

El constitucionalismo según John Rawls [*]

Roberto Gargarella | Universidad de Buenos Aires

Resumen

El término “democracia” se encuentra completamente ausente del famoso libro de John Rawls, Teoría de la justicia. En Liberalismo político, en cambio, Rawls discute varios de los muchos temas sobre los que el concepto de democracia nos invita a reflexionar. En este escrito concentro mi atención en una de esas discusiones: la tensión entre constitucionalismo y democracia. Más específicamente, procuro examinar de qué modo Rawls trata de afirmar el doble compromiso que toda constitución quiere honrar, esto es, el compromiso con el ideal de la autonomía individual, y el compromiso con el ideal del auto-gobierno colectivo.

Abstract

The term “democracy” was totally absent from John Rawls’ most famous book, namely A Theory of Justice. In Political Liberalism, instead, Rawls deals more directly with some of the various issues that the concept of democracy invites us to discuss. In this paper, I focus my attention on one of these issues, which is the tension between constitutionalism and democracy. More specifically, I examine how Rawls tries to solve the theoretical conflicts that emerge when a constitution tries to simultaneously honor the ideals of individual autonomy and collective self-government.

Introducción

El constitucionalismo encierra en su núcleo un doble compromiso difícil de mantener: un compromiso con la idea de derechos al mismo tiempo que otro vinculado con la idea de democracia. El primero de ellos se expresa, habitualmente, en la adopción de una lista de derechos incondicionales e inviolables. El segundo compromiso, mientras tanto, aparece en la adopción de un sistema de toma de decisiones que tiene su eje en la elección periódica de autoridades, que se realiza conforme a los resultados de una votación mayoritaria.

A pesar de apariencias en contrario, ambos ideales –el de la democracia y el de los derechos- se encuentran en una fuerte tensión. Así, ocurre que, como demócratas, nos sentimos movidos a afirmar que todas las cuestiones públicas de importancia deben

quedar bajo nuestro control. Sin embargo, al mismo tiempo, y como defensores de los derechos humanos, tendemos a negar aquella premisa para afirmar que existen ciertos bienes que deben mantenerse intocados, sean cuales fueren las apetencias de una mayoría circunstancial en ese respecto. En este sentido, tendemos a rechazar cualquier pretensión mayoritaria por censurar ciertas opiniones o discursos, por más que –y sobre todo cuando- la gran mayoría esté convencida de que tales discursos son falsos, o sienta una gran indignación cada vez que aparecen tal tipo de opiniones. Del mismo modo, y a pesar de que como defensores de los derechos humanos nos interesa afirmar el carácter intangible de ciertos derechos, como demócratas tendemos a preguntarnos por qué cuestiones de tanta importancia como la libertad de expresión o la propiedad deben ser ajenas a nuestra reflexión crítica y nuestra decisión libre. Por ejemplo, nuestra defensa estricta del derecho a la propiedad privada tiende a contradecirse con nuestra convicción de que merecen discutirse los alcances, límites, contornos y contenidos del derecho de propiedad, o nuestra certeza de que pueden tomarse decisiones al respecto, aun cuando ellas impliquen drásticas modificaciones del actual estado de situación en la materia (i.e., en lo referido a la distribución de la propiedad).

En definitiva, lo cierto es que tomarse en serio el constitucionalismo nos exige dar una respuesta acerca del modo en que nos enfrentamos a –y somos capaces de sortear- dicha tensión entre el ideal de la sociedad autogobernada y el del respeto por los derechos. En este trabajo, voy a examinar el modo en que el filósofo John Rawls se acerca a dicha tensión y procura resolverla. Para ello, voy a concentrarme muy especialmente en el examen de su trabajo *Political Liberalism* (PL), en donde el profesor norteamericano se involucra más directamente en el análisis del problema [1]

Ackerman y una visión “dualista” de la democracia

En PL, Rawls distingue y propone cinco principios básicos del constitucionalismo. El primero, basado en las reflexiones de John Locke en sus “*Dos tratados de gobierno*”, resalta la importancia de distinguir entre el poder constituyente del pueblo -el poder por medio del cual establece un nuevo régimen- y su poder ordinario –aquél a través del cual ejerce diariamente su autoridad. El segundo principio, íntimamente

relacionado con el anterior, se refiere a la distinción entre la ley superior –derivada del poder constituyente del pueblo- y las leyes inferiores u ordinarias –derivadas de las acciones del electorado, y elaboradas a través de sus representantes en el Congreso. El tercer principio se refiere a la constitución democrática como la expresión que adquiere dentro de la ley superior el “ideal político del pueblo que se gobierna a sí mismo” (PL 232). El cuarto principio es el que apela a la Constitución ratificada y su declaración de derechos como los medios a través de los cuales la comunidad política establece, de una vez y para siempre, ciertos contenidos constitucionales esenciales (por ejemplo, la libertad de expresión, una igualdad básica en cuanto a los derechos políticos). El quinto principio es el que establece que el poder último de un gobierno constitucional no reside en un órgano particular (la legislatura, la corte), sino en las tres ramas del poder relacionadas entre sí, y responsables cada una de ellas frente al pueblo.

En la afirmación y desarrollo de estos principios, aunque con ciertas ambigüedades según veremos, Rawls muestra su propia teoría en confluencia con la visión desarrollada por Bruce Ackerman en sus estudios sobre el constitucionalismo. Como éste, Rawls considera que la democracia es “dualista” (es decir, una democracia en donde se distingue “el poder constituyente del poder ordinario, tanto como la ley superior del pueblo, de la ley ordinaria de los cuerpos legislativos” PL 233); reconoce la autoridad constitucional última en la acción de las tres ramas de gobierno actuando de forma concertada con la ciudadanía (PL 232); y justifica, apoyándose explícitamente en el trabajo de Ackerman, la acción del supremo tribunal de justicia cuando éste protege las expresiones más altas de los acuerdos públicos de la comunidad, considerándolo un actuar inimpugnable desde el punto de vista democrático (PL 23).

