Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

X

STRAUSS, DEMOCRACIA Y CONSTITUCIONALISMO DEL ÁRBOL VIVO

Wilfrid J. Waluchow*

Sumario: I. *Introducción.* II. *Algo de historia constitucional canadiense.* III. *El desafío democrático.* IV. *Moralidad constitucional.* V. *Comentarios conclusivos.*

I. Introducción

En un libro reciente, *The Living Constitution,* el Profesor David Strauss defiende una teoría con la cual estoy casi en completo acuerdo[1]. Comparto con Strauss la tesis de que la constituciones son, o al menos pueden ser, entidades vivas; de que existe un sentido muy importante en el cual una Constitución es mucho más que un texto escrito; de que es innecesario y erróneo restringir a los intérpretes constitucionales a las intenciones y entendimientos originales de los autores de la Constitución; de que incluso aquellos quienes profesan o defienden la práctica del originalismo (como el juez Antonin Scalia) no pueden cumplir sus postulados; de que las constituciones pueden crecer y se les debe permitir hacerlo para acomodarse a las circunstancias cambiantes, y de que la mejor forma de ver este proceso de crecimiento y adaptación es pensar que este proceso encarna, o al menos emula, las formas familiares del razonamiento del *common law*. En otras palabras, la interpretación y el desarrollo de las disposiciones abstractas y moralmente cargadas de las constituciones en una gran medida reflejan las formas en las cuales el *common*

* Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora y Leider Gómez Caballero.

[1] David Strauss, *The Living Constitution*, New York, Oxford University Press, 2010. Para mi defensa, vease, W. J. Waluchow, *A Common law Theory of Judicial Review: The Living Tree,* Cambridge, Cambridge University Press, 2007. [hay traducción de Pablo de Lora, *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el 'common law'*, Madrid, Marcial Pons, 2009].

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

law ha exitosamente desarrollado nociones como "negligente", "razonable" e "inherentemente peligroso" en otras áreas del Derecho[2]. Además, también creo que, aunque el proceso de determinar de esta forma los contornos de Constitución viva puede ser desarrollado por actores no judiciales, los jugadores primordiales son inevitablemente los jueces, quienes son los llamados a proporcionar respuestas autoritativas a las preguntas constitucionales y los casos altamente controversiales. Y, finalmente, también creo que el uso del razonamiento del *common law* en los casos constitucionales no resulta en una aplicación libre e indisciplinada del Derecho, como los críticos del árbol vivo algunas veces acusan sus defensores. Por el contrario, cuando el constitucionalismo basado en el *common law* es realizado con la humildad que propone Burke, y el debido respeto por las necesidades rivales de seguridad y flexibilidad, ejemplifica una búsqueda ilustrada del Estado de Derecho.

El profesor Strauss y yo no estamos solos en la aceptación de estas proposiciones. El constitucionalismo del árbol vivo ha sido, por muchas décadas ya, el paradigma aceptado en la teoría y práctica constitucionales canadienses. Como sostendré más adelante, esto se hace claro cuando se analiza la historia jurídica de Canadá, en particular, las tesis de la Corte Suprema Canadiense, el órgano mayormente responsable de determinar como debe concebirse la relativamente nueva *Constitución Canadiense*, y como las varias disposiciones de su *Carta de Derechos y Libertades* deben ser interpretadas y aplicadas en los casos concretos[3]. Como explicaré, las Cortes Canadienses, casi sin excepción, han explícitamente rechazado el originalismo y abrazado la idea, introducida por primera vez en el Derecho canadiense en 1929, que la Constitución es "un árbol vivo". Así que, al contrario de los Estados Unidos, donde la ideología y práctica constitucionales parecen estar, al menos a los ojos del observador externo, profundamente divididas entre aquellos que proponen alguna forma de originalismo, y otros quienes, como el Profesor Strauss, promueven alguna forma de constitucionalismo vivo, Canadá se ha adherido completamente este último. El que sea lo mismo en Latinoamérica, y que sea posible iniciar un diálogo con entre la visión canadiense y latinoamericana, es una pregunta que espero los lectores puedan responder.

---

[2] Dado que las controversias sobre la interpretación constitucional casi siempre se refieren estas disposiciones abstractas y moralmente cargadas de los derechos civiles, mi exposición se centrará exclusivamente sobre ellas.

[3] Véase, *Canadian Constitution Acts, 1867 to 1982*, <http://www.canlii.org/en/ca/const/const1982.html> (última consulta marzo 30 de 2013).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Esta es la forma que mi escrito tomará. Comenzaré, en la sección II con un poco de historia constitucional canadiense, comenzando con *Edwards*, un famoso caso decidido por el *Privy Council* del Reino Unido en 1929, mucho antes de que la nueva *Constitución Canadiense* y su *Carta de Derechos y Libertades* fueran formalmente adoptadas en 1982[4]. Entonces regresaré a la historia más reciente, enfocándome en el proceso algo tortuoso que condujo a la adopción de la *Carta* y me enfocaré en una muestra de tempranas decisiones fundamentales en las cuales la Corte Suprema se esforzó en presentar una definición y defensa a su aproximación a la aplicación e interpretación de este instrumento jurídico transformacional. Como veremos, la Corte continuó explícitamente abrazando la idea de un constitucionalismo vivo articulada en *Edwards*. También continuó abrazando el método de interpretación constitucional con el que, en el concepto de la Corte, esta teoría constitucional particular está más asociada: el método que la Corte denomina "interpretación propositiva" [*purposive interpretation*]. Al acoger el constitucionalismo vivo y la interpretación propositiva, los Jueces tienen la obligación de responder una variedad de objeciones, muchas de las cuales también tienen que ser respondidas por todas las Cortes constitucionales, y las cuales creo son bien respondidas por Strauss. Sin embargo, existe una objeción poderosa a la cual creo que ni Strauss ni las cortes han respondido, en mi concepto, satisfactoriamente. La objeción que tengo en mente es la afirmación de que el constitucionalismo vivo y, en particular, las prácticas de control judicial de constitucionalidad [*charter review*][5] e interpretación constitucional con la que ha venido a ser asociada, son inherentemente anti-democráticas. Al contrario de lo que hace Strauss, la Corte Canadiense ha sido propensa a repudiar este cargo. Pero no creo lo haya hecho de una forma particularmente convincente. La Corte se ha basado en la premisa innegable de la Carta Canadiense no fue creada e impuesta por el poder judicial, sino que fue el producto de los procesos democráticos legítimos, los cuales, al menos de entrada, le dejaron a los jueces mucho del desarrollo e interpretación de la Carta. Esta defensa contra la objeción democrática, de forma algo entendible, ha dejado a los oponentes del constitucionalismo vivo casi com-

[4] *Edwards v. Attorney-General of Canada* [1930] A.C. 124. Puede ser consultado online en <http://www.chrc-ccdp.ca/en/browseSubjects/edwardspc.asp> (última consulta marzo 30 de 2013).

[5] Con esta expresión, me refiero a cualquier práctica donde el poder judicial está encargado de evaluar la conformidad de legislación y otros actos del gobierno con los derechos abstractos de moralidad política que se encuentran típicamente en las constituciones y las cartas de derechos.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

pletamente insatisfechos. Y no es difícil ver por qué. Después de todo, el que una sociedad haya por alguna razón escogido, a través de medios democráticos legítimos, someterse a sí misma a un mando tiránico e unipersonal difícilmente sería suficiente para considerar este mando como una forma democrática de gobierno, y mucho menos para considerarla una legítima. De forma más general, el que una forma de gobierno o proceso de toma de decisiones haya sido escogido por medios democráticos no implica que el objeto escogido automáticamente disfrute de legitimidad democrática. Y esto opera para las constituciones y el control judicial de constitucionalidad. Strauss también se toma seriamente la objeción democrática, pero él ha decidido una aproximación diferente en su respuesta. Su respuesta es, según entiendo, decir lo siguiente: aunque no existe nada en la aproximación basada en el *common law* a la Constitución que convierta al sistema constitucional de los Estados Unidos en anti-democrático; sí existe en realidad algo en la idea misma de Constitución que es anti-democrático, especialmente cuando su interpretación y aplicación son acopladas con las formas fuertes de control judicial de constitucionalidad introducidas en *Madbury v Madison*[6]. Y así, parece sugerir, que es algo con lo que debemos vivir. En la Sección III, intentaré mostrar por qué creo que esto es una concesión demasiado fácil a los oponentes del árbol vivo democráticamente inspirados, y porque ella puede ser disminuida e incluso evitada completamente. Sostendré que existen muchos recursos en las ideas de Constitución y control judicial de constitucionalidad basado en el *common law* que pueden ser utilizados para responder los críticos de forma exitosa; es decir, que existen una multiplicidad de recursos para explicar cómo y por qué el constitucionalismo de la variedad del árbol vivo no necesita entrar en conflicto con los principios fundamentales de la democracia.

II. Algo de historia constitucional canadiense

1. *Edwards*

Uno de los casos más famosos e influyentes de la historia jurídica canadiense es indudablemente *Edwards v. Attorney-General of Canada*, decidido por el Comité Judicial del *Privy Council* del Reino Unido en 1929, y el cual es conocido hoy como "el Caso de las Personas". El asunto en cuestión en *Edwards* era

[6] Strauss, *The Living Constitution, cit.*, pp. 46-49.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

una pregunta clave del *The British North America Act* (*BNA Act*) de 1867, un *Act* del Parlamento del Reino Unido que creó el Dominio de Canadá y definió varias entidades y oficinas gubernamentales.* Cuando Emily Murphy, una activista social de Alberta, fue nombrada en 1916 como la primera funcionaria pública en la provincia, el nombramiento fue demandando bajo el fundamento de que las mujeres no eran consideradas "personas" bajo el *BNA Act*. De acuerdo a la sección 24 del acto, "[e]l Gobernador General deberá de vez en cuando, en el nombre de la Reina, mediante un Instrumento bajo el Gran Sello de Canadá, nombrar a las *personas* calificadas al Senado; y sujeto a las disposiciones de este *Act*, toda *persona* así nombrada deberá convertirse en miembro del Senado y senador". En 1917, la Corte Suprema de Alberta dispuso que las mujeres eran en realidad "personas", pero este fallo sólo tenía aplicación en esa provincia. Muchos años después, la señora Murphy postuló su nombre como candidata al Senado Canadiense, pero el Primer Ministro Broden rechazó su candidatura sobre fundamentos similares, citando el hecho de que ella no era, para los propósitos del *BNA Act*, una "persona" y por esta razón no calificaba para el nombramiento. En 1927, la señora Murphy, conjuntamente con otras cuatro prominentes defensoras de los derechos de las mujeres, hoy inmortalizadas en Canadá como "Las Cinco Famosas", demandaron la decisión del Primer Ministro ante la Corte Suprema de Canadá. La Corte falló en contra de ellas. El Presidente de la Corte, conjuntamente con otros tres miembros, defendieron la incapacidad de la mujer para ejercer cargos públicos basándose en el *common law* y en varios casos que habían sido resueltos bajo normas legislativas diferentes sobre el derecho de las mujeres derecho a votar en las elecciones parlamentarias. El juez Duff estuvo de acuerdo con la conclusión final de la mayoría, pero su razonamiento se basaba en el fundamento más limitado de que un examen detallado de las

* *N. del T.* Para mayor claridad de la exposición que sigue, debe tenerse en cuenta que "The British North America Act, 1867" organizó las tres colonias británicas en Norte América (New Brunswick, Nova Scotia y la Provincia de Canadá [hoy Ontario y Quebec]), que fueron transformaron en un Dominio Británico, un tipo de organización política autónomo que se encontraban nominalmente bajo soberanía británica, y que vinieron a constituir el Imperio británico y la Mancomunidad [*Commonwealth*] de Naciones. El *BNA Act de 1867*, *un acto del Parlamento Británico* (no un acto soberano Canadiense), era, para todos los efectos prácticos, la parte orgánica de la Constitución de Canadá. Este acto constituyó el Dominio federal y estableció el marco de la operación del Gobierno y sus sistemas federales, legislativos, judiciales y tributarios. Sin embargo, después de 1982, el *Act* se convirtió en la constitución, y actualmente es citado como *Constitutional Act,* 1867 (UK), 30 & 31 Victoria. Puede ser consultado en: <http://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/30---31-vict-c-3/latest/30---31-vict-c-3.html> (última consulta, marzo 30 de 2013).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

palabras del *BNA Act* revelaba que la palabra "personas" en la sección 24 estaba restringida a los miembros del sexo masculino. Sin embargo, el resultado era siempre el mismo, y todos los jueces siempre sostuvieron que las palabra "personas" no incluía a las mujeres, y que la señora Murphy, aunque estaba calificada en todos los demás aspectos, era por lo tanto inelegible al Senado.

Sin ser persuadidas por este resultado, las Cinco Famosas apelaron al Comité Judicial del *Privy Council* del Reino Unido, la corte más alta de apelaciones bajo el Derecho canadiense del momento. En octubre 18 de 1929, Lord Sankey, *Lord Chancellor* del *Council*, anunció que la decisión del órgano era que la palabra "personas" en la sección 24 *sí* incluía a las mujeres, y por tanto las mujeres eran elegibles y podían convertirse en miembros del Senado de Canadá. Además, su fallo dispuso que "la exclusión de las mujeres de todos los cargos públicos es una reliquia de días más bárbaros que los nuestros".[7] Y que aquellos "qué se pregunten por qué la palabra 'personas' debería incluir a los humanos del sexo femenino, la respuesta obvia es, ¿Por qué no?"[8] Así, *Edwards* es un caso famoso e importante por dos razones: Primero, establece que las mujeres son en realidad "personas" y por tanto elegibles para ser nombradas en cargos públicos, tales como el Senado Canadiense. Pero igualmente importante, también introdujo en el Derecho constitucional canadiense la metáfora del "árbol vivo", una idea a la cual las cortes canadienses se han adherido repetidamente. Esta idea fundamenta las características claves de la Constitución de Canadá y la aproximación que las cortes canadienses han asumido para su interpretación y desarrollo. Expliquemos como esta metáfora figuró en la decisión del *Council*.

