

Soberanía popular y democracia: Una crítica al control de constitucionalidad de Ronald Dworkin

Alejandro Gómez Masdeu
Universidad Autónoma de Madrid 

<https://dx.doi.org/10.5209/rpub.93260>

Recibido: 26 de diciembre de 2023 • Aceptado: 16 de marzo de 2025

Resumen. este artículo pretendemos estudiar la crítica de Ronald Dworkin a lo que denomina la *premisa mayoritaria*, y, más específicamente, analizar el *control de constitucionalidad* de la legislación por parte del poder judicial que propone en oposición a tal premisa. A partir de la relación intrínseca que sostendremos que existe entre soberanía popular y democracia, mostraremos cómo el *control de constitucionalidad* supone un cierto abandono de la soberanía popular, y, por tanto, una merma para el carácter democrático del sistema propuesto por Dworkin, aunque también expondremos los modos en los que el *control de constitucionalidad* podría compatibilizarse con la soberanía popular, mostrando con ello las aporías de esta posibilidad.

Palabras claves: Dworkin; control de constitucionalidad; soberanía popular; separación de poderes; constitución.

[EN] Popular Sovereignty and Democracy: A Critique of Ronald Dworkin's Judicial Review

Abstract. In this article we intend to study Ronald Dworkin's critique of what he calls the *Majoritarian Premise*, and, more specifically, the control of the constitutionality of legislation by the judges, which he proposes in opposition to that premise. On the basis of the intrinsic relationship that we will argue that exists between popular sovereignty and democracy, we will show how the control of constitutionality implies a certain departure from popular sovereignty, and, thus, a diminution of the democratic character of the system proposed by Dworkin, although we will also expose the ways in which constitutional control could be reconciled with popular sovereignty, demonstrating the aporias of this possibility.

Key words: Dworkin; Judicial Review; Popular Sovereignty; Separation of Powers; Constitution.

Sumario. Introducción. 1. El control constitucional según Dworkin. 2. *Democracia*: una aclaración terminológica. 3. Para una crítica del control constitucional en Dworkin. Conclusiones. Bibliografía.

Cómo citar: Gómez Masdeu, A. (2025). Soberanía popular y democracia: una crítica al control de constitucionalidad de Ronald Dworkin. *Res Publica. Revista de Historia de las Ideas Políticas*, 28(2), pp. 169-180.

Introducción

En este artículo comentaremos la crítica de Ronald Dworkin a la *premisa mayoritaria* y su idea de que el poder judicial debe poder tomar decisiones en contra del criterio de la mayoría de la población, potestad a la que denominaremos *control de constitucionalidad* (como traducción del original *judicial review*).

Cabe señalar algo desde el comienzo: Dworkin plantea que este control de constitucionalidad se da de hecho en la práctica norteamericana, aunque no todos los reconoczan¹, pero además lo defiende como mecanismo democrático. No será lo primero lo que discutiremos, que es una cuestión fáctica de historia política, sino lo segundo: la cuestión filosófica de si este es un mecanismo democráticamente aceptable. Para ello, optamos conscientemente por una bibliografía acotada y primaria, compuesta sustancialmente por los textos del propio Dworkin, con la voluntad de mostrar, desde ellos mismos, las aporías que estos acarrean.

Comenzaremos con una descripción del control de constitucionalidad de Dworkin y de sus presupuestos e implicaciones. Proseguiremos con un comentario sobre el concepto de democracia y su vinculación con la soberanía popular. Tras ello, intentaremos elaborar una crítica al control de constitucionalidad. Esto último constituye el verdadero propósito del artículo y la aportación que quizá podamos hacer a la cuestión estudiada. Es, además, a lo largo de la crítica donde se delineará con mayor exactitud la propuesta de Dworkin. En ese sentido, defenderemos que el planteamiento que hace Dworkin es o bien incompatible con un sistema regido realmente por el principio de la soberanía popular o bien una forma especialmente compleja de mantener una soberanía popular que, sin embargo, se encontraría dificultada y desdibujada -lo cual nos haría mantenernos, en cierto modo, en la premisa mayoritaria-. Estudiaremos muy sucintamente, además, si este mecanismo es un medio eficaz en la defensa de los derechos individuales.

1. El control constitucional según Dworkin

El *control de constitucionalidad* supone, en su definición más básica, una defensa de la potestad de los jueces de garantizar el carácter constitucional de las decisiones políticas², hasta el punto de poder impo-

ner decisiones concretas contrarias a las que apoya la mayoría del Parlamento si considera que así lo exige la Constitución, y, singularmente, en el contexto estadounidense, la *Bill of Rights*.³ El dilema político que se abre en este debate es claro: si es legítimo que un poder del Estado ordene decisiones contrarias al parecer de la mayoría de la sociedad o si, al contrario, lo característico de un sistema democrático es que sean siempre las mayorías sociales, tal vez mediante sus representantes, quienes tomen todas las decisiones políticas. A la identificación de la democracia con el gobierno de la mayoría, que sostendría esto último, es a lo que llama *premisa mayoritaria*.⁴

Resulta evidente la ascendencia del debate moderno entre Rousseau y Constant sobre la oposición *control de constitucionalidad-premisa mayoritaria* (aunque este es solo un ejemplo entre otros posibles). De un modo quizás excesivamente esquemático, podemos recordar que, si bien Rousseau defendía la primacía de una voluntad general inalienable, indivisible y determinada en la *asamblea general del pueblo*⁵, Constant alertaba sobre los posibles peligros de una soberanía popular irrestricta, pues esta podría acabar suponiendo la pérdida de los derechos individuales⁶. Constant, no en vano un autor estudiado por Dworkin⁷, propondrá, en un sentido muy similar al que veremos en nuestro autor, que “para que un sistema político sea democrático es necesario que se fijen límites en la constitución de tal manera que la voluntad de la mayoría no pueda disponer soberanamente de la existencia de los individuos o pueda restringir arbitrariamente sus derechos fundamentales”⁸.

³ Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 1989, p. 211; R. Dworkin, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, *op.cit.*, p. 107.

⁴ Esta definición sucinta de *premisa mayoritaria* nos resulta suficiente en este punto, pero puede consultarse la septuagésimo tercera nota a pie de página para una explicación mayor, que podría resultar en todo caso útil para la lectura del artículo en su conjunto.

⁵ J. J. Rousseau, *El contrato social*, Ciudad de México, PRD, 2017, pp. 18-20, 92.

⁶ Desde luego, cometeríamos un error identificando los planteamientos de Rousseau con los de los defensores de la *premisa mayoritaria* o los de Dworkin con los de Constant (B. Constant, *La libertad de los modernos*, Madrid, Alianza Editorial, 2019): es cierto que los dos últimos consideran que hay derechos que ha de mantener el ciudadano frente a un Estado que es visto con sospecha y cuyos excesos se temen, pero también es cierto que Dworkin ha alabado en ciertos textos algunos aspectos de la filosofía de Rousseau y que el listado de Constant de los derechos que ha de incluir la *libertad de los modernos* -en gran medida derechos económicos- no se corresponden exactamente con la división de Dworkin entre libertades básicas y otras libertades -en la que los derechos económicos quedan limitados y fuera de las libertades básicas (R. Dworkin, “Liberal Community”, *California Law Review* 77(3), 1989, p.504; R. Dworkin, *Los derechos en serio*, *op.cit.*, p. 379). En Constant, es el comercio (y la propia libertad de comerciar) la característica central de la sociedad moderna.

⁷ R. Dworkin, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, *op. cit.*, p. 121.

⁸ F. Cortés Rodas, “El reto de la democracia ante el despotismo: Benjamin Constant y Alexis de Tocqueville”, *Estudios Políticos* 40, 2012, p. 22.

¹ R. Dworkin, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, en H. Koh y R. Syle (eds.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 103, 133. Sí será un asunto central para Dworkin (cf. R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, Gedisa, 2012, p. 252; R. Dworkin, *La justicia con toga*, Barcelona, Gedisa, 2012, p. 157).

² Esto se hará según una *lectura moral* de la Constitución, es decir, una lectura guiada por los principios morales que la rigen. Cabe señalar que la definición exacta que Dworkin da de *principio* no se encuentra en los textos que nos sirven de guía principal, pero sí en *¿Es el derecho un sistema de normas?*, donde afirma que usará *principio* “para referirme a todo un orden de normas extrajurídicas [...]”, una norma que es menester observar, no porque haga posible [...] una situación [...] que se juzga conveniente, sino por ser un imperativo de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión de la moral” (R. Dworkin, «¿Es el derecho un sistema de normas?», en R. Dworkin (comp.), *La filosofía del derecho*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 118). *Principio moral* será, así, un término de mayor fuerza que utilizaremos para referirnos a unos principios que son, en cualquier caso, morales en su misma definición.