La idea de Ackerman, para quienes no están familiarizados con ella, es que una democracia como la norteamericana se entiende mejor si se diferencia entre dos de sus expresiones principales: la “política normal” y la “política constitucional” (Ackerman 1991). La política normal distinguiría a la situación más común en la práctica de la comunidad, caracterizada por un bajo nivel de involucramiento cívico en la toma de decisiones. En dichas circunstancias normales, las decisiones públicas son adoptadas por los representantes, en nombre de la ciudadanía, aunque muchas veces sólo en razón de las presiones de distintos grupos de interés. En cambio, durante los más extraordinarios momentos constitucionales, la ciudadanía se pone de pie y

muestra su activo compromiso con ciertos principios que quiere que pasen a formar parte de los compromisos constitucionales básicos de la comunidad. Para Ackerman, es muy importante ser respetuoso de lo que ocurre durante los momentos corrientes, es decir de la decisión del pueblo de retirarse de la política, delegando la toma de decisiones en sus representantes (a diferencia, por caso, de lo que podría sugerir una cierta concepción republicana de la política, que pretende que los ciudadanos jueguen un papel más consistentemente activo en la toma de decisiones públicas). Pero el reverso de dicho respeto a la pasividad normal de la mayoría está dado por la necesidad de que las instituciones resulten igualmente sensibles a las expresiones de la ciudadanía en los momentos constitucionales. Para Ackerman, las expresiones del pueblo durante tales circunstancias deben merecer un respeto y una consideración tan elevadas como las que reciben las reformas “formales” de la Constitución (es decir, una reforma que se hace siguiendo los procedimientos establecidos en el propio texto constitucional). De hecho, los acuerdos que alcanza la ciudadanía en tales circunstancias excepcionales se encuentran, según Ackerman, en un mismo escalón jerárquico que aquellas reformas (formales) de la Constitución. Es que, en definitiva, lo que otorga valor a las normas constitucionales (formalmente adoptadas o no) no tiene que ver con la calidad personal de sus autores, el momento particular en que fueron dictadas, o hechos por el estilo, sino con el extraordinario nivel de acuerdo ciudadano que las respalda. Así, y para ilustrar lo dicho con un ejemplo utilizado por el propio Ackerman, uno debiera poner en un plano de absoluta igualdad una enmienda constitucional particular, alcanzada conforme a los procedimientos constitucionalmente fijados, como la Decimocuarta Enmienda, y cambios de envergadura constitucional como los introducidos durante la época del New Deal (cambios referidos a la regulación de la propiedad) a través de una serie de decisiones políticas y movilizaciones sociales extraordinarias. Ambos tipos de reformas constitucionales (formales en un caso, informales en el otro) deben ser considerados como igualmente representativos de la voz soberana del pueblo.

Un corolario significativo de esta postura tiene que ver con el rol del poder judicial, y la justificación de su actuar en una democracia. Como sabemos, existe una larga lista de autores que considera “antidemocrática” la tarea que hacen los jueces cuando toman a su cargo el control de la constitucionalidad de las leyes. Cómo puede ser, se preguntan estos autores, que la rama del poder menos democrática (menos democrática en la medida en que sus miembros no suelen ser electos directamente por la gente ni

pueden ser removidos por ella y tienden, por el contrario, a ser designados en sus cargos de por vida) pueda prevalecer sobre las ramas políticas más directamente vinculadas con la voluntad ciudadana? (Bickel 1978; Ely 1980). Frente a una pregunta tan grave, Ackerman parece encontrar una salida inteligente, capaz de reconciliar nuestras intuiciones favorables a vivir en un sistema democrático y a establecer, al mismo tiempo, controles sobre los órganos de decisión democrática. Los jueces –nos dice Ackerman– no socavan la democracia sino que, por el contrario, contribuyen a fortalecerla, en la medida en que orientan sus acciones conforme lo sugiere la concepción “dualista” recién expuesta. Esto es, ellos cumplen un papel irreprochable desde un punto de vista democrático cuando se encargan de asegurar que las decisiones tomadas por los representantes en los momentos de política normal no contradigan lo expresado por el pueblo en momentos constitucionales. Actuando en este sentido, los jueces contribuirían a reafirmar la autoridad soberana del pueblo: serían, propiamente, los guardianes de la democracia (algo que no ocurriría, por ejemplo, si –tal como suele suceder en nuestra práctica cotidiana– los jueces invalidaran las normas elaboradas por el pueblo en “momentos constitucionales” en nombre de lo afirmado por aquél cientos de años atrás).

A través del recurso a una terminología algo más técnica, y a herramientas teóricas parcialmente diferentes de las empleadas por Ackerman, Rawls afirma una posición esencialmente similar a la de aquél. En su opinión, también es cierto que resulta incorrecto considerar la actuación de la corte como antidemocrática cuando “previene que la ley sea erosionada por la acción de legislaturas transitorias o, más habitualmente, por la acción de estrechos y bien situados grupos de intereses, hábiles en obtener lo que ellos quieren”. Que la corte pueda decidir de modo contrario a estas mayorías transitorias no significa que ella se convierta en un tribunal “antimayoritario con respecto a la ley superior cuando sus decisiones están de acuerdo, razonablemente, con la propia constitución y con sus enmiendas” (PL 234). Como Ackerman, Rawls también determina cuál es el papel que le corresponde jugar a la corte, y justifica su acción a partir de una concepción “dualista” de la democracia.