Las Cinco Famosas se enfrentaban a dos dificultades mayores en su caso. Primero, en ningún lugar en el *BNA Act* se mencionaban a las mujeres o a las personas femeninas. En realidad, la legislación utilizaba la palabra "personas" cuando la intención era claramente referirse a más de una persona, y la palabra "él" era empleada cuando el referente intentado era una persona singular. Segundo, y quizá de forma más importante, con algunas excepciones notables, las mujeres generalmente no eran consideradas jurídicamente competentes para ejercer cargos públicos bajo el *common law* del siglo XIX. "En Inglaterra ninguna mujer por debajo del grado de Reina o Regente, casada o soltera, podía tomar parte del gobierno del Estado. Una mujer estaba bajo una incapacidad jurídica de ser elegida para servir al Parlamento, ni siquiera las miembros de la nobleza podían, ni tampoco estaban legitimadas como un incidente nobiliario a recibir un *writ* of *summons*

[7] *Edwards*, [1930] A.C., p. 143.
[8] *Idem*, p. 128.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

en la Cámara de los Lores".[9] Por lo tanto, parecía obvio que, exceptuando unos casos altamente inusuales de los cuales este no era un ejemplo, el entendimiento jurídico original de la palabra "personas" en 1867 era una que prohibía a las mujeres acceder a cargos públicos. Pero por varias razones, el *Council* se abstuvo de basar su decisión en este entendimiento original. La más notable de todas fue la tesis del *Council* sobre la naturaleza especial de las constituciones, incluso aquellas que tenía un origen legislativo ordinario: la idea de que tales instrumentos están diseñados deliberadamente para facilitar su evolución de forma tal que pudieran enfrentarse a circunstancias sociales y visiones morales y políticas cambiantes; y su observación de que el lugar de las mujeres dentro de la sociedad ha evolucionado considerablemente desde el siglo XIX.

> El *British North America Act* plantó en Canadá un árbol vivo capaz de crecer y expandirse dentro de sus límites naturales. El objetivo del *Act* era proporcionar una Constitución para Canadá. Como todas las constituciones escritas ha estado sujeta al desarrollo mediante uso y convención… Sus señorías no conciben que sea un deber de este organismo –y ciertamente no es su deseo– limitar las disposiciones del *Act* mediante una interpretación estrecha y técnica, sino darle una interpretación amplia y liberal tal que el Dominio sea en una gran medida, pero dentro de determinados límites, el amo de su propia casa…[10]

Citando a el *Canadian Constitution* de Clement, el *Council* añadió lo siguiente:

> El *Privy Council,* en realidad, ha establecido que las Cortes de derecho deben tratar a las disposiciones del *British North America Act* con los mismos métodos de interpretación y exposición que ellas aplican a la demás leyes ordinarias. Pero existen leyes de leyes; y la interpretación estricta que se considera adecuada en, por ejemplo, una ley penal o tributaria o una que se encarga de regular los asuntos de una parroquia [división administrativa] inglesa, serían a menudo subversivas de la verdadera intención del Parlamento si se aplicaran a un *Act* promulgado para asegurar la paz, el orden y el buen gobierno de una Colonia Británica.[11]

---

9 *Idem,* p. 128.

10 *Idem,* p. 136.

11 *Idem,* p. 136-7 (citando a W.H.P Clement, *The Law of the Canadian Constitution,* 3ª edición, 1916, p. 147).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Y, finalmente, el Comité Añadió, "[e]l *Act* debe ser interpretado en todas las ocasiones en un espíritu amplio, liberal y comprehensivo, considerando la magnitud de los asuntos que pretende regular en muy pocas palabras".[12]

Esta concepción del árbol vivo introducida en *Edwards* continuó ejerciendo considerable influencia en las cortes canadienses, y fue muy útil para darle forma a la reacción inicial de la Corte Suprema a la revolucionaria *Carta de Derechos y Libertades*. En realidad, diferentes ecos de *Edwards* pueden ser detectados en *Shapinker*, el primer caso decidido bajo el nuevo régimen constitucional[13]. Pero antes de discutir *Shapinker*, me gustaría considerar brevemente otro caso anterior a la *Carta*, uno que se relacionaba con la legitimidad de los intentos del gobierno de introducir una nueva Constitución canadiense en los años ochenta. También es muy instructivo.

2. *La consulta de la Patriación*

Entre 1867 y 1982, el Derecho constitucional canadiense giró principalmente sobre la aplicación e interpretación del *BNA Act* de 1867. Como fue notado anteriormente, este era un instrumento que no había sido formalmente adoptado (o aprobado o ratificado) por el pueblo de Canadá ni por sus representantes. Por el contrario, era legislación ordinaria del Parlamento del Reino Unido, una legislación que, para estar seguros, tenía la función más bien extraordinaria de establecer una nueva nación, aunque con fuertes vínculos coloniales con su madre patria. Aunque para todos los propósitos prácticos, Canadá evolucionó en un país completamente independiente en las décadas que siguieron a su creación, en sentido estricto, el país debía su existencia jurídica continuada a los buenos oficios del Parlamento y las cortes del Reino Unido[14]. En 1931, se convocó una Conferencia del Imperio y se invitaron a los líderes de todos los países del Imperio Británico de entonces. Entre los resultados notables de esta conferencia fue un acuerdo general sobre contenido del *Statute of Westminster* (1931), el cual fue adoptado

[12] *Idem*, p. 137.

[13] *Law Society of Upper Canada v. Shapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357.

[14] Como fue señalado anteriormente, en 1929, cuando *Edwards* fue decidido, la corte final de apelaciones del derecho canadiense era el Comité Judicial del *Privy Council*. Esta competencia del Comité Judicial como corte superior de apelación no finalizó hasta 1939 para apelaciones penales y 1949 para apelaciones civiles. También vale la pena notar que el *BNA* fue reformado en múltiples ocasiones antes de 1982, usualmente por petición del Gobierno Federal de Canadá, actuando en nombre propio o en nombre de las provincias.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

formalmente por el Parlamento del Reino Unido más tarde el mismo año[15]. Este estatuto, sujeto a ratificación por los poderes legislativos nacionales relevantes de los Estados miembros del Imperio, concedió completa independencia a todos los dominios existentes, reemplazó el Imperio Británico por la Mancomunidad de Nacionales [*Commonwealth of Nations*] e intentaba escindir al *BNA Act* de sus raíces británicas. El Parlamento Canadiense estaba entre los Dominios que inmediatamente ratificaron el Estatuto de Westminster, pero solicitó un aplazamiento para su implementación porque no podía asegurar el acuerdo de todos los gobiernos provinciales sobre la adición de una fórmula de reforma al *Act*. Se necesitarían otros cincuenta años antes de que se pudiera alcanzar un acuerdo (casi unánime) sobre una nueva Constitución –antes de que, en otras palabras, el *BNA Act* con una fórmula de reforma y una carta de derechos pudiera ser "patriada" a su nuevo hogar canadiense como el *Constitution Act* de 1982.*

El proceso que condujo a la patriación distó de ser fácil. El gobierno federal del momento, conducido por el Primer Ministro Pierre Trudeau, experimentó una resistencia considerable, no sólo por la nueva fórmula de enmienda sino porque, y principalmente, por la propuesta del gobierno de incluir una carta de derechos recientemente acuñada. Esta adición habría de transformar radicalmente el sistema canadiense de uno basado principalmente en modelo de Westminster de soberanía parlamentaria ilimitada (dentro de las esferas de la jurisdicción federal y provincial, apropiadamente definidas por la Constitución), a uno que incorporaba límites morales substantivos a los poderes del parlamento y los legislativos provinciales. Las objeciones eran predecibles. Tal transformación otorgaría mucho poder político a los jueces, con ello afectando el Estado de Derecho y socavando los principios de la democracia. El pueblo y sus representantes ahora estarían asediados por las reflexiones de jueces no elegidos democráticamente quie-

[15] *Statute of Westminster, 1931* (22 & 23 Geo. V c. 4, 11 December 1931).

* *N. del T.* Para mayor claridad, *Patriation* [Patriación] es un término no jurídico utilizado en Canadá para describir un proceso de cambio constitucional en el cual se apropian de su Constitución. Hasta 1982, la Constitución hacía parte del Derecho Británico y podía ser modificada únicamente mediante un acto del Parlamento Británico (con consentimiento del gobierno Canadiense). En específico, la patriación se refiere al proceso de la potestad de modificación de la Constitución sea solamente de Canadá, sin ningún rol del Parlamento del Reino Unido, es decir, la patriación se refiere con la adopción de una fórmula de reforma constitucional, y con ello, la adquisición de soberanía completa. El término surge como una modificación de *repatration* (repatriación), que significa a volver a su propio país. Como la Constitución canadiense era Derecho británico, no podía, ser "repatriada" o "regresada" a Canadá en sentido escrito. Así, el primer ministro Lester B. Pearson acuñó el término "patriación" para referirse a este proceso.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

nes, al momento de interpretar las disposiciones morales abstractas de la carta, lo harían de acuerdo con sus creencias morales y perjuicios personales. A pesar del esfuerzo considerable de parte del gobierno de Trudeau en la negociación de la patriación, no se pudo llegar a un acuerdo suficiente entre las provincias. Como resultado, el gobierno de Trudeau consideró incluso la posibilidad de solicitar unilateralmente que el Parlamento del Reino Unido patriara la Constitución previamente enmendada. La resistencia continuó, apoyada por la afirmación de que tal paso, sin el consentimiento previo de las provincias, cuyos poderes serían gravemente afectados, sería una violación grave del Derecho constitucional. El resultado final fue un decisión hoy conocida como *La consulta de la Patriación*[16], en el cual varias provincias solicitaron a la Corte Suprema Canadiense declarar que el gobierno de Trudeau intentó un movimiento unilateral inconstitucional. La Corte decidió, de forma algo paradójica, que tal petición, aunque no era violatoria el Derecho constitucional, era no obstante inconstitucional. Y al hacer eso, dio respaldo a la afirmación de que, al menos en Canadá, las cosas son como sugiere Strauss que son en los Estados Unidos, es decir, que la Constitución es mucho más que el documento o documentos escritos que la contienen.

Para llegar a esta decisión un tanto paradójica –que la acción propuesta por el gobierno era inconstitucional, aunque no violatoria del Derecho constitucional–, la Corte se basó en una distinción de Dicey entre *normas constitucionales* y *convenciones constitucionales*:

[16] *In Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753**.** *N. del T.* Se traduce "*Reference*" (abreviado para la citación del caso, "In Re") por "consulta". En derecho canadiense, un *reference question* es un procedimiento a través el cual el gobierno federal puede presentar una pregunta jurídica la Corte Suprema de Canadá o los gobiernos provinciales a las cortes provinciales de apelación. En el procedimiento federal, regido por la *Supreme Court Act,* el gobierno presenta una pregunta a la Corte Suprema y las partes interesadas pueden intervenir en audiencia y la corte puede nombrar *amicus curiae* para la determinación de ciertas cuestiones fácticas. La decisión de la Corte tiene la forma de una sentencia pero no es jurídicamente vinculante. Sin embargo, el gobierno nunca ha ignorando la decisión. El proceso provincial se rige por las normas respectivas de cada provincia, y es muy similar al procedimiento federal, solamente que aquí quien presenta la pregunta es el gobierno provincial y quien responde es la Corte Superior o la Corte de Apelación (según cada provincia). La mayor diferencia es el gobierno provincial tiene el derecho a apelar a la Corte Suprema de Canadá, como se verá en la sección II.E. Desde los tiempos del *Privy Council*, se ha considerado que el papel de las cortes en las "consultas" no es judicial, sino que funciona como un asesor de la rama ejecutiva. Es de notar que otras jurisdicciones del *common law* han explícitamente eliminado las consultas a las cortes, que solo se puede manifestar en decisiones de casos concretos. Notablemente, la sección III de la Constitución de Estados Unidos y el capítulo III de la Constitución de Australia, prohíben tales consultas y limitan a las cortes a manifestarse a través de sus decisiones en la resolución de casos.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

> El primer conjunto de reglas son "leyes" en sentido más estricto, dado que ellas son las reglas (sean escritas o no, promulgadas por la legislación o derivadas de una mezcla entre convención, tradición o máximas de elaboración judicial conocidas como *common law*) aplicadas por las cortes; estas normas constituyen el "Derecho constitucional" en el sentido apropiado del término, y pueden en gracia de la distinción ser denominadas colectivamente "el Derecho de la Constitución[17].

De acuerdo con la Constitución Canadiense, así interpretada, no existía nada que prohibiera al gobierno de Trudeau de hacer una petición formal al Parlamento del Reino Unido. Tampoco existía nada en la Constitución que prohibiera al Parlamento acceder a ello. Pero la Corte opinó que existe algo más en una Constitución que Derecho Constitucional. Para fundamentar su afirmación, los Jueces de nuevo volvieron a Dicey, esta vez para citarlo de forma extensiva:

> El otro conjunto de reglas consiste en convenciones, interpretaciones, hábitos o prácticas las cuales, aunque regulan la conducta de los varios miembros del poder soberano, del Ministro, de los demás funcionarios, no son en realidad leyes en absoluto dado que no son aplicadas por las cortes. Esta porción del Derecho constitucional puede, en aras de la distinción, ser denominada como "convenciones de la Constitución" o moralidad constitucional". [Citando a Albert Dicey, *The Law of the Constitution,* 10a edición. London: McMillan and Company, 1959, pp. 23-4]
>
> Más tarde, en la página 27, después de discutir varios ejemplos de la práctica jurídica inglesa, él [Dicey] manifiesta: "Bajo la Constitución inglesa, ellas tienen un punto en común: ellas no son 'leyes' en el sentido verdadero de esta palabra, dado que si alguna o todas ellas fueran violadas, ninguna corte aprehendería el conocimiento de su violación". [Dicey, *The Law of the Constitution,* cit. p. 27]
>
> Y adicionalmente, en las páginas 30-31, él [Dicey] añadió: "Con las convenciones o interpretaciones, él [el jurista o el profesor de derecho] no tienen ninguna ocupación directa. Ellas varían de generación en generación, casi de año a año. El que un Ministro derrotado en las urnas deba retirarse en el día que se sabe el resultado de la elección o pueda de forma legítima mantener el cargo hasta que sea derrotado en el Parlamento, es o puede ser una pregunta de importancia práctica. Las opiniones que prevalecen hoy sobre este punto difieren (se dice) de la opiniones que prevalecieron treinta años atrás, que son posiblemente diferentes de las opiniones o interpretaciones que pudieron prevalecer treinta años antes de ese momento. Precedentes importantes y altas

[17] *In Re: Resolution to amend the Constitution*, *cit.*, p. 855.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