Así, la propuesta de Dworkin puede comprenderse como el intento de articular un mecanismo concreto que pueda defender los derechos individuales frente a la voluntad de ciertas mayorías de restringirlos. El horizonte al que apunta la propuesta de Dworkin, no se reduce al cumplimiento de la Constitución -que, establezca lo que establezca la Constitución, los jueces hagan que el ordenamiento jurídico sea lo más similar posible al que desearían los principios en que se basa-. Se trata más bien de que, sobre la base de una Constitución cuyos principios apoyan los derechos individuales, el control de constitucionalidad pueda ser, ante todo, una protección de tales derechos, que han de garantizarse a unos ciudadanos que deberían llegar a ser, en parte gracias a ello, "agentes morales independientes"⁹ dentro de su comunidad política. En ese sentido, la base moral y antropológica de la propuesta de Dworkin es la afirmación de que los seres humanos tienen unos derechos que el Estado ha de garantizar y que pueden ejercerse contra el propio Estado, pues son anteriores al mismo¹⁰. Nada de ello supone, como sabemos, una novedad radical respecto a la tradición liberal. Esta, en todo caso, encontraría en el mecanismo concreto defendido por Dworkin, aquí estudiado, una plasmación aplicada y concreta en el orden legal de esta afirmación básica que sirve como justificación primera de una propuesta como el *control de constitucionalidad*.

Así, el planteamiento de Dworkin afirma que, si bien los principios de la Constitución estadounidense apoyan el reconocimiento de *derechos individuales frente al gobierno*¹¹ -que denomina también *libertades básicas* y que deben garantizarse incluso si suponen una merma para el interés general¹²-, sería posible una mayoría social que quisiera restringirlos, contra la cual actuarían los tribunales. Dworkin reconoce que la vinculación de la democracia con la premisa mayoritaria es muy frecuente y que es necesaria la elección de cargos públicos mediante votación de la ciudadanía¹³, pero también defiende que un sistema democrático no puede reducirse a este modo de elección de los cargos públicos. Frente al *winner-takes-all* de la premisa mayoritaria y la homogeneidad moral que esta puede suponer, Dworkin buscará garantizar los derechos de las minorías. La garantía de estos derechos será una *condición democrática* que ha de darse para que "los procesos de toma de decisiones mayoritarios puedan reclamar cualquier ventaja moral automática"¹⁴. Es decir, se afirma una anterioridad de *iure* de ciertos derechos individuales sobre las decisiones mayoritarias de la población. La democracia será, entonces, no gobierno de la mayoría, sino "*legítimo* poder de la

mayoría"¹⁵, y esa legitimidad radica en las mencionadas libertades, entre las que se encuentran, por ejemplo, las de expresión, religión y conciencia.¹⁶ Al haber una continuidad entre lo moral y lo político -como Dworkin reconoce explícitamente, y por ello defiende una *lectura moral* de la Constitución-, se hace necesario comprender los posicionamientos morales de Dworkin: mantiene una postura ética no constructivista ni relativista y defiende la inalienabilidad de los derechos, lo cual nos retrotrae al *iusnaturalismo*, que fue origen, con el propio Locke, de la tradición liberal clásica y de los conceptos de *derecho a la resistencia* y de *desobediencia civil*, este último muy presente en el Dworkin de *Los derechos en serio*.

Además de por la protección de las minorías y los derechos individuales, este autor identifica otra ventaja de este modelo: puede haber "un tipo superior de deliberación republicana"¹⁷ cuando la decisión es judicial: "los ciudadanos pueden tener la posibilidad de ejercer mejor las responsabilidades morales de la ciudadanía cuando las decisiones se remueven de la política ordinaria"¹⁸. En esa situación, puede producirse un debate sobre principios y no una lucha por el poder político¹⁹ (aquí *política ordinaria* no es sino un eufemismo para referirse a las instituciones surgidas claramente de la soberanía popular). Como veremos en la próxima sección, en la que comentamos los conceptos de *democracia* y *soberanía popular*, incluso si fuera así, su propuesta no sería sino la de un mejor proceso republicano de deliberación que concluiría con un procedimiento claramente no republicano de decisión política.

En resumen, podemos ver a Dworkin como un autor liberal que apuesta específicamente por lo que David Held²⁰ denomina una democracia *protectora*, en la cual "los ciudadanos tienen tanto derechos personales a la protección del Estado como derechos personales a estar libres de la interferencia estatal"²¹, lo cual se une en Dworkin²² a un cierto elitismo democrático. En las taxonomías de Honneth²³, lo situaríamos en el *procedimentalismo*, posición que se vincula a la idea de *derechos fundamentales* mucho más que el *republicanismo*, cuyas características son, además, recurrentemente criticadas por Dworkin en su obra. En las de Habermas, de nuevo frente al republicanismo, lo localizaríamos en un liberalismo en el cual "el ordenamiento jurídico se cons-

⁹ R. Dworkin, "La lectura moral y la premisa mayoritaria", *op. cit.*, p. 127.

¹⁰ R. Dworkin, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 219.

¹¹ *Ibidem*, p. 284; R. Dworkin, "La lectura moral y la premisa mayoritaria", *op. cit.*, p. 101.

¹² R. Dworkin, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 284-286.

¹³ R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, pp. 185-188.

¹⁴ R. Dworkin, "La lectura moral y la premisa mayoritaria", *op. cit.*, p. 124.

¹⁵ R. Dworkin, "Constitutionalism and Democracy", *European Journal of Philosophy* 3(1), 1995, p. 2. Énfasis propios.

¹⁶ R. Dworkin, "La lectura moral y la premisa mayoritaria", *op. cit.*, pp. 101-107; R. Dworkin, "Constitutionalism and Democracy", *op. cit.*, p. 5.

¹⁷ R. Dworkin, "La lectura moral y la premisa mayoritaria", *op. cit.*, p. 132.

¹⁸ *Ibidem*, p. 132.

¹⁹ R. Dworkin, "Constitutionalism and Democracy", *op. cit.*, p. 11.

²⁰ D. Held, *Modelos de democracia*, Madrid, Alianza Editorial, 2006, p. 98.

²¹ R. Dworkin, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 288.

²² R. Dworkin, "La lectura moral y la premisa mayoritaria", *op. cit.*, p. 129.

²³ A. Honneth, "La democracia como cooperación reflexiva. John Dewey y la teoría de la democracia del presente", *Estudios Políticos* 15, 1999.

truye partiendo de los derechos subjetivos”²⁴, pues, también para él, “algunos derechos están basados siempre en un «derecho superior» racional de carácter suprapolítico”²⁵, como hemos podido ya notar con el concepto de *libertades básicas*. Conociendo ya cuál es la propuesta de Dworkin, proseguimos con una aclaración sobre el concepto de democracia.

2. Democracia: una aclaración terminológica

Dworkin nos habla de dos modelos de democracia.²⁶ Por una parte, existiría una concepción, que es la que identifica con la tradición de Gran Bretaña, que mantiene la premisa mayoritaria de modo irrestricto. Frente a ello, lo que propone nuestro autor es el “constitucionalismo”²⁷ o “concepción constitucional de la democracia”²⁸, que “niega que sea un objetivo definitorio de la democracia que las decisiones colectivas siempre o normalmente sean aquellas que una mayoría o pluralidad de ciudadanos favorecería si estuviera totalmente informada”²⁹, frente a lo cual sostiene que lo característico de la democracia es tratar a todos los individuos con igual consideración³⁰, incluso contra el criterio mayoritario de la sociedad.

Creemos que es posible hacer una crítica a esta segunda concepción de la democracia. No será nuestra voluntad en este punto afirmar que existe un significado real de los términos que haría ilegítimo el uso de cada palabra en cualquier sentido distinto al que nosotros propugnamos, sino mostrar que el uso que hace Dworkin del término *democracia* es sustancialmente incompatible con una definición frecuente de este término tanto a nivel popular³¹ como, en gran medida, a nivel filosófico³². No se trata solo

de que la propia definición etimológica de la democracia, δῆμος-κρατία, aluda directamente al *gobierno del pueblo*, sin restricción de renta, sino, ante todo, de que este sentido es también el que comparte Aristóteles en el libro III de la *Política* al caracterizar la democracia como el gobierno -degenerado- de los más, y específicamente de los pobres (“hay democracia cuando la mayoría es soberana”³³). La democracia moderna, obviamente, supone importantes diferencias respecto a la clásica. Sin embargo, bajo el concepto de soberanía popular teorizado por Marsilio de Padua, aplicado con notables limitaciones por algunas ciudades-estado renacentistas³⁴, aceptado por Locke -que asume, según Held, “la soberanía popular [y] la regla mayoritaria”³⁵- y presente en la concepción clásica de la democracia que Schumpeter³⁶ caracteriza y critica, sí se mantiene esa pretensión de que sea el pueblo el que gobierne y del cual emanen los distintos poderes del Estado, incluso aunque esto ocurra mediante representantes y utilizando para ello el voto, que clásicamente, como es sabido, se habría caracterizado como aristocrático. Sin duda, este concepto resulta central para una parte muy importante tanto de los demócratas como de la idea de democracia de los propios críticos de este sistema³⁷, que llegaron a hablar de la *tiranía de las mayorías* como *tiranía democrática* -pensemos en Constant y Tocqueville-.