Virtudes y defectos del “dualismo” constitucional

Una posición como la defendida por Ackerman y, aparentemente, como la suscrita por

Rawls, es muy interesante pero a la vez muy polémica. Uno de los aspectos más interesantes de la misma es su capacidad para sortear hábilmente la encerrona que parece afectar a buena parte de los teóricos del constitucionalismo. En efecto, según vimos, una mayoría de autores tienen dificultades para explicar de qué modo el constitucionalismo puede conjugar las simultáneas preocupaciones en torno a la democracia y a los derechos. Quienes, enfrentados a dicho dilema, sugieren inclinarse hacia el “cuerno” de la democracia (en el caso de crisis entre la voluntad popular y un derecho particular), tienen problemas para decirnos por qué la Constitución suele parecernos un documento tan significativo, y como tal merecedor de un cuidado institucional tan intenso. Adviértase que si respondemos a este dilema como el demócrata, debemos aceptar, en principio, el desplazamiento de la Constitución cada vez que ella entre en conflicto con nuestras preferencias democráticas actuales. Esta defensa de la democracia parece demasiado simplista porque pone al mismo nivel todas nuestras decisiones mayoritarias, ya sea que se trate de principios con los que estamos férreamente comprometidos, y sobre los que venimos insistiendo consistentemente en el tiempo, y decisiones tomadas ocasionalmente por el parlamento, tal vez votadas de modo apresurado, en plena noche, y a raíz de las presiones de algún pequeño grupo de poder. Esta incapacidad para distinguir entre decisiones democráticas de distinta naturaleza, diría Ackerman, termina quitando todo atractivo a una postura como la señalada. Nuestras intuiciones parecen negarse a endosar una visión de la democracia tan desprovista de matices.

Por otro lado, sin embargo, la postura contraria –la que se inclina por dar primacía al “cuerno” de los derechos– se enfrenta a problemas similarmente graves. Entre otras dificultades, quienes se ubican en este lado muestran serios problemas para decirnos por qué, en suma, otorgan semejante importancia a la idea de derechos. ¿Estamos dispuestos a sacrificarlo todo en el altar de los derechos porque algunos filósofos o expertos nos han dicho que ciertos intereses humanos deben ser considerados inexpugnables? ¿Estamos dispuestos a hacerlo sólo porque tales derechos aparecen escritos en la Constitución o en algún tratado internacional? En definitiva, los defensores de los derechos suelen tener enormes dificultades para explicarnos las razones que dan apoyo a su postura, que parece acercarse peligrosamente a lo que Ackerman califica como un “fundamentalismo” de los derechos (Ackerman 1991).

De manera notable, y como anticipara, la propuesta de Ackerman es capaz de eludir

elegantemente, y con cierta suficiencia, dificultades como las señaladas. En efecto, y ante todo, dicha propuesta elude el “simplismo” de los demócratas que ponen al mismo nivel cualquier decisión que cuente con respaldo mayoritario. Justamente, y como viéramos, uno de los aspectos centrales de la concepción dualista consiste en la distinción entre decisiones tomadas en momentos corrientes y decisiones tomadas en momentos constitucionales. Ackerman tiene buenas razones para decirnos por qué comúnmente nos inclinamos por defender la Constitución o ley superior por encima de otras normas producidas, en el día a día, por la legislatura. Defendemos la prioridad de las leyes superiores porque ellas son la mejor expresión de nuestras convicciones democráticas más deliberadas. Del mismo modo, la postura de Ackerman no encuentra mayores dificultades para responder a la que suele ser la pregunta trágica para los defensores de los derechos, esto es, la pregunta acerca del origen de los mismos, la pregunta acerca de la fuente de su legitimidad. Frente a quien pregunte, con razonable inquietud, cuál es la razón por la que debemos aceptar el desplazamiento de una decisión parlamentaria frente al derecho de un particular o, más específicamente, qué confiere tan superlativo estatus a los derechos, Ackerman cuenta, claramente, con una buena respuesta. él puede señalar, como lo hace, que los derechos importan tanto porque ellos no son otra cosa que la síntesis última de aquellos profundos acuerdos democráticos. En efecto, los derechos, en su visión, aparecen como la expresión final de aquellos momentos excepcionales en que la ciudadanía se pone de pie y deja constancia acerca de cuáles son sus compromisos más importantes. Ya no es necesario hablar de ellos como “derechos naturales” (que nadie sabe en definitiva cuáles son, ni de dónde surgen), ni ver a los derechos como la creación de una minoría supuestamente iluminada, que pide que ciertos intereses (fundamentales en su opinión) sean protegidos siempre y a toda costa frente a cualquier embate mayoritario. Los derechos tienen valor, para Ackerman, en razón de que son la expresión de un extraordinario consenso, la obra más importante de nuestra ingeniería democrática. La paradoja crucial del constitucionalismo, así, aparece disuelta: no hay tensión ni contradicción alguna entre derechos y democracia. Los derechos son finalmente el resultado de, y no algo ajeno a, la democracia.

A pesar de virtudes como las señaladas, la visión dualista se encuentra sujeta a problemas de importancia si es que pretende, al parecer, presentarse como una visión adecuadamente descriptiva de la práctica constitucional realmente existente, y a la vez como una visión normativamente poderosa hasta el punto de justificar (un cierto modo