> autoridades son citados en ambos lados de esta pregunta espinosa. (…) La cuestión, sin embargo, no es jurídica sino una cuestión política, y no debería molestar a ningún jurista o profesor de derecho. Si él se ocupa de ellas de alguna forma, sería sólo en la medida en que pueda mostrar que existe una conexión (si existiera alguna) entre las convenciones de la Constitución y el Derecho de la Constitución [Dicey, *The Law of the Constitution, cit.* pp. 30-31][18]

Debido a su aceptación de las tesis de Dicey sobre la naturaleza y el papel de las convenciones constitucionales, era una opción para la Corte simplemente notar la distinción y dejar la cuestión ahí. En otras palabras, habiendo determinado que no existía nada en el *Derecho* constitucional que le prohibiera al gobierno Trudeau de actuar de esta forma, la Corte pudo haberse abstenido de tratar la pregunta adicional de si tal acción sería no obstante violatoria de la convención constitucional. Después de todo, como la Corte anotó, tales convenciones no son aplicables judicialmente. Pero la Corte eligió no tomar esta ruta fácil. Por el contrario, falló de fondo sosteniendo que, en su concepto, el curso de acción propuesto por el gobierno de Trudeau violaría gravemente una importante convención constitucional, lo que volvería inconstitucional la actuación. No hay ninguna duda de que la Corte tomó esta ruta debido a su manifiesta creencia que algunas convenciones constitucionales son de hecho más importantes que muchas normas constitucionales –y que una convención directamente relacionada con este caso era una de ellas–. La Corte señaló:

> Debe tenerse en mente que, sin embargo, aunque no son leyes, *algunas convenciones pueden ser más importantes que algunas leyes.* Su importancia depende del valor o principio que se supone salvaguardan. También ellas forman *parte integral de la Constitución* y del sistema constitucional. Ellas vienen a hacer parte del significado de la palabra "Constitución" en el preámbulo del *British North America Act,* 1867: "Dado que las Provincias de Canadá, Nova Scotia y New Brunswick han expresado su deseo de estar unidas federalmente… con una Constitución en principio similar a la del Reino Unido.
>
> Por ello es perfectamente apropiado decir que *violar una convención es hacer algo que es inconstitucional aunque ello no implique ninguna consecuencia jurídica directa.* Pero las palabras "constitucional" e "inconstitucional" pueden también ser usadas en un sentido jurídico estricto, por ejemplo, con respecto a una ley que es encontrada *ultra vires* o inconstitucional. Lo anterior tal vez pueda ser

[18] *In Re: Resolution to amend the Constitution*, *cit.,* 854-5, citando a Albert Dicey, *The Law of the Constitution,* 10a edición. London: McMillan and Company, 1959, pp. pp. 23-24, 27, 30-1. Nota del autor: Compárese con, *Edwards* donde el *Privy Council* anotó que el documento constitucional estaba "sujeto al desarrollo mediante uso y convención" (*Edwards, cit.* 136).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

> resumido en una ecuación: *convenciones constitucionales más Derecho constitucional igual al total de la Constitución del país.*[19]

Para añadir peso adicional a su afirmación de que algunas convenciones constitucionales son más importantes que muchas normas constitucionales, la Corte notó…

> …que muchos canadienses quizá se sorprenderían al saber que partes importantes de la Constitución de Canadá, con las cuales ellos están más familiarizados porque ellas se relacionan directamente con el ejercicio de su derecho al voto en las elecciones federales o provinciales, no se encuentran en ninguna parte del Derecho de la Constitución. Por ejemplo, es un requisito fundamental de la Constitución que si la oposición obtiene la mayoría en las urnas, el gobierno debe presentar su renuncia inmediatamente. Pero tan fundamental como es, este requisito no forma parte del Derecho de la Constitución.[20]

Más tarde, la Corte añadió la siguiente observación al asunto de si las constituciones son entidades vivas:

> El propósito principal de las convenciones constitucionales es asegurar que el marco jurídico de la Constitución será operado de acuerdo con los valores constitucionales prevalentes o principios del período. Por ejemplo, el valor constitucional que es el fundamento de las convenciones señaladas anteriormente y relacionadas con el gobierno responsable es el principio democrático: los poderes del Estado deben ser ejercidos de acuerdo con los deseos del electorado.[21]

En la visión de la Corte, entre las convenciones constitucionales más importantes de Canadá estaba la antigua convención de que "el Parlamento Canadiense no solicitará una enmienda que directamente afecte las relaciones federales – provinciales sin la consulta previa y acuerdo con las provincias[22]". La Corte añadió que "la naturaleza y el grado de la participación provincial en el proceso de enmienda, sin embargo, no permite una

---

[19] *Ibíd.*, pp. 883-4, énfasis añadido.

[20] *Ibíd.*, p. 877-8.

[21] *Ibid*, p. 880.

[22] Esta convención ahora está formalizada en la formula de enmienda incluida en la nueva Constitución. La disposición 38(1) establece: "Una enmienda a la Constitución de Canadá puede hacerse mediante una proclamación expedida por el Gobernador General bajo el Gran Sello de Canadá cuando sea autorizada por

(a) resoluciones del Senado y la Cámara de los Comunes; y,

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

definición simple[23]". Pero era claro que el gobierno de Trudeau no había alcanzado, bajo ninguna medida razonable, un acuerdo substancial. Como resultado, el gobierno regresó al punto de partida y volvió a intentar ganar el apoyo de las provincias. En últimas, se alcanzó un acuerdo, pero éste incorporó en la nueva Constitución determinadas características fundamentales diseñadas para aplacar a los críticos más poderosos e influyentes. Entre estas características estaban dos disposiciones, comúnmente conocidas como "la cláusula de las limitaciones razonables" y la "cláusula derogatoria" [*notwistanding clause*].* La cláusula de las limitaciones razonables, que se encuentra en la sección 1, establece que la Carta "garantiza los derechos y libertades establecidos sujetas sólo a los limites razonables prescritos mediante el Derecho, que puedan ser justificados en una sociedad libre y democrática". Esta disposición intenta dejar amplio espacio al Parlamento y a los legislativos provinciales para perseguir objetivos sociales válidos sin tener la amenaza acechante de los jueces atacando sus esfuerzos legítimos a través de una preocupación desorbitada por los derechos individuales. La cláusula derogatoria o cláusula de anulación proporcionó una válvula de seguridad aún mayor. La sección 33 dispone que "el Parlamento o el legislativo de una provincia puede expresamente declarar en un *Act* del Parlamento o el legislativo, según el caso, que el *Act* o la disposición en cuestión operará sin consideración a las disposiciones incluidas en la sección 2 o secciones 7 a 15 de esta Carta". Con la adición de estas disposiciones, el consentimiento de todas las provincias, a excepción de Quebec, estaba eventualmente asegurado[24]. En 1982, los parlamentos del Reino Unido y Canadá aprobaron actos paralelos, el *Canada Act* 1982[25] y el *Constitution Act* 1982, y en una ceremonia formal en el Parlamento en Ottawa, la Reina Isabel II formalmente firmó ambos actos en abril 17 de 1982, y así, patrió la Constitución de Canadá y consolidó su status como una nación completamente independiente.

(b) resoluciones de las asambleas legislativas de al menos dos tercios de las provincias que representen, en total, según el último censo general, al menos el 50% de la población de todas las provincias"

23 *Ibíd.*, 870.

* *N. de. T.* Traduzco por "cláusula derogatoria" la figura jurídica que se conoce como *notwithstanding clause* y en francés *clause dérogatoire,* que se incluye en la sección 33 y que será explicada a continuación.

24 Hasta la fecha, la provincia de Quebec ha declinado formalmente de asentir el *Constitution Act* de 1982.

25 ([UK] 1982, c.11)

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

3. *Shapinker*

Como se anotó anteriormente, el primer caso decidido bajo el nuevo régimen constitucional fue *Shapinker.* Joel Shapinker era un ciudadano de Sudáfrica residente en Canadá cuya solicitud a la barra de abogados de Ontario para practicar Derecho fue negada bajo el fundamento de que el *Law Society Act* de Ontario requería ciudadanía canadiense. Shapinker buscó que la disposición relevante del *Act* fuera declara inoperativa bajo el fundamento de que violaba la sección 6(2)(b) de la *Carta* Canadiense, la cual estipula que "Todos los ciudadanos de Canadá y todas las personas quienes tienen el estatus de residente permanente de Canadá tienen el derecho (…) a ganarse la vida en cualquier provincia". En el juicio de primera instancia, la demanda de Shapinker fue negada. Después de una apelación exitosa en la Corte de Apelaciones de Ontario, el caso llegó a la Corte Suprema, la cual manifestó que efectivamente los derechos de Shapinker habían sido violados. Para llegar a su decisión, la Corte citó las siguientes razones –razones que revelan la adhesión continua de la Corte al constitucionalismo del árbol vivo:

> Existen algunas consideraciones simples pero importantes que guían a la Corte en la interpretación de la *Carta*…. La *Carta* no deriva de los niveles legislativos del gobierno, sino de la Constitución misma. Es parte de la estructura fundamental del Derecho canadiense. En realidad, "es el derecho supremo de Canadá": *Constitution Act,* 1982, s. 52. No puede ser fácilmente enmendada. El fino y constante proceso de ajuste de estas disposiciones constitucionales ha sido dejado por una tradición de necesidad a la rama judicial. La flexibilidad debe ser balanceada con la certeza. El futuro debe, en la mayor medida previsible, ser acomodado en el presente. La *Carta* ha sido diseñada y adoptada para guiar y servir a la comunidad canadiense por un largo tiempo. La interpretación estrecha y técnica, sino es modulada por un sentido de lo desconocido del futuro, puede entorpecer el crecimiento del Derecho y por lo tanto el de la comunidad a cual ese Derecho sirve. Todo esto ha estado con nosotros en el proceso de desarrollo de las instituciones del gobierno bajo el *B. N. A. Act,* 1867 (hoy, *Constitution Act*, *1867*). Con el *Constitution Act,* 1982, viene a una nueva dimensión, una nueva medida de reconciliación entre el individuo y la comunidad y sus respectivos derechos, una dimensión que, como el balance de la Constitución, aún debe ser interpretada y aplicada por la Corte.[26]

[26] *Law Society of Upper Canada v. Shapinker*, *cit.*, Par. 11.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

De forma interesante, la Corte vino a invocar la experiencia estadounidense con especial referencia a los casos *Marbury* y *M'Culloch.* Particularmente relevante para nuestros propósitos, ha aquí una cita de la última:

> Una Constitución, si contuviera el detalle exacto de todas las subdivisiones que sus grandes poderes admiten, y de todos los mecanismos a través de los cuales pueden ser llevados a ejecución, participaría de la prolijidad del código jurídico, y escasamente podría ser abarcada por la mente humana. Probablemente nunca podría ser entendida por el público. Su naturaleza, por tanto, requiere que solamente sus grandes contornos deban ser marcados, sus objetos importantes designados, y los ingredientes menores que componen esos objetos sean deducidos de la naturaleza misma de aquellos…. Al considerar esta pregunta, entonces, no debemos nunca olvidar, que es *una Constitución* a lo que nos estamos exponiendo.[27]

4. *Big M Drug Mart*

Shapinker trataba con los derechos de movilidad y el derecho a ganarse la vida en el campo que se escoja. *Big M Drug Mart*[28], la siguiente gran decisión de la Corte y su entendimiento evolutivo de la *Carta,* trajo al foro un problema más espinoso relacionado con la libertad religiosa. El asunto en cuestión era que la *Lord's Day Act*, R. S. C. 1970* obligaba a que la mayor parte de los negocios cerrara los domingos. El propósito claramente intentado por esta legislación, observó la Corte, era el deseo de mantener el Sabbat cristiano como un día santo. Y la pregunta principal a resolver era si legislación con tal propósito infringía la Sección 2(a) de la *Carta* que garantiza "libertad de conciencia y religión". La Corte falló que sí lo hacía, pero de nuevo, el punto más importante para nuestros propósitos fue la forma en la cual ella alcanzó tal decisión. Como la Corte vio las cosas, "[e]l significado de un derecho o libertad garantizado por la *Carta* [debe] ser determinado mediante el análisis del propósito de tal garantía; [debe] ser entendido… a la luz de los intereses que se pretenden proteger".[29] Y el propósito de un derecho o libertad "debe buscarse en referencia a la naturaleza y a los objetos mayores de la *Carta* misma, al lenguaje escogido para articular el derecho o libertad específica, a los orígenes históricos de los conceptos consagrados, y, cuando

---

[27] *Idem,* Par. 13, citando a *M'Culloch v. State of Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton's) 316 (1819), p. 407.

[28] *R. v. Big M Drug Mart* Ltd., [*1985*] 1 S.C.R. 295.

* *N. de. T.* "Ley del día del Señor"

[29] *R. v. Big M Drug Mart* Ltd., *cit.*, Par. 116.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

fuera aplicable, al significado y propósito de los otros derechos y libertades específicas con los que está asociado dentro del texto de la *Carta*"[30]. Adicionalmente, "la interpretación debe ser una generosa y no una legalista, apuntalada a hacer cumplir el propósito de la garantía y a asegurar a los individuos el beneficio completo de la protección de la *Carta*".[31] "Al mismo tiempo," la Corte agregó, "es importante no pasar por alto que el propósito real del derecho o libertad en cuestión, sino que se debe recordar que la *Carta* no fue promulgada en el vacío, y, por tanto, como esta decisión de la Corte [*Shapinker*] ilustra, debe ser ubicada en sus contextos lingüísticos, filosóficos e históricos"[32].

Así, mientras que la Corte Suprema daba relevancia a un rango de factores que incluían los significados e intenciones originales históricamente declarados, tales factores en ninguna forma eran tomados como decisivos. Eran tratados como si tales factores pudieran "entorpecer el crecimiento del Derecho y por lo tanto el de la comunidad a cual ese Derecho sirve". En otras palabras, limitarnos al entendimiento original sería olvidar una de las lecciones centrales de *Edwards* y *McCullloch,* es decir, no estaríamos olvidando de que es una *Constitución* a lo que estamos siendo expuestos.