La soberanía popular, sin embargo, puede llegar a quedar perdida en la propuesta de Dworkin. Esto la convertiría en una propuesta profundamente problemática en términos democráticos, pues que del pueblo *emanan los poderes del Estado* -por decirlo con la Constitución española, que se presenta a sí misma como democrática- quiere decir, necesariamente, que en la democracia el pueblo ha de tener

²⁴ J. Habermas, “Tres modelos normativos de democracia”, en J. Habermas, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona, Paidós, 1999, p. 235.

²⁵ *Ibidem*, p. 235.

²⁶ R. Dworkin, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, *op. cit.*, p. 116.

²⁷ R. Dworkin, “Constitutionalism and Democracy”, *op. cit.*, p. 2.

²⁸ R. Dworkin, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, *op. cit.*, p. 117.

²⁹ *Ibidem*, p. 117. Énfasis propios.

³⁰ R. Dworkin, “Liberal Community”, *op. cit.*, p. 501.

³¹ Como es sabido, es el que la soberanía nacional fuera soberanía popular lo que, por ejemplo, en el siglo XIX español, diferenciaba a liberales conservadores y progresistas de aquellos que se denominaban, precisamente, demócratas. Pensemos, en ese sentido, en el Partido Progresista Demócrata frente al Partido Liberal de Sagasta y el Partido Conservador de Cánovas, etcétera.

³² Podemos hacer referencia en este punto, de nuevo, a Constant (*op. cit.*), autor especialmente claro para comprender algunas corrientes liberales: si la libertad que propugna el liberalismo es una *libertad de los modernos*, que en gran medida es caracterizada como la libertad que no es *la de los antiguos*, aludir a un concepto griego de *democracia* podría carecer de interés, pues es precisamente la libertad que no se encuentra en la política griega la que defiende para el sistema de gobierno liberal, llámese este con un término proveniente de Grecia o con cualquier otra palabra. Del mismo modo, podría afirmarse simplemente, frente a nuestra perspectiva -más cercana al republicanismo-, que hay otra tradición igualmente democrática -pues reivindica igualmente para sí el término de *democracia*- que incluiría tanto a Cons-

tant como a Dworkin, así como a Weber o Schumpeter (J. A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo y democracia. (Tomo II)*, Barcelona, Folio, 1996, p. 208). La cuestión es que la utilización de un mismo término para referirse a sistemas incompatibles entre sí, sin las debidas matizaciones, podría hacer pensar a un lector desprevenido de Dworkin que, al mencionarse tal término, se plantea un sistema en continuidad con democracias como la griega o con modelos democráticos como el republicano o el rousseauiano, o que lo que se plantea es compatible con aquello que el sentido común de un ciudadano de, por ejemplo, Europa occidental, podría comprender cotidianamente como sistema democrático. En cierto modo, que nuestra definición de democracia es generalmente aceptada de forma teórica -no en la práctica- es algo aceptado por el propio Dworkin (“La lectura moral y la premisa mayoritaria”, *op. cit.*, p. 106; R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, *op. cit.*, p.189), quien, en vez de atender a la posibilidad de que exista un desajuste entre el concepto de democracia y la realidad política estadounidense (pudiendo proponer que esta última es preferible), opta por afirmar que la concepción generalizada de democracia es “inexacta” (“Constitutionalism and Democracy”, *op. cit.*, p. 2) y por modificar sustancialmente su definición de tal concepto, agarrándose, con ello, a la predisposición positiva que generalmente se tiene hacia el término.

³³ Aristóteles, *Política*, Gredos, 1988, 1279b. Asimismo, Aristóteles, *Política*, *op. cit.*, 1279b. También, en Platón, la democracia como el régimen de una única facción (Platón, *Diálogos IX. Leyes. (Libros VII - XII)*, Madrid, Gredos, 1999, 832b).

³⁴ D. Held, *Modelos de democracia*, *op. cit.*, pp. 61-67.

³⁵ *Ibidem*, p. 105.

³⁶ J. A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo y democracia*, *op. cit.*, p. 321.

³⁷ D. Held, *Modelos de democracia*, *op. cit.*, p. 63.

la última palabra. Frente a ello Dworkin sostiene que “la democracia no insiste en la necesidad de que los jueces tengan la última palabra, pero tampoco en que no deban tenerla”³⁸ y que “en algunas ocasiones la voluntad de la mayoría no debería gobernar”³⁹.

No afirmamos que, si la democracia fuera un espejo -pensemos en Cunningham-, no podríamos defender que una democracia plena es aquella en la cual el gobierno, entre otras cosas, trate a todos “con igual consideración; y [respete] todas las libertades individuales indispensables”⁴⁰, sino que, si queremos mantenernos en la soberanía popular, esta proposición no puede ser contraria al mantenimiento de la premisa mayoritaria como principio básico de todo sistema democrático: que una constitución refrendada mayoritariamente que negase los derechos individuales podría calificarse como deficiente democráticamente no nos legitima para afirmar que será democrático aquel sistema que garantice tales derechos incluso si se abandona la premisa mayoritaria y la soberanía popular, como ocurre si defendemos que “algún tipo de estructura constitucional que una mayoría no pueda cambiar es un prerequisito para la democracia”⁴¹ y llegamos a apoyar “una Constitución que no puede ser enmendada por la mayoría”⁴², lo cual parece incluso asumir una cierta filosofía de la historia según la cual las libertades básicas pueden ampliarse con el tiempo, pero no se puede alcanzar la conclusión de que algún derecho aceptado como básico en un momento dado deba ser revocado -al menos por los ciudadanos-, como de hecho ha ocurrido históricamente con la abolición del derecho a la propiedad de esclavos o con la exención conyugal en las leyes relativas a la violación.

Así, si oponemos procedimientos y principios, podría afirmarse que Dworkin es un defensor del principio democrático del respeto a las minorías, lo cual le lleva a oponerse al voto mayoritario como procedimiento. Lo que tratamos de mostrar, sin embargo, es que, en último término, Dworkin no apoya los principios democráticos por encima de los meros procedimientos como el voto, sino que formula procedimientos incompatibles con los principios democráticos, que son los que hacen de la soberanía popular algo imprescindible. La cuestión para nosotros no es que no sea deseable la protección de las minorías, sino qué procedimiento que no aluda en modo alguno a la mayoría puede estar democráticamente legitimado para imponer una ley: la cuestión no es negar que pueda haber tiranía democrática, sino si hay alguna alternativa que no sea una tiranía mayor o nos condene a una arbitrariedad minoritaria frente a la arbitrariedad de la mayoría. Como veremos, el control judicial de constitucionalidad no es una alternativa ni eficaz ni aceptable.

También podría decirse, en todo caso, que la argumentación hecha en este apartado del artículo es insuficiente para justificar la relación entre de-

mocracia y soberanía popular, que funcionará como premisa en toda nuestra argumentación posterior. Ciertamente, así es. Demostrar esta relación en toda su amplitud requeriría de un espacio del que carecemos. No obstante, y a pesar de que esta relación intrínseca entre democracia y soberanía popular opere como axioma en tradiciones tan destacadas como la del republicanismo democrático, considerábamos oportuno al menos trazar muy sucintamente una breve relación de motivos y autores, como Aristóteles, Platón y Rousseau, pero también los críticos con la *tiranía democrática*. Así, creemos haber podido mostrar que plantear la relación estrecha entre soberanía popular y democracia nos permite trazar continuidades con la noción griega de democracia, con el significado etimológico de la misma, con los planteamientos de autores centrales en la teorización moderna de la democracia, como Rousseau; con la articulación constitucional de los sistemas democráticos contemporáneos, con las denominaciones históricas de ciertos partidos y corrientes ideológicas, así como, también, obviamente, con el uso más frecuente y común de este concepto, del cual se ven sistemáticamente excluidos los sistemas que no aceptan una soberanía popular articulada en la forma del sufragio universal.

3. Para una crítica del control constitucional en Dworkin

3.1. Control de constitucionalidad y soberanía

3.1.1. Abandono y retorno de la premisa mayoritaria: la soberanía diferida

Afirma Dworkin que “parece que sólo hay una manera en que la sociedad que aspire a ser una democracia deba decidir qué principios abstractos o derechos se declaran en su constitución. Lo debe hacer por referéndum popular”⁴³. En ese sentido, hay una dependencia estructural: los mecanismos de control de constitucionalidad que deberían ser una limitación de la premisa mayoritaria dependen, a su vez, de una votación que da comienzo al sistema constitucional -aunque las libertades básicas de los ciudadanos, que han de quedar plasmadas en el texto constitucional, son, para Dworkin, anteriores a la Constitución misma-. La cuestión es que no hay mecanismo de legitimación plenamente democrático de una Constitución que no sea una votación cuyo fundamento es la ya criticada premisa mayoritaria⁴⁴, pues, en caso contrario sería, si se

⁴³ *Ibidem*, p. 10.

