del Derecho existente para llegar a la solución correcta. Debería, por supuesto, sopesar las razones, de continuidad, división de poderes y otras, en contra. Pero no puede seriamente eludir la cuestión de la oportunidad del cambio. No es necesario aquí explorar la estructura de ese tipo de razonamiento. La lección importante es que la cuestión del papel relativo de las instituciones es en sí misma, como todas las otras cuestiones examinadas, una cuestión moral, y los tribunales tienen que actuar moralmente en la aplicación de la división de funciones.

El hecho relevante en lo que a nosotros nos ocupa es si el papel del Estado y de los tribunales incluye la responsabilidad de mejorar la constitución y si es una cuestión de interpretación constitucional. Como ya dije, en muchos países las cuestiones de interpretación en este nivel de generalidad están sujetas a controversia y desacuerdo. Dado que en tales países no existe una determinada práctica al respecto, no existe en ellos un Derecho establecido sobre la cuestión y no hay nada que impida a los tribunales jugar su propio papel moralmente vinculante.

¿Es el papel de los tribunales simplemente el limitarse a aplicar el Derecho existente?²⁸ Tal sería su papel si y

²⁸ Estoy omitiendo aquí la objeción a esta postura que reta su inteligibilidad y afirma que cualesquiera que sean las intenciones de los tribunales, no pueden

sólo si existiesen otros órganos estatales capaces de encargarse de mejorar el Derecho de ser necesario. Cuanto más se transgrede la constitución menos posible es que existan esas alternativas.

Pero, ¿acaso del hecho de la infracción de la constitución no se sigue, no que los medios de solucionarlo sean inadecuados, sino que no sea deseable su reforma más que por el procedimiento previsto? Puede que esto sea lo que sus autores pretendieron, pero no necesariamente tiene que ser lo mejor. Estamos ante otro debate que aquí sólo puede ser aludido. Existen buenos motivos para separar el desarrollo y ajuste de la constitución del acontecer de la política ordinaria. En muchas circunstancias es beneficioso asegurar la estabilidad y duración del marco de las instituciones de gobierno y los principios fundamentales frente a las presiones políticas a corto plazo. Pero el caso de la separación no implica que haya que dificultar el cambio de las cláusulas constitucionales. Significa simplemente que es preciso un especial procedimiento de control del cambio. El argumento contra los cambios fáciles está a favor de la estabilidad y continuidad del Derecho constitucional. Pero este supuesto supone conclusiones complejas. Establece que los cambios radicales no deben ser efectuados de manera fácil. Su adopción requeriría publicidad, un amplio debate público y un consenso sustancial y duradero. No hay objeción al desarrollo regular del Derecho dentro del marco existente. Tales modificaciones no quiebran la continuidad. De hecho en su conjunto tienden a favorecerla. Hasta aquí no he distinguido entre estabilidad del Derecho —es decir la ausencia de cambios en él— y estabilidad en los efectos sociales o económicos del Derecho. Dado que ambas van a menudo de la mano, no había razón alguna para distinguirlas. Pero van de la mano sólo cuando las condiciones sociales, políticas o económicas subyacen-

sino comprometerse en el desarrollo y cambio de la ley, al menos en ocasiones. El argumento en el texto va más allá y afirma que hay ocasiones en las que los tribunales deberían comprometerse a realizar una interpretación innovadora, aún cuando podrían evitarlo.

tes no cambian. Si cambian, el Derecho tiene que cambiar si quiere continuar teniendo los mismos efectos sociales o económicos. En tal caso la interpretación innovadora que modifica el Derecho le impide oxidarse y convertirse progresivamente en más inadecuado a su tarea, necesitando de una mayor reforma. Por supuesto el efecto acumulativo de las pequeñas reformas puede llevar a un cambio radical en el Derecho constitucional con el paso de los años. No obstante, la estabilidad es compatible con el cambio lento, sea cual sea su efecto acumulativo. Por eso la desviación de la constitución puede justificarse en la medida en que asegura un extenso debate y un sólido consenso tras los cambios constituciones radicales. También significa que corresponde a los tribunales el tener en cuenta las mejoras continuas y los ajustes con las estructuras existentes. El argumento institucional en contra de las interpretaciones constitucionales innovadoras por parte de los tribunales queda en evidencia.