5. *B.C. Motor Vehicle Act*

El siguiente caso fue el *Re: B.C. Motor Vehicle Act*[33], un caso que una vez más generó preguntas fundamentales de teoría constitucional, incluyendo la naturaleza y la misma legitimidad del control judicial de constitucionalidad. Además, planteó cuestiones fundamentales concernientes a la validez de varias técnicas de interpretación constitucional. Lo que se discutía en *B.C. Motor Vehicle* era la constitucionalidad de una norma que creaba un delito de responsabilidad objetiva en la conducción de automóviles. De acuerdo con la *Motor Vehicle Act,* R.S.B.C., 1979*, todo aquel que condujera mientras tuviera una prohibición para hacerlo era culpable de un delito y condenado al pago de una multa o pena de prisión. Como lo estimó la Corte, la norma "creó un delito de responsabilidad absoluta en el que se probaba la culpabilidad con el hecho de conducir, sin importar si el acusado conocía o no la

[30] *Idem,* Par. 117.

[31] *Ibidem.*

[32] *Ibidem.*

[33] *Reference* re Section 94(2) of the Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486. *N. de. T.* Este caso, como el caso de la Patriación, es una consulta.

* *N. de. T. Ley de Vehículos de Motor* de la Columbia Británica de 1979.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

prohibición o la suspensión…"[34] La consulta fue presentada por Vicegobernador* de la Columbia Británica a la Corte de Apelaciones, la cuál encontró que la sec. 92(4) del *Motor Vehicle Act* no tenía fuera efecto jurídico debido a su inconsistencia con la sección 7 de la *Carta*. Esta disposición establece que "Todas las personas tienen derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad, y el derecho a no ser privado de ésta, a menos que sea en concordancia *con los principios de justicia fundamental*." Las infracciones de tráfico de responsabilidad absoluta, sostuvo la Corte, no eran compatibles con los principios de justicia fundamental. No contento con este resultado, el Procurador General [*Attorney-General*] de la Columbia Británica apeló para que la consulta fuera enviada a la Corte Suprema de Canadá, que confirmó el primer fallo. Sin embargo, una vez más, de particular importancia para nuestros propósitos no es el resultado final, sino cómo la Corte vio su tarea y la forma en la que justificó su decisión.

Escribiendo a nombre de la Corte, el Juez Presidente Lamer empezó advirtiendo que el caso traía al foro "preguntas fundamentales de teoría constitucional, incluyendo la naturaleza y la legitimidad misma del proceso de adjudicación constitucional bajo la *Carta*, al igual que la corrección de varias técnicas de interpretación constitucional."[35] Además, observó que "la característica novedosa de la *Constitución* de 1982… no es que de repente le haya dado poder a las cortes para determinar el contenido de la legislación. Esto se ha hecho durante un buen número de años cuando se analiza los *vires** de la legislación."[36] "Los valores sujetos a la adjudicación constitu-

---

[34] *Reference* re Section 94(2) of the Motor Vehicle Act, *cit.,* Par. 6, citando la sección 94(2) de *Act*.

* *N. de. T.* En el original en inglés *Lieutenant Governor*, que puede traducido literalmente como "Teniente Gobernador". La traducción oficial del gobierno canadiense, mucho más apropiada, es "Vicegobernador". En el sistema parlamentario canadiense, el vicegobernador es el representante de la monarquía en las provincias. El equivalente en el nivel federal es el "Gobernador General", *Governor General,* que representa a la jefe de Estado (la reina Isabel) en Canadá. Debe recordarse que el sistema canadiense es parlamentario, en el cual la jefatura del gobierno está en cabeza del Primer Ministro, y la jefatura de Estado en cabeza de la Reina de Inglaterra. Los poderes constitucionales del Gobernador General y de los Vicegobernadores, como los de la Reina, son casi todos simbólicos y ceremoniales.

[35] *Reference* re Section 94(2) of the Motor Vehicle Act, *cit.,* Par. 10.

* *N. de. T. Vires,* en latín, significa poder. Para mayor claridad, la Corte se refiere al análisis de validez la legislación basada en la competencia del que la expide. Si la Corte encuentra que una norma es *intra vires,* es decir, dentro de los poderes del funcionario o institución que la expidió, la declara por ello válida. Si, por el contrario, si una norma es *ultra vires,* es decir, que no estaban dentro de los poderes del funcionario que la expidió, esta norma se declara inválida.

[36] *Reference* re Section 94(2) of the Motor Vehicle Act, *cit.*, Par. 12.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

cional ahora se refieren también a los derechos individuales, y no sólo a la distribución de los poderes gubernamentales."[37] Por lo tanto, "el derecho de revisar el contenido de la legislación hace parte del alcance de la adjudicación constitucional, la cual ha sido alterada pero no modificada en su naturaleza."[38] Enfatizando estos aspectos cruciales, Lamer estimó que "la sección 7, como muchas otras en la Constitución, pone límites a la acción legislativa. Es función de la Corte determinar si la legislación bajo examen ha respetado esos límites. Este proceso exige la revisión constitucional de los contenidos legislativos."[39] Hasta este punto, todo va bien: la defensa de la Carta necesita una evaluación del contenido legislativo para poder determinar si éste puede ser reconciliado con los derechos reconocidos por la Constitución. Pero, ¿no implica esto que las cortes son las llamadas a evaluar la sabiduría de las decisiones legislativas (que son tomadas, dicho sea de paso, por aquellos que han sido autorizados democráticamente para ello)? Ésta es la posición de muchos que siguen repudiando de la inclusión de una *Carta* en la nueva Constitución y que desean restringir sus efectos en la mayor medida posible. "En el contexto de la sección 7, y en particular, de la interpretación de los 'principios de justicia fundamental', ha prevalecido en algunos sectores el supuesto de cualquier cosa diferente a una interpretación estricta de la sección 7 inexorablemente llevará a las Cortes a 'cuestionar la sabiduría de los actos del legislador', y se podrán a juzgar sobre los méritos de las políticas públicas."[40] Y desde este supuesto "han surgido advertencias sobre los peligros de una 'súper-legislatura' judicial por fuera de los alcances del Parlamento, los legislativos provinciales y del mismo electorado. El Procurador General de Ontario, en su argumento escrito, afirmó que… 'La judicatura no es representante del electorado, ni es responsable frente al él, bajo cuya autoridad se seleccionan las políticas y se le da efecto jurídico a las leyes del territorio."[41] En la respuesta de esta popular objeción, Lamer presentó la línea no satisfactoria de defensa sobre la cual llamé la atención anteriormente:

> Éste es un argumento que se ha escuchado incontables veces antes del atrincheramiento de la *Carta* pero cuya verdad, para bien o para mal, fue resuelto por la misma entrada en vigencia del *Constitution Act, 1982*. No debe olvidarse que la decisión histórica de atrincherar la *Carta* en nuestra Constitución no

[37] *Idem*, Par. 13.
[38] *Ibidem.*
[39] *Idem*, Par. 15.
[40] *Ibidem.*
[41] *Idem*, Par. 16.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

> fue tomada por las cortes sino por los representantes elegidos por el pueblo de Canadá. Fueron esos representantes quienes extendieron el alcance de la adjudicación constitucional y confiaron a las cortes esa nueva y onerosa responsabilidad. Se debe aproximar a la adjudicación bajo la *Carta* libre de toda duda persistente sobre su legitimidad.[42]

Entonces, bajo la perspectiva de la Corte, las preguntas alrededor de la legitimidad del control judicial de constitucionalidad bajo la *Carta* deben ser resueltas sobre el fundamento de que el proceso y sus consecuencias inevitables, en efecto, fueron adoptadas por los representantes elegidos por el pueblo. Pero, por supuesto, esto sólo el comienzo de una respuesta a las críticas de aquellos que se preocupan por los asuntos de la legitimidad, porque el mero hecho que las Cortes deban aplicar la Carta en la evaluación de la legislación, deja abierto el problema de *cómo* ello debe hacerse. En otras palabras, deja abierto cómo se han de concebirse las restricciones impuestas por la carta y cómo los jueces van a interpretar esos límites cuando se embarcan en el proceso de control constitucional. Y fue aquí que la Corte, una vez más, se comprometió firmemente con el constitucionalismo del árbol vivo y rechazó de forma explicita cualquier teoría remotamente parecida a una teoría originalista robusta. Este fue su argumento.

La cuestión fundamental en *B.C. Motor Vehicle* era cómo interpretar la sección 7, en particular su referencia a "los principios de justicia fundamental."[43] ¿Debía entenderse que esta frase contemplaba solamente justicia procedimental pura, o se extendía a principios de justicia más sustantivos? La Corte finalmente decidió que la frase abarcaba más que el simple procedimiento, pero tuvo que ahuyentar la preocupación de que la apertura de la sección 7 de esta forma reintroduciría la cuestión de la legitimidad democrática. Como Lamer observó,

> La preocupación predominante y legítima de que las Cortes no deben cuestionar la sabiduría de las promulgaciones, y la presunción de que el legislador podría no haber intentado lo mismo, han distorsionado en cierta medida la discusión alrededor del significado de los "principios de justicia fundamental." Esto ha conducido a que algunos vean aquí el espectro de una "súperlegislatura judicial" … Esto, a su vez, ha conllevado a una estrecha caracterización del asunto y al supuesto de que sólo un contenido procedimental de los "principios de justicia fundamental" puede disuadir a las Cortes de juzgar

[42] *Ibidem.*

[43] La pregunta se parece a los debates en los Estados Unidos sobre si la cláusula del debido proceso contempla el debido proceso substantivo.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

> sobre los méritos o la prudencia de las leyes. Si este supuesto se aceptara, el corolario inevitable, con el cual tendría que estar de acuerdo, es que el legislador quiso que las palabras "principios de justicia fundamental" se refirieran procedimiento.[44]

La respuesta de la Corte fue multifacética. Primero, señaló que la frase "principios de justicia fundamental" connota una categoría conceptualmente más amplia que la frase "principios de justicia procedimental o natural." Segundo, las Cortes del *common law*, históricamente, han considerado mucho más que la simple justicia procedimental cuando evalúan las leyes. "Desde hace mucho tiempo e incluso recientemente las cortes han desarrollado el *common law* más allá de las restricciones procesales sin interferir con los 'méritos o la sabiduría' de las promulgaciones[45]". Entonces, no existen impedimentos conceptuales o jurídicos para que Corte al menos *considere* la cuestión de si la sección 7 debe ser interpretada según de los principios de justicia sustantiva, al igual que los de justicia procedimental. Pero eso condujo a la Corte nuevamente a los problemas fundamentales de interpretación tratados en *Shapinker* y *Big M Drug Mart* donde, como hemos visto, la Corte adoptó con entusiasmo el constitucionalismo del árbol vivo y la interpretación propositiva. "El significado de un derecho o libertad garantizado por la *Carta* debe ser determinado mediante el análisis del propósito de tal garantía; en otras palabras, ser entendido a la luz de los intereses que se pretenden proteger… la interpretación debe ser una generosa y no una legalista, apuntalada a hacer cumplir el propósito de la garantía y a asegurar para los individuos el beneficio completo de la protección de la *Carta*"[46] Entonces, ¿cuáles son los "intereses" específicos que la sección 7 buscaba proteger? La respuesta es proporcionada, en parte, por las secciones 8 a la 14, las que "… tratan sobre privaciones específicas del derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona en violación de los principios de justicia fundamental." Sería "incongruente interpretar la sección 7 de forma más estrecha que los derechos consignados en las secciones 8-14…" y "[c]laramente, algunas de esas disposiciones encarnan principios que están más allá de algo que pueda ser caracterizado como 'procedimental".[47]

Estas apelaciones al análisis conceptual, la historia del *common law*, la evidencia textual interna, y el compromiso de la Corte con el constitucionalismo del árbol vivo no parecen ser suficiente para aplacar las críticas, como

---

[44] *Reference* re Section 94(2) of the Motor Vehicle Act, *cit.*,Par. 19.

[45] *Idem*, Par. 20.

[46] *Idem*, Par 22, citando a *Big M Drug Mart.*

[47] *Idem*, Par. 28.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

la Corte parece notar. Todavía habría quienes continuarían objetando, pero ahora sobre la base del originalismo.

> Varias Cortes han puesto énfasis en las Actas de las Sesiones y Evidencia del Comité Especial Conjunto del Senado y de la Cámara de los Comunes sobre la Constitución en la interpretación de "los principios de justicia fundamental". En particular, se han basado en los siguientes pasajes que tratan con el testimonio de los funcionarios civiles federales del Departamento de Justicia:
>
> Señor Stayer (viceministro, Derecho Público):
>
> Señor Presidente, es nuestra creencia que las palabras "justicia fundamental" cubrirían lo mismo que es llamado el debido proceso procedimental, que es el significado del debido proceso en relación con la exigencia de un procedimiento justo. Sin embargo, en nuestra opinión, no cubre el concepto de debido proceso sustantivo, que impondría exigencias sustantivas sobre la política de la norma en cuestión.[48]

La respuesta de la Corte a Strayer es similar a la respuesta de Strauss a afirmaciones parecidas, en relación con la relevancia que le se debe asignar a las intenciones originales. Primero, "los discursos y declaraciones hechas por prominentes figuras son inherentemente poco fiables."[49] "La *Carta* no es el producto de unos pocos funcionarios, sin importar cuan eminentes sean, sino de una multiplicidad de individuos que jugaron papeles mayores en la negociación, redacción y adopción de la Carta. ¿Cómo se puede decir con alguna confianza que dentro de esta enorme multiplicidad de actores, sin olvidar el rol de las provincias, que los comentarios de unos cuantos funcionarios públicos federales pueden ser de alguna manera determinantes?"[50] Segundo, si la Corte fuera a "otorgar algún peso significante a estos testimonios, ello sería, en efecto, asumir que podemos conocer un hecho que es casi imposible de probar: la intención de los cuerpos legislativos que adoptaron la Carta. En virtud de la naturaleza indeterminada de estos datos, sería errado darle a este material algo mayor que un peso mínimo."[51] Tercero, claramente los autores de la Constitución perfectamente pudieron haber usado la frase "principios de justicia natural" en vez de "principios de justicia fundamental." Pero no lo hicieron. Cuarto, al defender la opción originalista,

[48] *Idem*, Par. 36.
[49] *Idem*, Par. 50.
[50] *Idem*, Par. 51.
[51] *Idem*, Par. 52.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