⁴⁴ Debemos señalar que, estrictamente, Dworkin nunca afirma el abandono de la premisa mayoritaria, sino que esta ha de estar limitada por las *libertades básicas* inalienables que ha de recoger la Constitución, pero si un control de constitucionalidad puede imponer el reconocimiento de tales derechos es porque estos son coherentes, al menos, con alguna interpretación posible de los principios morales que guían el texto constitucional, que es el punto de partida del proceso interpretativo y ha sido refrendado por el conjunto de la población, es decir, según la premisa mayoritaria. Nos mantenemos aún con esta afirmación dentro de las lógicas de Dworkin. La crítica más profunda que haremos posteriormente sobre la base de lo ya explicado nos llevará a afirmar que en realidad el control de constitucionalidad como lo plantea Dworkin puede llegar a ser notablemente indepen-

³⁸ R. Dworkin, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, *op. cit.* p. 106.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 107.

⁴¹ R. Dworkin, “Constitutionalism and Democracy”, *op. cit.* p. 2.

⁴² *Ibidem*, p. 3.

nos permite, una suerte de carta otorgada. Por ello, la mencionada dependencia, que es estructural al hecho constitucional mismo, haría, aparentemente, que la limitación a las decisiones de la mayoría actual dependa de la mayoría expresada en un momento anterior: podría haber lo que llamaremos, de modo inexacto, una soberanía *diferida*⁴⁵. Debemos recordar, en cualquier caso, que los autores de la Constitución “no fueron elegidos en una forma sancionada por [...] una mayoría de la población. [...] Las mujeres, los esclavos y los pobres quedaron excluidos”⁴⁶. Asimismo, en Estados Unidos no es la Constitución la que da a los jueces el papel de controlar la constitucionalidad de las decisiones, sino que fue la Corte Suprema la que se dio a sí misma ese papel⁴⁷, etcétera.

Otra cuestión es hasta qué punto las decisiones de los jueces son fieles a aquella soberanía. Está claro que las decisiones de los jueces no son, en gran medida, coherentes con lo que habría sido mayoritario en aquella sociedad que aprobó la Constitución -esto es evidente en asuntos como el aborto-. El propio Dworkin lo reconoce y teoriza⁴⁸. Así, critica la visión que denomina *del hecho evidente* según la cual “el único desacuerdo sensato sobre el derecho es un desacuerdo empírico sobre qué decidieron en el pasado”. Esta posición debemos comprenderla desde la distinción que hace en *Los derechos en serio*⁴⁹ entre *concepto* y *concepción*: debemos entender que el concepto de equidad, por ejemplo, está presente en la ley y nos ha de guiar en su lectura moral, pero no la *concepción* concreta que los constituyentes tenían de este concepto. Así, lo que se mantiene en la soberanía *diferida* no es la *concepción* -lo que sostenía de forma concreta la mayoría social del momento- sino el concepto, y este, como veremos, no está necesariamente en la literalidad del texto. Por ello, encontramos enormemente diluida aquella soberanía popular que aprobó la Constitución en su momento (si esta fue aprobada por un mecanismo que tuviera la soberanía popular como principio), y esta no queda sustituida por una soberanía presente sino por la decisión de la judicatura, cuya compleja relación con la soberanía actual comentaremos posteriormente.

La soberanía *diferida* no sería, en el sistema que Dworkin articula, una soberanía que remite a las mayorías sociales reales de ese momento origi-

diente del texto con el que supuestamente se comparan las decisiones del legislativo.

⁴⁵ Sobre la posición de Dworkin respecto al originalismo, que parece defender esta perspectiva, véase R. Dworkin, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, *op. cit.*, pp. 21-24 y R. Dworkin, *La justicia con toga*, *op. cit.*, pp. 38-40, 135-157.

⁴⁶ R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, p. 257.

⁴⁷ R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, Barcelona, *op. cit.*, p. 251. Cf. asimismo, R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, *op. cit.*, p. 209.

⁴⁸ R. Dworkin, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, *op. cit.*, pp. 109, 113.

⁴⁹ R. Dworkin, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 215. Véase también, para una defensa similar de esta idea, R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, p. 257-258 y R. Dworkin, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?” *Isonomía - Revista De teoría Y filosofía Del Derecho*, 32, 2019, p. 15.

nario, sino una referencia a los “principios morales abstractos”⁵⁰ que el texto aprobado por ellas expresa. Además, son los propios jueces a lo largo de la historia los que, según Dworkin, “elaboran una moral constitucional coherente”⁵¹ mediante sus decisiones: el juez tiene “la doble responsabilidad de *interpretar y crear*”⁵² teniendo en cuenta la historia de decisiones judiciales sobre este asunto, buscando, como el intérprete de una novela, “qué perspectiva o qué lectura hará posible mostrar la obra que tiene en frente como una mejor obra de arte”⁵³. Se trataría, en ese caso, de una fidelidad a la historia más que a su comienzo (y esto, según Dworkin, no implica ningún conservadurismo): “La equidad exige referencia a características estables y abstractas de la cultura política nacional, es decir, no a los puntos de vista de una mayoría política local o transitoria”⁵⁴. La mayoría presente y constatable queda desdibujada en favor de una suerte de *ultramayoría* difusa y más allá de lo transitorio y lo concreto, al nivel de los usos y costumbres. En un sentido similar, frente al lenguaje *estricto* de una soberanía cuantificable mediante el voto, Dworkin parece encontrarse más cómo en el lenguaje *difuso* de las “actitudes éticas *difundidas* en la comunidad”⁵⁵ y otros sintagmas similares.

En conclusión, hay una dependencia estructural no teorizada por Dworkin del control de constitucionalidad respecto a un proceso basado, frecuentemente con limitaciones, en la premisa mayoritaria, pero también una concepción del control de constitucionalidad destinado a que la fidelidad a ese primer momento de legitimación mayoritaria sea prácticamente nula, oponiéndose con ello a la postura originalista. El modo de lectura de la Constitución que defiende Dworkin es central en esto: habla de una *lectura moral* que “propone que todos, jueces, abogados y ciudadanos, interpretemos y apliquemos estas cláusulas abstractas [de la Constitución] con el entendimiento de que se refieren a principios morales. [Los jueces] deben decidir cuál es la mejor interpretación de un principio moral”⁵⁶, puesto que la ley no es solo la ley positiva (el texto mismo en su literalidad), sino también “the set of principles of political morality that taken together provide the best interpretation of the positive law”⁵⁷, que constitui-

⁵⁰ R. Dworkin, “La lectura moral y la premisa mayoritaria” *op. cit.*, p. 107.

⁵¹ *Ibidem*, p. 110.

⁵² R. Dworkin, “Cómo el derecho se parece a la literatura”, en R. Dworkin y H. L. A. Hart, *La decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 165. Énfasis propios.

⁵³ *Ibidem*, p. 165.

⁵⁴ R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, p. 265. Cf. asimismo R. Dworkin, “Reflections on Fidelity”, *Fordham Law Review*, 65(4), 1997, p. 1815 y R. Dworkin, *La justicia con toga*, *op. cit.*, p. 147: “Cuando no haya manera de reconciliar el texto y la práctica en una interpretación constructiva, el precedente y la práctica a lo largo del tiempo pueden en principio desbancar incluso a una pieza tan básica de los elementos interpretativos como el texto de la Constitución”.

⁵⁵ R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, p. 273.

⁵⁶ R. Dworkin, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, *op. cit.*, p. 101. Asimismo, R. Dworkin, *La justicia con toga*, *op. cit.*, p. 139.

⁵⁷ R. Dworkin, “Law’s Ambitions for Itself”, *Virginia Law Review* 71(2), 1985, p. 176.

rían junto a la ley positiva lo que denomina *full law*, en la que política y moral se entrecruzan⁵⁸. La oposición entre *lectura moral* y una más literal en *La lectura moral y la premisa mayoritaria* es muy similar a la que encontramos entre un *modelo interpretativo* y un *modelo positivista* de lectura legal en *Law's ambitions for itself*⁵⁹. En ambos casos, nuestro autor mantiene su preferencia por la primera, que tiende más al *activismo judicial* que a la *restricción*, en términos de *Los derechos en serio*. Del mismo modo, se tratará de elegir, si nos guiamos por *¿Es el derecho un sistema de normas?*, entre un derecho con *principios y normas jurídicas*, o tan solo con las últimas. La *lectura moral* que propone junto al control judicial de constitucionalidad es, en ese sentido, una constante de su obra, y es esta *lectura moral* de la *full law*, centrada en los *conceptos* y no en las *concepciones*, la que hace a los jueces alejarse de aquella soberanía diferida que hemos propuesto como hipótesis, pues esta estrategia de lectura supone legitimar al juez para alejarse de la literalidad de la ley al tomar decisiones según los principios y conceptos que la guían, que no son solo los formulados en el momento de legitimación democrática de la Constitución, sino también los que se derivan del conjunto de decisiones judiciales respecto a la constitucionalidad de las distintas leyes que se van promoviendo a lo largo de las décadas. Solo conociendo el modo de lectura legal propuesto por Dworkin en algunos de sus libros podemos comprender cómo el control de constitucionalidad “le otorga a los jueces el poder absoluto de imponer sus propias convicciones morales al público”⁶⁰, según sostienen los críticos de este control y de la lectura moral de la ley.

