

El diálogo judicial como equilibrio reflexivo amplio
The judicial dialogue as a wide reflective equilibrium

Por JOSÉ JUAN MORESO¹
Universitat Pompeu Fabra

Judges are expected to have a deeper understanding of society's conception of political justice than others, and a greater facility in applying its principles and in reaching reasonable decisions, especially in the more difficult cases. The judicial virtues depend on acquired wisdom and require special training.

Rawls (1993: 80)

Omnes populi qui legibus et moribus reguntur
partim suo proprio, partim communi omnium
hominum iure utuntur.

Inst. Gaius 1.1

RESUMEN

En este trabajo se defiende la tesis de que el uso del Derecho constitucional vigente en otra jurisdicción, nacional o internacional, por parte de los Tribunales nacionales o internacionales mejora la calidad de las decisiones judiciales y los razonamientos judiciales que las justifican, sobre todo en los

¹ Catedrático de Filosofía del Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. e-mail: josejuan.moreso@upf.edu. Este trabajo fue presentado en varias audiencias: en un Workshop, sobre Representative democracy and its discontents', en la Universidad de Bochum en febrero de 2017, en las XXVI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, como ponencia invitada, en la Universidad de Girona en mayo de 2017, también en el mes de mayo en un seminario de Homenaje al Prof V. Villa, en la Universidad de Palermo y en el Curso de Máster en Argumentación Jurídica

casos controvertidos. Esta idea es defendida de algunas objeciones, sobre todo de la que al hacerlo así se abdica de la capacidad de autogobernarnos. Para mostrar la fecundidad del diálogo judicial se usan dos ideas de John Rawls: la idea del equilibrio reflexivo amplio y la idea del razonamiento de los jueces como expresión privilegiada de la razón pública.

Palabras clave: *Diálogo judicial, equilibrio reflexivo amplio, razón pública, John Rawls.*

ABSTRACT

In this paper, the thesis that the use of Constitutional Law in force in other jurisdiction, either national or international, by National and International Courts, improves the quality of judicial decisions and judicial reasoning which grounds them is defended, mainly in controversial cases. The objection that the use of foreign Law supposes an abdication of the self-government is replied. In order to show the fecundity of the idea of judicial dialogue, two ideas of John Rawls are called: the idea of wide reflective equilibrium and the idea of judicial reasoning as privileged expression of public reason.

Keywords: *Judicial Dialogue, wide reflective equilibrium, public reason, John Rawls.*

SUMARIO: 1. EL USO DEL DERECHO EXTRANJERO EN LA ADJUDICACIÓN.—2. LAS OBJECIONES.—3. EL MODELO DE LA IMBRICACIÓN.—4. RAWLS, EL EQUILIBRIO REFLEXIVO Y EL USO DE LA RAZÓN PÚBLICA.—5. EL DIÁLOGO JUDICIAL COMO EXPRESIÓN DE LA RAZÓN PÚBLICA.—6. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. THE USE OF FOREIGN LAW IN ADJUDICATION.—2. OBJECTIONS.—3. THE MODEL OF IMBRICATION.—4. RAWLS, THE REFLECTIVE EQUILIBRIUM AND THE USE OF PUBLIC REASON.—5. JUDICIAL DIALOGUE AS AN EXPRESSION OF PUBLIC REASON.—6. CONCLUSIONS.

ca en la Universidad de Alicante, y finalmente en el Congreso «Global Democracy and Global Constitutionalism», en el mes de junio en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Quedo agradecido a todas estas audiencias y, en especial, por los comentarios y sugerencias, de palabra o por escrito, a los profesores Marcelo Alegre, Francisco J. Ansuátegui, Manuel Atienza, Juan Carlos Bayón, Paola Bergallo, Samantha Besson, Carlos Espósito (mi *discussant* en Barcelona), Eusebio Fernández, Jordi Ferrer, Roberto Gargarella (que me dio la réplica en Bochum), Matthias Kumm, Nico Krisch, José Luis Martí, Ángeles Ródenas, Juan Ruiz Manero, Vittorio Villa y Francesco Viola, también a dos evaluadores anónimos de la revista. El agradecimiento mayor es para Chiara Valentini, con la que preparamos la ponencia del Congreso de Barcelona y estamos desarrollando, para un trabajo futuro, algunas de las ideas de este paper. La investigación se ha beneficiado de la ayuda financiera del Ministerio español de Economía y Competitividad y de la AGAUR de la Generalitat de Cataluña a los proyectos de investigación DER 2013-48066-C2-1-R y SGR 626. 2014-2, respectivamente.

1. EL USO DEL DERECHO EXTRANJERO EN LA ADJUDICACIÓN

Este trabajo está escrito desde la convicción de que los debates sobre la naturaleza y los límites de lo que, en la práctica jurídica, se denomina *la cultura del constitucionalismo*, se ve enriquecida si a ella añadimos la perspectiva de la filosofía. Muchas cuestiones centrales de dicha cultura, así la interpretación constitucional o la justificación del control de constitucionalidad, se benefician de los argumentos que proceden de la filosofía: desde la filosofía del lenguaje a la filosofía política².

No se trata aquí, sin embargo, de estas grandes cuestiones, sino que se trata de una cuestión que, sin ser todavía crucial para nuestras prácticas constitucionales, está cada vez suscitando mayor interés en la discusión. Se trata del lugar que el derecho extranjero (y, en concreto, las decisiones de los altos tribunales, supremos o constitucionales o tribunales internacionales) ha de tener, si ha de tener alguno, en el razonamiento de los jueces cuando aplican la constitución en su propia jurisdicción. Lo que se conoce con metáforas como *préstamos*, *trasplantes*, *fertilización cruzada*, *migraciones* y, similares, y que aquí voy a denominar, por las razones que espero mostrar claramente, *diálogo judicial*³.

Como es obvio, la aplicación del derecho extranjero no es extraña a nuestra cultura jurídica. En derecho privado estamos acostumbrados a que los jueces en una jurisdicción estén obligados a justificar sus decisiones aplicando normas de otros sistemas jurídicos a los casos que, como se dice, contienen *elementos de extranjería*. Deben hacerlo en virtud de las normas de sus propios sistemas, denominadas *normas de conflicto*, que así lo establecen.

Sin embargo, es mucho más controvertido si nuestros altos Tribunales deben tomar en cuenta, en las decisiones de su jurisdicción, las decisiones tomadas por otros tribunales extranjeros (nacionales o internacionales) en casos de aplicación de la Constitución.

Supondré aquí que nos referimos a jurisdicciones de democracias constitucionales, caracterizadas por la existencia de constituciones escritas y rígidas (o, al menos, pensemos en el Reino Unido, de declaraciones de derechos asumidas como parámetro para enjuiciar las leyes, que no pueden ser cambiadas por la actividad ordinaria del poder legislativo), y también por algún tipo de control de la constitucional de las leyes (*sea fuerte*, en el sentido de que los jueces tienen la última palabra acerca de la constitucionalidad de las leyes, disponen

² He tratado de mostrarlo en Moreso 2009.

³ Pueden verse cuatro presentaciones generales en Choudhry (1999), Perju (2012), Malmai (2012), Canale (2015).

de supremacía judicial; sea *débil*, en el sentido de que pueden pronunciarse al respecto aunque su palabra no resulte definitiva)⁴.

De hecho nuestro Tribunal Constitucional, aunque ha usado en sus argumentaciones algunas veces las decisiones de otros Tribunales extranjeros, nacionales e internacionales, no ha tomado una posición firme al respecto ni ha habido controversia en su seno acerca de esta cuestión. Sin embargo, veamos algunos de esos casos.