> los derechos, las libertades y los valores consagrados en la *Carta* se congelan en el tiempo de la adopción con muy poca o ninguna posibilidad de crecimiento, desarrollo y ajuste a las cambiantes necesidades sociales. Obviamente, en este caso, dada la proximidad en el tiempo de los debates, tal problema es relativamente menor, incluso cuando debe notarse que aún en esta etapa temprana de vida de la *Carta,* un buen grupo de problemas y preguntas han surgido los cuales fueron ampliamente imprevistos en el momento de tales procedimientos. Si el "árbol vivo" recientemente plantado que es la *Carta* debe tener la posibilidad de crecer y adaptarse en el tiempo, se debe tener cuidado de asegurar que los materiales históricos, tales como Actas de las Sesiones y Evidencia del Comité Especial Conjunto, no entorpezcan su crecimiento. Como escribiría el Juez Estey en *Law Society of Upper Canada v. Shapinker, supra,* pp. 366-367: "La interpretación estrecha y técnica, sino es modulada por un sentido de lo desconocido del futuro, puede entorpecer el crecimiento del Derecho y por lo tanto el de la comunidad a cual ese Derecho sirve. Todo esto ha estado con nosotros en el proceso de desarrollo de las instituciones del gobierno bajo el *B. N. A. Act,* 1867 (hoy, *Constitution Act, 1867*). Con el *Constitution Act,* 1982, viene a una nueva dimensión, una nueva medida de reconciliación entre el individuo y la comunidad y sus respectivos derechos, una dimensión que, como el balance de la Constitución, aún debe ser interpretada y aplicada por la Corte".[52]

En quinto lugar, y quizás el más importante para nuestros propósitos, "no se les puede dar a las palabras [de la sección 7] ningún contenido exhaustivo o una definición simple enumerativa, sino que adquieren significados concretos en la medida en que las cortes resuelvan presuntas violaciones de la sección."[53] En otras palabras, la sección 7 se desarrollará de la misma manera que lo hizo el *common law,* como diría Strauss que lo hicieron las disposiciones de la primera enmienda en la práctica constitucional estadounidense.[54]

6. *Conclusiones*

Entonces, ¿qué es lo que ilustra esta breve y selecta narración de la historia constitucional reciente de Canadá? En primer lugar, obviamente, revela de forma clara que la idea del constitucionalismo vivo ha estado, ya por algún tiempo, viva y establecida en las cortes canadienses. Aunque ha

[52] *Idem*, Par. 53, citando a *Shapinker.*

[53] *Idem,* Par. 67.

[54] Véase, Strauss, *The Living Constitution, cit.*, pp. 51-71.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

habido aquellos cuyas tendencias políticas los inclinan hacia alguna forma de originalismo, y quienes han presionado a las cortes con algunas de las variantes de esta postura, no han tenido éxito en persuadir las cortes canadienses. Las cortes han rechazado repetidamente la perspectiva que sostiene que toda teoría por fuera de una adherencia estricta a alguna forma robusta de originalismo constituye una seria amenaza a la democracia y al Estado de Derecho. Desde *Edwards* hasta hoy, el sistema jurídico canadiense ha repudiado cualquier visión teórica que intente atar el significado y efecto de la Constitución a las intenciones originales. Para estar seguros, la Corte Suprema, en algunas ocasiones habla de las intenciones de los constituyentes, y con frecuencia advierte que una interpretación de algunas disposiciones de la *Carta Constitucional* de Canadá deben ser "puestas en sus contextos lingüísticos, filosóficos e históricos correctos." Pero las intenciones históricas que son tenidas por válidas son casi sin excepción son los *propósitos* generales de la Carta y de muchas disposiciones normativas. Y se asume que estos propósitos son los diferentes derechos y libertades morales que la *Carta* pretende garantizar, convirtiendo así la posición defendida en una forma de constitucionalismo del árbol vivo, o, al menos, en un "originalismo pusilánime."[55] "El significado de un derecho o una libertad garantizada por la Carta", dijo la Corte en *Big M Drug Mart*, "debe ser determinado por un análisis del propósito de tal garantía; debe ser entendido… la luz de los intereses que pretenden proteger." Pero esos derechos, la Corte ha aclarado repetidamente, no son los derechos *como fueron originalmente* entendidos por aquellos cuya intención fue proveerles de protección constitucional. Verlos de esta forma tendría serios efectos adversos. Como sostuvo la Corte en *Shapinker*, su primer caso en vigencia de la Carta, "El fino y constante proceso de ajuste de estas disposiciones constitucionales ha sido dejado por una tradición de necesidad a la rama judicial. *La flexibilidad debe ser balanceada con la certeza. El futuro debe, en la mayor medida previsible, ser acomodado en el presente.* La *Carta* ha sido diseñada y adoptada para guiar y servir a la comunidad canadiense por un largo tiempo. La interpretación estrecha y técnica, sino es modulada por un sentido de lo desconocido del futuro, puede entorpecer el crecimiento del Derecho y por lo tanto el de la comunidad a cual ese Derecho sirve."

[55] Vease *The Living Constitution*, *cit.*, p. 17, donde Strauss nota que el Juez Scalia se caracteriza como un "originalista pusilánime" quién está "dispuesto a abandonar el originalismo cuando conduce a resultados implausibles". Al explicar esta pusilanimidad, Scalia provocativa, pero instructivamente dice: "Soy un originalista –no soy un chiflado" [I am an originalist, I am not a nut] (citado en *ibíd.*). A esto Strauss observa correctamente: "Esta forma de poner las cosas es cautivadora, esta parece ser una respuesta válida: si seguir una teoría consistentemente te hace un chiflado, ¿no es eso un problema con la teoría? (*ibíd.*).

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

III. El desafío democrático

Una de las objeciones más importantes contra el control judicial de constitucionalidad es que es profundamente incompatible con los principios fundamentales de la democracia. No sólo las cartas constitucionales limitan las posibilidades disponibles a los cuerpos legislativos, sino que los límites atrincherados y son de tal naturaleza que invariablemente deben ser interpretados y aplicados por jueces no elegidos democráticamente. Dicho arreglo constitucional, la objeción continúa, sirve para frustrar la voluntad del pueblo expresada a través de sus representantes elegidos, y les confiere a los jueces un poder que no deben tener. No es suficiente simplemente replicar –como la Corte Suprema de Canadá lo hizo alguna vez– que el pueblo ha escogido imponerse esos límites judicialmente interpretados y aplicados a su poder democrático. Existen dos razones.

En *primer* lugar, está la razón sobre la que llamé la atención arriba: el sólo hecho de que un proceso o forma de tomar una decisión X haya sido escogida democráticamente, no convierte automáticamente a X en democrático. Ciertamente, de forma automática no le confiere nada más que un mínimo de legitimidad democrática. En *segundo* lugar, aunque la respuesta tiene algo de plausible cuando aquellos que escogieron limitar los poderes relevantes son los mismos que deben soportar sus consecuencias, esta respuesta pierde toda credibilidad cuando los dos grupos no son idénticos. Sin embargo, este es el caso típico cuando se trata de constituciones, donde los límites atrincherados sobre el poder político que son utilizados para el control, han sido con frecuencia establecidos por grupos diferentes de personas que viven en épocas diferentes. Esta dificultad sólo se agrava por el hecho de que es casi imposible, como en el caso de Estados Unidos y Canadá, reunir la voluntad política y los recursos necesarios que se requieren para llevar a cabo una enmienda constitucional formal para liberar las ataduras impuestas tiempo atrás. Todo esto nos lleva a la cuestión que requiere una respuesta convincente: ¿Qué es lo que posiblemente podría justificar un escenario en el que la "gente de hoy" estuviera severamente limitada en sus decisiones actuales por lo que la "gente de ayer" pudo haber decidido que eran los límites apropiados para consagrar en la Carta y ponerlos en las manos de los jueces?

Aunque es un problema para todos los defensores de las Constituciones,[56] el desafío de responder a esta cuestión es especialmente problemático cuan-

[56] Los constitucionalistas del árbol vivo no son la excepción, como el profesor Strauss explícitamente lo admite. Véase, *The Living Constitution*, *cit.*, p. 47.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

do la Carta en cuestión está sólidamente casada con una forma robusta del originalismo. Y por esto, entiendo una forma del originalismo que restringe a los interpretes judiciales a los entendimientos originales de las frases morales abstractas que se encuentran en las Cartas, o en el mejor de los casos, le impone una pesada carga para poder apartarse de tales entendimientos.[57] Tal práctica parece muy incompatible con la noción de auto-gobierno *actual*, la noción que reposa en el corazón de los ideales democráticos. En lugar de ser esclavos de un rey o un déspota, nos convertimos, según esta perspectiva, en esclavos de generaciones previas y sus visiones morales y políticas. Y algunas de esas visiones, por ejemplo, opiniones concernientes a la legitimidad moral de la esclavitud o la falta de estatus jurídicos de las mujeres, son ideas que la mayoría de nosotros (si no todos) rechazamos radicalmente. Adoptar una Constitución, entendida y aplicada como lo requiere el originalismo, representa un admisión insultante de que nosotros, la "gente de hoy", por alguna razón estamos mejor si le confiamos a las generaciones pasadas nuestras decisiones políticas, incluso en los casos en los que discordamos profundamente con lo que esas generaciones pudieron haber pensado. Se podría decir cualquier cosa de tal acuerdo, excepto que es democrático. También, me aventuro a añadir, que es cualquier cosa menos algo responsable. La estabilidad y consistencia con el pasado son a menudo son logros dignos de perseguir, por una variedad de razones que tienen que ver con el tipo de humidad defendido por Burke, la equidad, las expectativas protegidas, y los valores contenidos dentro del ideal de Estado que llamamos de Derecho. Pero es simplemente irresponsable, moralmente, casarnos con posiciones que ahora confiablemente juzgamos como moralmente reprobables.

La tarea de hacer frente al desafío democrático, enfatizo de nuevo, no está reservada a los originalistas. El desafío democrático se aplica, de una manera diferente, pero con la misma fuerza, a los defensores de constitucionalismo vivo. En otras palabras, el desafío democrático se nos presenta de dos formas: primero, está la preocupación expuesta, de que una Constitución atrincherada ata a la "gente de hoy" de forma muy estricta a las decisiones tomadas por la "gente de antes". Llamemos a esta cuestión "el problema intergeneracional". Pero de otro lado, está el problema no menos preocupante de que, en la adopción de una Carta, terminamos asignando

[57] Los originalistas pusilánimes, por supuesto, no enfrentan este desafío particularmente problemático. Pero como Strauss correctamente lo señala, el originalismo pusilánime es en realidad una versión del constitucionalismo vivo. Véase, *The Living Constituionalism, cit.*, p. 28-9. Para un argumento similar, véase, Mitch Berman, "Originalism is Bunk", *New York University Law Review*, vol. 1, 2009.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

a jueces no elegidos la tarea de interpretar y aplicar lo que son, en efecto, disposiciones lingüísticamente abiertas que les dan a los jueces una discreción muy poco regulada. La Carta les asigna a *ellos*, no a la "gente de antes" ni a la "gente de hoy", la tarea esencialmente irrestricta de responder por nosotros nuestros problemas morales y políticos más fundamentales. A éste llamémoslo el "problema de la discreción." El constitucionalismo vivo provee una respuesta al primer cuerno del dilema constitucional que surge del desafío democrático: el problema intergeneracional. Pero no es claro cómo es capaz de lidiar exitosamente con el segundo: el problema de la discreción. He aquí por qué.

El constitucionalismo vivo gira alrededor de cuatro cuestiones básicas:

(a) Una Constitución es un instrumento cuyas disposiciones morales abstractas *pueden* crecer y adaptarse al cambio (moral, social y político) sin perder su identidad y su función de guía;[58]
(b) Las disposiciones abstractas de una Constitución *deben* tener permitido crecer y adaptarse a su medio;[59]
(c) Este proceso puede tener lugar a través de una genuina interpretación constitucional, no a través de la "construcción" o de una reforma;[60] y
(d) puede hacerlo eso legítimamente.

Como vimos en la parte II, las tesis (a)-(d) han sido acogidas entusiastamente por Corte Suprema de Canadá. Estás también constituyen el núcleo del constitucionalismo vivo defendido por Strauss, quien se basa en cada una de ellas como una de las premisas principales de su defensa de esa posición. Al hacerlo, es capaz de confeccionar una respuesta muy plausible –y en mi concepto, adecuada– al problema intergeneracional. Pero siguiendo

[58] En realidad, ésta es la razón por la cual escogemos disposiciones abstractas. Ellas permiten el crecimiento cuando las visiones concretas cambian.

[59] Como hemos vistos, muchas de las razones fueron articuladas por el Comité Judicial del *Privy Council* del Reino Unido en *Edwards* y aceptadas y elaboradas por la Corte Suprema de Canadá en sus intentos tempranos de elaborar una aproximación justificada a la interpretación y todas las demás operaciones que debe hacer con la *Carta* canadiense.

[60] Por "construcción" quiero decir casi lo mismo que el Profesor Whittington quiere decir por tal término. En su visión, una Constitución sirve para guiar y limitar a los actores políticos en el proceso de la creación de políticas públicas. Al hacer eso, también depende de actores políticos, los cuales formulan requisitos constitucionales autoritativos y hacen cumplir esas disposiciones fundamentales en el futuro. El profesor Whittington caracteriza este proceso, por el cual el significado constitucional toma forma por la política al mismo tiempo que la política toma forma a través de la Constitución, como un proceso de construcción, opuesto a un proceso de interpretación. Véase, Keith E. Whittington, *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*. Cambridge, Harvard University Press, 1999.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

esta línea de defensa se deja abierta la puerta para el segundo cuerno del dilema democrático, el de la discreción.