de ejercicio de) el control judicial. Dicha visión es problemática, ante todo, en su pretensión descriptiva, porque lo cierto es que aun tomando exclusivamente en cuenta el caso norteamericano –aunque Ackerman expone su teoría con pretensiones más abarcativas [2] - la misma sólo da cuenta de modo muy imperfecto de la práctica constitucional allí existente. Y es que en la división dicotómica que traza entre momentos constitucionales y corrientes, no se recoge la enorme riqueza y diversidad de decisiones democráticas aprobadas a lo largo de la historia constitucional (norteamericana). Para decirlo de modo más directo, la visión dualista peca por no reconocer los infinitos matices existentes entre decisiones aprobadas en “momentos constitucionales” y decisiones aprobadas en momentos corrientes. Si alguien quisiera tomarse en serio la lógica que dicha propuesta ofrece, entonces, haría bien en distinguir entre decisiones democráticas de distinto tipo e importancia. En definitiva, es la propia lógica que Ackerman nos propone la que nos invita a hacer este ejercicio de distinción más refinado. Las mismas razones que nos llevan a defender privilegiadamente las decisiones surgidas en momentos constitucionales por sobre las que surgen en momentos corrientes, deberían llevarnos, por ejemplo, a defender las normas que, sin alcanzar la estatura de una enmienda constitucional, cuentan con un intenso respaldo público, por encima de aquéllas que meramente reflejan el empuje de algunos grupos de interés. ¿Por qué, por ejemplo, no rechazar una de estas últimas normas, circunstancialmente aprobada por la legislatura, en nombre de otra que la contradice, y que ha sido aprobada por una amplísima mayoría en el Congreso?

Por supuesto, afinar el ojo constitucional en dicha medida (para distinguir entre normas con diferentes niveles de acuerdo detrás) es una tarea tan complicada que puede tener sentido detenerse, como lo hace Ackerman, en una única distinción entre decisiones superiores e inferiores. En tal sentido, alguien podría preguntarnos, sensatamente, para qué abrir la puerta a distinciones tan difíciles de trazar. ¿Por qué no conformarnos con aquella distinción más fuerte entre momentos constitucionales y corrientes, que es la distinción (aparentemente) más crucial de nuestra vida constitucional?

Supongamos, por el momento, que nos conformamos con el trazado de aquella distinción básica que propone Ackerman. La pregunta que surge ahora es ¿por qué, siguiendo a dicho autor, deberíamos delegar un papel tan decisivo a los jueces en la detección de aquellos momentos constitucionales? Adviértase, en este sentido, que el

judicial es el órgano institucionalmente peor preparado para reconocer tales momentos, dada su natural falta de sensibilidad hacia los clamores del pueblo [3] . Permítanme precisar qué es lo que intento decir. No sostengo aquí que los jueces no tienen ninguna relación efectiva con la ciudadanía (de hecho, su tarea consiste en escuchar cotidianamente a los ciudadanos que tienen quejas frente al modo en que se organiza y aplica el derecho), ni que ellos son incapaces de identificarse con el sentir mayoritario. Lo que afirmo es que, dentro de la estructura institucional que tenemos, los jueces representan a la rama del poder que cuenta con menores incentivos para prestar atención a las demandas o pareceres de la colectividad. Las cosas no se resuelven, obviamente, diciendo que los jueces participan en esa difícil tarea de detección de niveles constitucionales junto con los demás poderes, y en diálogo con ellos (Bickel 1978; Dworkin 1996). Y es que, en todo caso, dicho diálogo resultaría un diálogo demasiado peculiar, desprovisto de aquello que confiere atractivo a la propia idea de diálogo, esto es, el supuesto de la paridad entre quienes discuten, y la mutua apertura a abandonar la propia posición en pos de la que aparezca como la posición más atractiva. En la estructura institucional actual, dicho ideal de diálogo igualitario se encuentra distorsionado por la privilegiada ubicación de los jueces, que confiere a su voz una autoridad especial. Una vez que ellos expresan su posición, tal como sabemos (y muy especialmente en contextos como el norteamericano), la misma adquiere fuerza y se solidifica, tornándose extremadamente difícil, para los ciudadanos y sus representantes políticos, operar cambios sobre ella, aun luego de largos años de discusión y movilización política.

Los problemas no terminan allí, sino que recién empiezan. Y es que aun si nos conformáramos con distinguir simplemente entre momentos constitucionales y corrientes; y aceptáramos también que los jueces tienen un papel muy relevante en la detección de los momentos constitucionales, todavía no resultaría nada obvio qué es lo que deben hacer los jueces para asegurar que dichos acuerdos constitucionales sean efectivamente respetados (y, mucho menos, que ellos estén legitimados para llevar adelante esa tarea). Daré un ejemplo del tipo de problemas en los que estoy pensando. Supongamos que estamos de acuerdo con Ackerman (y también con Rawls, PL 234) en que los tres momentos constitucionales clave de la historia norteamericana tienen que ver con el período “fundacional”, el período de la “Reconstrucción” y el período del “New Deal”. El reconocimiento de dicha realidad nos dice bastante poco acerca de lo que hemos afirmado como comunidad en esas circunstancias excepcionales, si es que

no tenemos algún acuerdo acerca de cómo interpretar lo expresado colectivamente en cada uno de esos momentos. Por caso, tenderemos a llegar a conclusiones absolutamente disímiles si interpretamos aquel acuerdo con un nivel de abstracción muy alto o uno muy bajo; si nos apegamos a lo que la mayoría de la comunidad o sus representantes pensaban en ese momento, o si nos despegamos de dicho pensamiento para atenernos exclusivamente a los principios entonces afirmados; etc., etc. Típicamente, y dependiendo de cuál sea nuestra teoría interpretativa, la Decimocuarta Enmienda aprobada luego de la guerra civil podría ser entendida como un compromiso colectivo en contra de toda forma de esclavitud, o uno contra la desigualdad racial, o uno contra todo tipo de desigualdad moralmente arbitraria (de género, de nacionalidad), etc. Dada la posibilidad de encontrar respuestas tan extraordinariamente diferentes para cuestiones tan centrales para la vida de la comunidad, llega uno a preguntarse si se justifica dejar que los jueces jueguen un papel tan decisivo en dicho terreno. Nuevamente, Ackerman o sus seguidores pueden decir que los jueces sólo participan, junto con muchos otros actores, en la tarea de desentrañar el significado concreto de cada “momento constitucional”. Pero, conforme señaláramos en el párrafo anterior, sabemos que dicho papel amenaza con ser mucho más importante y definitivo del que sería aceptable concederles en una democracia.