Comencemos con un caso no especialmente controvertido⁵, en el cual una empresa de construcción que deseaba someterse a un proceso concursal solicitó al Colegio de Abogados de Oviedo el beneficio de justicia gratuita, previsto por el art. 119 de la Constitución. Pues bien, al argumentar que ese derecho estaba limitado a las personas físicas, las únicas de las que puede predicarse un «nivel mínimo de subsistencia personal o familiar», añadió con el ánimo de fortalecer su posición que también lo había entendido de ese modo, de acuerdo con su constitución y su ordenamiento procesal, el Tribunal Constitucional Alemán en sentencia de 3 de julio de 1973⁶.

En el más relevante caso Ribogerta Menchú⁷, nuestro Alto Tribunal reconoce la jurisdicción universal y anula una decisión del Tribunal Supremo que sólo la reconocía parcialmente, refiriéndose a otras decisiones nacionales e internacionales. Lo hace en estos términos:

Como se afirma por los Magistrados discrepantes de la mayoría [del Tribunal Supremo], las resoluciones alemanas citadas no representan el status quaestionis en ese país, en tanto en cuanto decisiones del Tribunal Constitucional alemán posteriores a las resoluciones citadas por la Sentencia combatida han venido a avalar un principio de jurisdicción universal sin necesidad de vínculos con intereses nacionales (citándose, a título de ejemplo, la Sentencia de 12 de diciembre de 2000, donde se ratificó la condena por delito de genocidio dictada por Tribunales alemanes a ciudadanos serbios por crímenes cometidos en Bosnia-Herzegovina contra víctimas bosnias). Por lo que respecta a la Sentencia del Tribunal Internacional de La Haya en el caso Yerodia, ha de concluirse que ésta no puede ser empleada como precedente de las pretendidas restricciones a la competencia universal, pues limitó su conocimiento a la cuestión de si se habían vulnerado o no las normas internacionales de inmunidad personal, no habiéndose pronunciado, en cambio, acerca de la jurisdicción universal en materia de genocidio, dado que así lo había solicitado expresamente la República Democrática del Congo

⁴ Para una caracterización del constitucionalismo en esta línea Guastini (1998), Raz (1998). El autor que más contundentemente ha defendido la versión fuerte del constitucionalismo tal vez sea Dworkin. Versiones críticas, que abogan por una versión débil en Gargarella (1996), Bayón (2004), Waldron (2006), Tushnet (2009), Gardbaum (2010), por ejemplo.

⁵ STC 117/1998, de 2 de junio.

⁶ BVerfG (1 BvR 153/69), JurionRS 1973, 16303.

⁷ STC 237/2005, de 26 de septiembre.

en su demanda. Y lo mismo debe afirmarse en relación a la Sentencia de la Corte de Casación belga de 12 de febrero de 2003, de cuyo contenido el Tribunal Supremo alude solamente a los aspectos relacionados con la inmunidad de los representantes estatales en ejercicio, y en cambio omite toda mención al reconocimiento expreso que en dicha resolución se formula de la jurisdicción universal establecida en la legislación belga.

Poco después⁸, el Tribunal hubo de pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 607.2. del código penal, que castiga la apología del genocidio e incluía el caso de la difusión de ideas o doctrinas que negasen o justificasen la existencia de hechos históricos calificados como genocidios. El Tribunal, como es sabido, declaró inconstitucional y nula la inclusión de la expresión «nieguen» en este artículo. Uno de los votos particulares, debido al Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata, disiente afirmando que con ello la legislación española se aleja de la regulación del llamado «discurso del odio» de un número importante de países europeos, como Alemania, Austria, Bélgica, la República checa, Eslovaquia, Francia, Holanda, Liechtenstein, Lituania, Polonia, Rumania, Suiza y también Israel. Además trae a colación un conocido pasaje del juez Black, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que en un voto particular en el caso *Milk Wagon Drivers Union of Chicago v. Meadowmoor* defendía la libertad de expresión⁹, con las siguientes palabras: «La libertad para hablar y escribir acerca de cuestiones públicas es tan importante para la vida de nuestro gobierno como lo es el corazón para el cuerpo humano. De hecho, este derecho es el corazón de nuestro gobierno. Si el corazón es debilitado, el resultado es la extenuación; si se para, el resultado es la muerte». Lo hace para resistir dicha doctrina precisamente, en la que dice se inspira la opinión de la mayoría del Tribunal, con esta curiosa argumentación:

Tal amplitud de la libertad de expresión representa, sin embargo, un retroceso inoportuno y grave en las garantías del pluralismo que regían en España y en los países de la Europa democrática actual que acabo de citar. En el año 1941, cuando el Juez Black escribía su famoso Voto particular, el viaje a Estados Unidos no era una travesía virtual por Internet. Cruzaban el Atlántico miles de barcos en los que huían de la Shoá, holocausto o sacrificio por fuego, miles de seres portadores de «vidas indignas de ser vividas». Entretanto la vieja Europa contemplaba el sacrificio de seis millones de judíos, que no habían podido alejarse de una realidad monstruosa que desconocía la dignidad que todo ser humano tiene, en su irrepetible individualidad. Cada continente genera sus propios monstruos y la frialdad burocrática de un régimen que practicaba científica-

⁸ STC 235/2007, de 7 de noviembre.

⁹ 312 U. S. 287 (1941).

mente todas las conductas genocidas que tipifica hoy nuestro art. 607 CP no se produjo en América, sino en Europa. Por eso la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos contempla, fiel a la tradición de los pilgrim fathers de la Unión americana, una «precious freedom of expression», mientras que –con la excepción del Reino Unido y los países escandinavos– los Estados democráticos europeos no encuentran reparo en adoptar leyes que incriminan a quienes niegan o trivializan los crímenes del holocausto nazi o el genocidio. En Europa el puesto de honor en la lista de los derechos fundamentales lo ostenta la dignidad del ser humano, por lo que no nos debemos dejar deslumbrar por categorías ajenas a la experiencia europea.

Si cito este pasaje es precisamente porque aquí, aunque sea de un modo indirecto, se da una razón para la resistencia a usar préstamos de otras jurisdicciones, cuando son ajenos a la propia experiencia nos dice.

Se podrían citar muchos otros casos de altos tribunales que hacen un uso mucho más habitual del derecho extranjero en sus decisiones. En la literatura se suelen citar los casos de la Corte Suprema del Canadá y de la Corte constitucional de Sudáfrica (véase por ejemplo Moon 2003, para la Unión europea puede verse Arnulf 2012). Pero tal vez no haya un caso más claro de discusión y controversia en el propio seno del tribunal que en la Corte Suprema de Estados Unidos. En *Roper v. Simmons*¹⁰, la Corte tuvo que decidir acerca de la constitucionalidad de la aplicación de la pena de muerte a los jóvenes menores de 18 años, en especial debía pronunciarse acerca de si dicha medida vulneraba la prohibición contenida en la enmienda octava de los Estados Unidos que excluye los «cruel and unusual punishments». La Corte decidió anular una decisión anterior, con arreglo a la cual dicho castigo no era cruel, en el caso *Stanford v. Kentucky*¹¹, y en palabras del ponente de la sentencia (el juez Kennedy) en nombre de la mayoría, una mayoría exigua de cinco contra cuatro, estableció:

Es adecuado que reconozcamos el peso abrumador de la opinión internacional contra la pena de muerte juvenil, que descansa en gran parte en la comprensión de que la inestabilidad y el desequilibrio emocional de los jóvenes puede a menudo ser un factor en el delito. Véase el Informe para los Derechos Humanos del *Committee of the Bar of England and Wales et al.*, como *Amici Curiae 10-11*. La opinión de la comunidad mundial, aunque no gobierna nuestro resultado, suministra una confirmación respetada y significativa para nuestras conclusiones.