Es el filo de este cuerno del dilema lo que explica, en parte, la incomodidad que muchos tienen con el constitucionalismo vivo y el atractivo intuitivo del originalismo entre muchos constitucionalistas y juristas –incluso los pusilánimes, como Scalia– quienes piensan que el atractivo es incómodo. Dejando de lado sus serias debilidades en el tratamiento de la cuestión inter-generacional, el originalismo tiene al menos algo a su favor. Propone poner en manos de jueces contemporáneos una tarea que es no muy diferente de la que ellos se encargan a diario en la resolución de casos ordinarios. Es decir, el originalismo requiere que ellos intenten, dentro de lo mejor de sus capacidades, interpretar y aplicar las intenciones y entendimientos de otras personas que poseen la autoridad para crear el Derecho constitucional. También requiere que lo hagan de una forma imparcial, objetiva y moralmente neutral, dentro de lo que humanamente sea posible. Los jueces sin duda tienen cierto grado de discrecionalidad en la decisión de casos constitucionales, incluso dentro de la opción originalista, pero no es de un tipo de discrecionalidad muy diferente de la que ellos rutinariamente ejercen cuando aplican, digamos, leyes ambiguas o vagas.[61] La discreción en estos últimos casos es casi que de manera invariable aceptada, es un precio que debemos pagar para poder conseguir un balance razonable entre la legitimidad democrática y la búsqueda de un Estado iluminado por el Derecho.[62] Pero en el constitucionalismo vivo parece ser que lo que los autores de la Constitución han logrado es la creación de un modelo moral altamente abstracto con detalles que debe ser llenados por quienes toman las decisiones posteriores en su intento por implementar y aplicar ese modelo a las circunstancias siempre cambiantes. Sin embargo, como hemos visto, esto plantea un problema diferente y quizá más preocupante. En lugar de ser esclavos de generaciones previas con aproximaciones distintivas a las importantes preguntas políticas y morales (y para nuestra mente moderna,

[61] Aunque no es de una *clase* diferente, la discreción involucrada puede ser en un *grado* diferente a la que típicamente ocurre cuando legislación está en juego. Después de todo, las cuestiones que usualmente generan los casos de constitucionalidad son más profundamente morales que aquellas que surgen de los casos ordinarios que tratan de leyes vagas o ambiguas. Además, los factores que los jueces pueden utilizar –es decir, entendimientos originales– pueden no ser tan históricamente accesibles en el caso de Constituciones creadas décadas o siglos antes. Y los jueces tal vez no sean mejores jugando el juego histórico de lo que son jugando al juego de la teoría moral.

[62] Para argumentos que fundamentan esta conclusión, véase mi *A Common law Theory of Judicial Review: The Living Tree, cit.* [*Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el 'common law', cit.*].

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

profundamente problemáticas), ahora parece que somos esclavos de unos reyes filósofos que se envuelven en togas y enuncian pronunciamientos morales sobrios desde el estrado, haciendo que parezcan como si se tratara de interpretar normas creadas por otros que tienen una autoridad reconocida para ello. Puede parecer que adoptar un Constitución, entendida y aplicada como lo recomiendan los defensores del constitucionalismo vivo le otorga demasiado poder discrecional en manos de esos jueces. En efecto, no representa nada más que una admisión insultante de que nosotros, la "gente de hoy", estamos mejor si confiamos, no en nosotros mismos ni encarnaciones previas de nosotros, sino en jueces contemporáneos, disfrazados como reyes filósofos, que toman las decisiones morales y políticas más fundamentales por nosotros. Y cualquier otra cosa que se pueda decir a favor de tal abdicación de responsabilidad moral, no se podría decir que es algo democrático. Cualquier esperanza de justificar tal arreglo institucional debe en últimas descansar, parecería, en la innegable suposición de que los jueces son por alguna razón mejores que nosotros y los legisladores que elegimos para que hablen en nombre nuestro, para lidiar responsablemente con las controversias morales, profundamente complejas, que la Carta plantea. Sin embargo, no hay razón para aceptar este supuesto. Los jueces no son mejores que nadie en la toma de decisiones sobre asuntos morales que conciernen a cosas como la naturaleza y los límites de la libertad de expresión y las demandas de equidad o justicia fundamental. Aunque sean especialistas en Derecho, los jueces no son autoridades morales en ningún sentido. Tampoco son expertos en los distintos ámbitos de la política social de la que típicamente se ocupa la acción gubernamental. Ciertamente, tampoco exhiben un grado de agudeza intelectual o moral superior que el de las autoridades gubernamentales sobre cuyas acciones recae el control. Así las cosas, ¿Por qué deberíamos asignarles a *ellos* la decisión de nuestros asuntos más profundos y problemáticos de moralidad política?

Entonces, el problema de la discreción –el segundo cuerno del dilema constitucional que surge del desafío democrático– es bien importante para los defensores del constitucionalismo vivo. La estrategia empleada por Strauss para lidiar con éste es recurrir a la arraigada práctica y legitimidad del razonamiento del *common law*, que pareciera contener los recursos para controlar el poder discrecional de los jueces y no dejarnos tan vulnerables frente a las arenas cambiantes de su proceso de decisión moral. A pesar de su ya conocida adaptabilidad, una propiedad que con frecuencia les permite a los jueces la flexibilidad de evitar estar demasiado atados al pasado en los casos moralmente problemáticos, siempre es importante no subestimar la habilidad del *common law* para llenar la necesidad de estabilidad y guía

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

previa de la conducta. Esto es lo que H.L.A. Hart dijo sobre la cuestión: "A pesar de [la habilidad de las cortes de distinguir o derogar precedentes] la aplicación del sistema inglés del precedente ha producido un cuerpo de reglas, gran número de las cuáles, tanto de mayor como de menor importancia, son tan determinadas como cualquier regla contenida en una ley."[63] El grado de fijeza y estabilidad que Hart le adscribe al *common law* ha sido criticado.[64] Incluso si la caracterización de Hart es correcta, sigue siendo cierto que los sistemas de *common law* pueden alcanzar una flexibilidad y adaptabilidad en una medida mayor que la descrita por Hart y por tanto les dan a los jueces un grado de libertad que reintroduce el problema de la discreción con toda su furia. Pero cualquiera que sea la mezcla de restricción y flexibilidad, el punto sigue siendo que el *common law* tiene una larga historia, más o menos exitosa, que combina estas dos propiedades. Pensemos aquí, en el derecho de la responsabilidad extracontractual y el desarrollo de la noción de "inherentemente peligroso" tan bien explicado por Strauss.[65] Entonces existe una buena razón para ver al *common law* como un modelo para la comprensión del rol debidamente limitado y disciplinado que los jueces pueden desempeñar en la implementación de los límites morales abstractos sobre los poderes del Estado que las Cartas Constitucionales consagran.

Así que haciendo uso de la disciplina impuesta por el razonamiento del *common law*, los defensores del constitucionalismo vivo podrían abordar con éxito al menos parte del problema de la discreción. Pero no podrían abordarlo todos, y ello por una sencilla razón. Es cierto que el constitucionalismo vivo con la metodología del *common law* nos permite evitar convertir al control judicial de constitucionalidad en el ejercicio arbitrario del poder político que sus oponentes con frecuencia pintan. Es decir, evita que nos volvamos esclavos de los caprichos morales de jueces individuales que deciden casos individuales. La discreción judicial sin ninguna duda seguirá existiendo –como lo hará en cualquier teoría constitucional, incluyendo el originalismo–. Sin embargo, está significativamente confinada mediante el requisito de que cualquier decisión discrecional que un juez pueda hacer en un caso particular, deba ser de alguna manera ser conciliada con las decisiones anteriores para casos similares. Incluso en aquellos casos donde la decisión será apartarse de un precedente ampliamente establecido, es casi que obligatorio decir por qué decisiones eran erróneas, o como es lo más probable,

63 H. L. A Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, p. 135. [*El Concepto de Derecho,* Buenos Aires, Abeledo Prelot, 1963, p. 168].

64 Véase, A.W.B. Simpson, "The *Common law* and Legal Theory" en A.W.B. Simpson, ed., *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2nd series, Oxford, Clarendon Press, 1973.

65 Strauss, *The Living Constitution, op. cit.*, pp. 80-5.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

por qué esas decisiones se tomaron bajo circunstancias diferentes de las que ahora enfrenta la Corte. Todo esto va muy bien, y hay un largo camino para llegar a la solución del problema de la discreción. No obstante, un problema mucho más profundo permanece sin ser resuelto: los límites impuestos por la disciplina del razonamiento del *common law* aún parecen tener su origen en las decisiones de jueces no elegidos, cuya facultad de decisión es la que está en disputa. Ellos, de acuerdo con aquellos que presionan el desafío democrático a los defensores del constitucionalismo vivo, no son los individuos que deberían dedicarse a responder nuestras cuestiones fundamentales de moralidad y política por nosotros. Puede que bajo una Constitución interpretada bajo el razonamiento del *common law* no seamos esclavos de decisiones discrecionales de un *juez individual* que decide un caso individual, porque su decisión siempre debe ser fiel al pasado, incluso cuando se aparta de éste. Sin embargo, seguimos siendo esclavos del *poder judicial en su conjunto*, *e* incluso *en el largo plazo*. En pocas palabras, si todos los *inputs* del proceso decisional carecen de legitimidad democrática, el *output* será igual.

Es en este punto que Strauss pareciera dispuesto a conceder que el control constitucional, inclusive cuando se combina con su constitucionalismo basado en el *common law*, es inherentemente antidemocrático.

> Sin duda, hay algo antidemocrático, en cierto sentido, en el sistema constitucional estadounidense. Aunque no es el enfoque del *common law* lo que hace antidemocrático nuestro sistema. Lo que lo torna antidemocrático a este sistema es el control de constitucionalidad: la práctica que les permite a las cortes tener la última palabra en la mayoría de los problemas de Derecho constitucional. Y, en un nivel más profundo, la Constitución misma es, en algunos aspectos, antidemocrática. Algunas veces evitará que la mayoría se salga con la suya, si, por ejemplo, la mayoría quiere suprimir el disenso político o discriminar a las minorías raciales. Aunque existe una línea de pensamiento persistente y poderosa que condena al control de constitucionalidad, muchos de nosotros pensaremos que estas características "antidemocráticas" de nuestro sistema son algo bueno.[66]

Así las cosas, el elemento democrático del problema de la discreción sigue cobrando importancia para los defensores del constitucionalismo vivo. Si el defensor del constitucionalismo vivo ve a los jueces como los encargados de proporcionar el contenido a las disposiciones morales abstractas de la Constitución (de forma incremental en el tiempo y a través de la solución caso por caso), él parece haber renunciado a nuestros principios democrá-

[66] Strauss, *The Living Constitution, op. cit.*, pp. 47.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

ticos profundamente respetados. Y esto, en la opinión de muchos, es una razón suficiente para abandonar el constitucionalismo vivo, incluso cuando se combina con la disciplina racional y el genio del *common law*. En lo que resta de este trabajo, quiero esbozar una salida posible, y creo que plausible, a este impase. Es algo que he desarrollado y defendido con mayor extensión en trabajos anteriores y lo que creo que podría ser ampliado por otros constitucionalistas vivos como Strauss y la Corte Suprema de Canadá para defenderse del desafío democrático.

IV. Moralidad constitucional[67]

Empecemos por hacer explícito un supuesto sobre el cual se basa mi discusión: las cartas constitucionales hacen referencia a derechos de naturaleza deliberadamente moral. Con este supuesto expuesto con claridad, consideremos ahora la siguiente cuestión: ¿A qué *tipo* de moralidad dirige una Constitución la atención del juez cuando éste la aplica a actos del Estado que potencialmente riñen con ella? ¿Es a la que podemos llamar *moralidad platónica*, la supuesta moralidad objetiva o verdadera que los filósofos, teólogos y estudiantes en los bares han tratado, desde hace mucho tiempo, de descubrir o articular en sus teorías filosóficas? ¿O podría ser algo completamente distinto, quizás lo que los primeros positivistas jurídicos llamaron la *moral positiva*, es decir, los valores morales, creencias y principios ampliamente reconocidos y practicados por los miembros de una comunidad? Tal vez, no sea ninguna de estas cosas, sino otro tipo de moralidad, digamos una que de alguna forma está incorporada en las prácticas constitucionales de la comunidad en la misma forma en que los principios jurídicos están incorporados en el derecho, de acuerdo con la teoría jurídica interpretativa de Ronald Dworkin. Así, al plantear la pregunta no estoy interesado en determinar, por ejemplo, si la teoría moral de Aristóteles proporciona una mejor explicación de las normas morales de la igualdad referenciadas en la sección 15 de la *Carta* Canadiense que las teorías utilitaristas propuestas por Mill y Bentham. Más bien, me interesa determinar si las normas morales del *tipo* defendido por estos filósofos (la moral platónica) son a las que los jueces deberían dirigir su atención cuando aplican su Constitución viva. Parece obvio para algunos que no debería permitirse a las normas morales de ésta última clase jugar

[67] Algo del material expuesto en esta sección se deriva de mi "On the Neutrality of Charter Reasoning", en J. Ferrer y Giovanni Ratti, Oxford, Oxford University Press, 2013. ["Sobre la neutralidad del razonamiento conforme a una carta de derechos" en *Neutralidad y Teoría del Derecho,* Madrid, Marcial Pons, 2013].

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

ningún papel en los casos de control judicial de constitucionalidad. Permitirles hacerlo sería asignarles a los jueces el rol de los reyes filósofos, un rol al que ellos no se adaptan bien y que comprometería seriamente nuestros compromisos democráticos. Las cartas constitucionales, se podría decir, pueden ser consideradas democráticas sólo si incorporan los principios ampliamente aceptados de moralidad positiva, es decir, la moralidad del *demos*, algo cuya existencia y contenido puede ser empíricamente descubierto y aplicado por los jueces, sin imponer sus propias convicciones morales subjetivas sobre nosotros.[68] Sin embargo, esta posición no está exenta de sus propias dificultades. Por ejemplo, parece presuponer un nivel de consenso que simplemente no es evidente en las sociedades pluralistas modernas. Más importante aún, parece contradecir uno de los principios definitorios de las cartas constitucionales. ¿Cómo puede satisfacerse el propósito de ofrecer protección a las minorías de los intentos del gobierno de acomodar las demandas de mayorías demasiado fervorosas y algunas veces erróneas, si las disposiciones morales de la Carta son interpretadas en términos de moralidad positiva, es decir, en términos de las visiones morales de las mismas mayoría contra las cuales se requiere protección?

