

LEOPOLDO GAMA

**DERECHOS, DEMOCRACIA  
Y JUECES**

**Modelos de filosofía constitucional**

Prólogo de  
Manuel Atienza

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2019

## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>PRÓLOGO</b> , por Manuel Atienza.....	13
<b>PREFACIO</b> .....	21
<b>CAPÍTULO I. EL CONSTITUCIONALISMO SUSTANTIVISTA</b> .....	35
1. INTRODUCCIÓN .....	35
2. CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA.....	37
3. EL PRINCIPIO DE IGUAL CONSIDERACIÓN Y RESPETO .....	40
4. LOS DERECHOS COMO TRIUNFOS.....	45
5. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA DEMOCRACIA .....	49
5.1. Cuestiones preliminares .....	49
5.2. Los contenidos sustantivos de la democracia.....	50
5.3. La democracia como asociación .....	53
6. JUECES: GUARDIANES DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL.....	59
6.1. J. H. Ely frente a Dworkin (y otros).....	59
6.2. Más allá de <i>Democracy and Distrust</i> .....	64
6.3. Poder político y justicia constitucional .....	68
6.3.1. Consideraciones preliminares.....	68
6.3.2. Formas de entender el poder político .....	69
6.3.3. Conclusiones preliminares.....	74
6.4. ¿Qué decidir? ¿Quién decide (mejor) y por qué?.....	76

	Pág.
6.4.1. Cuestiones sensibles e insensibles a las preferencias ....	76
6.4.2. Tribunales, custodios de las cuestiones de principio ....	78
6.5. El foro de los principios y el foro de la política.....	80
6.5.1. ¿Superioridad del razonamiento judicial?.....	80
6.5.2. Un erizo sensible al contexto.....	83
7. ¿CÓMO INTERPRETAN LOS CONSTITUCIONALISTAS? .....	84
7.1. El proyecto interpretativo de Dworkin .....	84
7.1.1. El derecho enlazado con la moral.....	84
7.1.2. La práctica jurídica como ejercicio de interpretación ...	87
7.1.3. Una novela en cadena.....	89
7.2. La integridad constitucional.....	90
7.2.1. El principio de integridad .....	90
7.2.2. Una lectura moral de la Constitución .....	92
7.3. Lectura moral y <i>praxis</i> constitucional.....	95
8. CONSTITUCIONALISMO SUSTANTIVISTA EN POCAS PALABRAS.....	100
<b>CAPÍTULO II. EL CONSTITUCIONALISMO PROCEDIMENTA- LISTA .....</b>	<b>103</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	103
2. DESACUERDOS SUSTANTIVOS.....	106
2.1. Las circunstancias de la política.....	106
2.2. ¿Desacuerdos razonables sobre la justicia?.....	109
2.3. La metaética waldroniana y algo más .....	115
2.3.1. El emotivismo de Waldron .....	115
2.3.2. Positivismo jurídico normativo.....	118
3. DEFENSA DE LOS PARLAMENTOS Y LA LEGISLACIÓN MA- YORITARIA .....	120
3.1. Imágenes desfavorables de los parlamentos.....	120
3.2. La representación política de los desacuerdos .....	122
3.2.1. Los parlamentos como asambleas numerosas .....	123
3.2.2. La diversidad en los parlamentos .....	124
3.2.3. La necesidad de establecer reglas de procedimiento.....	125
3.2.4. Carácter deliberativo del parlamento.....	125
3.2.5. Waldron y la democracia deliberativa .....	126
3.3. Autoridad de la legislación democrática .....	128

	Pág.
4. LOS DERECHOS EN EL CONSTITUCIONALISMO PROCEDI- MENTALISTA .....	133
4.1. Los alcances de una teoría moral fundada en derechos .....	133
4.1.1. ¿Reconocimiento de derechos sin mecanismos del constitucionalismo? .....	133
4.1.2. La estructura de las teorías basadas en los derechos .....	134
4.2. De los derechos morales a los derechos constitucionales .....	136
4.2.1. <i>Non sequitur</i> .....	136
4.2.2. Desconfianza hacia los ciudadanos y hacia la demo- cracia .....	139
4.3. El valor del derecho de participación política.....	141
4.3.1. ¿Qué es participar en política? .....	141
4.3.2. ¿Entra en conflicto el derecho de participación con otros derechos? .....	146
4.4. Incompletitud de las teorías sobre los derechos .....	147
4.5. ¿Democracia constitucional sin cartas de derechos?.....	151
4.5.1. Cuando el pueblo se fija límites.....	151
4.5.2. Derechos y precompromisos .....	152
4.6. La relación entre los derechos y la democracia .....	154
5. DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL .....	157
5.1. Deliberación democrática (no judicial) sobre derechos .....	158
5.2. ¿Contribuye la justicia constitucional a mejorar la demo- cracia? .....	161
5.3. ¿El control judicial mejora el debate público?.....	163
5.4. Respuestas correctas y control judicial: entre la sustancia y el procedimiento.....	165
5.5. Precondiciones de la democracia y <i>judicial review</i> .....	167
5.6. ¿Existen límites a la decisión por mayoría?.....	170
6. CONSTITUCIONALISMO PROCEDIMENTALISTA EN POCAS PALABRAS .....	172
<b>CAPÍTULO III. EL CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO .....</b>	<b>177</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	177
2. PRESUPUESTOS TEÓRICOS DEL MODELO.....	179
2.1. Conexión entre el derecho, la moral y la política.....	179
2.2. El constructivismo moral .....	180
2.2.1. ¿Qué es el constructivismo moral?.....	180
2.2.2. Constructivismo entre Rawls y Habermas.....	182