¹⁰ 543 U. S. 551 (2005).

¹¹ 492 U. S. 361 (1989).

Sin embargo, el voto particular escrito por el juez Scalia (al que se unieron el presidente Rehnquist y el juez Thomas) discrepaba con trazo grueso de esta opinión:

La premisa básica del argumento de la Corte –según la cual el derecho americano debe conformarse a las leyes del resto del mundo– debe ser rechazada de plano.

En dos relevantes sentencias anteriores, ya Scalia había sostenido la misma opinión acerca del uso del derecho extranjero. Se trata de *Atkins v. Virginia*¹², en donde se consideró inconstitucional la aplicación de la pena de muerte a los deficientes mentales, y *Lawrence v. Texas*¹³, en la cual se anuló la jurisprudencia anterior que consideraba constitucional para las legislaciones de los estados de la Federación castigar penalmente las prácticas homosexuales¹⁴. En ambos casos, la mayoría usa el derecho extranjero de las democracias constitucionales y la jurisprudencia de sus tribunales, así como la del TEDH como apoyo a su decisión. La opinión doctrinal de Scalia (2004: 306) al respecto es rotunda:

Mi punto de vista es que los materiales jurídicos extranjeros contemporáneos *nunca* pueden ser relevantes para ninguna interpretación de –para atribuir significado a– la Constitución de los Estados Unidos.

Siguiendo a Vicki C. Jackson (2005-6, véase también 2010) llamemos a este modelo de Scalia, el modelo de la resistencia (*the Resistance Model*). Jackson lo contrapone al modelo de la convergencia (*the Convergence Model*), el modelo que Scalia supone que asume la mayoría en *Roper*, según el cual nuestras prácticas constitucionales están destinadas a converger, mediante el uso del derecho internacional y del derecho de otras jurisdicciones. Un modelo que, en muchas ocasiones, apunta hacia un horizonte deseable, pero que en otras ignora la pluralidad de nuestras culturas constitucionales, ignora el hecho de que pueden haber diversos senderos para transitar hacia la realización de los valores constitucionales últimos que nuestras democracias comparten. Por dicha razón, Jackson propone y defiende un tercer modelo, el modelo de la imbricación (*the Engagement Model*). Según dicho modelo (Jackson 2005-6: 114), «los intérpretes de la constitución no tratan los materiales extranjeros o internacionales como obligatorios ni como presuntivamente vinculantes. Pero tampoco se ciegan para excluir las fuentes y la experiencia del derecho extranjero. Las fuentes trasnacionales son contempladas como interlocutores que ofrecen un modo de evaluar la com-

¹² 536 US 304 (2002).

¹³ 539 US 558 (2003).

¹⁴ *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986).

prensión de las tradiciones propias y como posibilidades para examinarlas en la reflexión de las tradiciones ajenas». Un modelo *dialogico*, un modelo que privilegia el *diálogo judicial*.

Este es también el modelo que voy a defender en mi contribución. Y, una vez presentada la cuestión, voy a hacerlo del siguiente modo: en el segundo apartado, voy a presentar algunas de las objeciones que pueden hacerse a este modelo, en el tercero, a partir de las objeciones, voy a tratar de caracterizarlo, en el cuarto intentaré reconstruir las ideas acerca del equilibrio reflexivo y la razón pública de John Rawls para, ya en el quinto, mostrar que son una adecuada justificación para el modelo que defiendo, en el sexto apartado concluiré.

2. LAS OBJECIONES

Voy a presentar las objeciones tanto al modelo de la imbricación como al de la convergencia, esto es una defensa del modelo de la resistencia, de la mano de un trabajo en donde se hallan muy perspicuamente presentadas. Se trata de un trabajo de Carlos Rosenkrantz (2003, en castellano 2005), ahora Juez de la Suprema Corte en la Argentina.

Rosenkrantz, después de exponer la génesis histórica de la Constitución argentina de 1853 en la Constitución de los Estados Unidos, y la importancia que ello ha tenido para el desarrollo de la jurisprudencia de su Corte Suprema, distingue entre *préstamos* y otros usos no-autoritativos del derecho extranjero. Los préstamos se dan en aquellos casos en que una decisión de un Tribunal extranjero se considera dotada de autoridad para gobernar la decisión en la propia jurisdicción. Los otros usos no-autoritativos guardan relación con la intención de los jueces de ingresar en una conversación universal, en un diálogo, destinados a auxiliarnos en la interpretación doméstica de nuestra constitución.

Ambos usos le parecen criticables. Pero antes de ver el porqué, Rosenkrantz imagina cuatro posibles defensas del diálogo judicial. Se trata de los siguientes argumentos: el argumento genealógico, el argumento contextual, el argumento procedimental y el argumento expresivo. El argumento genealógico (que toma de Choudhry 1999, Rosenkrantz 2003: 278) dispone que usar el derecho extranjero está justificado cuando una Constitución desciende genéticamente de otra, como es claro en el caso de la argentina en relación con la estadounidense¹⁵. El argumento contextual establece que si en una jurisdicción

¹⁵ Aunque un caso como el argentino no es tan frecuente, los trasplantes más fragmentarios son muy frecuentes. Pensemos en algunos aspectos de la Constitución española: el mecanismo de censura constructiva, para producir un cambio en la presidencia del ejecutivo, establecido por los artículos 112 a 115 del texto constitucional

un caso es decidido de determinado modo (la inconstitucionalidad de la pena de muerte aplicada a menores, por ejemplo), un caso igual en todos los aspectos relevantes en otra jurisdicción habrá de ser decidido del mismo modo. El argumento procedimental señala que si un caso ha sido decidido conforme a determinados procedimientos que acreditan una deliberación cabal de todos los puntos de vista, dicha decisión puede servir de inspiración en otra jurisdicción (pensemos en, para referirme a algo muy actual en España, si la opinión consultiva de la Corte Suprema del Canadá acerca de la secesión del Quebec¹⁶, podría ser inspiradora de nuestro Tribunal Constitucional para el caso de Cataluña). El argumento expresivo se refiere al hecho de adoptar determinadas cláusulas constitucionales para mostrar el compromiso con determinados valores, como ocurre con las declaraciones de derechos de las democracias constitucionales después de una dictadura, como es el caso de España, que normalmente van acompañadas (como en el art. 10 de nuestra Constitución) del establecimiento del deber de interpretarlas de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y el resto de Tratados internacionales sobre la materia ratificados por el país de referencia.

A continuación, Rosenkrantz desarrolla un argumento en contra del uso dotado de autoridad de los préstamos. Un argumento que concibe como apto para socavar los cuatro argumentos a favor. En síntesis este es el argumento (Rosenkrantz 2003: 512):

Si aceptamos la idea de que se supone que cumplimos con las normas solamente cuando ellas son el resultado de decisiones colectivas de la entidad política a la que pertenecemos, entonces podríamos objetar los «préstamos» o «trasplantes» constitucionales simplemente porque ellos consisten, esencialmente, en la deferencia a decisiones colectivas tomadas por otros. La adopción consciente de una norma constitucional extranjera como derecho vinculante por una autoridad constitucional o por un juez son dos casos en que los temas más básicos de nuestra vida interpersonal son decididos por personas con quienes no tenemos relación política alguna, y quienes no son miembros de la misma entidad política. Esta deferencia de la última palabra en asuntos constitucionales a otros es lo que torna la práctica de los «préstamos» o «trasplantes» incompatible con el principio según el cual la coerción sólo puede ser justificada cuando es la consecuencia directa de una decisión colectiva y, por lo tanto, los «préstamos» resultan de imposible validación en el contexto de una democracia constitucional. [notas omitidas.]

siguen fielmente lo establecido en los artículos 67 y 68 de la Ley Fundamental de Bonn y no sería extraño, si se produjera alguna duda interpretativa en su implementación, acudir a la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht*.

¹⁶ Reference Re Secession of Quebec (1998), 2 SCR 217.

Es decir, usar el derecho extranjero para tomar decisiones constitucionales comporta renunciar al autogobierno al que aspiran las democracias constitucionales.

Los argumentos en contra de los usos no-autoritativos del derecho extranjero son más matizados. Son dos (Rosenkrantz 2003: 593-594): a) que introducen una complejidad innecesaria en la justificación de las decisiones judiciales, una complejidad que hace más difícil la comprensión por parte de los ciudadanos que suelen desconocer las vicisitudes de la práctica jurisprudencial extranjera y b) que dificultan el desarrollo de una cultura constitucional diferenciada.

En el próximo apartado, trataré de mostrar cómo el modelo de la imbricación puede anular la fuerza de las objeciones presentadas por Rosenkrantz y rescatar la fuerza de los cuatro argumentos por él presentados. Sin embargo, deseo añadir ahora dos observaciones previas.

En primer lugar, Rosenkrantz no distingue el uso del derecho extranjero del uso del derecho internacional por parte de los Tribunales. Creo, sin embargo, que es preciso hacerlo¹⁷. Las obligaciones internacionales contraídas con la ratificación de Convenios y Tratados internacionales hace del uso del derecho internacional una práctica necesaria, en virtud de nuestras constituciones. Pensemos, en el caso de Europa, en el papel que representa el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la primacía en la aplicación del derecho europeo o en la fuerza creciente de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las decisiones de Estrasburgo y las de Luxemburgo son susceptibles de cambiar el derecho interno, como bien sabemos¹⁸.

En segundo lugar, y respecto de la complejidad innecesaria añadida por el uso del derecho extranjero, deseo señalar que la complejidad de la aplicación del derecho contemporáneo, a menudo trenzado con un vocabulario técnico y argumentos extraños a los profanos hace que

¹⁷ Carlos Espósito llamó amablemente mi atención al trabajo de Filippini (2007) que replica a Rosenkrantz de este modo. La contrarréplica de Rosenkrantz (2007) no me parece convincente.

¹⁸ Véanse dos ejemplos, recientes y significativos, de decisiones internacionales que afectan a la aplicación del derecho en España: *Caso Del Río Prada versus España*, de 21 de octubre de 2013, (proced. 42750/09), en donde el Tribunal de Estrasburgo declara contraria al Convenio la decisión del Tribunal Supremo español, ratificada por el Tribunal Constitucional, que cambiaba una jurisprudencia estable acerca del modo de contar los años de condena penal establecidos por sentencias condenatorias, la llamada *doctrina Parot* y la STUE de 16 de diciembre de 2016, sobre el carácter abusivo de las denominadas *cláusulas suelo*, que establecían un límite inferior a los intereses de las hipotecas, y las responsabilidades que el reconocimiento de ese carácter abusivo comportaban para las entidades financieras, resolviendo diversas cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Tal vez el ahora juez Rosenkrantz, que se ha sumado a la mayoría en la sentencia de la Suprema Corte de Argentina de 14 de febrero de 2017 limitando los efectos internos de una decisión de la CIDH de Costa Rica, también desee limitar esta jurisprudencia bien asentada en Europa. Pero estos argumentos no se hallan en el artículo que comento, aunque algo dice en Rosenkrantz (2007).

la sencillez que desea Rosenkrantz no sea un ideal esperable, a lo más que podemos aspirar es a que el fallo sea claro y las razones principales que lo sustentan puedan ser compartidas en el foro de la razón pública. Que en los fundamentos de la decisión se evalúe o no el derecho extranjero creo que es irrelevante a estos efectos.

3. EL MODELO DE LA IMBRICACIÓN

La hipótesis que quiero defender es la siguiente:

Los tribunales que aplican la constitución en las democracias constitucionales, sean tribunales constitucionales o cortes supremas, adoptarán decisiones más perspicuas en los casos controvertidos de su jurisdicción si toman en cuenta en su razonamiento las justificaciones ofrecidas por Tribunales de otras jurisdicciones, nacionales de otras democracias constitucionales o internacionales.

La idea puede ser defendida mediante las tres siguientes razones aducidas por Jackson (2005-6: 116-117): a) en casos en los que varias interpretaciones pueden ofrecerse, de acuerdo con las prácticas interpretativas de una jurisdicción, contribuciones ofrecidas por tribunales de otras jurisdicciones pueden suministrar información empírica y argumentos conceptuales nuevos a favor de una de las interpretaciones, b) algunas veces la comparación puede hacer más claro en qué sentido la propia jurisdicción es distinta de las comparadas y aboga por una interpretación diversa y c) las fuentes jurídicas extranjeras o internacionales pueden mostrar modos distintos de incorporar el razonamiento moral a la interpretación de la protección de los derechos fundamentales, por ejemplo.

Estas ideas conducen a defender un modo de lo que ha sido denominado el *diálogo judicial*¹⁹. En dicho diálogo las opiniones de los jueces en otras jurisdicciones distintas a la propia no despliegan una autoridad concluyente o decisiva²⁰, despliegan una autoridad que, siguiendo una sugerencia de Glenu (1987) y Slaughter (2003), podemos denominar una *autoridad persuasiva*²¹.

Se trata de imaginar una conversación global y cosmopolita entre todos los altos tribunales de las democracias constitucionales y los tribunales internacionales a la búsqueda de una mejor comprensión de

¹⁹ La idea procede de L'Hereux-Dubé (1998).

²⁰ No despliegan usos dotados de autoridad en el sentido raziano (Raz 1985, por ejemplo), es decir no constituyen razones de segundo orden aptas para desplazar las otras razones que dirigen la decisión en sentido contrario, no son ni siquiera independientes del contenido.

²¹ Sobre en qué sentido puede decirse que el derecho extranjero está dotado de autoridad en la propia jurisdicción véase el sugerente ensayo Schauer (2008).

los presupuestos que nos unen y, también, de aquellos que nos hacen plurales y diversos. Todo ello con el objeto de converger en aquello que nos une y de divergir en aquello que, de un modo legítimo, es propio de cada uno. Pensemos, por ejemplo, en las diversas, y legítimas según creo, opiniones acerca del denominado «discurso del odio» (véase, por ejemplo, Waters 2008).

Sin embargo, y dado que comparto la afirmación de Alford (2005: 639) según la cual: «El comparativismo constitucional –la noción de que el material internacional y extranjero debe ser usado para interpretar la Constitución de los Estados Unidos está ganando terreno. Sin embargo, los proponentes de esta práctica raramente ofrecen una justificación teórica firme para dicha práctica», a continuación trataré de ofrecer una posible, y espero que plausible, justificación para tal práctica procedente de las ideas de Rawls acerca del equilibrio reflexivo.

4. RAWLS, EL EQUILIBRIO REFLEXIVO Y EL USO DE LA RAZÓN PÚBLICA

T. M. Scanlon (2003: 139) en un relevante trabajo sostiene con razón que en la obra de Rawls hay tres nociones de justificación: el método del equilibrio reflexivo, la derivación de los principios en la posición original y la idea de la razón pública. A pesar de la relevancia de la noción de los principios surgidos de la posición original, dejaré esta cuestión de lado en esta presentación por dos razones: a) porque constituye el núcleo de la concepción rawlsiana de la justicia como equidad y es por ello más conocida y b) porque guarda menor relación (aunque debemos recordarla como trasfondo) con lo que aquí deseo mostrar.

Aunque quizá la primera vez en la que Rawls presenta algunas ideas que después se convertirán en el equilibrio reflexivo sea en el temprano Rawls (1951), la idea fue desarrollada en la filosofía de la lógica como justificación de los resultados que obtenemos mediante el uso de inferencias, deductivas e inductivas, por Nelson Goodman (1955: 64) con estas palabras (pero sin denominarlo *equilibrio reflexivo*):

He dicho que las inferencias deductivas están justificadas por su conformidad con las reglas generales válidas y que las reglas generales están justificadas por su conformidad con las inferencias válidas. Pero este círculo es virtuoso. La cuestión reside en que las reglas y también las inferencias particulares están justificadas por lograr el acuerdo unas con otras. *Una regla es revisada si de ella se obtiene una inferencia que somos remisos a aceptar; una inferencia es rechazada si viola una regla que somos remisos a revisar.* El proceso de justificación reside en aquel delicado punto de hacer ajustes mutuos entre las reglas y las inferencias aceptadas. En el acuerdo alcanzado reside la única justificación necesaria para ambas.

Pues bien, Rawls en *A Theory of Justice* (1971: 46-52, 1999a: 40-46) propone un método similar para la justificación de nuestras decisiones prácticas, para la filosofía moral. Comenzamos con un conjunto de *juicios considerados*, de intuiciones, aunque Rawls no usa este término, y las sometemos a revisión de acuerdo con los principios morales a los que adherimos, que consideramos más razonables. Si algunas intuiciones no encajan bien unas con otras o se apartan de lo que los principios cubren, entonces tal vez estemos dispuestos a sacrificar algunas de ellas. Pero puede también suceder que, al evaluar las intuiciones, descubramos que algunos de los principios necesitan ser modificados o revisados. El proceso de la justificación práctica reside en esta operación *coherentista* de procurar que nuestros principios morales y nuestros juicios considerados resulten en un *equilibrio reflexivo*.

Pero Rawls nos advierte de que el procedimiento no acaba cuando hemos realizado esta operación con arreglo a los principios de la teoría moral a la que adherimos, es preciso que amplíemos el método y que transitemos del equilibrio reflexivo *estrecho* al equilibrio reflexivo *amplio*, en el cual debemos poner en tela de juicio nuestras intuiciones con los principios de todas las teorías morales razonables y buscar un equilibrio más ambicioso²². Así nos lo explica Rawls (1974, 1999b: 289):

[...] porque nuestra indagación está motivada filosóficamente, estamos interesados en qué concepciones afirmarían las personas cuando hubieran logrado un equilibrio reflexivo amplio y no sólo uno estrecho, un equilibrio que satisfaga determinadas condiciones de racionalidad. Es decir, mediante la adopción del papel de observadores teóricos morales, investigamos qué principios las personas reconocerían y aceptarían sus consecuencias cuando ellas hubiesen tenido la oportunidad de considerar otras concepciones plausibles y evaluar los fundamentos que las soportan. Si se toma este proceso hasta el fin, se halla la concepción, o la pluralidad de concepciones, que sobrevivirían a la consideración racional de todas las concepciones realizables y de todos los argumentos razonables para ellas. No podemos, es claro, realmente llevar a cabo esta tarea, pero podemos hacer lo que parece acercarse más a ello, a saber, caracterizar la estructura de las concepciones familiares predominantes para nosotros desde la tradición filosófica, y obtener los refinamientos ulteriores que se nos revelan como más prometedores.

²² En *A Theory of Justice* (Rawls 1971, 1999a), el autor introduce la distinción sin usar las expresiones *estrecho* y *amplio* (y se arrepiente de no haberlas usado según propia confesión, Rawls 2001: 31) que no aparecen hasta Rawls (1974, ahora en 1999b: ch.15).

Obviamente hay mucho más que decir, y muchas críticas a las que responder, acerca del equilibrio reflexivo²³. Pero creo que esto basta para lo que quiero mostrar. Sobre todo si se a ello añadimos que Rawls concibe el razonamiento judicial de un modo semejante: (1971: 237, 1999: 209):

El precepto según el cual las decisiones similares dadas en casos similares limita de un modo significativo la discreción de los jueces y otros operadores dotados de autoridad. El precepto les fuerza a justificar las distinciones que hacen entre las personas por referencia a las normas y principios jurídicamente relevantes. En cada caso particular, si las normas son irremediabilmente complejas y exigen ser interpretadas, puede ser fácil justificar una decisión arbitraria. Pero en la medida que el número de casos aumenta, las justificaciones plausible para juicios sesgados deviene más difícil de construir. El requerimiento de consistencias se mantiene, como ha de ser claro, para la interpretación de todas las normas y para la justificación de todos los niveles.

La otra idea rawlsiana que deseo introducir es la idea de la razón pública. En *A Theory of Justice*, Rawls suponía (véase Scanlon 2003: 158-159) que una sociedad bien ordenada, una sociedad organizada a partir de los dos principios de la justicia (el principio de las libertades básicas y el principio de la igualdad de oportunidades junto con que las desigualdades sólo están justificadas cuando benefician a los peor situados, el principio de la diferencia) sería una sociedad *estable*. En una sociedad así estructurada las personas, según Rawls, adquirirán un apropiado sentido de la justicia y un deseo de apoyar dichos principios (Rawls 1971: 454, 1999a: 398).

Sin embargo, en *Political Liberalism* (1993)²⁴, Rawls concluye que este modo de asegurar la estabilidad no toma en cuenta lo que denomina «el hecho del pluralismo razonable». El hecho de que en una sociedad bien ordenada las personas tendrán todavía diferentes concepciones acerca de cuestiones tan fundamentales como son el significado de la propia vida y de aquello que constituye el mejor modo de enfocar sus propias vidas. Y en su anterior punto de vista la estabilidad era proporcionada por personas que adherían a una versión de la autonomía personal, a menudo característicamente kantiana (Scanlon 2003: 159), que dicho enfoque suponía. Ahora, en cambio, Rawls piensa que el sentido de la justicia ha de hallar fundamentos no sólo

²³ Una excelente presentación puede verse en Daniels (2016, vd. también Daniels 1996). Algunas críticas especialmente perspicuas a la dificultad de que el método del equilibrio reflexivo pueda proporcionarnos la *convergencia* que garantice la estabilidad, tempranamente en Brandt (1979, 1990), Hare (1973), y más recientemente en (Kelly, McGrath 2010). Una poderosa crítica al procedimiento constructivo rawlsiano porque ofrece una relevancia impropia a las circunstancias empíricas en su establecimiento de los principios de justicia en Cohen (2008).

²⁴ Véase el iluminador prefacio a la edición en *paperback* del libro (Rawls 1996).

en el liberalismo kantiano, sino también en otros enfoques: el liberalismo milliano o versiones de las grandes confesiones religiosas, como el cristianismo o el islamismo que aceptan el liberalismo, por ejemplo. Se trata, dice Rawls, de concepciones *comprehensivas* razonables. Por lo tanto es preciso hallar un consenso por superposición (un *overlapping consensus*) entre estas doctrinas razonables²⁵. Y este consenso es algo que solamente podemos obtener restringiendo aquellos argumentos que pueden introducirse en el foro público, porque sólo ellos responden al requisito de la *reciprocidad*. Y aquí es donde aparece la doctrina de la razón pública.