Parece que, entonces, que hemos sido dejados con una elección incómoda. Si se cree que las disposiciones morales abstractas de una carta incorporan normas de moralidad platónica, entonces terminamos con un sistema antidemocrático y quizá ingenuo: es antidemocrático porque hemos empoderado a jueces que no responden a la democracia a solucionar nuestras preguntas morales más profundas por nosotros; es ingenua porque los jueces no son reyes filósofos con una conexión con la moral objetiva. Si, por el otro lado, una carta constitucional no incorpora nada más que la moralidad positiva, entendida como nada diferente del consenso actual establecido sobre los asuntos morales relevantes, alcanzamos un nivel de legitimidad democrática (el *input* de las decisiones judiciales se origina en el *demos,* así proporcionado al menos un grado de legitimidad a los *outpus*), pero

[68] Existe, por supuesto, una tercera alternativa: originalismo. De acuerdo con una versión de esta teoría, las normas morales que son establecidas en una carta constitucional no hacen referencia ni a la moralidad verdadera ni a la moralidad positiva, sino que son establecidas por las "intenciones" de sus autores. Las normas morales que *ellos* (los autores) intenten atrincherar son las normas a las que de hecho hace referencia la carta, estén o no tales normas de acuerdo con la moralidad platónica objetiva ni con las normas de la moralidad positiva contemporánea. De acuerdo con una segunda variación originalista, estas normas deben ser encontradas en los entendimientos originales de la comunidad al momento de la adopción de la carta constitucional. Dado que mi enfoque en esta sección es la forma como el constitucionalismo basado en el *common law* puede responder el desafío democrático, dejaré esta opción originalista a un lado.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

parece que hemos creado un sistema no menos ingenuo y quizá injusto: ingenuo porque la moralidad positiva compartida está algunas veces seriamente equivocada, influenciada por factores como el miedo y la ignorancia, y aún más a menudo, se puede considerar inexistente, debido a las grandes diferencias de opiniones morales; es injusto porque hemos fracasado en ofrecer una protección adecuada a las minorías y otros grupos e individuos igualmente vulnerables.

Así que parece que estamos entre la espada y la pared, a menos que podamos encontrar una tercera alternativa.[69] En trabajos previo he intentado proporcionar tal alternativa, al desarrollar una explicación de lo que llamo la "moralidad constitucional de la comunidad" o MCC. Como la concibo, la MCC no es la moralidad positiva empobrecida descrita anteriormente, es decir, una función del mero consenso sobre una pregunta moral, por ejemplo, si el matrimonio homosexual debería ser reconocido, o si la operación discreta de los bares de *swingers* deben ser permitida en una comunidad como Montreal, New York o Bogotá.[70] Tampoco es la moral personal (consistente en un conjunto de normas morales generales y juicios y opiniones morales) atribuibles a ningún particular o institución, por ejemplo, la Iglesia Católica, el Partido Republicano, o un juez que decida un caso constitucional. Tampoco es la moral decretada por Dios, inherente en la materia misma del universo, o que reside en el mundo platónico de las formas. En vez de ello, es una clase de moralidad positiva basada en la comunidad que consiste en las normas morales fundamentales a las que la comunidad *se ha comprometido* y las cuales han adquirido, de una u otra forma, algún tipo de *reconocimiento constitucional formal.* Es la moralidad política en realidad encarnada o expresada o aceptada por las prácticas constitucionales en la misma forma que se puede decir que los principios y juicios de justicia correctiva están encarnados o expresados o aceptados por la responsabilidad extracontractual de los sistemas jurídicos anglo-americanos. Así interpretada, la MCC es un subconjunto del conjunto más amplio de normas y convicciones morales que disfrutan de alguna medida (no insignificante) de apoyo estable y reflexivo dentro de la comunidad, cualquiera sea la forma en que esta sea identificada. Algunos miembros de este conjunto más amplio de normas y convicciones carecen en absoluto de ninguna clase de reconocimiento jurídico. Incuso si existen, dentro de las moralidades reflexivas y estables de la comunidad de la mayor parte de las sociedades contemporáneas, normas

[69] Una diferente del originalismo, el cual, claro está, hemos dejado a un lado.

[70] Para un caso canadiense en el cual la segunda pregunta es respondida, *R. V. Labaye*, [2005] 3 S.C.R., p. 728.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

que regulan cuestiones no políticas como la amistad, la gratitud, la fidelidad conyugal y la caridad, al igual que normas no jurídicamente reconocidas que regulan cuestiones políticas como el ejercicio responsable del poder político de las autoridades del gobierno, esas normas no son, en lo esencial, parte de la MCC de esas sociedades porque carecen del reconocimiento jurídico –y mucho menos constitucional–. Por otro lado, las normas y convicciones diferentes que regulan la igualdad y la justicia fundamental son elementos característicos de la MMC de una comunidad. En Estados Unidos y Canadá, y en muchos países de la Unión Europea, el reconocimiento jurídico de las normas de la MCC incluye (aunque no están limitada a) a la consagración de una carta constitucional y la historia legislativa y la jurisprudencia que se combinan para desarrollar los entendimientos locales y concretos, o, para ponerlo en términos tomistas, las "determinaciones" de esos principios para esta comunidad particular.[71]

Con esta concepción de moralidad constitucional a la mano, trataré de defender el control judicial de constitucionalidad como es concebido por los defensores del constitucionalismo vivo de sus críticos más ardientes, de forma más notable para nuestros propósitos actuales, de aquellos quienes ven el control judicial de constitucionalidad como presa del desafío democrático. Dicho de forma simple, mi tesis es que la MCC, debido a su origen social, es una fuente de normas morales y convicciones fundamentales que pueden ser utilizadas por los jueces sin comprometer su legitimidad democrática. La premisa fundamental de mi defensa de tal tesis es la afirmación de que el control judicial de constitucionalidad incluye (pero en ningún momento está limitado a) la tarea de asegurarse que los actos del Parlamento o Congreso no infrinjan, de formas que no hubieran sido razonablemente previstas por los legisladores y las que los mismos legisladores hubieran deseado evitar si hubieran tenido la oportunidad de hacerlo, las normas fundamentales de la MCC a la cuales la comunidad se ha comprometido. Si este es el papel que los jueces juegan en un caso particular de control judicial de constitucionalidad, entonces la legitimidad democrática no está comprometida. El juez estará, en efecto, ayudando a implementar y hacer efectiva la voluntad democrática, no a impedirla. Además, es posible esquivar otro tipo de preocupaciones relacionadas con el control judicial de constitucionalidad. Por ejemplo, se puede responder la objeción de que el

[71] Sobre la teoría de Aquino de las "determinaciones de las nociones comunes", véase, *Summa Theologica*, I-II, Q. 95, AA 1-4. Véase también, John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 281-90 y W.J. Waluchow, *The Dimensions of Ethics*, Peterborough, Ontario, Broadview Press, 2003, pp. 111-116. Tengo más que decir acerca del papel de las determinaciones de las nociones comunes más adelante.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

control judicial de constitucionalidad ingenuamente les pide a los jueces servir como reyes filósofos, al pedirles describir las verdades morales platónicas con respecto a la justicia e igualdad y hacer cumplir sus entendimientos o interpretaciones de esas verdades elusivas contra los actos e interpretaciones erróneos de nuestros legisladores democráticamente elegidos. Debido el hecho del pluralismo razonable que existe dentro de nuestras democracias constitucionales modernas, conjuntamente con el hecho de que los jueces (al igual que el resto de nosotros) sufren de las "cargas del juicio" en materiales morales, pedirles hacer eso a los jueces es equivalente a pedirles cumplir lo imposible.[72] No solo eso, como hemos visto, también sería transformar la tarea judicial en algo significativamente diferente del papel que los jueces han venido tradicionalmente sirviendo, es decir, hacer intentos de buena fe de realizar la aplicación imparcial de estándares jurídicos vinculantes creados mediante procedimientos democráticamente respetables –es decir, jugar el papel que a menudo juegan cuando resuelven los incontables casos ordinarios del día a día–. Los jueces estarían llamados a decidir con base en lo que terminaría siendo *sus propias* opiniones morales discrecionales (posiblemente puramente partidistas) acerca de la elusiva moral platónica. Y sin importar en cuan buena consideración tengamos a nuestros jueces, tal práctica no puede ser tolerada en una democracia liberal. Pero si estoy en lo cierto de que (a) los jueces que ejercen el control judicial de constitucionalidad no están buscando aplicar la moral platónica verdadera, y con ello fracasando inevitablemente, sino que ellos buscan hacer que la comunidad democrática haga cumplir sus compromisos, estables y reflexivos morales constitucionalmente fundados; y si, además de ello, (b) estoy en lo cierto en pensar que el conjunto de mecanismos puede a menudo ser descubierto a través de una clase de razonamiento moralmente neutral e imparcial, entonces, el aguijón de un desafío democrático puede ser evitado en una gran medida. No se les pide a los jueces decidir con base en *su propio* mejor juicio discrecional relacionado con las demandas de la verdad moral platónica; sino que se les pide que decidan con base la que sea, en efecto, su mejor juicio de los mejores juicios *de la comunidad democrática* relacionados con las demandas de la verdad moral platónica. Se puede decir que los jueces, en tales circunstancias, no están haciendo nada más discutible que su mejor intento de buena fe de aplicar de una forma justa e imparcial estándares que

[72] Sobre la noción de "cargas del juicio" o "cargas de la razón" sobre las cuales laboramos al resolver asuntos controversiales de moralidad política, véase, John Rawls, *Political Liberalism,* New York, Columbia University Press, 1996, p. 32 [*Liberalismo político,* FCE, p. 72].

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

se originan de una fuente enteramente legítima, es decir, los compromisos morales fundamentales de una comunidad.

Sería maravilloso si las cuestiones fueran así de fáciles. Lamentablemente no lo son, y he aquí algunas de las posibles razones. Existe en considerable grado de desacuerdo y falta de certeza, e incluso de indeterminación, dado que las demandas de la MCC, especialmente en los casos constitucionales controversiales en los cuales las disputas acerca de sus requisitos concretos van al foro judicial. Y si esto es así, entonces los jueces, al elegir entre las varias soluciones ofrecidas, inevitablemente tienen que introducir sus propias opiniones morales personales, una fuente aparentemente ilegítima para fundamentar decisiones constitucionales en una democracia. No existe ninguna salida al hecho de que el desacuerdo y la amenaza acechante de interpretación amenaza socavar la legitimidad democrática de los intentos de los jueces para justificar sus decisiones basándose en la MCC. ¿Cómo podría la decisión de un juez aplicar una norma de la MCC en una forma particular ser vista como el reflejo de la voluntad democrática si existe tanto desacuerdo partidista acerca de su entendimiento o interpretación adecuada, y si los jueces, en consecuencia, están forzados a basar sus decisiones en sus propias preferencias personales entre las varias visiones en oferta? ¿Qué más podrían hacer en tales circunstancias, ya que no es les permitido declinar de tomar una decisión?

Como intenté en algunos trabajos previos, he defendido que las cosas no son tan desalentadoras como pudieran parecer a los defensores del constitucionalismo vivo. En una buena cantidad de casos relacionados con MCC existe más que una base para un acuerdo y consenso de lo que parece a primera vista. En otras palabras, los límites de la justificación no se extienden sólo a los temas en los que podemos encontrar un acuerdo explícito sobre una pregunta particular. Basándome en la noción de "equilibrio reflexivo", asociada de forma más cercana a la filosofía política de John Rawls[73], he sostenido que nuestros juicios razonados concernientes a los compromisos de la MCC pueden a menudo (o al menos, pueden a veces) generar una suerte de equilibrio reflexivo entre ellos. Ellos pueden, en otras palabras, conducir a reconocer un fundamento para un acuerdo explícito sobre el significado y las implicaciones de las normas relevantes de la MCC, cuando éste inicialmente puede no haber parecido posible. He sostenido que el papel de los jueces en un caso de control judicial de constitucionalidad –donde se deben hacer cumplir los compromisos de la MCC—a menudo le conducirá a basarse en esos fundamentos de acuerdo y decidir de tal forma. Cuando

[73] Véase, Rawls, *Political Liberalism,* cit., p. 181.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

tal base se haya, y una decisión se funda en ella, el hecho del desacuerdo puede a menudo ser reemplazado por un acuerdo razonable. Esta es la situación, sugiero, con respecto a la pregunta del matrimonio del mismo sexo en Canadá.

A pesar de estos intentos de mi parte de evadir el desafío democrático, no existe ninguna salida a este punto adicional: Es claramente posible que en algunos casos bajo la MCC, especialmente en aquellos en los cuales las pasiones y las controversias lleguen a lo más profundo, y donde las diferencias estén fundadas en visiones morales y políticas comprehensivas radicalmente diferentes[74], la MCC no proporcionará una respuesta única correcta para los jueces, sólo les muestra varias respuestas. Nos podemos razonablemente preguntar, ¿qué deben hacer los jueces si ellos encuentran un caso que parece ser de éstos? Es mi visión, los jueces deben –y de hecho, a menudo hacen– iniciar un razonamiento del *common law.* Ellos desarrollan y deben desarrollar creativamente o construir las normas de la MCC, de una forma incremental, caso a caso, casi en la misma forma como las normas del *common law* sobre la negligencia y el concepto de "objeto inherentemente peligroso" han sido construidas históricamente.[75]Al hacer eso, ellos expresamente realizan determinaciones tomísticas de nociones comunes, decidiendo entre las soluciones disponibles, ninguna de las cuales están determinada de forma única por la norma o normas relevantes de la MCC, pero cada una de las cuales es más o menos consistente con las normas o normas y los esfuerzos previos de los jueces y legisladores de darles forma a través de los procesos de determinación. Se puede pensar que tales intentos conforman un conjunto de "precedentes de la MCC". Sin duda, en tales casos los jueces estarán ejercicio discreción entre las opciones no excluidas. Pero, en mi visión, no existe ninguna forma mejor forma de proceder en tales circunstancias.[76]

Ahora, si reconocemos que un proceso de determinación es en realidad lo que debe ocurrir (y quizá es lo que ocurre) en tales casos, entonces una vez más nos encontramos con el desafío democrático. Este desafío, y la razón por la cual lo encontramos de nuevo, debe ser obvio hoy: al desarrollar la MCC de esta forma, no se podría decir que el juez está intentando *seguir,* de una forma justa e imparcial, estándares previamente establecidos por otras personas con la autoridad democrática para establecerlos. Por el

74 Aborto y matrimonios del mismo sexo son los ejemplos más claros de esta posibilidad.

75 Para una defensa de esta tesis, *A Common law Theory of Judicial Review: The Living Tree, cit.,* capítulos 5 y 6. [*Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el 'common law'*, , *cit.*].