	Pág.
2.2.3. La versión constructivista de Nino .....	184
2.2.4. Presupuestos de la argumentación moral.....	186
3. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MODELO DELIBERATIVO .....	188
3.1. Los derechos humanos como derechos morales .....	188
3.2. Los principios que fundamentan los derechos humanos.....	192
3.2.1. El principio de autonomía .....	193
3.2.2. El principio de inviolabilidad .....	195
3.2.3. El principio de dignidad .....	196
3.3. Fuerza de los derechos y paradoja de la irrelevancia moral del gobierno .....	197
4. LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA .....	200
4.1. Concepciones opuestas de la democracia.....	201
4.1.1. Concepciones que rechazan una relación entre la moral y la política .....	202
4.1.2. Concepciones que admiten una relación entre la moral y la política .....	204
4.1.3. Concepciones «mixtas» .....	206
4.2. La democracia como sucedáneo del discurso moral .....	207
4.2.1. Del discurso moral a la deliberación política .....	208
4.2.2. El valor epistemológico del procedimiento democrático .....	209
5. LA CONSTITUCIÓN COMO PRÁCTICA SOCIAL.....	213
5.1. Relevancia de la Constitución histórica .....	213
5.1.1. La indeterminación radical de la Constitución.....	214
5.1.2. La paradoja de la superfluidad en el contexto de la Constitución.....	215
5.2. Relevancia de la Constitución: la conexión entre derecho y política .....	217
6. ALCANCES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL .....	221
6.1. Argumentos tradicionales a favor del control judicial .....	222
6.1.1. <i>Marbury v. Madison</i> y la «lógica de Marshall».....	222
6.1.2. El control judicial para proteger derechos fundamentales.....	224
6.2. Valor epistémico y dificultad contramayoritaria .....	226
6.3. El control judicial del proceso democrático.....	228
6.3.1. Las precondiciones de la democracia .....	228
6.3.2. Fuerza y alcance del proceso democrático .....	230

	Pág.
6.4. La protección judicial de la autonomía personal.....	233
6.5. La preservación de la práctica constitucional .....	237
7. CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO EN POCAS PALABRAS .....	239
<b>CAPÍTULO IV. HACIA UN MODELO DELIBERATIVO EQUILIBRADO DE FILOSOFÍA CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>243</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	243
2. FILOSOFÍA CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA PROCESAL .....	245
2.1. La tensión entre la forma y la sustancia .....	246
2.2. Justicia procesal pura, perfecta, imperfecta y... ..	249
2.2.1. Justicia procesal pura.....	249
2.2.2. Justicia procesal perfecta.....	250
2.2.3. Justicia procesal imperfecta.....	250
2.2.4. Justicia procesal cuasi pura .....	251
2.2.5. Ventajas de distinguir un cuarto tipo de justicia procesal .....	253
2.3. Constitucionalismo sustantivista y justicia procesal imperfecta.....	254
2.4. Constitucionalismo procedimentalista y justicia procesal pura...	256
2.5. Constitucionalismo deliberativo y justicia procesal cuasi pura...	258
3. EL MODELO DELIBERATIVO EQUILIBRADO DE FILOSOFÍA CONSTITUCIONAL.....	263
3.1. La paradoja de las precondiciones de la democracia .....	263
3.1.1. Equilibrio entre el valor intrínseco e instrumental .....	263
3.1.2. Sortear la paradoja .....	265
3.2. Un modelo fundado en los derechos .....	269
3.2.1. Anclaje en una <i>moral-rights-based-theory</i> .....	269
3.2.2. Tres sentidos de la expresión «derechos».....	270
3.2.3. ¿Cuál es el vínculo entre los derechos y la forma constitucional? .....	275
3.3. El peso de la deliberación democrática .....	277
3.3.1. Constitucionalistas de poca fe .....	277
3.3.2. Cuando las mayorías se equivocan.....	280
3.3.3. ¿Por qué son necesarias las razones sustantivas? .....	283
3.3.4. (Des)acuerdos constitucionales y deliberación .....	286
3.3.5. Los límites del procedimiento mayoritario.....	290
3.4. La filosofía judicial del deliberativismo .....	292

	<u>Pág.</u>
3.4.1. Adiós a la <i>judicial review</i> del constitucionalismo sustantivista .....	293
3.4.2. Judicatura: ¿el foro de los principios? .....	295
3.4.3. Diálogo institucional y constitucionalismo débil .....	302
3.4.4. Presunción de (in)constitucionalidad de la ley .....	309
4. CONCLUSIÓN .....	316
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>319</b>