Obviando la cuestión del modo de lectura legal, podría haberse llegado a sostener que, al estar la Constitución validada por la soberanía popular del momento en que esta se promulgó -y de forma tácita por las generaciones posteriores-, toda decisión tomada por los jueces en base a ella tiene como legitimación democrática la referencia a esa antigua soberanía⁶¹. Esta no es la justificación de Dworkin, sino lo que podría haberse afirmado a la luz de la legitimación democrática de la Constitución que Dworkin sí menciona. Así, podría haber habido la siguiente lectura de la propuesta de Dworkin: el texto constitucional tendría realmente unos principios morales, y la labor de la judicatura es hacer un ejercicio hermenéutico para determinar cuáles son los principios morales que rigen realmente el texto. En ciertos momentos camina en esta dirección: “if the interpretative argument justifying this change is a good argument the change was directed by the positive law itself”⁶². Con ello, adopta una perspectiva distinta a la de un positivismo que, limitado a la *ley positiva*, en-

tiende como nueva legislación toda decisión judicial que vaya más allá del perímetro literal de la ley⁶³. Si esto fuera así –e insistimos en que el propio Dworkin parece en ocasiones sostenerlo– podría afirmarse que hay una operación despolitizadora en la propuesta: la disputa netamente ideológica entre modelos de sociedad pasaría a reducirse a la interpretación adecuada de un texto prefijado, pero no supondría la injusticia de darle a una minoría judicial la posibilidad de tomar decisiones por la sociedad en su conjunto, como los críticos sostienen⁶⁴.

No obstante, esta lectura sin ideología a la que algunos fragmentos de Dworkin tienden no es la que el filósofo sostiene de manera general. Afirma: “naturalmente, los jueces con convicciones políticas conservadoras harán una interpretación conservadora de los principios constitucionales”⁶⁵. Si tomamos

⁶³ R. Dworkin, «*¿Es el derecho un sistema de normas?*», *op. cit.*, p. 116.

⁶⁴ R. Dworkin, “*La lectura moral y la premisa mayoritaria*”, *op. cit.*, p. 104. En todo caso, Dworkin aporta un contraargumento a la crítica a que haya una minoría decidiendo. Afirma: “en una democracia extensa y continental, el poder político de cualquier ciudadano común es minúsculo en cualquier explicación de lo que significa el poder político, y la disminución de ese poder individual como consecuencia de los límites constitucionales de la voluntad mayoritaria es mucho más minúscula aún” (*Ibidem*, p. 129). Que en una democracia plena con un gran número de ciudadanos el poder de cada uno de ellos debe ser muy escaso -pero también el máximo posible- es cierto -y lo único posible si queremos mantener el principio democrático de igualdad-. Que eso reste importancia a disminuirlo más aún precisamente negando aquel principio de igualdad, puesto en práctica bajo el axioma *una persona un voto* que justifica que sea tan minúsculo el poder de *cada uno*, es algo absolutamente dudoso, más aún si la reducción para la mayoría de un poder ya exiguo lleva consigo la ampliación drástica del poder de una minoría (cf. R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, *op. cit.*, p. 208). Este principio de la igualdad de voto es incluso presentado por Dworkin como un *emblema tradicional* que debemos mantener por su valor simbólico (*Ibidem*, p. 201). En cualquier caso, Dworkin nunca duda en reconocer que cualquier concepción posible de la democracia debe incluir ciertos procedimientos mayoritarios, como la elección popular de representantes, que garanticen participación ciudadana (R. Dworkin, “*The Partnership Conception of Democracy*”, *California Law Review*, 86(3), 2019, pp. 457-458; R. Dworkin, “*Reflections on Fidelity*”, *op. cit.*, p. 1810).

⁶⁵ R. Dworkin, “*La lectura moral y la premisa mayoritaria*”, *op. cit.*, p. 102. Énfasis propios. Cf. Dworkin (*Ibidem*, p. 103): “Es evidente que la propia visión de los jueces de la moralidad política influencia sus decisiones constitucionales”. Igualmente, establece límites a esta dependencia de la ideología (R. Dworkin, «*¿Es el derecho un sistema de normas?*», *op. cit.*, p. 145) y algunos criterios para determinar los principios de la ley (*Ibidem*, p. 151). Pero la existencia en algunos países de *lawfare* o la condena por prevaricación a jueces con intenciones políticas tal vez aconsejen cierta prudencia en esa actitud por la cual, según Dworkin, de los jueces “se espera que se basen en principios, y no en el peso de los números o las diferencias de influencias políticas” (R. Dworkin, “*La lectura moral y la premisa mayoritaria*”, *op. cit.*, p. 132, énfasis propios). También se espera que traten de buscar la mejor interpretación por encima de sus preferencias ideológicas, lo cual supone, claro está, que hay una interpretación mejor que todas las otras (R. Dworkin, “*Constitutionalism and Democracy*”, *op. cit.*, p. 10; R. Dworkin, *La justicia con toga*, *op. cit.*, p. 36; R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, p. 261). No obstante, en otro momento, afirma que “su tesis fundamental [es] que la interpretación en el derecho es esencialmente política” (R. Dworkin, “*Cómo el derecho se parece a la literatura*”, *op. cit.*, p. 172), pero no partidista, sino vinculada a la teoría política. Es por ello que se habla de “la decisión judicial como instrumento de gobierno” (R. Dworkin, “*¿Deben*

⁵⁸ *Ibidem*, p. 182.

⁵⁹ R. Dworkin, “*Law's Ambitions for Itself*”, *op. cit.*, p. 183.

⁶⁰ R. Dworkin, “*La lectura moral y la premisa mayoritaria*”, *op. cit.*, p. 102.

⁶¹ Cabe recordar que Dworkin trata la cuestión de la legitimación en el capítulo sexto de *El imperio de la justicia* (R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, pp. 141-145). No obstante, la perspectiva que sostiene no alude a los asuntos que nos ocupan en este punto.

⁶² R. Dworkin, “*Law's Ambitions for Itself*”, *op. cit.*, p. 181.

esta última postura, debemos reconocer la honestidad de Dworkin: los jueces son, al menos hasta cierto punto, agentes ideológicos en la disputa política sobre los principios morales de la Constitución. Siguiendo la segunda opción, si al mismo texto se le pueden imponer lecturas distintas de los principios morales, a partir de las cuales surgirían decisiones no solo distintas sino también contradictorias, la hipótesis -que necesitaría que aceptáramos la idea ingenua de una hermenéutica no ideológica del texto constitucional- de que el *control de constitucionalidad* se legitima por una soberanía diferida queda en entredicho, y, según lo expuesto en la sección anterior, es por coherencia con el principio de soberanía popular que un sistema puede considerarse democrático. De tal modo, nuestra posición no es la defensa ingenua de una supuesta neutralidad que Dworkin razonablemente critica. Muy al contrario, es su imposibilidad lo que nos lleva a defender un retorno del poder al Parlamento: la postura escéptica que afirma la imposibilidad de una lectura ideológicamente neutra de la *verdad de la Constitución* justifica no sacar del ámbito parlamentario aquello que *de facto* no es investigación sino decisión ideológica, puesto que lo que hace necesaria que la interpretación se vincule a la soberanía es ese carácter político y no (únicamente) epistémico de la interpretación —si es que epistemología y política son alguna vez ámbitos diferenciables—.