Dicha doctrina no apela a cuestiones controvertidas que fundan nuestros valores políticos, apela solamente a cuestiones de justicia institucional básica y a lo que denomina los «elementos constitucionales esenciales» («constitutional essentials»), que pueden ser aceptados por diversas concepciones *comprehensivas*.

Y aquí, según Rawls, el papel de los jueces es crucial (Rawls 1997: 767, ahora 1999b: ch. 26, 574):

Es imperativo darse cuenta de que la idea de la razón pública no se aplica a todas las discusiones políticas de las cuestiones fundamentales, sino sólo a las discusiones de aquellas cuestiones a las que me refiero como el fórum político público. Este fórum puede dividirse entres partes: el discurso de los jueces en sus decisiones, y especialmente el de los jueces de la corte suprema; el discurso de los miembros del gobierno, especialmente de los ejecutivos y de los legisladores; y finalmente, el discurso de los candidatos a puestos públicos y de sus responsables de campaña, especialmente en su oratoria pública, plataformas de los partidos y discursos políticos.

Es decir, para Rawls, los jueces ocupan un muy relevante lugar en el foro de la razón pública. Es más, ese lugar privilegiado le sirve a Rawls (1997: 797, ahora en 1999b, ch. 26: 605) para caracterizar el modo en que todos los ciudadanos debemos comportarnos en el espacio público:

Recordemos que la razón pública considera la tarea de ciudadano con su deber de civilidad como análoga al del juez con su deber de decidir los casos. Igual como los jueces han de decidir los casos mediante los fundamentos jurídicos de los precedentes, los cánones reconocidos de interpretación jurídica, y otros fundamentos relevantes, también los ciudadanos han de razonar mediante la razón pública y han de guiarse por el criterio de reciprocidad, siempre cuando los elementos constitucionales esenciales y las cuestiones de la justicia básica están en juego.

De este modo, cuando parece que están a la par, esto es, cuando los argumentos jurídicos parecen balanceados de modo parejo, los jueces no pueden resolver el caso simplemente apelando a sus pro-

²⁵ Rawls (1987, ahora 1999b: ch. 20; 1989, ahora 199b: ch. 22).

pios puntos de vista políticos. Hacerlo de este modo es para los jueces violar su deber. Lo mismo se mantiene con la razón pública: si, cuando la situación está a la par, los ciudadanos invocan las razones que fundan sus concepciones comprensivas, el principio de reciprocidad es violado. Desde el punto de vista de la razón pública, los ciudadanos deben votar a favor de la ordenación de los valores políticos que ellos consideran sinceramente más razonable. En otro caso no alcanzan a ejercer el poder político en un modo que satisfaga el criterio de reciprocidad.

5. EL DIÁLOGO JUDICIAL COMO EXPRESIÓN DE LA RAZÓN PÚBLICA

Me propongo, ahora, aplicar estas ideas al diálogo judicial. Imaginemos, con espíritu cosmopolita²⁶, que los altos tribunales de las democracias constitucionales y, también, los tribunales internacionales (el Tribunal Internacional de Justicia, el Tribunal Penal Internacional, el Tribunal Europeo de los derechos humanos, la Corte Interamericana de los derechos humanos, el Tribunal de la Unión europea, por ejemplo) se consideran así mismos como integrando una «comunidad global de Tribunales» (Slaughter 2003)²⁷. Por lo tanto, se consideran a sí mismos como llevando a cabo una *deliberación compartida*²⁸. Ahora bien, ¿en qué consiste dicha deliberación compartida? ¿Qué es lo que hace que pueda decirse que estos tribunales actúan *conjuntamente*?

Creo que aquí la idea rawlsiana del equilibrio reflexivo puede venir en nuestro auxilio. En los casos controvertidos, los jueces se hallan a menudo en la situación que las interpretaciones admisibles de sus textos constitucionales y sus propios precedentes no son concluyentes. Hay varias formas de tomar una decisión que no son claramente contrarias a los materiales de los que el juez dispone en su propia jurisdic-

²⁶ Tal vez no hace falta ser tan optimista como, a veces, lo son los defensores del cosmopolitismo (como yo mismo) y semejantes conclusiones puedan ser obtenidas de un enfoque más atento al denominado *pluralismo jurídico* (véase Krisch 2010)

²⁷ Una concepción que podría descansar en la idea de una comunidad internacional presente en los poderes constituyentes de los Estados, una comunidad internacional de personas libres e iguales. Véase esta sugerencia recientemente en Kumm (2016).

²⁸ La idea es de Bratman (2014: ch. 7). Bratman está pensando en deliberaciones cuando es obvio que formamos parte de un plan conjunto: pintar una casa juntos, decidir juntos en una comisión los candidatos a profesor que van a ser admitidos, dar un paseo juntos, etc. Pero no veo graves inconvenientes en imaginar que los Tribunales se consideren a sí mismos como partes de un plan de decidir los casos de acuerdo con los fundamentos comunes de nuestras democracias constitucionales. Uno podría también intentar fundar esta práctica en las ideas acerca de la comunidad de diálogo habermasiana (vd. Habermas 1992 y su debate con Rawls, Habermas 1993, Rawls 1993), pero este sendero quedará aquí sólo apuntado.

ción. Y, tal vez, hay varios modos de alcanzar un equilibrio entre sus juicios considerados, las proposiciones jurídicas que consideran aceptables (pensemos, por ejemplo, en la cuestión de si es verdadera la proposición jurídica que afirma que la pena de prisión perpetua es un trato inhumano y degradante, en la jurisdicción española) y los principios de su práctica constitucional. Dworkin (1977), como es sabido, distingue dos dimensiones en la operación de la aplicación del derecho, la dimensión de adecuación («dimension of fit») y la dimensión de justificación («dimension of justification»). Pues bien, en la dimensión de adecuación los jueces no hallan argumentos concluyentes a favor de una decisión ni de la contraria. Deben pasar a la dimensión de la justificación. Y aquí el equilibrio reflexivo es realmente crucial. Deben establecer cuál es el modo más coherente de armonizar los materiales jurídicos con los principios que mejor reconstruyen su práctica constitucional. Ahora bien, si se limitan a su práctica doméstica, el equilibrio reflexivo que alcanzarán será estrecho. Si, por el contrario, deciden acudir a los que han hecho los tribunales en otras jurisdicciones o los tribunales internacionales, entonces ampliarán su visión. Obviamente, el resultado de esta operación no se halla predeterminado, dado que su responsabilidad consiste en decidir el caso en *su* jurisdicción. Pero una deliberación razonada, a la vista de lo que otros decidieron, puede iluminar de un modo insospechado alguno de los propios precedentes, o puede mostrar que una interpretación minoritaria de un texto constitucional armoniza mejor con otros presupuestos de nuestra práctica constitucional. Alcanzar un equilibrio reflexivo amplio es el propósito de esta deliberación compartida.