VII. CONSIDERACIONES MORALES Y LEGALES: DONDE LA LEY ES AUTÓNOMA

En la discusión precedente se asumió la existencia de dos anclas para la interpretación constitucional. Por un lado, razones de continuidad militan a favor de la interpretación conservadora²⁹. Por otro lado, las imperfecciones legales militaban a favor de una interpretación innovadora que desarrollase y modificase la constitución. Las interpretaciones conservadoras articulan o restablecen el sentido actual de las cláusulas constitucionales en cuestión. Esto significa que intentan capturar el sentido que dichas cláusulas tienen en la práctica constitucional del momento. En los primeros días de una constitución éste sería el sentido perseguido por sus autores, tal como se manifiesta

²⁹ Pero recordemos la distinción existente entre continuidad de la ley y continuidad de sus efectos, antes mencionada. La primera sólo será necesaria cuando sea ineludible para la segunda.

en su texto, entendido en función de las convenciones semánticas y de la interpretación de ese momento³⁰. En los últimos días, ese significado será gradualmente abandonado por las sucesivas interpretaciones y por el modo en que las cláusulas relevantes han sido entendidas en las prácticas de las instituciones legales de ese país y por su población. Naturalmente, a menudo la constitución así entendida será vaga e indeterminada en muchos aspectos. ¿De qué manera afecta la indeterminación moral y legal a la interpretación?

La indeterminación en las cláusulas constitucionales favorecerá la interpretación innovadora. En la medida en que sólo determine lo que era indeterminado, no ofenderá la estabilidad. Cualesquiera que sean las previsiones constitucionales en cuestión deben hacerse efectivas las razones morales. A veces, sin embargo, existe indeterminación en ambas, en la ley y en la moral. Pese a ello debe tomarse una decisión y fijarse una solución constitucional. ¿Qué puede hacer entonces el tribunal?

Aquí viene a colación una distinción introducida en la Sección III. Allí distinguí entre las razones meritorias, basadas en el mérito o valor de la constitución y sus cláusulas, y las razones para enmendar la constitución, o algunas de sus previsiones, que no dependen en absoluto del mérito de dichas previsiones. Ejemplos de este segundo tipo de razones serían la necesidad de un cambio para infundir optimismo en el futuro próximo, o para ganarse la adhesión de un segmento de la población. Cuando nos referimos a las consecuencias de la inconmensurabilidad de razones, es preciso distinguir entre la inconmensurabilidad de todas las razones que intervienen en una decisión y la inconmensurabilidad de algún tipo de razones.

Las razones de mérito que muestran que una interpretación, innovadora o no, de la constitución es mejor que su alternativa tienen un lugar preferente en la interpreta-

³⁰ Esta fórmula pretende captar la esencia de las conclusiones de mi ensayo «Intention in Interpretation», en R. P. GEORGE (ed.): *The Autonomy of Law* (Oxford. Oxford University Press. 1996), pp. 249-186.

ción de la constitución. Esto es así, no porque puestas en la balanza esas razones de mérito anulen todas las demás razones con las que pueden entrar en conflicto. No es así. Existen razones que en ocasiones pueden anular estas razones. El tribunal puede, para mencionar una consideración familiar, adoptar una interpretación que deje a la constitución en una posición de inferioridad respecto a lo que podría haber resultado de otra interpretación, con el fin de frenar a un legislativo o a un ejecutivo hostiles, que de otro modo podrían limitar el poder de los tribunales o comprometer su independencia. Las razones de mérito son las razones primarias porque definen la tarea de los tribunales en la interpretación constitucional: aplicar la constitución cuando ello es adecuado a su función de mejorarla, cuando lo pide. El éxito, y también el mérito, de mantener el sistema de tribunales constitucionales existente, depende de su adecuación a la función a la que sirven. Si a largo plazo los tribunales constitucionales no sirven a la función para la que fueron creados —así, si no sirven a esa función tan bien como deberían—, entonces habría que reformarlos y asignar algunas de sus funciones a otra institución. Pero, repetimos, el hecho de que las razones de mérito sean primarias no significa que sean las únicas razones que los tribunales constitucionales tienen que tener en cuenta, ni que sean siempre decisivas.

En la sección III aludí a que cuando consideramos la legitimidad de la constitución en su conjunto, las razones de mérito a menudo determinan el veredicto. A menudo la constitución que tenemos es legítima no porque sea superior a cualquier otra alternativa, sino porque es la que tenemos, y no hay nada de malo en ello; o sea que cae dentro de lo moralmente permisible. Sin embargo sería un error pensar que de ahí se deduce que si la constitución es legítima, entonces las consideraciones de mérito no juegan papel alguno en la interpretación constitucional. Dado que el país tiene un constitución legítima y que ha desarrollado las instituciones y usos para adecuarlos a ella, son aplicables muchas consideraciones de mérito que de otro modo no lo serían. Por ejemplo, dado que en democracia es muy

importante al definir la doctrina de la libertad de expresión, la libertad política, los fundamentos del derecho a la libertad de expresión dependerán en parte inevitablemente de los poderes del gobierno en todos los campos. Dicho llanamente, cuanto mayores sean los poderes del gobierno más amplio será el derecho a la libertad de expresión.

Las razones de mérito dependen también de otros aspectos de la vida económica, social y legal de un país. Comparemos dos ejemplos, ambos relacionados con el equilibrio adecuado entre la libertad de expresión y la protección de la administración de justicia de la indebida influencia de los medios. Primero, ese equilibrio depende de la conducta de los medios en el país. Cuando prevalece el buen sentido en la práctica, la libertad de prensa puede y debe ser más amplia que cuando la conducta de los medios es desconsiderada hacia la necesidad de proteger la administración de justicia de su influencia. Segundo, el equilibrio también depende de si los juicios y demás procedimientos legales tienen lugar ante jurados o ante jueces profesionales sin la intervención del jurado. En el segundo ejemplo la doctrina de la libertad de expresión está afectada por razones de mérito que dependen de otro aspecto de la constitución; en el primer ejemplo está afectada por prácticas sociales no contenidas en la ley. En ambos supuestos las razones de mérito tienen un considerable peso pese a que la constitución cuyas cláusulas son objeto de litigio no es la única buena moralmente sino una constitución que está dentro de lo permisible moralmente y legitimada por la práctica.

Dicho esto, debo añadir que, aunque las razones de mérito son muy importantes en cuestiones constitucionales, a menudo son inconmensurables. No lograrán determinar qué cláusula constitucional es mejor. Como dije antes, eso no implica que no haya razones válidas para establecer que los tribunales deberían preferir una interpretación sobre las demás. Sin embargo, en su mayor parte estas razones están ligadas en particular por razón del tiempo y del que actúa. Es decir, que pueden ser razones aplicables en un determinado momento pero que terminan bastante rápidamente o pueden ser razones que obligan a determina-

do tribunal a interpretar la constitución de un cierto modo sin vincular a otros agentes. Mi ejemplo del modo en que la libertad de expresión depende de lo concienzudos que sean los medios respecto a la necesidad de proteger la administración de justicia ejemplifica la cuestión conocida de cómo la relatividad temporal de las razones de la interpretación constitucional afecta tanto a las razones de mérito como a las demás. La manera en que las razones que no se basan en méritos pueden relacionarse con el agente intérprete se ilustra con el ejemplo de la preferencia de una interpretación que no ate la acción del legislativo contra los tribunales. Supongamos que un individuo hace descansar sus relaciones con una agencia del poder ejecutivo del gobierno sobre la interpretación que, si se adoptase por los tribunales, ofendería al legislativo. El ejecutivo y sus subordinados no pueden legítimamente dejar de aceptar la validez de la interpretación en base a estas consideraciones. Se supone que sólo los tribunales se ven desfavorecidos por el legislativo. Los órganos del ejecutivo deberían, por eso, adoptar la interpretación resultante de las consideraciones de mérito. Desafortunadamente, si se niegan el individuo no podrá encontrar protección en los tribunales, que podrán correctamente inhibirse y no adoptar la «mejor» interpretación.

Podría decirse mucho más sobre el papel relativo al mérito y otras consideraciones. Pero tenemos que retornar al asunto de la inconmensurabilidad. Permítaseme resumir lo hasta aquí dicho:

- a) Las razones morales motivan todas las decisiones interpretativas, tanto las conservadoras como las innovadoras.
- b) Consideraciones de mérito pueden justificar una interpretación innovadora incluso cuando una interpretación conservadora sea posible, es decir, incluso cuando la cuestión venga establecida en la constitución tal cual es. Ese sería el caso cuando la necesidad de mejorar la ley sea mayor que la necesidad de continuidad en dicho punto, y cuando exista una interpretación que mejora la ley.

- c) Cuando la constitución es indeterminada en el asunto en cuestión la necesidad de mejora existe y no encuentra oposición directa en consideraciones de continuidad.
- d) El hecho de que el esquema constitucional en su conjunto esté legitimado por la práctica y sea meramente permisible, no significa que se agoten las consideraciones de mérito.
- e) Aunque las razones de mérito sean las primarias para las interpretaciones innovadoras, no son las únicas relevantes. Existen razones interpretativas válidas que no son razones de mérito y que compiten con ellas.
- f) Esas otras razones pueden determinar la interpretación correcta a adoptar incluso cuando ambas, la constitución tal cual es en ese momento y las razones de mérito, no sirvan para resolver el asunto en cuestión. La cuestión es: ¿cómo deben decidir los tribunales los casos en que esas razones fallen y no sirvan para resolver el asunto y dar una solución al caso?

¿Por qué es esto un problema? La actuación racional es un actuación en base a una razón que es razonable aunque pueda ser anulada. No es una acción porque anule todas las que puedan entrar en conflicto con ella³¹. No tenemos dificultad alguna en elegir una naranja de un frutero de naranjas precisamente porque no hay nada en qué elegir. Desde luego, las razones inconmensurables no son razones del mismo peso. Pero el hecho de que ninguna razón inconmensurable anule las otras no debería ser un misterio a la hora de ver cómo tenemos que arreglárnoslas para ver lo que hacemos cuando nos enfrentamos con razones inconmensurables. La inconmensurabilidad de razones es penetrante y aunque estemos lejos de tener una explicación filosófica de todas sus facetas, ello no implica una dificultad para explicar cómo podemos actuar sin creer que el acto

³¹ Me baso aquí en mi análisis en «Incommensurability and Agency».

que realizamos se basa en razones mejores que sus alternativas. Sin embargo existe un problema aquí, un problema específico del Derecho y de otras acciones públicas. Dicho problema no deriva de la dificultad de contemplar la inconmensurabilidad de razones con una teoría de la acción racional o la elección racional sino de un principio de moralidad política, a saber el principio de la responsabilidad por las acciones públicas. Este principio implica no sólo que los tribunales deben tomar sus decisiones por razones razonables, evitando las razones irrelevantes, sino también que en la medida de lo posible debe ser visible públicamente el hecho de que ninguna consideración irrelevante afectó a la decisión tomada. Este principio hace inapropiado a los tribunales actuar como lo hace la gente cuando está frente a la inconmensurabilidad de razones frente a las opciones que se le presentan. Las elecciones de la gente no están dictadas en parte por razón alguna. Revelan disposiciones y gustos que tienen, que pueden ser importantes o no en sus vidas, pero que son de naturaleza no racional. Es importante para las actuaciones públicas de las instituciones, no tomar decisiones cuya explicación sean las disposiciones y gustos no racionales de la gente que les gobernaba. Las instituciones públicas deberían desarrollar o adoptar mecanismos de distanciamiento —mecanismos que pudiesen descansar en la solución de los conflictos en base a algo independiente de los gustos personales de los jueces y de los demás funcionarios competentes.

Es esta necesidad de distanciamiento lo que lleva a muchos jueces a persistir en el argumento de que en modo alguno descansan sus decisiones en nada distinto a una interpretación conservadora de la ley y que sólo existe una interpretación verdadera. Pero la ley puede y debería proveerles con auténticos mecanismos de distanciamiento. En algún sitio señale cómo la doctrina legal puede jugar ese papel³². La doctrina legal puede ser, desde luego, simplemente lo que la moralidad dicta. Pero la doctrina más nota-

³² Joseph RAZ: «On the Autonomy of Legal Reasoning», en *Ethics in the Public Domain*, p. 326.

ble puede tener vida propia, alejada de consideraciones morales. Esta tendencia del pensamiento se suele llamar formalismo, conceptualismo y esencialismo y suele ser objeto de crítica. Pero sólo se merece la crítica —en el Derecho constitucional— en los casos en los que depender de la argumentación jurídica formal impide al tribunal adoptar una interpretación innovadora que permitiría mejorar la constitución. En los casos en los que las razones para las dos o más de dos mejores interpretaciones son inconmensurables, está justificado descansar en razonamientos legales formales; esto sirve de mecanismo de distanciamiento.

No quiero decir, desde luego, que tales mecanismos de distanciamiento sean siempre posibles en Derecho. Por el contrario, ya señalé antes que a menudo no son posibles y el Derecho es indeterminado. Sólo estoy señalando lo deseable que sería que fuesen posibles. Podemos ahora volver sobre el argumento explicado antes en esta parte de que es frecuentemente apropiado que los tribunales adopten una interpretación innovadora incluso cuando existe una interpretación conservadora que podrían adoptar en su lugar. Algunas doctrinas legales y métodos de interpretación caen dentro de mi categoría de doctrinas formales —aquellas que no están justificadas por su valor moral o cuya aplicación al caso en cuestión no puede ser así justificada. Las doctrinas legales formales, he argumentado, son válidas. Pero no deberían ser usadas para impedir a los tribunales recurrir a consideraciones morales en el desarrollo y mejora del Derecho. Deberían ser tenidas en cuenta sólo una vez agotados los recursos morales, cuando los tribunales necesitan recurrir a mecanismos de distanciamiento para justificar su elección entre interpretaciones de otro modo inconmensurables.

VIII. RECAPITULACIÓN:

¿PERO, ES LA MISMA CONSTITUCIÓN?

Posiblemente esta duda queda aún abierta. Si los tribunales hacen la constitución, ¿no parece que mucha gente

que lo cree, digamos que estén viviendo bajo una constitución adoptada hace doscientos años, estén equivocados? ¿Acaso si la gente como yo tiene razón entonces las constituciones han sido hechas y rehechas muchas veces desde entonces y no estaríamos viviendo ahora bajo la constitución entonces adoptada? Debe admitirse que la gente que no se da cuenta de que el Derecho constitucional descansa tanto en las decisiones interpretativas de los jueces como en el documento original que interpretan, y que niegan que los tribunales estén facultados para realizar interpretaciones innovadoras, está en un error. Pero no se trata del error de pensar que es la misma constitución. Es todavía la constitución adoptada hace doscientos años, del mismo modo que una persona que vive en una casa del siglo XVIII vive en una casa construida hace doscientos años. Su casa ha sido reparada, aumentada y cambiada muchas veces desde entonces. Pero es aún la misma casa y lo mismo ocurre con la constitución.

Una persona puede, desde luego, oponerse a redecorar la casa o a cambiar sus ventanas, diciendo que no sería lo mismo. En este sentido es verdad que una vieja constitución no es lo mismo que una nueva constitución, igual que una persona mayor no es la misma persona que cuando era joven. Del mismo modo la igualdad en ese sentido no es la igualdad de identidad (la vieja persona es idéntica a la persona joven que una vez fue). Existe identidad en todas las propiedades intrínsecas del objeto. A veces existen buenas razones para preservar no sólo el mismo objeto, sino el mismo objeto con todas sus propiedades intrínsecas intactas. En el caso de las constituciones tales razones son razones morales. Cuando éstas prevalecen, sólo una interpretación conservadora es adecuada. Como muchos otros, yo he señalado una serie de razones por las que las mismas no deben siempre prevalecer. La cuestión de mi recapitulación es advertir contra la confusión entre el cambio y la falta de identidad y contra el carácter espúreo de los argumentos que entraña esta confusión. Evitar errores es todo a lo que una teoría general de la constitución puede aspirar a alcanzar.