Si seguimos las ideas de Dworkin sobre la interpretación judicial, afirmaremos que hay una dependencia estructural que se mantiene en los mandatos más concretos de la Constitución entre esta y las decisiones judiciales y las leyes. Pero no solo eso: esta ha de aplicarse también en lo abstracto: “la interpretación constitucional debe comenzar con lo que dijeron los redactores”⁶⁶. No obstante, el concepto de *lectura moral* de Dworkin puede acabar haciendo que una interpretación y su contraria se entiendan *justificadamente* como surgidas del mismo texto⁶⁷. Esto hace que la importancia de la ley positiva legitimada por la soberanía popular quede claramente reducida. Lo problemático, así, no es que se declare inconstitucional aquello que lo es claramente con respecto a la letra de la ley, pues si no se hiciera la Constitución sería vacía, sino que sea la judicatura quien elija la interpretación que se convierte en ley habiendo más de una posible decisión *suficientemente justificada*, según el propio Dworkin acepta⁶⁸. Así, se sostiene que “el ideal estadounidense de un gobierno no sólo sometido al derecho, sino también

nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, *op. cit.*, p. 17; véase asimismo R. Dworkin, *La justicia con toga*, *op. cit.*, p. 12). No deja de ser relevante cómo ante la judicatura, que es un poder del Estado, se opta políticamente, por parte de un autor liberal como Dworkin, por una actitud de confianza que parece claramente opuesta a los modos emocionales característicos del liberalismo en lo referido al Estado en general, marcados más bien por la desconfianza y el temor a sus excesos, unos modos que Dworkin mantiene respecto a las partes del Estado más claramente surgidas de la soberanía popular.

⁶⁶ R. Dworkin, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, *op. cit.*, p. 110.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 111; R. Dworkin, “Law’s Ambitions for Itself”, *op. cit.*, p. 178

⁶⁸ R. Dworkin, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 212.

a los principios, es la contribución más importante que nuestra historia le ha dado a la teoría política”⁶⁹. En tal caso, ¿cuál es la diferencia real y práctica entre principios opuestos —como los que pueden tener distintas ideologías— e interpretaciones distintas del mismo principio que aterrizaran tal principio en decisiones concretas opuestas —las deseadas por distintas ideologías—, decisiones en realidad equivalentes a las que se podrían tomar desde una interpretación supuestamente fiel y ortodoxa —de ser posible— de principios opuestos? Y, si esta diferencia es mínima, ¿cuál es el valor que los principios, caracterizados de este modo, han aportado a la teoría política?

3.1.2. Control de constitucionalidad y la soberanía presente

Si, como hemos visto, el control de constitucionalidad no es investigación del texto del pasado sino, al menos en cierta medida, decisión ideológica de cómo interpretarlo, podríamos preguntarnos hasta qué punto esta decisión ideológica se corresponde con lo mayoritariamente deseado en el momento en que se toma. Que para Dworkin las decisiones judiciales puedan ir contra la mayoría no ha de impedirnos estudiar qué relación guarda *de facto*, y no sólo en lo reconocido por él, su control de constitucionalidad con la soberanía popular y las tendencias mayoritarias de la sociedad. El modo de elección de los jueces es clave en esto. Cabe decir Dworkin menciona solo de pasada esta clase de asuntos —el modo de elección de los jueces y la legitimación de la Constitución— y le interesan escasamente. Llega a decir que en cierto respecto “no importa [...] si los funcionarios son o no electos”⁷⁰. Sin embargo, estos son para nuestra lectura los asuntos clave que determinan si hay, por indirecta que pueda ser, alguna ligazón entre soberanía popular y control de constitucionalidad. Es decir, si, sea esto o no lo que Dworkin tiene en mente, sus textos proponen un elemento más de los posibles *check and balances* internos a la pluralidad de instituciones surgidas de la soberanía popular o si este elemento es verdaderamente ajeno a la misma. Esto es, si hay algún fundamento democrático en la propuesta de Dworkin que pueda llegar a hacerla aceptable incluso aunque el planteamiento de nuestro autor incida directamente en la ausencia de tal fundamento.

En el caso norteamericano hablamos de “jueces designados y electos por funcionarios electos”⁷¹. La elección de los jueces se produce por parte del presidente del gobierno, que “está autorizado para designar jueces de sus mismas convicciones”⁷². Los cargos son vitalicios⁷³, lo cual hace que sean el azar y la longevidad de los jueces los que determinen las mayorías en la Corte Suprema estadounidense. Este azar, claramente, no tiene relación alguna con el griego azar democrático, sino que genera posibles asimetrías ideológicas dentro del proceso neta-

⁶⁹ R. Dworkin, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, *op. cit.*, p. 106.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 128

⁷¹ *Ibidem*, p. 129.

⁷² R. Dworkin, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 278.

⁷³ *Ibidem*, p. 222.

mente aristocrático de selección tanto de los jueces como del presidente con la prerrogativa de nombrarlos. De tal modo, es una grieta abierta de la cual podrían surgir arbitrariedades en la composición ideológica del Tribunal. Esta arbitrariedad se podría producir más aún si fueran los jueces los que eligieran la composición de las más altas instancias del poder judicial, ya sean el Tribunal Constitucional o los órganos de gobierno de este poder.

Por una parte, si los jueces eligen a los miembros de la Suprema Corte, esta tendría una distribución ideológica distinta a la del conjunto de la sociedad, marcada por los grupos sociales sobrerepresentados en la judicatura, pues las mayorías ideológicas también cambian entre géneros, clases o niveles educativos, como es evidente. Esto es muy relevante si asumimos, como lo hace Dworkin, que hay interpretaciones conservadoras y progresistas de la legalidad. Sólo el total cumplimiento del ideal liberal de meritocracia, que nunca se ha materializado, empezaría a sentar las bases para evitar que esta asimetría ideológica entre judicatura y pueblo tuviera un carácter estructural. Por otra parte, si el presidente o el Parlamento eligen a los jueces, no hemos abandonado la premisa mayoritaria. Así, esta soberanía, de tercer orden, doblemente indirecta en los regímenes parlamentaristas -se elige a un Parlamento que elige a un presidente que, tal vez, elija algún juez-, no alude a un momento originario -como tampoco lo hace estrictamente una Constitución cuyas enmiendas han ido añadiéndose a lo largo del tiempo- sino a un espacio amplio que comienza en la elección del Parlamento que otorgó la presidencia al presidente más antiguo en nombrar miembros actuales de la Corte. Los fallos en la representación fiel de la sociedad que este sistema puede generar son evidentes. Es también posible que décadas de gobierno de una misma facción generen una Corte plenamente identificada en términos ideológicos con el gobierno, lo cual es, exactamente, lo que Dworkin querría evitar, pues esta podría no funcionar como contrapoder alguno.

Si el control de constitucionalidad era un mecanismo que nos permitía eludir la premisa mayoritaria y nos encontramos con que su composición surge de ésta y que puede llegar a ser modificada por las instituciones democráticas al someter a sus miembros a un *impeachment*⁷⁴, ¿no estamos manteniéndonos en una forma compleja de la premisa mayoritaria⁷⁵, que permite que esta se re-

fuerce si las instituciones votadas lo deciden, pero que abre la posibilidad de que se tomen decisiones según las mayorías ideológicas de un tribunal, que no tienen por qué corresponderse con las de la sociedad? ¿Por qué sería deseable un mecanismo tan enrevesado en su referencia a la soberanía y con tantos problemas de representatividad como el mencionado, si es además la independencia frente a la soberanía lo que Dworkin alaba teóricamente de este sistema, aunque después alude incomprensiblemente a la potestad del poder legislativo de religar a la soberanía este mecanismo eliminando al juez incómodo? Dworkin plantea una ventaja práctica, que comentaremos en la siguiente sección.

3.2. La justificación práctica del control de constitucionalidad y sus alternativas

Como ya señalamos al comienzo, la esperanza de Dworkin y el mayor argumento práctico en favor del control de constitucionalidad es que este sirve para la protección de las minorías. Las dificultades teóricas de Dworkin en su intento de abandonar la soberanía popular (al menos como único principio) podrían verse contrarrestadas, según sostiene, por una clara ventaja práctica de su propuesta: el control de constitucionalidad tendría la consecuencia efectiva de una mayor protección de los derechos de las minorías. A esto lo denomina “*result-oriented approach*”⁷⁶. No obstante, es difícil pensar que algún procedimiento que en una sociedad plural y compleja como las nuestras remita de modo directo o indirecto a la soberanía popular pueda estar ideológicamente determinado de forma completa en la dirección que Dworkin desea o en cualquier otra. Él mismo así lo establece: “perjudica a la democracia que un tribunal con autoridad tome la decisión incorrecta [...] pero no más de lo que lo hace cuando la

la mayoría –como sí defendería el concepto de *voluntad general* de Rousseau y la *democracia comunal* que este, según Dworkin, implica (R. Dworkin, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, *op. cit.*, pp. 121, 125)–, pero lo que el *control de constitucionalidad* implica no es solo la aceptación de eso, sino también la de que algunas decisiones no las tome la mayoría de la ciudadanía (*Ibidem*, p. 116). En resumen, la premisa sería en el primer sentido la idea de que toda decisión debe beneficiar a la mayoría, pero en el segundo que toda decisión política debe aceptarla la mayoría. Estas dos posibilidades, que Dworkin subsume bajo un único concepto, son claramente distinguibles. Nuestra crítica a este autor ni defiende ni critica la premisa en el primer sentido, sino que censura el abandono de la premisa en el segundo. Nuestro artículo, al aludir a la soberanía popular, por tanto, alude al hecho fáctico de las mayorías sociales existentes –que serán más o menos relevantes según si se asume la propuesta de Dworkin–, pero no al ideal de una *voluntad general* orientada al bienestar general, que en este punto ni apoyamos ni censuramos. Comentamos, en resumen, una estructura legal e institucional que podría privar a la ciudadanía de su potestad de tomar política y mayoritariamente sus decisiones, no el que esas posibles decisiones se guíen, en un momento dado, por uno u otro ideal. Nuestra afirmación no es que toda persona deba tener la misma influencia en la opinión pública, sino que ha de ser el conjunto de la sociedad el que tome en último término la decisión, algo que hará en el marco de una deliberación pública que podrá ser más o menos igualitaria –y, en ese sentido, la concepción mayoritaria no implica tampoco que toda persona deba tener el mismo papel en la deliberación pública–.