No obstante, creo que las ideas rawlsianas de la razón pública vienen a aclarar esta propuesta. En primer lugar, la deliberación compartida que es el núcleo de este diálogo judicial debe aparecer restringida a los tribunales de las democracias constitucionales. Sólo las concepciones presupuestas por las democracias constitucionales pueden ser consideradas *razonables* en el sentido rawlsiano. Esto excluye, por ejemplo, las concepciones fundadas en la singularidad de alguna raza, como fue el nazismo, o las concepciones fundadas en alguna confesión religiosa, como fue tal vez el derecho de la dictadura franquista en relación con el catolicismo o como son hoy en día, algunos países que aplican directamente la ley de la sharia. Eso no presupone, deseo aclararlo, cuál deba ser la regulación de la libertad religiosa: caben desde sistemas de laicismo como el francés a sistemas, como el británico, en los cuales la máxima autoridad religiosa del país reside en la figura del monarca. Pero el respeto a las libertades básicas exige que el derecho admita la pertenencia a cualquier confesión religiosa, o a ninguna, y la posibilidad de abandonar dicha pertenencia.

Y, en segundo lugar, otra restricción debe ser aceptada de acuerdo con la doctrina de la razón pública. No todos los presupuestos de un ordenamiento extranjero deben ser admitidos en la deliberación, porque no todos los presupuestos de nuestros sistemas jurídicos naciona-

les están en condiciones de pasar el filtro de la razón pública. Por ejemplo, el hecho de que una determinada concepción del laicismo en Francia y del ejercicio de la función pública de acuerdo con las convicciones del laicismo, lleve a considerar aceptable para la práctica constitucional francesa la prohibición a las personas responsables de la educación y a los alumnos de vestir con signos que puedan ser considerados religiosos (así la prohibición de usar el chador o la sotana en las escuelas), no debe formar parte de la deliberación al respecto de otros tribunales²⁹. No debe hacerlo porque dicha prohibición se funda en una concepción comprensiva que el derecho francés adopta, pero la libertad religiosa no la exige. Hay formas de respetar la libertad religiosa de todos compatibles con permitir diversas formas de vestir, aunque muestren las convicciones religiosas, a todas las personas que ejercen de docentes en determinada sociedad. Tal vez, por cierto, esta idea pueda servir para acomodar la controvertida doctrina del TEDH referida al denominado *margen de apreciación*³⁰.

Si esta internacionalización del derecho constitucional fuese alcanzada, mediante el *diálogo judicial*, sería sin duda el mejor modo de procurar una, en mi opinión deseable, constitucionalización del derecho internacional.

6. CONCLUSIÓN

Si esta deliberación compartida que, como hemos visto ya ha comenzado, no se detiene, entonces puede alcanzar un consenso acerca de los presupuestos comunes de los sistemas jurídicos de las democracias constitucionales, un nuevo *Ius Gentium*. Waldron (2005: 146-147), al que se debe esta sugerencia, lo dice así:

El contraste verdadero entre aquellos que se oponen y aquellos que defienden el uso del derecho extranjero en el razonamiento jurídico americano *no* consiste en que los juristas del primer grupo son provincianos y los segundos cosmopolitas. Aquellos que contemplan el derecho como una cuestión de la voluntad no ven ninguna razón por la cual las expresiones de voluntad de otros lugares en el mundo deban afectar nuestras expresiones de voluntad en los Estados Unidos. Pero aquellos que consideran el derecho como una cuestión de razón pueden querer depositar su confianza, con espíritu científico, no sólo en nuestro propio razonamiento sino también en algunas relaciones racionales con la que otros se han enfrentado y que otros han descifrado.

²⁹ Desde el temprano *avis* de su Consejo de Estado: Conseil d'Etat, Section de l'intérieur, 27 novembre 1989, n.º 346893, Avis «Port du foulard islamique».

³⁰ Aplicado por primera vez, como es sabido, en el caso *Handyside v United Kingdom* (1976). Véase por ejemplo Letsas (2007).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALFORD, Roger P. (2005): «In Search of a Theory for Constitutional Comparativism», *UCLA Law Review* 52: 639-714.
- ARNULL, Anthony (2012): «Judicial Dialogue in the European Union», in J. Dickson, P. Eleftheriadis (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law* (Oxford: Oxford University Press), ch. 5.
- BAYÓN, Juan Carlos (2004): «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo» en J. Betegón, F. J. Laporta, J. R. Páramo, L. Prieto Sanchís (eds.), *Constitución y derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales): 67-118.
- BRANDT, Richard (1979): *A Theory of the Good and the Right* (Oxford: Oxford University Press).
- (1990): «The Science of Man and Wide Reflective Equilibrium», *Ethics*, 100: 259-278.
- BRATMAN, Michael E. (2014): *Shared Agency. A Planning Theory of Acting Together* (Oxford: Oxford University Press).
- COHEN, Gerald A. (2008): *Rescuing Justice and Equality* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
- CANALES, Damiano (2015): «Comparative Reasoning in Legal Adjudication», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 28: 5-27.
- CHOUHRY, Sujit (1999): «Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation», *Indiana Law Journal*, 74: 819-892.
- DANIELS, Norman (1996): *Justice and Justification: Reflective Equilibrium in Theory and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press).
- (2016): «Reflective Equilibrium», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = «<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/reflective-equilibrium/>».
- DWORKIN, Ronald (1977): «Hard Cases», en Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth), ch. 4.
- (2006): «Does Britain Need a Bill of Rights?», en R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution* (Oxford: Oxford University Press): 352-372.
- FILIPPINI, Leonardo G. (2007): «El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo: Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 8: 191-202.
- GARDBAUM, Stephen (2013): *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press).
- GARGARELLA, Roberto (1996): *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial* (Barcelona: Ariel).
- GAYO (1904): *Gai Institutiones or Institutes of Roman Law by Gaius*, with a Translation and Commentary by the late Edward Poste, M. A. Fourth edition, revised and enlarged by E. A. Whittuck, M. A. B. C. L., with an historical introduction by A. H. J. Greenidge, D. Litt (Oxford: Clarendon Press). 12/4/2017. <http://oll.libertyfund.org/titles/1154>
- GOODMAN, Nelson (1955): *Fact, Fiction, and Forecast* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
- GLENU, H. Patrick (1987). «Persuasive Authority», *McGill Law Journal*, 32: 261-297.

- GUASTINI, Riccardo (1998): «La «costituzionalizzazione» dell'ordinamento italiano», en *Region Pratica*, 11: 185-206.
- HABERMAS, Jürgen (1992): *Faktizität und Geltung* (Frankfurt am Main: Shurkamp Verlag).
- (1995): «Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism», *The Journal of Philosophy*, 92: 109-131.
- HARE, Richard M. (1973): «Rawls» Theory of Justice», *Philosophical Quarterly*, 23: 144-55; 241-51.
- JACKSON, Vicki C. (2005-6): «Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement», *Harvard Law Review*, 119: 109-128.
- (2010): *Constitutional Engagement in a Transnational Era* (Oxford: Oxford University Press).
- KELLY, Thomas; McGRATH, Sara (2010): «Is Reflective Equilibrium Enough?», *Philosophical Perspectives*, 24: 325-359.
- KRISCH, Nico (2010): *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law* (Oxford: Oxford University Press).
- KUMM, Matthias (2016): «Constituent Power, Cosmopolitan Constitutionalism, and Post-positivist Law», *International Journal of Constitutional Law* 14: 697-711.
- LETSAS, George (2007): *A Theory of Interpretation of the European Convention of Human Rights* (Oxford: Oxford University Press).
- L'HEREUX-DUBÉ, Claire (1998): «The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court», *Tulsa Law Journal*, 34: 15-45.
- MALMAI, Gábor (2012): «The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation», en Michael Rossenfeld, Andras Sajó (eds.) (2012): ch. 64.
- MORESO, J. J. (2009): *La Constitución: modelo para armar* (Madrid: Marcial Pons).
- MOON, Cody M. (2003): «Comparative Constitutional Analysis: Should the United States Supreme Court Join the Dialogue?», *Washington University Journal of Law & Policy*, 12: 229-247.
- PERJU, Vlad: «Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations», *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press), ch. 63.
- RAWLS, John (1951): «Outline of a Decision Procedure for Ethics», *Philosophical Review*, 60: 177-97.
- (1971): *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
- (1974): «The Independence of Moral Theory», *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, 47: 5-22.
- (1987): «The Idea of Overlapping Consensus», *Oxford Journal of Legal Studies*, 7: 1-25.
- (1989): «The Dominion of the Political and Overlapping Consensus», *New York University Law Review*, 64: 233-255.
- (1993): *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press).
- (1995): «Political Liberalism: Reply to Habermas», *The Journal of Philosophy*, 92: 132-180.
- (1996): *Political Liberalism*, Paperback edition (New York: Columbia University Press).
- (1997): «The Idea of Public Reason Revisited», *The University of Chicago Law Review*, 64: 765-807.

- RAWLS, John (1999a): *A Theory of Justice*, 2nd edition (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
- (1999b): *Collected Papers*, Samuel Freeman (ed.) (Cambridge Mass.: Harvard University Press).
- (2001): *Justice as Fairness: A Restatement* (Cambridge Mass.: Harvard University Press).
- RAZ, Joseph (1985): «Authority, Law, and Morality», *The Monist*, 68: 295-324.
- (1998): «On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries», en Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations* (Cambridge: Cambridge University Press), ch. 4.
- ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András (eds.) (2012): *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press).
- ROSENKRANTZ, Carlos F. (2003): «Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law», *International Journal of Constitutional Law*, 1 (2003): 269-295.
- (2005): «En contra de los “Prestamos” y de otros usos «no autoritativos» del derecho extranjero», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 6: 71-96.
- (2007): «Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)», *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 8: 203-213.
- SCALIA, Antonin (2004): «Kenote Address: Foreign Legal Authority in the Federal Courts», *American Association of International Law. Proceedings*, 98: 305-310.
- SCANLON, T. M. (2003): «Rawls on Justification», en Samuel Freeman (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls* (Cambridge: Cambridge University Press), ch. 3.
- SCHAUER, Frederick (2008): «Authority and Authorities», *Virginia Law Review*, 94: 1931-1961.
- SLAUGHTER, Anne-Marie (2003): «A Global Community of Courts», *Harvard International Law Journal*, 44: 191-219.
- TUSHNET, Mark (2009): *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton: Princeton University Press).
- WALDRON, Jeremy (2006): «The Core of the Case Against Judicial Review», *The Yale Law Journal*, 115: 1346-1406.
- (2005): «Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*», *Harvard Law Review*, 119: 129-147.
- WATERS, Melissa A. (2008): «The Role of Transnational Judicial Dialogue in Shaping Transnational Speech: International Jurisdictional Conflicts in Hate Speech and Defamation Law», en Russell A. Miller, Rebecca M. Bratspies (eds.), *Progress in International Law* (Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers).

Fecha de recepción: 31/03/2017. Fecha de aceptación: 31/10/2017.

Legalidad y constitucionalidad

Legality and constitutionality

Por ANDRÉS OLLERO
Universidad Rey Juan Carlos, Madrid

RESUMEN

El Tribunal Constitucional controla a los Poderes del Estado, pero con un notable esfuerzo de autocontención. Buena prueba de ello fue la reforma que supeditó la admisión de recursos de amparo a la especial trascendencia constitucional de la vulneración de un derecho. Ello obliga a revisar el temor a que un planteamiento neoconstitucionalista pueda poner en riesgo el principio de legalidad. Resulta, por el contrario, comprensible que se lo considere cercano al iusnaturalismo; sobre todo si se suscribe el empeño de considerar morales a todas las exigencias jurídicas no legalizadas, o se estima incompatible con el iusnaturalismo el reconocimiento de la juridicidad de la ley injusta. La STC 11/2016, de 1 de febrero puede, entre otras, ayudar a reflexionar sobre el particular; así como la STC 80/1982 alertó sobre la existencia de exigencias jurídicas no legalizadas.

Palabras clave: *Principio legalidad, control constitucionalidad, neoconstitucionalismo, iusnaturalismo, derecho y moral.*

ABSTRACT

The Constitutional Court controls public powers with a remarkable effort of self-restraint. It can be proved through the legal reform requiring special constitutional transcendence to admit individual appeals for protection («recursos de amparo»). Such a reform challenges a neoconstitutionalist approach about principle of legality. Some may consider this kind of reform close to natural law bases, especially those who consider non-legalized legal

requirements as moral rules or tend to refuse the compatibility between unfair law and natural law. Constitutional Court Judgment number 11/2016, February 1st, among others, may help to think on the issue. So does number 80/1982, which warned about the existence of non-legalized legal requirements.

Key words: Principle of legality, control of constitutionality, neo-constitutionalism, iusnaturalism, law and moral.

SUMARIO: RECURSO DE AMPARO Y ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL. NEOCONSTITUCIONALISMO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD. IUSNATURALISMO MOTEJADO COMO IUSMORALISMO. DERECHO COMO MÍNIMO ÉTICO Y LEY INJUSTA. UN PROBLEMA JURÍDICO: LA STC 11/2016, DE 1 DE FEBRERO. EXIGENCIAS JURÍDICAS NO LEGALIZADAS.

SUMMARY: INDIVIDUAL APPEAL FOR PROTECTION («RECURSO DE AMPARO») AND SPECIAL CONSTITUTIONAL TRANSCENDENCE. NEOCONSTITUTIONALISM AND PRINCIPLE OF LEGALITY. IUSNATURALISM AS IUSMORALISM. LAW AS AN ETHICAL MINIMUM AND UNFAIR LAW. A LEGAL PROBLEM: CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENT 11/2016, FEBRUARY 1ST. NON-LEGALIZED LEGAL REQUIREMENTS.

Pocos problemas de teoría jurídica más relevantes para las tareas del Tribunal Constitucional que marcar la difícil frontera entre el plano de la legalidad y el de la constitucionalidad¹. Cuando llega a olvidarse, se distorsiona el papel del Tribunal, convertido inadecuadamente en un presunto superpoder del Estado.

Es fácil que alimente ese perturbador espejismo el hecho indudable de que al Tribunal se encomienda, en defensa de la Constitución, el control de los actos y resoluciones de los tres poderes del Estado. Ciertamente «no hay problema jurídico medianamente serio que no encuentre alguna orientación de sentido en la preceptiva constitucio-

¹ «Algunos intentos de delimitar ambas jurisdicciones me han parecido siempre esfuerzos baldíos, por sustentarse en un desconocimiento del significado de nuestro modelo de justicia constitucional.

Así el que se basa en que el Tribunal Constitucional se limite a los asuntos de estricta constitucionalidad y sean de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria los de estricta legalidad. Esa distinción no sirve en un ordenamiento como el nuestro, en el que es muy difícil separar constitucionalidad y legalidad, ya que los jueces y tribunales han de interpretar constitucionalmente la ley (e incluso anular actos y reglamentos por inconstitucionales) y el Tribunal Constitucional no sólo ha de interpretar la Constitución sino también la ley que enjuicia», ARAGÓN REYES, M., «Problemas de la justicia constitucional en España», en Enrique Arnaldo Alcubilla y Pedro González-Trevijano (dir.), *En pro de la regeneración política en España*, Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 604-605.