El particular “dualismo” de Rawls: liberalismo sobre democracia

Llegados a este punto, conviene preguntarse en qué medida nuestras críticas al dualismo de Ackerman son pertinentes en nuestro examen de la teoría constitucional de Rawls. Y es que, según diré, Rawls se desmarca, parcial pero decisivamente, de la postura constitucional ackermaniana (ello, a pesar de lo que él mismo sugiere en su primer acercamiento a dicha teoría).

Según viéramos, Rawls avanza y precisa su visión sobre el constitucionalismo de la mano de la teoría dualista de Ackerman. Junto con ella, señala el tipo de diferencias que separan la ley superior de la inferior, y muestra las razones que justifican que la justicia invalide las normas que contradicen a aquellas otras de rango más elevado. Sin embargo, Rawls suelta rápidamente la mano de Ackerman a la hora de certificar su pleno acuerdo con la misma, esto es, a la hora de pronunciar su último juicio frente al citado conflicto entre democracia y derechos. El distanciamiento de Rawls es

sorpresivo, fundamentalmente, porque el mismo implica un rechazo al núcleo vital del razonamiento de Ackerman, que parecía haber suscrito unos párrafos antes de la manifestación de este rechazo.

La crisis de Rawls con la teoría dualista aparece cuando se plantea la posibilidad de que, en un “momento constitucional”, la ciudadanía pase a defender una enmienda a la Constitución que rechace, por caso, la “primera enmienda” de la norma fundamental norteamericana (en lo referido a la prohibición de establecer una religión como religión estatal). Rawls sostiene entonces: “[es] una obviedad sostener, como sostuve más arriba, que si el pueblo actúa constitucionalmente, tales enmiendas son válidas. ¿Pero es suficiente para otorgar validez a una enmienda el hecho de que la misma haya sido aprobada siguiendo [los procedimientos constitucionalmente establecidos]? ¿Qué razones puede tener la corte o el ejecutivo (asumiendo que la enmienda pasó por encima de su veto) para considerar inválida una enmienda que satisfaga tal condición?” (PL 238).

Para responder a dicha pregunta Rawls examina, primero, enmiendas que pueden ser –como de hecho lo han sido- irreprochables. Estas enmiendas pueden dirigirse, por ejemplo, a “poner la Constitución más en línea con su promesa original”; o a “adaptar las instituciones básicas de modo tal de eliminar debilidades que salen a la luz a través de la práctica constitucional consiguiente” (PL 238, 239). Sin embargo, agrega Rawls, si la enmienda en cuestión se dirige a reemplazar una ya vigente –como la primera enmienda- para poner en su lugar otra que le es fundamentalmente opuesta, resultaría inválida. Las enmiendas vigentes pueden ser nuevamente modificadas, pero no “simplemente rechazadas y puestas cabeza abajo” (PL 239).

Una respuesta de este tipo claramente rompe con la lógica dualista en apariencia aceptada. De acuerdo con dicha lógica, nada se sitúa por encima de los acuerdos constitucionales ciudadanos –nada, sino otro acuerdo constitucional fundamental, posterior a aquellos-. Según ella, además, el especialísimo respeto que merecen los derechos consagrados en el texto o las enmiendas de la Constitución no encuentra otro fundamento que el acuerdo social extraordinario que les dio origen. Rawls, sin embargo, se distancia de modo abrupto de la interpretación ackermaniana del “dualismo” para refugiarse nuevamente en una cosmovisión de raíz liberal. Ello no sorprende en absoluto si tomamos en cuenta el contexto general de su teoría, pero sí lo

hace dentro del marco específico que aquí analizamos. En definitiva, lo que ocurre en este caso reafirma una impresión general que puede tenerse de su trabajo posterior a “Teoría de la Justicia”. En su valioso afán por tomar en cuenta, y dar respuesta a, las objeciones de sus adversarios, Rawls ha ido añadiendo anexos a su teoría original, que en ocasiones encastran bien con su esquema inicial, en otras amenazan con desvirtuarlo (como ha ocurrido con la idea del “consenso superpuesto” frente a la noción, antes crucial, de la “posición original”), y en otras, como en este caso, terminan apareciendo como agregados difíciles de conciliar con la línea general de su trabajo.

Las razones que aquí alega Rawls en favor de su “retorno” al liberalismo anti-dualista, resultan en principio llamativas. Así, y obligado a enfrentar la pregunta de si sus afirmaciones (en torno a la hipotética invalidez de ciertas enmiendas constitucionales) implican sostener el carácter inmodificable de la declaración de derechos, Rawls señala que ciertos derechos, en efecto, están inextricablemente incorporados a la Constitución “en el sentido de encontrarse validados por una larga práctica histórica” (PL 239). Reforzando la idea anterior, Rawls agrega que “la práctica exitosa de [las ideas y principios constitucionales] a lo largo de dos siglos establece restricciones sobre lo que ahora puede contar como una enmienda, más allá de lo que fuera verdad en un comienzo” (PL 239). De este modo, Rawls diluye todo el sentido de su distinción inicial entre “la autoridad superior de la voluntad de Nosotros, el Pueblo” y “el poder ordinario del Congreso y el electorado” (PL 231). ¿Cuál es el alcance real de la autoridad soberana del pueblo, conforme con esta visión dualista de Rawls, si la misma queda encorsetada dentro de los límites impuestos por la práctica constitucional anterior? En definitiva, podría decirse, un autor como Ackerman diseñó su teoría dualista con el especial objeto de no quedar aprisionado por la “objeción intertemporal” (que cuestiona que demos primacía a aquellos acuerdos sociales originarios frente a otros similares y más actuales) que ahora vuelve a ser pertinente frente a Rawls.

Argumentos como los defendidos por Rawls, en este caso –argumentos que nos llevan a examinar la validez de las decisiones más meditadas de la comunidad a la luz de la práctica histórica de la misma- no resultan fáciles de defender. Ellos, entre otras cosas, merecen ser objetados teniendo en cuenta que, como el propio Rawls señala en múltiples oportunidades (por ejemplo, cap. 6, n. 18), la práctica de referencia se encuentra atravesada por severas injusticias que no pueden sino socavar la autoridad

de la misma. Más específicamente, las dudas sobre la validez de aquella práctica se acrecientan en la medida en que reconocemos que la misma fue conformándose a partir de la acción de grupos que excluían directamente a segmentos sociales significativos y numerosos (las mujeres, la comunidad afroamericana). ¿Por qué priorizar, entonces, las decisiones forjadas por una elite social (y aun aceptando que recibieron la tácita adhesión de las generaciones posteriores), por sobre las decisiones deliberadas de la sociedad en su conjunto? ¿Cómo hacerlo, sobre todo, luego de haber reconocido a las últimas como únicas generadoras de la ley superior?

La “quiebra constitucional”, según Samuel Freeman

Tal vez reconociendo el carácter poco atractivo de los argumentos examinados al final de la sección anterior, Rawls avanza una línea de argumentación más sólida para defender su propuesta frente a la de Ackerman. Esta argumentación, que Rawls toma de Samuel Freeman, se basa en la idea de que ciertos ejercicios de la autoridad pública no pueden verse como conducentes a una enmienda válida, sino como propios de una situación de “quiebra constitucional”. Rawls toma la noción de quiebra constitucional de las últimas hojas de un importante artículo publicado por Freeman en 1992, donde diferencia su propio análisis del constitucionalismo –íntimamente vinculado con el que defiende Rawls- de la postura “dualista” de Ackerman. “El contraste más instructivo entre mi posición y la de Ackerman –sostiene Freeman- es... su sugerencia tentativa conforme a la cual nada en la Constitución puede prevenir el ‘rechazo de la propia democracia dualista’ por el pueblo”. Freeman rechaza la posibilidad de considerar que, cualquiera sea la decisión del pueblo, ella resulte “democráticamente legítima”. Para él, los “derechos iguales básicos” definen la idea de la “soberanía democrática”, son los que “proveen la base para el razonamiento público y la interpretación en una democracia bien-ordenada”, y resultan por tanto “inalienables”. Por ello, concluye Freeman, “la revocación democrática de de los derechos soberanos que definen una constitución democrática es una quiebra constitucional” [4].

Como se advierte, en Freeman –como es cierto, también, en el caso de Rawls- la Constitución debe verse ante todo como un documento que viene a reflejar nuestro “estatus igual” como miembros de una comunidad democrática, y que debe ser interpretado conforme a dicho compromiso. Más específicamente, Freeman sostiene

que “la Constitución, en su contenido esencial, está formada por los principios que podrían aceptar como implícitos en sus preceptos, ciudadanos libres y situados en pie de igualdad, sobre la base de razones públicas de justicia que todos aceptan, y luego de contrastarlos con los principios de justicia básicos que serían acordados por todos desde el punto de vista público”.

Dada la importancia central de aquellos derechos iguales básicos para dotar de sentido a la propia vida democrática, los jueces –según esta posición- deberían inclinarse por defender ciertos principios constitucionales aun a pesar de que (y sobre todo cuando) ellos entren en contradicción con los insistentes reclamos de una mayoría amplia, estable en el tiempo, y seriamente convencida de sus razones. En su acercamiento a la Constitución, y para cumplir de modo apropiado con su tarea, los jueces deben adoptar lo que Freeman denomina una “perspectiva constitucional”, que es la que “proporciona los estándares con los cuales determinar la legitimidad de las reglas y principios constitucionales que genera la práctica de la adjudicación” [5].

Rawls y Freeman parecen coincidir ampliamente en lo que se refiere al rol del tribunal superior en la defensa de ciertos principios básicos -tribunal superior a quien Rawls califica como el “paradigma de la razón pública” (PL 235). Teniendo en cuenta las virtudes distintivas del razonamiento judicial, tanto como las características propias de la acción legislativa, ambos autores aceptan que la corte juegue un papel especial en esta tarea de control (más allá de que Rawls aclare que su posición no es necesariamente incompatible con otros esquemas institucionales que no tengan como epicentro al control judicial). Freeman, más claramente aún que el profesor de Harvard, expone las razones de esta decisión. Para él, ningún órgano como la justicia puede ayudar a “mantener el igual estatus constitucional de los ciudadanos”. En condiciones como las que suelen distinguir a las comunidades modernas, concluye Freeman, resulta “racional para ciudadanos soberanos, en el ejercicio de su poder constituyente en el nivel de la elección constitucional, el revestir de autoridad a un cuerpo independiente cuyo papel es el de prevenir que los ciudadanos comprometan sus intereses básicos en la libertad y la igualdad en nombre de los intereses particulares de la mayoría” (Freeman 1992: 36). Sin embargo, ¿resulta tan claro que el compromiso con el igual estatus de todos debería inclinarnos a reivindicar de este modo el papel de los jueces, y a considerar como quiebras constitucionales a lo que son, en definitiva, manifestaciones de nuestros compromisos democráticos más

importantes?

Según entiendo, Ackerman no necesita negar la importancia de “mantener el igual estatus constitucional de los ciudadanos” para defender un esquema teórico como el que defiende. Más bien, y al contrario, uno podría decir que toda su estrategia constitucional se encuentra puesta al servicio de asegurar ese estatus igual. Justamente porque afirma el valor superior de ese estatus igual defiende Ackerman el valor superior de los momentos constitucionales. Del mismo modo, ésa es la razón por la cual autores como Jeremy Waldron –según entiendo, un autor más consecuentemente respetuoso de la voluntad mayoritaria que Ackerman- rechazan directamente el control judicial que Rawls o Freeman, en principio, defienden.

En efecto, es justamente a raíz de ese compromiso con el estatus igual de todos que Waldron afirma, contra teóricos como Rawls y Freeman, la preeminencia del proceso decisorio mayoritario: “la decisión mayoritaria es el único procedimiento de decisión consistente con el [ideal de] igual respeto” –sostiene el profesor neozelandés (Waldron 2001: 116). Una afirmación de este tipo no debería verse como contradictoria con un compromiso fuerte con la idea de derechos, sino como una expresión de ese compromiso. Según Waldron, es justamente porque reconocemos el igual estatus de cada uno, porque nos interesan los derechos, y porque tenemos la certeza de que nos separan y seguirán separando diferencias importantes acerca de lo que tales derechos significan e implican, que necesitamos discutir entre todos en torno a tales derechos. Participando de este debate –ejerciendo “el derecho de los derechos,” que es el derecho de participación- es que honramos nuestro compromiso con el igual estatus moral de cada uno. En definitiva, esta participación es la respuesta “más natural [que tiene el teórico de los derechos frente] al problema de la autoridad y al desacuerdo sobre los derechos que origina el problema” [6] .

Contra las objeciones de autores como los citados (que no sólo no ven contradicciones entre su defensa de la regla mayoritaria y su defensa del valor de la igualdad, sino que de hecho fundamentan su mayoritarismo en dicho valor), Freeman y Rawls podrían insistir con la idea de que no corresponde recurrir a procedimientos mayoritarios “bajo condiciones en las que el entendimiento público acerca de los requisitos de la soberanía democrática se encuentran oscurecidos o en conflicto, o donde el compromiso ciudadano en torno a su igual estatus aparece como vacilante o

demasiado débil” (Freeman 1992: 36). Pero si es que quieren que adoptemos como propias sus posiciones, Freeman o Rawls deberían decirnos por qué los déficits que ven como propios del debate mayoritario (y particularmente del debate legislativo) no van a verse reproducidos en el ámbito de los tribunales. ¿Acaso no es cierto que los tribunales suelen tomar sus decisiones de modo dividido, a través de mayorías muy frágiles, mostrando disidencias tan profundas como las que suelen separarnos a nosotros mismos, en nuestras discusiones en el café o en la Universidad? (Waldron 2001).

Rawls o Freeman podrían insistir con su postura sosteniendo que, dadas las restricciones institucionales que definen la labor de la corte, ella resulta más adecuada que la legislatura para la tarea de lidiar con razones públicas. Ocurre que, por un lado, y a diferencia de los legisladores, los jueces se encuentran institucionalmente obligados a dar un fundamento claro de sus decisiones. Por otro lado, a ellos se les exige que no invoquen los valores propios de una “concepción abarcativa del bien”, una limitación que no rige para los legisladores. Resultaría escandaloso, en tal sentido, que los jueces utilizaran como argumento de sus sentencias sus convicciones católicas, o la filosofía utilitarista que prefieren frente a otras rivales. Mientras que no nos parecería extraño, sino más bien algo natural, que algunos legisladores hicieran lo propio.

De acuerdo con Rawls, en el momento de tomar sus decisiones, los jueces “no pueden, por supuesto, invocar su propia moralidad personal, ni los ideales y virtudes de la moralidad en general. Tales antecedentes deben ser considerados irrelevantes. Del mismo modo, no pueden invocar la visión religiosa o filosófica que ellos u otros sostienen. Por el contrario, deben apelar a los valores políticos que consideran que pertenecen al entendimiento más razonable de la concepción pública y sus valores políticos de justicia y razón pública. Estos son valores que –tal como exige el deber de civilidad- ellos creen, de buena fe, que podría esperarse que todos los ciudadanos acepten, como seres racionales y razonables” (PL 236). Es por esto mismo que, según viéramos, Freeman considera justificado que el pueblo “[revista] de autoridad a un cuerpo independiente cuyo papel es el de prevenir que los ciudadanos comprometan sus intereses básicos en la libertad y la igualdad en nombre de los intereses particulares de la mayoría” (Freeman 1992: 36).

Pero la pregunta, nuevamente, es por qué. ¿Por qué tenemos razones para pensar que los jueces, en el ejercicio de sus tareas públicas, van a aceptar el tipo de restricciones argumentativas que Rawls o Freeman consideran que deben poner en práctica? ¿Por qué tales jueces van a sentirse inclinados a razonar del modo atractivo pero tan exigente que proponen aquellos autores? ¿Por qué debemos confiar en que, a través de sus decisiones, los jueces van a contribuir a afirmar antes que a negar nuestro igual estatus como ciudadanos (una posibilidad temible, que la jurisprudencia de cualquiera de nuestros países no ha hecho sino confirmar en numerosas oportunidades, ya sea en casos tan extremos como los relacionados con la validez constitucional de la esclavitud, como en otros tan importantes como los relacionados con la validez de las discriminaciones de género o los derechos de los homosexuales)? [7] A pesar de lo que podría sugerirse en contrario, lo cierto es que las restricciones propias de la tarea judicial –el hecho de que los jueces se encuentren frente a partes con intereses contrapuestos, el hecho de que tengan la obligación de justificar sus decisiones ante ambas partes y frente a la comunidad- dejan abierto, todavía, un amplísimo margen de decisión en manos de los jueces. Son incontables los argumentos que pueden encajar dentro de dichos límites: de modo habitual, tal diversidad incluye una opinión y la que le es contraria, tal como se advierte en la inmensa mayoría de los casos resueltos a partir de opiniones divididas. Rawls y Freeman necesitan asegurarnos que los jueces van a transitar por una vía mucho más estrecha antes de sugerirnos que deleguemos en ellos lo que es, pese a lo que se diga en contrario, la última llave del poder constitucional. La imposibilidad de estrechar las amplias avenidas abiertas, hoy día, para la argumentación judicial (de modo tal de bloquear, al menos, las más graves violaciones de nuestra igualdad constitucional, a la vez que expandir el alcance real de dicho principio), debe llevarnos a evaluar críticamente toda propuesta que aparezca en una convención constituyente o “posición original”, destinada a que deleguemos nuestra autoridad interpretativa en los jueces. Sólo cuando tengamos razones para pensar que los jueces van a sentirse motivados a decidir del modo en que Rawls y Freeman sugieren (del modo en que, como ciudadanos libres e iguales, podríamos esperar que ellos decidan), podremos decir con tales autores que el respeto a nuestra igualdad constitucional requiere del control judicial.

Llegados a este punto, podríamos decir que Rawls no nos da una respuesta satisfactoria acerca de cómo escapar de la tensión entre democracia y derechos que inaugurara nuestro examen del constitucionalismo. Más especialmente sensible, en sus

últimos años, a los argumentos provenientes de la teoría democrática, Rawls tendió a fundar su visión constitucional en una postura de raíz mayoritaria, que sugería que decidiéramos la citada tensión inclinándonos por los reclamos mayoritarios. Sin embargo, su honestidad intelectual lo llevó a desnudar de inmediato que su posición reposaba finalmente en sus intuiciones liberales, antes que en sus intuiciones democráticas. Su defensa de la primacía de ciertos derechos por sobre cualquier enmienda colectivamente acordada, tanto como su particular defensa del control judicial, resultan una clara prueba de ello. En este sentido, concluiría diciendo que Rawls no nos ha proporcionado pruebas contundentes de que esta toma de partido por los derechos y la justicia no sea contradictoria con nuestras intuiciones en favor de la democracia, ni de que dicha actitud sea compatible con nuestra igual dignidad moral.

Según entiendo, los liberales defensores de los derechos, tanto como los demócratas más radicales, se encuentran unidos, finalmente, por un común compromiso con el valor de la igualdad. Creo que el debate examinado reafirma el punto señalado: unos y otros autores anclan sus teorías, finalmente, en un fuerte compromiso igualitario. Este acuerdo, me parece, ofrece un camino promisorio para empezar a resolver el dilema democracia-derechos. Sin embargo, todavía nos encontramos dando los primeros pasos en esta prometedora dirección. En particular, quienes adhieren a una postura como la de Rawls deben decirnos de qué modo aquel compromiso igualitario inicial se torna compatible con un esquema institucional que se muestra fundado, finalmente, en la desconfianza hacia las mayorías.

Bibliografía

Ackerman, B. (1984), "The Storrs Lectures: Discovering the Constitution", *The Yale Law Journal*, vol. 93.

Ackerman, B. (1991), *We the People: Foundations*. Cambridge: Harvard University Press.

Ackerman, B., Rosenkrantz, C. (1991), "Tres concepciones de la democracia constitucional", en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*,

Madrid: Centro de estudios constitucionales.

Bickel, A. (1978), *The Least Dangerous Branch*, Indianápolis: Bob-Merrill Educational Publishing.

Cohen, J. (2003), "For a Democratic Society", en S. Freeman ed., *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge: Cambridge University Press.

Dworkin, R. (1996), *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge: Harvard University Press.

Ely, J. (1980), *Democracy and Distrust*, Cambridge: Harvard University Press.

Freeman, S. (1990), "Reason and Agreement in Social Contract Views", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 19, n. 2, 122-57

Freeman, S. (1992), "Original Meaning, Democratic Interpretation, and the Constitution", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 21, n. 1, 3-42.

Rawls, J. (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press.

Rawls, J. (1993), *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.

Tushnet, M. (1999), *Taking the Constitution away from the Court*, Princeton: Princeton University Press.

Waldron, J. (2001), *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press.

[*] Este trabajo es una versión similar del artículo "El constitucionalismo según Rawls", que constituye la contribución del autor a la compilación "Rawls post Rawls", C. Amor (comp.), Editorial de la Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2006.

[1] Ello, a diferencia de lo que ocurría en *A Theory of Justice*, en donde Rawls ni siquiera mencionaba el término "democracia," a pesar de que, obviamente, su análisis se originaba en preocupaciones claramente vinculadas con el funcionamiento de este

sistema de gobierno (Cohen 2003).

[2] Ver, por ejemplo, Ackerman y Rosenkrantz (1991).

[3] Un argumento similar, aunque no referido a la teoría ackermaniana, en Ely 1980, cap. 3.

[4] Págs. 41, 41-42 y 42 respectivamente.

[5] Págs. 25, 27-28 y 28 respectivamente.

[6] Págs. 249 y ss.

[7] El punto, entonces, es que los defensores del control judicial, si es que quieren que nos alineemos con ellos, deben demostrarnos algunas cosas que no nos han demostrado. En primer lugar, deben decirnos por qué tenemos que pensar que, tendencialmente, el control judicial va a servir a nuestra igual dignidad mejor que esquemas institucionales alternativos, cuando la realidad parece muy ambigua respecto de tal proposición (Tushnet 1999). Y, lo que es más importante, deben demostrarnos que la sola adopción del esquema que defienden no representa en sí misma un insulto y una afrenta a nuestro estatus igual (Waldron, 2001).