⁷⁴ R. Dworkin, “The Partnership Conception of Democracy”, *op. cit.*, p. 458.

⁷⁵ El *impeachment* es, no obstante, una posibilidad difícil (R. Dworkin, “Constitutionalism and Democracy”, *op. cit.*, p. 10).

⁷⁶ Premisa mayoritaria es un concepto complejo, y lo señalamos ahora porque es en este punto cuando necesitamos dividir sus significados y podemos comprender esta división. Al criticar esta premisa, Dworkin alude en primer lugar a la idea de que en ocasiones lo justo es distinto a lo defendido por la mayoría, pero, en segundo lugar, un orden institucional no dominado por la premisa mayoritaria será aquel que pueda garantizar que las libertades básicas sean legales incluso contra el sentir general –a través de mecanismos distintos a los de elección mayoritaria–. En la crítica a la premisa mayoritaria hay, en ocasiones indistintamente, una desidentificación entre decisión justa y decisión mayoritaria, y también unos contenidos concretos a los que se les atribuye el carácter de *justos*. Del mismo modo, hay otra ambivalencia: el término se refiere en principio a la idea de que no toda decisión política importante ha de beneficiar siempre a

legislatura mayoritaria toma una decisión incorrecta [...] La posibilidad de error es simétrica⁷⁷. Por esta simetría, vemos que no hay que tomar ninguna decisión entre una mayoría antiderechos y un poder judicial protector de los mismos, sino entre si dotamos al pueblo o a la judicatura de la capacidad de ampliar y disminuir derechos, cosa que ambos, simétricamente, pueden hacer. Así, puede ser acertada la afirmación de Dworkin según la cual, por ejemplo, la validez de una posición contraria a la pena de muerte no depende de si una mayoría la confirma, pero, según lo visto hasta ahora, esta independencia (moral o epistémica) respecto a la mayoría no justifica en modo alguno la ruptura de la premisa mayoritaria como principio legal.⁷⁸

Tampoco podemos aceptar la recurrente oposición que traza Dworkin entre beneficio de las mayorías y protección de las minorías. Algunos de los derechos que el control de constitucionalidad protegería, como el derecho a la muerte digna o las libertades de las mujeres, no abarcarían únicamente a minorías (aunque solo una minoría disfrute finalmente de ellos), lo cual parece en tensión con la fuerte oposición entre la mayoría y las minorías que articula la posición de Dworkin. E incluso si realmente se tratara siempre de minorías, una cultura liberal hará del derecho de las minorías una seña de identidad de la población en su conjunto⁷⁹: esa será, para nosotros, la “versión más intensa de comunidad compatible con la diversidad moral”⁸⁰ que Dworkin propone y que difícilmente se lograría si los derechos se impusieran judicialmente contra el sentir de la mayoría social. Si una democracia plena implica derechos individuales y soberanía popular (y sin duda también ciertos modos de organización económica y distribución de los bienes), es preferible la posibilidad *de facto* de la unión de soberanía popular y derechos individuales —y, así, también de su desunión— que la imposibilidad *de iure* de la primera, y, por tanto, también de la unión de ambas. Esta dimensión de contingencia está, sin duda, estrechamente vinculada con el concepto mismo de democracia, pero ello no excluye la necesidad de articular una arquitectónica institucional adecuada. Esta deberá mantener la vinculación entre la soberanía popular y los mecanismos que garantizan el cumplimiento del texto constitucional. Y esto puede hacerse de diversos modos: por una parte, mediante la inserción del poder judicial en la soberanía popular con la elección ciudadana de los órganos político-jurídicos de gobierno del poder judicial y de decisión sobre asuntos constitucionales —transformación en Parlamento del Tribunal Constitucional—; por otra parte, mediante la construcción de una arquitectónica institucional que haga retornar al poder legislativo estas cuestiones —incrustación del (posible) Tribunal Constitucional en el Parlamento—. Esta última opción, aunque no es la

más deseable para él, sí es mencionada y considerada aceptable por Dworkin.

Asimismo, afirma nuestro autor que “si la decisión del tribunal es correcta, [...] la decisión no es antidemocrática. [...] Ningún costo moral ha sido pagado, porque nadie ni individual ni colectivamente está peor en ninguna de las dimensiones que hemos propuesto”⁸¹. Son dos los problemas de esta argumentación: no sabemos quién determinará si la decisión judicial es correcta, pues no puede ser la mayoría, y no hay ningún procedimiento en Dworkin (que no esté ligado a la propia soberanía popular con su premisa mayoritaria) que pueda llegar a cambiar una decisión judicial incorrecta. Si los jueces actúan erróneamente, los derechos de las minorías solo se verían garantizados si eventualmente el poder legislativo elige nuevos jueces y una nueva mayoría anula la sentencia anterior, pero esto no es sino un retorno a la premisa mayoritaria que también puede utilizar, exactamente del mismo modo, otro gobierno frente a un aumento de derechos. Además, nada hay en el procedimiento propuesto que garantice que la decisión del tribunal sea correcta, y, por tanto, que no paguemos ningún coste moral, por mucho que todos podamos aceptar la casi tautológica afirmación de que es buena una buena decisión⁸². Dworkin nos dice que debemos apoyar su procedimiento de control de constitucionalidad porque las instituciones que surgen de la premisa mayoritaria pueden actuar incorrectamente, pero posteriormente nos informa de que su procedimiento sólo no tiene coste democrático si se utiliza de modo correcto, de que puede utilizarse correcta o incorrectamente —de forma simétrica— y de que no hay forma de imponer que sea correcto el modo en que se usa, por lo cual estaríamos estructuralmente ante los mismos problemas de los procedimientos que nacen de la premisa mayoritaria, y, además, con una soberanía popular limitada o doblemente indirecta y especialmente deformada.

Quizá haya períodos de la historia norteamericana en que este procedimiento haya tenido utilidad en sentido progresista. Esta es la ventaja práctica que mencionábamos. Pero eso no es justificación suficiente para afirmar que, en la arquitectónica misma del procedimiento planteado, hay alguna clase de garantía de que actuará siempre, o al menos con frecuencia, en sentido progresista⁸³. Son muchos los

⁷⁷ R. Dworkin, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, *op. cit.*, p. 134.

⁷⁸ Podemos ver una problemática similar en R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, p. 261.

⁷⁹ Dworkin apuntará en ocasiones, como sabemos, a una posible defensa del control de constitucionalidad en base a los avances que, de hecho, este habría producido en la historia estadounidense (R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, *op. cit.*, p. 209; R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, p. 252). Bajo este argumento es posible localizar las dos concepciones de la democracia que menciona en *Sovereign Virtue*, una *dependent interpretation* de la democracia, según la cual la mejor forma de organizar las instituciones democráticas será aquella que tenga como consecuencia una distribución más justa de recursos y derechos; y una *detached interpretation* de la democracia en la que solo se tienen en cuenta las características del proceso democrático mismo. Solo a partir del primer tipo de interpretación adquiere sentido esta justificación del control de constitucionalidad en base a sus supuestas consecuen-

⁷⁷ R. Dworkin, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, *op. cit.*, p. 134.

⁷⁸ R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, *op. cit.*, p. 204.

⁷⁹ El propio Dworkin afirma lo mismo (R. Dworkin, “The Partnership Conception of Democracy”, *op. cit.*, p. 458).

⁸⁰ R. Dworkin, “Law’s Ambitions for Itself”, *op. cit.*, p. 187.

contraejemplos que podrían ponerse en este sentido. Recordaremos tan solo unos pocos, como la anulación de *Roe v. Wade* –un caso muy significativo para Dworkin⁸⁴–, por parte de una Corte de mayoría conservadora, frente a la paradigmáticamente progresista Warren Court que falló en favor de *Roe*. Una anulación, por cierto, de efectos contrarios a los deseados por la mayoría social⁸⁵. Si acudimos al matrimonio igualitario, comprobamos que EEUU es el decimoséptimo país en legalizarlo. De todos los anteriores, sólo dos lo legalizaron por un procedimiento judicial, mientras que catorce lo hicieron a través de mayorías legislativas. Ciertamente, la visión de Dworkin puede tener un fundamento en este caso estadounidense –pues podría haber habido una ley federal garantizando este derecho antes de la decisión judicial–, pero no parece corresponderse con la historia global de avances en derechos civiles, ni tampoco con los últimos acontecimientos en otro derecho, como el del aborto. La ventaja comparativa para las minorías de un sistema de control constitucional es dudosa, pero más aún lo es tomar unos pocos casos históricos como justificación suficiente de una determinada estructura institucional.

También es posible una argumentación basada en motivos más estructurales: “Es más probable que los legisladores que han sido elegidos, y deben ser reelectos por una mayoría política, se pongan del lado de la mayoría en cualquier decisión”⁸⁶. Pero los ejemplos mencionados parecen contradecir esta argumentación y nos muestran que erraríamos si convirtiéramos ciertos hechos delimitados en el espacio y el tiempo en motivo suficiente para mantener el prejuicio demófobo del que Dworkin no evita hacer gala⁸⁷. Todo ello quizás deba conducirnos a cuestionar de un modo más radical la interpretación de Dworkin, que parece transformar la oposición ideológica entre corrientes políticas de masas en la oposición entre grupos sociales mayoritarios y minoritarios, defensores transparentes y unilaterales de sus particulares intereses.

En todo caso, que abandonar la soberanía popular no sea un medio ni aceptable ni necesariamente

cias. Véase *ibidem*, pp. 186-189, 209; asimismo, con otros términos, R. Dworkin, *La justicia con toga*, *op. cit.*, p. 151 y R. Dworkin, “The Partnership Conception of Democracy”, *op. cit.* Como sabemos, se trata de una oposición articulatoria de toda la teoría del derecho de Dworkin, y está, en ese sentido, en la base de toda su justificación del control de constitucionalidad.

⁸⁴ R. Dworkin, “Law’s Ambitions for Itself”, *op. cit.*, p. 180.

⁸⁵ R. Nadeem, “Majority in U.S. disapprove of Supreme Court abortion decision overturning *Roe v. Wade* | Pew Research Center”, *Pew Research Center - U.S. Politics & Policy*, 2023.

⁸⁶ R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, p. 264. Aunque Dworkin afirme en ocasiones no excluir la posibilidad de que las decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes las tomen instituciones distintas a las judiciales (R. Dworkin, “Reflections on Fidelity”, *op. cit.*, p. 1810), el control judicial es aquel que siempre comenta y defiende, también afirmando, en momentos como este, su superioridad respecto a otras posibilidades.

⁸⁷ Dworkin, sin embargo, lejos de reconocer este carácter parcial de la posible ventaja práctica del control de constitucionalidad, su limitación a una época y lugares concretos, acaba por afirmar que “la historia ha mostrado [history has shown]” (R. Dworkin, “The Partnership Conception of Democracy”, *op. cit.*, p. 458.) las virtudes de este mecanismo.

eficaz para defender los derechos de las minorías no implica que no podamos encontrar otros modos de apoyar estas libertades, como la defensa del derecho al asilo, el reconocimiento de la desobediencia civil como derecho⁸⁸, el despliegue de la educación pública con la esperanza, vana o fundamentada, de que la formación aumente la capacidad de deliberación de los ciudadanos; el establecimiento de mayorías parlamentarias reforzadas en asuntos constitucionales o el incremento de la proporcionalidad de los sistemas electorales. Asimismo, también apuntan en la misma dirección el fomento del ejercicio del voto –que pueda evitar la existencia de mayorías parlamentarias contrarias al aumento de derechos en sociedades en que ese aumento está mayoritariamente defendido, como ocurre en muchos estados de EEUU con el derecho al aborto⁸⁹–, y la inclusión explícita de los derechos individuales en la Constitución, aunque también de cláusulas de igualdad económica que puedan evitar la búsqueda de chivos expiatorios minoritarios ante un malestar generalizado. Todo ello, claro está, no es más que un breve catálogo de medidas posibles dentro del marco del Estado liberal y sus actuales estructuras económicas, cuya transformación más profunda y cualitativa es también, desde luego, defendible. No creemos, sin embargo, que la discusión que nos ha ocupado en este artículo no pueda ser relevante para los debates de, pongamos por caso, un constitucionalismo socialista.

Conclusiones

A lo largo de este artículo hemos explicado la propuesta de Dworkin del control de constitucionalidad, no solo resumiéndola, sino también comentando algunos conceptos necesarios para comprender la propuesta de este autor. A partir de una clarificación del concepto de democracia, hemos afirmado que el concepto de soberanía popular se encuentra estrechamente ligado a este, y hemos analizado la propuesta de Dworkin a la luz de este último concepto, lo cual nos ha permitido ver una posible dependencia estructural de la propuesta de Dworkin con respecto a la premisa mayoritaria tanto por un momento original de aceptación democrática de la Constitución como por el modo de elección de los jueces, pero también hemos señalado claramente las muy notables interferencias que tiene la referencia a la soberanía popular en estos procedimientos. Así, Dworkin acaba, a nuestro entender, en una propuesta que no es coherente en su defensa de una alternativa a la premisa mayoritaria, que no es eficaz en la representatividad de la sociedad que la premisa mayoritaria defiende, y que ni siquiera puede él mismo defender como una propuesta sin coste democrático, pues para que lo fuera, las decisiones de los tribunales tendrían que ser correctas, y él mismo reconoce que esto no ocurre, y no plantea ningún modo de garantizar que sí lo haga.

⁸⁸ R. Dworkin, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 187.

⁸⁹ G. Mulvihill, y L. Sanders, “Few US adults support full abortion bans, an AP-NORC poll finds”, *AP News*, 2023.

Bibliografía

- Aristóteles, *Política*, Gredos, 1988.
- Constant, B. *La libertad de los modernos*, Madrid, Alianza Editorial, 2019.
- Cortés Rodas, F. "El reto de la democracia ante el despotismo: Benjamin Constant y Alexis de Tocqueville", *Estudios Políticos* 40, 2012, pp. 15-37. <https://doi.org/10.17533/udea.espo.13201>
- Dworkin, R., "Cómo el derecho se parece a la literatura", en R. Dworkin y H. L. A. Hart, *La decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1997.
- , "Constitutionalism and Democracy", *European Journal of Philosophy* 3(1), 1995, pp. 2-11.
- , "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?" *Isonomía - Revista De teoría Y filosofía Del Derecho*, 32, 2019, pp. 7-29. <https://www.isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/262>
- , *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2012.
- , "¿Es el derecho un sistema de normas?", en R. Dworkin (comp.), *La filosofía del derecho*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 107-159.
- , *La justicia con toga*. Madrid, Marcial Pons, 2007.
- , "La lectura moral y la premisa mayoritaria", en H. Koh y R. Syle (eds.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 101-139.
- , "Law's Ambitions for Itself", *Virginia Law Review* 71(2), 1985, pp. 173-187. <https://doi.org/10.2307/1073016>
- , "Liberal Community", *California Law Review* 77(3), 1989, pp. 479-504. <https://doi.org/10.2307/3480555>
- , *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 1989.
- , "Reflections on Fidelity", *Fordham Law Review*, 65(4), 1997, pp. 1799-1818.
- , *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.
- , "The Partnership Conception of Democracy", *California Law Review*, 86(3), 2019, pp. 453-458.
- Habermas, J., "Tres modelos normativos de democracia", en J. Habermas, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona, Paidós, 1999, pp. 231-246.
- Held, D., *Modelos de democracia*, Madrid, Alianza Editorial, 2006.
- Honneth, A., "La democracia como cooperación reflexiva. John Dewey y la teoría de la democracia del presente", *Estudios Políticos* 15, 1999, pp. 81-106. <https://doi.org/10.17533/udea.espo.16677>
- Mulvihill, G. y Sanders, L., "Few US adults support full abortion bans, an AP-NORC poll finds", *AP News*, 2023. <https://apnews.com/article/abortion-poll-roe-dobbs-ban-opinion-fcfd5a799ac3be-617d9999e92eabe>
- Nadeem, R., "Majority in U.S. disapprove of Supreme Court abortion decision overturning Roe v. Wade | Pew Research Center", *Pew Research Center - U.S. Politics & Policy*, 2023. <https://www.pewresearch.org/politics/2022/07/06/majority-of-public-disapproves-of-supreme-courts-decision-to-overturn-roe-v-wade/>
- Platón, *Diálogos IX. Leyes. (Libros VII - XII)*, Madrid, Gredos, 1999.
- Rousseau, J. J., *El contrato social*, Ciudad de México, PRD, 2017.
- Schumpeter, J. A., *Capitalismo, socialismo y democracia. (Tomo II)*, Barcelona, Folio, 1996.