76 Para una defensa completa, véase *Idem.*

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

contrario, sería *el juez* quién estuviera estableciendo tales estándares. Como mínimo estaría decidiendo cuáles son los estándares autoritativamente establecidos que deben ser tomados en cuenta y qué significan e implican para el tipo particular de situación en la cual la pregunta constitucional relevante ha surgido. En otras palabras, él estaría envuelto en la *creación* o *construcción* del derecho, no su descubrimiento o aplicación. Así que el admitir, como parece ser cierto, que la MCC no está siempre completamente determinada, amenaza reintroducir la preocupación democrática de que el control de constitucional, como el constitucionalismo modelado en el *common law* lo concibe, no puede posiblemente tiene justificación en una democracia. Parece asignar a los jueces un papel, la construcción creativa de la MCC, que no nos deja ser los amos en nuestras propias casas.

Si, a pesar de lo que he concedido, les seguimos pidiendo a los jueces tomar las clases de determinaciones discrecionales que algunas veces parecen necesarias, entonces parece que hemos sido dejados con dos opciones. Primero, podemos abandonar toda apariencia de reconciliar el constitucionalismo vivo con las demandas de la legitimidad democrática. Es decir, podemos rechazar esa visión completamente, o intentar justificarla a través de valores diferentes, como por ejemplo, valores de justicia o valores asociados con el Estado de Derecho, que es la tesis aparentemente acogida por Strauss.[77] Alternativamente, se podría desarrollar una explicación más elaborada de lo que los jueces hacen y deben hacer cuando ocurran tales casos donde ellos se deben encargarse de la construcción discrecional de la MCC en forma del razonamiento de *common law.* Esta segunda opción es la tarea que he asumido en mi trabajo más reciente. Sostengo que las construcciones discrecionales de la MCC pueden volverse consistentes con la democracia liberal si ponemos restricciones relevantes a los *tipos* de razones en las cuales los jueces pueden legítimamente basarse cuando ellos realizan el proceso discrecional. Las restricciones que tengo en mente están inspiradas en la teoría de las razones públicas desarrolladas por John Rawls, principalmente en la conferencia VI de *Political Liberalism.*[78] Este no es el lugar para proporcionar un análisis extenso de las razones públicas. Tampoco es el lugar para responder a aquellos quienes cuestionan su existencia o dudan de su valor en la argumentación pública, incluida a la adjudicación constitucional. Pero permítaseme decir algo para explicar la naturaleza y, espero, el atractivo de las razones públicas. Las razones públicas no son razones que todas las personas dentro de una comunidad aceptarían bajo razones ideales de deli-

[77] Véase, Strauss, *The Living Constitutionalism, cit.*, pp. 46-49.

[78] John Rawls, *Political Liberalism, cit.* [*Liberalismo Político.*]

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

beración. Tampoco son las razones que toda persona razonable en tales circunstancias consideraría particularmente fuertes, o idealmente merecedoras de apoyo. En vez de ello, según Rawls, son razones que todas las personas juzgarían al menos como "no irrazonables" en el sentido de que aquellos quienes se oponen a ellas pueden al menos entender como personas razonables podrían utilizarlas en la justificación de alguna forma particular de ejercicio del poder público. Al basarse exclusivamente en tales razones, los jueces "deben formular sus argumentos constitucionales en formas que pueden ser atractivas a disidentes razonables… Una persona que esté dispuesta a ser persuadida por el mejor argumento, asume que el desacuerdo moral razonable caracterizará a los casos constitucionales difíciles y concluirá que [el acto] en cuestión está públicamente justificado sólo cuando el Estado ha producido suficientes razones públicas a su favor."[79] Las razones públicas así entendidas son "típicamente… tan neutrales como sea posible con respecto al amplio rango de concepciones razonables de lo bueno e ideologías políticas normativas que actualmente existan en la [comunidad]."[80] Razones no públicas, por otro lado, usualmente "se basan en estándares perfeccionistas de una forma de florecimiento humano, en teorías discutibles de moralidad política, o en afirmaciones empíricas controversiales".[81] Además, como Bruce Ackerman nota, un argumento "que incorpora una premisa de que una forma de vida particular es pecaminosa, impopular, innatural, no convencional, errada, tonta o idiota es exactamente la clase de argumento que el Estado debe evitar. Un argumento que contiene una premisa de que una forma particular de vida es superior a otras o que ciertas personas son por naturaleza inferiores también es insuficientemente público".[82]

Podemos resumir la explicación anterior de razones públicas de la siguiente forma: una razón es pública, y por tanto, es un fundamento legítimo sobre el cual una corte puede basarse cuando realiza la construcción discrecional de la MCC, cuando es una razón a la cual ningún disidente razonable podría razonablemente objetar, debido al deber de civilidad al cual todos los miembros de la sociedad están obligados.[83] Es una razón tal

---

[79] Ronald C. Den Otter, *Judicial Review in an Age of Moral Pluralism,* Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 11

[80] *Ibidem.*

[81] *Ibidem.*

[82] *Idem,* p. 12, basándose en Bruce Ackerman, *Social Justice in the Liberal State,* New Haven, Yale University Press, 1980, pp. 10-1.

[83] El deber de civilidad es uno que se aplica a todo aquel que se encuentre en una democracia marcada por las circunstancias del pluralismo razonable. Cada persona así situada notará que obtener los beneficios de la sociedad civil casi inevitablemente requiere que (la

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

que un disidente, a pesar de sus diferencias, podría aceptar como una razón "suficientemente buena" o al menos, "no irrazonable". ¿Cómo podría el empleo de tales razones ser empleado en las preguntas concernientes a la justificación del control judicial de constitucionalidad concebido bajo el constitucionalismo vivo? Permítaseme recordar que nos trajo a este punto. Como muchos críticos del constitucionalismo vivo han señalado, esta práctica difícilmente se reconcilia con los principios fundamentales de la democracia. Parece arrebatar el poder de decisión de las manos de los funcionarios y los representantes (pasados o presentes) democráticamente elegidos, y lo pone en las manos de un grupo pequeño de jueces que no responden a la democracia. Son ellos, no el pueblo mismo o sus agentes democráticamente responsables actuales o pasados, quienes en últimas terminan establecimiento los estándares fundamentales de la moralidad política que gobiernan el ejercicio del poder público en su sociedad. Cualquier caso en el que las demandas de la MCC parezcan ser indeterminadas, los jueces estarán forzados a ejercer discreción para determinar o construir creativamente las normas de la MCC, normas que ellos entonces aplican en esos casos en los que deben producir una decisión. En otras palabras, ellos estarán forzados a realizar una creación discrecional de normas, y no (la esperada) aplicación justa e imparcial de ellas. Y esto, fue reconocido, parece llevarnos de nuevo al desafío democrático –que el control judicial de constitucionalidad bajo el constitucionalismo vivo no puede estar justificado en una democracia liberal moderna–.

Espero que pueda apreciarse como restringiendo a los jueces a las razones públicas en tales casos podría proporcionarnos una ruta promisoria para una defensa frente a la última encarnación del desafío democrático. Los poderes discrecionales de los jueces algunas veces se requieren para hacer que la voluntad sea consistente con los principios democráticos y en la medida en que ellos apelen a razones con las cuales ningún disidente razonable dentro de la democracia podría objetar, dado el deber de civilidad al cual todos los miembros de la comunidad democrática quienes se ven a sí mismos en un estado de pluralismo razonable están comprometidos. Tal disidente, sugiero, no podría objetar más una decisión basada en tales razones de lo que podría objetar una decisión adecuadamente tomada a través de un proceso adecuado de decisión mayoritaria democrático con la que él

mayoría) de nosotros se vea obligado a ceder por algo menor de lo que sería su elección ideal en alguna pregunta política. Cada uno también reconocerá el requisito de que un acuerdo aceptable desde su punto de vista necesariamente es, sin duda por diferentes razones y en alguna medida mayor o menor, un compromiso aceptable para otros cuyas visiones políticas y morales sugieren un orden de preferencia muy diferente.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

discrepe. En ambos casos, nuestro disidente puede preferir que se hubiera tomado una decisión diferente. En realidad, él puede incluso discrepar en los fundamentos morales. Pero en ambos casos, debe estar preparado a reconocer la legitimidad de la decisión tomada, a pesar de cualquier desagrado que pueda experimentar sobre su sustancia. Así que requerir que un juez siempre haga un esfuerzo de buena fe para fundamentar su decisión discrecional directamente en algún conjunto aceptable de razones públicas permite que cada ciudadano, incluyendo aquellos que fuerte pero razonablemente difieran de la decisión tomada, se apropien de ella a pesar de eso, y la vean como el producto de un proceso de decisión que apela a razones con las cuales él no podría objetar –que apela, en otras palabras, a *inputs* democráticamente legítimos.

Para finalizar esta breve incursión en el reino de las razones públicas, permítaseme añadir un punto final. Las propuestas que he esbozado y defendido aquí difícilmente ascienden a una receta para un activismo judicial ilimitado de la forma que preocupa a aquellos que se ocupan del desafío democrático. Una decisión con respecto a la cual se hace un intento sincero de ofrecer una justificación basada en el MCC, o cuando no existe tal MCC, se construye en base a un balance razonable de las razones públicas relevantes, no debe ser vista como una fuerza externa que obliga a los ciudadanos democráticos a actuar de una forma independiente de sus convicciones más profundas. Y eso es cierto incluso cuando la decisión es una con la cual ellos discrepan profundamente. En vez de ello, debe ser vista por todos y cada uno de los miembros de la comunidad democrática como un ejercicio de poder público al cual ninguno de ellos, incluyendo a los disidentes razonables, puede objetar razonablemente, dado su compromiso conjunto con el deber de civilidad, un deber de vital importancia en cualquier sociedad democrática marcada por el hecho del pluralismo razonable. Será una decisión con la cual cada miembro de la comunidad democrática puede subscribirse, por así decirlo. Para repetir, ello no equivale a decir que cada miembro del *demos* siempre está de acuerdo con las decisiones tomadas. Tampoco que ellos siempre estarán de acuerdo con el balance de razones públicas con las cuales una corte puede basarse en la justificación de la construcción sobre la cual decide actuar. Pero en tanto que, y en la medida que, la decisión esté justificada como un intento de buena de generar un balance razonable de lo que sinceramente se tiene son las razones públicas relevantes, y dado que este paso se toma únicamente cuando, en opinión de la Corte, todos los otros recursos se han agotado, el producto es una decisión que todos los ciudadanos razonables de la sociedad pueden aceptar como suficientemente buena. Cada uno puede ver la decisión como una que les permite seguir

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

apropiándose de todas y cada una de las decisiones relacionadas con el ejercicio adecuado del poder público en su sociedad democrática –incluyendo, de forma importante, las decisiones tomadas por los jueces en el ejercicio del control judicial de constitucionalidad bajo el constitucionalismo vivo–.

V. Comentarios conclusivos

En este escrito establezco varias cosas. Primero, y más importante, declaré mi apoyo a la línea de argumento modelada por Strauss en su nuevo y espléndido libro. En una prosa que es clara y elegante, y que presenta argumentos que son adecuados y poderosos, él ha proporcionado una defensa convincente del constitucionalismo vivo basado en el *common law*. Segundo, he intentado fundamentar la afirmación de que existe al menos un régimen en el cual el constitucionalismo vivo ha estado, por muchas décadas ya, sano y salvo. El constitucionalismo vivo echó raíces en Canadá en la primera parte del siglo XX, cuando el *Privy Council* inglés eligió apartarse de cualquier entendimiento original que puedo haber habido, en el Reino Unido y Canadá, sobre el estatus de las mujeres como no-personas. Esta tesis, ahora conocida oficialmente como la doctrina del árbol vivo, fue la fuente primaria de esta decisión fundamental del *Council.* También fue una doctrina oficialmente acogida en el primer caso que fue decidido en 1984 sobre la *Constitución Canadiense* de 1982 recientemente patriada con su revolucionaria *Carta de Derechos y Libertades.* Como la Corte Suprema expresó claramente en *Shapinker,* "el fino y constante proceso de ajuste" de las disposiciones morales de la Carta fue dejado "por una tradición de necesidad a la rama judicial." Al realizar este proceso, la Corte añadió que "la flexibilidad debe ser balanceada con la certeza. El futuro debe, en la mayor medida previsible, ser acomodado en el presente." "La *Carta,"* opinó la Corte, "ha sido diseñada y adoptada para guiar y servir a la comunidad canadiense por un largo tiempo. La interpretación estrecha y técnica, sino es modulada por un sentido de lo desconocido del futuro, puede entorpecer el crecimiento del Derecho y por lo tanto el de la comunidad a cual ese Derecho sirve". Esta adhesión a una concepción de *common law* de un constitucionalismo del árbol vivo, introducida por primera vez en *Edwards* y retomada en *Shapinker,* continúa al día de hoy y ha modelado de manera definitiva la aproximación que las cortes canadienses han tomado al cumplimiento de sus responsabilidades bajo la *Carta.* Tercero, he tratado de elaborar alguna forma para dar respuesta al desafío democrático que genera esta aproximación particular a las cartas constitucionales y su interpretación e implementación por los jueces. Mi posición difiere de aquellos que, como

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052

Strauss, parecen simplemente estar dispuestos a admitir que todo el proceso es inherentemente anti-democrático pero sin embargo justificable en otros fundamentos; y también difiere de la Corte Suprema Canadiense, quién parece estar contenta simplemente señalando que el proceso fue elegido por un medio democrático, una réplica que, como he sostenido, no responde al desafío democrático. Por ello, he intentado una concepción de moralidad, la MCC, a la cual una carta constitucional puede hacer referencia, y la que exitosamente proporciona a la carta y al control judicial de constitucionalidad un grado suficiente de legitimidad democrática. Desde esta opción, los *inputs* de las decisiones judiciales deben encontrarse en los compromisos morales de la comunidad democrática, y no en las normas siempre elusivas de la moralidad platónica o en un simple consenso moral (posiblemente errado y probablemente inexistente). Reside en las normas y convicciones que encuentran su lugar en los compromisos estables de la comunidad restringidos de forma relevante y adecuadamente corregidos por los requisitos del equilibrio reflexivo y, si es necesario, por la razón pública. Es cierto, por supuesto, que la decisión final que se basa en estos fundamentos a menudo sigue estando en manos de jueces, quienes no responsables democráticamente[84]. Pero este es, sugiero, un precio que debemos estar preparados a pagar en aras de tener una carta constitucional que sea entendida, interpretada, desarrollada y aplicada como el constitucionalismo vivo recomienda.

[84] Aunque esto no siempre ocurre así. En Canadá, por ejemplo, la sección 33 de la *Carta* puede ser invocada por un Parlamento o legislatura provincial para negar a los jueces la última palabra sobre un asunto constitucional.

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas