



La interpretación constructiva en el constitucionalismo *commonwealth*: ¿activismo o vandalismo judicial?

Mariano C. Melero de la Torre

Universidad Carlos III de Madrid

mcla@polsoc.uc3m.es

Resumen

En este artículo se analiza el modelo de constitucionalismo que opera actualmente en Canadá, Nueva Zelanda, Gran Bretaña y Australia, y en especial el tipo de interpretación jurídica que permite a los jueces alterar el sentido literal de las disposiciones legales con objeto de hacerlas consistentes con los derechos protegidos. El artículo comienza con una breve descripción de la estructura básica del modelo *commonwealth* como un esquema cooperativo de protección de derechos. A continuación, se revisan varios ejemplos de interpretación "constructiva" en la jurisprudencia de la Corte Suprema canadiense y de la Cámara de los Lores británica, con objeto de subrayar los límites que los jueces se autoimponen en su labor interpretativa. Por último, el autor trata justificar este tipo de interpretación mediante una concepción sustantiva de la legalidad, en la que se incluyen los valores constitucionales que los tribunales invocan para revisar la legislación.

Palabras clave

Revisión judicial, constitucionalismo, interpretación constructiva, soberanía parlamentaria, derechos de los homosexuales y matrimonio del mismo sexo.

The Progressive Interpretation in the Commonwealth Constitutionalism: Judicial Activism or Vandalism?

Abstract

This paper examines the model of constitutionalism that operates today in Canada, New Zealand, the United Kingdom, and Australia, with particular focus on the duty of progressive interpretation that this model imposes on the judges. According to this kind of interpretation, legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the protected rights, even if that leads beyond the literal meaning of the legal norms. The paper starts with a brief description of the basic structure of the model as a cooperative scheme of rights protection. Later, it offers an analysis of some examples of the constructive interpretation in the case law of the Canadian Supreme Court and the British House of Lords, with the aim of highlighting the self-imposed limits of judicial activism. Finally, the author attempts to find a proper justification for this kind of interpretation through a substantive conception of legality, which includes the constitutional values that judges invoke to revise the legislation.

Keywords

Judicial review, constitutionalism, progressive interpretation, parliamentary sovereignty, rights of homosexuals and same-sex marriage.

1. Planteamiento*

Con la Carta de Derechos y Libertades de 1982 (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), Canadá adoptó un nuevo modelo de constitucionalismo que luego migraría con importantes modificaciones a otros países de la *Commonwealth* (en concreto, a Nueva Zelanda, Gran Bretaña y Australia)¹, y cuya principal aspiración es ofrecer un esquema cooperativo de protección de derechos fundamentales. Con anterioridad, estos países habían tenido un sistema parlamentario basado en el modelo *Westminster*, donde el principio constitucional de la soberanía parlamentaria convivía con la legislación *common law* que producían los jueces. Este sistema parlamentario se diferenciaba básicamente del constitucionalismo típico de los Estados Unidos por la supremacía del legislativo, de modo que ningún tribunal podía inaplicar una disposición legal debidamente promulgada por considerarla incompatible con los derechos individuales. Tras la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, el constitucionalismo norteamericano se extendió a la mayoría de los sistemas jurídicos democráticos, imponiéndose como modelo predominante². En este nuevo escenario, los sistemas parlamentarios basados en el modelo *Westminster* se vieron obligados a explorar la idea de otorgar una mayor preeminencia a los derechos humanos sin abandonar completamente su confianza en la acción del parlamento. Uno tras otro fueron incorporando en su sistema jurídico una carta de derechos fundamentales que, como norma constitucional o como simple ley ordinaria, obligaba al Estado a justificar cualquier limitación de los derechos protegidos.

Sin embargo, a pesar de este esfuerzo por acomodar los dos principios constitucionales (soberanía parlamentaria y protección de derechos básicos), el “nuevo modelo *commonwealth*” (Gardbaum, 2001, 2010, 2013) otorga a los jueces un papel determinante en la evaluación de la constitucionalidad de las leyes. Dejando a un lado el poder judicial para inaplicar disposiciones legislativas incompatibles con los derechos protegidos³. El presente trabajo se centra en la capacidad que el modelo otorga a los jueces para interpretar la legislación, “siempre que sea posible”, de manera consistente con los derechos humanos y los principios

* Este trabajo ha sido realizado gracias a una beca de estudios financiada por el *International Council for Canadian Studies* durante el verano de 2012. Quisiera expresar mi gratitud por la ayuda recibida de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto, y muy especialmente del profesor David Dyzenhaus.

¹ Se trata de las siguientes: *New Zealand Bill of Rights Act* (1990), *United Kingdom Human Rights Act* (1998), *Australian Capital Territory's Human Rights Act* (2004) y *Victorian Charter of Rights and Responsibilities* (2006). No obstante, otros países de la *Commonwealth*, como Sudáfrica, han preferido seguir el modelo predominante de constitucionalismo fuerte.

² La confluencia del modelo constitucional estadounidense y del modelo europeo de raíz kelseniana ha sido puesta de relieve por numerosos autores. Véase, por todos, Ruiz Miguel (2000), Hiebert (2004) y Weinrib (2006). Este modelo predominante se caracteriza por la rigidez constitucional, el atrincheramiento de los derechos básicos y la revisión judicial con poder para dejar sin efecto los actos ejecutivos y legislativos incompatibles con tales derechos. Para sus críticos, este modelo de constitucionalismo fuerte implica un doble deterioro de la democracia: por un lado, el gobierno y el parlamento han de supeditar la efectividad de sus políticas a la posterior revisión judicial, lo cual “distorsiona” el proceso democrático de producción legislativa; por otro, el modelo considera a los jueces como los únicos que pueden identificar propiamente la naturaleza y el alcance de los derechos protegidos, lo cual “debilita” al gobierno y al legislativo a la hora de actuar de un modo que altere o desafíe la definición judicial de un derecho constitucional. Véase Tushnet (1996). Como trataré de demostrar en este trabajo, el modelo *commonwealth* de constitucionalismo supera al modelo predominante en lo relativo a la debilitación de la democracia, pero comparte con él una similar distorsión política. En la última sección argumentaré que dicha distorsión es inevitable y legítima en un régimen de Derecho digno de tal nombre.

³ Como veremos, este poder sólo existe en la versión canadiense del modelo, y se ve compensado mediante la famosa sección 33 de la Carta de Derechos y Libertades que permite al parlamento mantener su producción legislativa a pesar de la evaluación judicial negativa sin necesidad de enmendar la constitución.

que los acompañan. Esta clase de interpretación, que aquí voy a denominar, siguiendo a Ronald Dworkin, “constructiva”, permite a los jueces superar los principios de la interpretación ordinaria (es decir, el sentido literal de las palabras en su contexto y según la intención del legislador) y modificar o invalidar las disposiciones legales tal y como fueron promulgadas⁴. Mi propósito es ofrecer una justificación adecuada de esta “distorsión de la razón pública” a favor de la judicatura. Para ello, comenzaré describiendo la estructura básica del modelo *commonwealth*, para luego analizar algunas sentencias de la Corte Suprema canadiense y de la Cámara de los Lores británica respecto a los derechos de los homosexuales donde se hace uso de la interpretación constructiva. También examinaré una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español en la que se emplea la misma clase de interpretación para defender la constitucionalidad del matrimonio del mismo sexo en España. En este análisis se prestará especial atención a los criterios que establecen los jueces para distinguir el activismo judicial, necesario y legítimo, del “vandalismo judicial”, prescindible y rechazable⁵. Mi justificación de la interpretación constructiva tiene dos partes: en primer lugar, la aprobación de una ley constitucional o una carta de derechos humanos hace que se difuminen de manera inevitable los límites entre “interpretar” y “legislar”; en segundo lugar, esta inclusión de los derechos en la legalidad formal no se justifica porque debamos respetar la decisión democrática de vivir bajo una constitución, sino porque debemos reconocer una vinculación entre la forma y la sustancia de las leyes que va más allá de lo que sostiene el positivismo jurídico.

2. El modelo *commonwealth* de constitucionalismo

En el terreno intermedio que pretende ocupar el modelo *commonwealth* caben diferentes diseños constitucionales. Los desarrollos específicos de Canadá, Nueva Zelanda y Gran Bretaña⁶ se pueden estudiar como tres variantes de un mismo esquema de protección de derechos básicos. Desde el punto de vista de su estructura ideal común, dicho esquema puede caracterizarse a través de tres elementos: la cooperación, la distorsión y la deferencia.

Cooperación

El primer elemento característico de este tipo de constitucionalismo es la participación de todos los poderes del Estado en la protección de los derechos fundamentales. El modelo ofrece una interacción dinámica de dichos poderes, donde cada uno realiza la función para la que está mejor situado, tratando de respetar y no interferir en la de los demás. Las tres versiones específicas del modelo promueven dicha colaboración a través de dos medidas constitucionales: primero, mediante una cláusula general que permite al legislativo y al gobierno limitar los derechos bajo la condición de justificar dichos límites razonablemente y, segundo,

⁴ Dworkin (1986). El uso que hago de la expresión dworkiniana no implica, sin embargo, que considere la teoría del Derecho de Dworkin como la mejor justificación de este tipo de razonamiento judicial. Como argumentaré al final de este artículo, dicha justificación procede, en mi opinión, de la tradición del *common law*, una tradición en la que encaja perfectamente la teoría de la función judicial de Dworkin, pero no así su teoría general del Derecho. Véase *infra* nota 83. La principal idea de la tradición *common law*, que se corresponde con la tesis de la respuesta correcta de Dworkin, y que se opone a su vez a la tesis positivista de la discrecionalidad judicial, es que los jueces, al decidir los casos difíciles, no crean Derecho nuevo ni actúan como “cuasi-legisladores”, sino que se limitan a declarar y aplicar el Derecho preexistente sobre la materia en cuestión.

⁵ La expresión “vandalismo judicial” procede de Lord Bingham, en *R (on the application of Anderson) v. Secretary of State for the Home Department* [2002] UKHL 46, par. 30 (“to do so would not be judicial interpretation but judicial vandalism”).

⁶ Hablaré sólo de estas tres variantes porque la *Australian Capital Territory's Human Rights Act* de 2004 y la *Victorian Charter of Human Rights Act* de 2006 se hicieron a semejanza de la *United Kingdom Human Rights Act* de 1998, por lo que no suponen una nueva versión del modelo.

mediante la previsión de un proceso de análisis de la dimensión constitucional en los momentos iniciales de la producción legislativa.

En el bloque constitucional de Canadá⁷, la cooperación se promueve, en primer lugar, a partir de la sección 1 de la Carta de Derechos y Libertades de 1982, donde se reconoce al gobierno y a los legislativos (federal y provinciales) la capacidad para limitar los derechos protegidos, bajo la condición de ofrecer una justificación razonable y fehaciente de dicha limitación⁸. Esto significa que el legislativo y el gobierno deben tomar en cuenta la dimensión constitucional de sus normas en las primeras etapas del proceso político. Hasta ahora, esta revisión “política” de la constitucionalidad de las leyes se ha realizado usando el mismo tipo de razonamiento que emplea la Corte Suprema para cumplir el mandato constitucional. Desde la sentencia en *R. v. Big*⁹, la Corte aplica la sección 1 mediante una argumentación en dos etapas: analiza primero si existe una infracción de los derechos protegidos, para luego decidir si tal infracción puede salvarse adecuadamente con alguna justificación razonable. Como explica Jean Hiebert (2004: 1973), el gobierno y los legislativos canadienses han adoptado esta forma de razonamiento con la intención de anticipar las posibles objeciones de la Corte. Allí donde parece improbable la aprobación judicial, tratan de reunir el número de pruebas y razones suficiente para convencer a la judicatura de que la legislación tiene una justificación razonable a pesar de sus implicaciones adversas para los derechos.

Por otro lado, la Carta de Derechos de 1960 (ley ordinaria todavía vigente) exige al Ministro de Justicia enviar al Parlamento un informe escrito sobre aquellas propuestas legislativas del gobierno que, en su opinión, resulten inconsistentes con los derechos protegidos¹⁰. Esta carta, sin embargo, no despertó un excesivo activismo judicial, por lo que tampoco supuso una motivación suficiente para una revisión “política” rigurosa. Fue a partir de la Carta de Derechos de 1982, de rango formalmente constitucional, y como consecuencia directa de la adopción por la Corte Suprema de una teoría robusta de la revisión judicial, que los proyectos y proposiciones de ley se comenzaron a someter a un escrutinio constitucional mucho más riguroso por parte del legislativo. No obstante, la obligación gubernamental de informar sobre cualquier violación de derechos se ha interpretado, en la práctica, como si exigiese presumir que todas las propuestas legislativas del gobierno son virtualmente compatibles con la Carta antes de llegar al Parlamento. Como resultado, en la actualidad no se percibe como necesario el preceptivo informe del ministro sobre posibles inconsistencias con la Carta, lo cual complica la labor del Parlamento en el control constitucional de la acción del gobierno (Hiebert, 2004: 1971).

En Nueva Zelanda, la sección 5 de la Carta de Derechos de 1990 (*the New Zealand Bill of Rights Act*) establece una cláusula general de limitación que

⁷ Dicho bloque está compuesto, según la subsección 52(2) de la Ley Constitucional de 1982, por dicha ley (que incluye la Carta de Derechos y Libertades), por su correspondiente aprobación en el Parlamento británico (*the Canada Act* de 1982), por todas las leyes y decretos incluidos en su disposición adicional (incluida la Ley Constitucional de 1867, *the British North America Act*), así como por todas las enmiendas de dichos documentos.

⁸ La sección 1 dice textualmente: “La *Carta Canadiense de Derechos y Libertades* garantiza los derechos y libertades establecidos en ella, sometidos únicamente a aquellos límites razonables prescritos por ley que puedan justificarse fehacientemente en una sociedad libre y democrática”.

⁹ *R v Big M. Drug Mart* [1985] 1 S.C.R. 295, 18 D.L.R. (4th) 321.

¹⁰ Se señala en la página 26 de la *Canadian Bill of Rights*, c. 44, 1960 S.C. 519 (Can.). “Cuando alguna de las disposiciones de una ley... se considere por el Ministro como inconsistente con los propósitos y las disposiciones de la Carta de Derechos, el Ministro informará por escrito de dicha inconsistencia a la Cámara de los Comunes... tan pronto como sea posible.”

reproduce casi literalmente los términos establecidos en la sección 1 de la Carta canadiense de 1982. La sección 7, en cambio, establece una revisión “política” más ambiciosa que su antecesora canadiense, por cuanto que impone al gobierno la obligación de revisar la constitucionalidad de todas las leyes antes de llegar al Parlamento. Corresponde al Fiscal General (*Attorney-General*), en nombre del gobierno, examinar y emitir un informe sobre la dimensión constitucional de todas las propuestas legislativas. Aunque de acuerdo con la sección 4, los poderes políticos tienen el poder para actuar de manera inconsistente con la Carta, la sección 7 trata de forzar a la asamblea legislativa a una discusión pública sobre los derechos fundamentales, requiriendo para su vulneración una explícita declaración en este sentido.

En el Reino Unido, la sección 19 de la Ley de Derechos Humanos de 1998 (*the United Kingdom Human Rights Act*) obliga al titular del ministerio de donde proceda la iniciativa legislativa a declarar por escrito que dicho proyecto de ley es compatible con los derechos básicos, “o que, a pesar de no poder realizar tal declaración, el gobierno desea continuar no obstante con el proyecto de ley”. Esta revisión “política” se centra, fundamentalmente, en la probabilidad de que la ley, una vez aprobada, se impugne ante los tribunales nacionales o el Tribunal de Estrasburgo por no ser compatible con el Convenio Europeo de los Derechos Humanos.¹¹ Además, y a diferencia de lo que ocurre en Canadá y Nueva Zelanda, en el Parlamento británico existe un comité parlamentario específico, el Comité Conjunto sobre Derechos Humanos (*Joint Committee on Human Rights*), cuya función es informar a ambas cámaras si las propuestas legislativas del gobierno respetan plenamente los derechos protegidos, e indicar, en su caso, si existe alguna disposición legislativa que produce dudas sobre su compatibilidad. Este escrutinio gubernamental sobre la dimensión constitucional de sus propuestas legislativas hace que el Parlamento tenga una mejor posición para valorar sus consecuencias desde el punto de vista de los derechos protegidos, especialmente si el ministro declara su intención de seguir adelante a pesar de no poder afirmar la compatibilidad de alguna de sus disposiciones con tales derechos.

Distorsión

El desequilibrio a favor de los jueces que exige el modelo *commonwealth* se manifiesta de dos modos distintos: o bien mediante un poder para inaplicar las leyes¹² o revocar los actos administrativos, que sean inconsistentes con los derechos protegidos, o bien mediante un poder interpretativo extra que permite “salvar” las disposiciones legislativas cuya interpretación ordinaria suponga una violación de los derechos o, en caso de que dicha interpretación no fuese posible, declarar la incompatibilidad de la legislación con los derechos básicos. La sección 52 de Ley Constitucional de Canadá de 1982 permite, según doctrina de la Corte Suprema, los dos tipos de “reparación” judicial (*remedy*)¹³. Sin embargo, las leyes (ordinarias) que definen las Cartas de Derechos en Nueva Zelanda y Gran Bretaña

¹¹ Con la Ley de Derechos Humanos de 1998, el Reino Unido asume como ley interna, aplicable por los jueces nacionales, la mayoría de los derechos establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

¹² Aunque se suele hablar de la capacidad de la Corte Suprema de Canadá para “anular” o “invalidar” la ley impugnada, en realidad dicha ley no deja de existir tras la decisión judicial. Sencillamente, los jueces hacen prevalecer la ley suprema sobre la ley ordinaria para el caso concreto que han de decidir, puesto que una ley inconsistente con los derechos protegidos sólo podría tener fuerza o efecto a través de una enmienda constitucional.

¹³ Así se establece, como veremos más adelante, en *Schachter v. Canada* [1992] 2 S.C.R. 679. La sección 52.1 afirma: “La Constitución de Canadá es la ley suprema de Canadá, y cualquier ley que sea inconsistente con las disposiciones de la Constitución no tendrá, en la medida de su inconsistencia, ninguna fuerza o efecto.”



prohíben explícitamente a los jueces cuestionar la validez de las leyes del parlamento. No obstante, dichas Cartas dotan a los jueces de un deber/poder de interpretación por el que pueden “modificar” o “alterar” el sentido literal u ordinario de las disposiciones legales, incluyendo o excluyendo palabras (*read in or read out/read down*), con objeto de lograr una legislación razonablemente consistente con los derechos protegidos. Como han señalado Paul Rishworth (2004) para el caso neozelandés, o Allen Kavanagh (2004) para el británico. Este poder interpretativo representa una técnica alternativa de “invalidación” judicial por la que se difuminan igualmente los límites entre aplicar y crear Derecho. Aunque el poder interpretativo es aparentemente más débil que el poder para inaplicar leyes, en la práctica ambos pueden conducir al mismo resultado.

Esta “distorsión de la razón pública” recuerda, sin duda, al modelo preponderante de constitucionalismo fuerte. Aun así, la revisión judicial del modelo *Commonwealth* exige a los jueces tomar en serio la deliberación previa de los legisladores y el ejecutivo sobre la dimensión constitucional de las leyes, no simplemente ignorarla o menospreciarla como una usurpación de la supremacía judicial (Gardbaum, 2010: 176). Esto implica un mayor respeto al principio de soberanía parlamentaria a la hora de evaluar las razones que alegan el gobierno y el legislativo para limitar o anular alguno de los derechos protegidos. Como señala Hiebert (2004: 1972), las decisiones de la Corte Suprema canadiense demuestran “mayor tolerancia hacia las acciones colectivas y más confianza en el Estado” que las de la Corte estadounidense. En el uso del test de proporcionalidad entre medios y fines de las leyes impugnadas, la Corte canadiense suele asumir una deferencia relativamente mayor hacia la voluntad del legislativo que las cortes o tribunales constitucionales que siguen el modelo predominante de revisión judicial fuerte (Gardbaum, 2010: 182).

En Canadá, como vimos, el razonamiento judicial bajo la sección 1 de Carta de Derechos y Libertades de 1982 sigue un procedimiento en dos etapas: en primer lugar, se determina la posible vulneración de un derecho protegido y, en segundo lugar, se valora si tal infracción puede justificarse razonablemente en una sociedad libre y democrática. La carga de la prueba descansa del lado del autor de la medida legislativa, quien debe justificar la vulneración de los derechos básicos en el contexto de los problemas sociales a los que trata de responder. Después de *R. v. Oakes*¹⁴, esta fase de justificación se realiza, a su vez, mediante un razonamiento en tres etapas. En primer lugar, se analiza la importancia de los objetivos que persigue la legislación impugnada; a continuación, se evalúa si dicha legislación provoca únicamente el mínimo daño posible al derecho vulnerado; y, por último, se juzga si existe proporcionalidad entre los medios y los fines de la legislación. Cuando la disposición legal impugnada no se considere consistente con la Carta, la sección 52 de la Ley Constitucional de 1982 establece que será declarada, “en la medida de la inconsistencia, sin ninguna fuerza o efecto”. Después del caso *Schachter v. Canada*, la Corte canadiense entiende que dicha sección permite disponer de tres posibles reparaciones: (1) dejar sin efecto (*strike down*) la legislación impugnada, o (2) dejar en suspenso la invalidación por un periodo específico de tiempo, de modo que el gobierno pueda promulgar una disposición legal acorde con los derechos protegidos; o (3) incluir (*read in*) o excluir (*read out/read down*) palabras en la legislación impugnada, inmediatamente o con una declaración suspensiva¹⁵.

¹⁴ *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103.

¹⁵ *Egan v. Canada* [1995] 2 S.C.R. 513, el juez Iacobucci, pár. 217.

En Nueva Zelanda, la sección 6 de la Carta de Derechos establece un deber/poder interpretativo judicial extraordinario en los siguientes términos: “siempre que pueda darse a una ley un significado consistente con los derechos y libertades contenidos en esta Carta de Derechos, se preferirá dicho significado a cualquier otro”. A pesar de tener el estatus de una ley ordinaria, la Carta neozelandesa funciona como “una ley marco” que determina cómo debe interpretarse toda la producción legislativa (Gardbaum, 2001: 728). Bajo esta “ley marco”, una ley podrá imponerse sobre los derechos protegidos de la Carta, pero sólo después de que los jueces hayan intentado, hasta donde sea posible, producir alguna interpretación mínimamente aceptable que sea consistente con tales derechos. Este esquema “interpretativo” de protección de derechos fuerza al gobierno y al legislativo a asumir el coste político que acarrea plausiblemente promulgar una ley que (según la Corte Suprema) viola clara y explícitamente los derechos protegidos. En caso de que la disposición legal no produzca ninguna interpretación consistente con los derechos protegidos, los jueces no tienen poder para no aplicarla. La sección 4 prohíbe expresamente a los tribunales basarse en la supuesta inconsistencia de una disposición legal para “revocar, derogar, invalidar o anular” dicha disposición¹⁶. Sin embargo, dado que no existe una forma mecánica de determinar cuándo se “puede”, y cuándo no, ofrecer una interpretación consistente con los derechos básicos, existe un factor subjetivo irreductible a la hora de elegir entre la sección 6 o la sección 4. Como ha señalado Paul Rishworth, aunque los jueces no puedan formalmente invalidar una disposición legal inconsistente con los derechos, resulta innegable su poder para “indicar” o “declarar” la inconsistencia de las leyes, puesto que dicho poder es inherente a la estructura de la Carta neozelandesa.¹⁷

En Gran Bretaña, este deber/poder interpretativo de los jueces se establece en la sección 3 de la Ley de Derechos Humanos de 1998, en términos parecidos a la sección 6 de la Carta neozelandesa. En este caso, sin embargo, la cláusula “siempre que sea posible” tiene su respaldo legal en la sección 4, puesto que en dicha norma se prohíbe a los jueces no aplicar leyes formalmente válidas, pudiendo no obstante declarar la incompatibilidad de las disposiciones legales que no produzcan ninguna interpretación consistente con los derechos protegidos. No obstante, más allá de esta diferencia formal, la versión británica se distingue de su precedente neozelandés por un mayor activismo judicial. Como veremos más adelante, la Cámara de los Lores ha extraído del deber/poder interpretativo constitucional toda su virtualidad, como una técnica alternativa de invalidación judicial no muy distinta a la que opera en el constitucionalismo canadiense y en el modelo predominante de constitucionalismo fuerte.¹⁸

Deferencia

En el modelo *commonwealth*, la última palabra corresponde a los poderes democráticos representativos, orientados políticamente. La estructura ideal del modelo termina con el correspondiente debate legislativo, donde el parlamento valora si asume o no la declaración judicial de invalidez o de incompatibilidad de la legislación impugnada, o la interpretación judicial que altera o modifica los términos

¹⁶ Es más, la misma sección 4 llega a rechazar explícitamente la regla habitual de considerar como nulas las leyes anteriores en conflicto con los derechos establecidos en la propia Carta. En este sentido, la fuerza legal de Carta es incluso menor que la de una ley ordinaria.

¹⁷ “El proceso mismo de determinar que uno está obligado, bajo la sección 4, a aplicar una disposición inconsistente es de por sí una declaración de la inconsistencia de dicha disposición”, Rishworth (2004: 266).

¹⁸ Lord Irvine, por ejemplo, ha llegado a decir que “con la sección 3, el Parlamento ha invitado a los tribunales a usar el Convenio creativamente con objeto de encontrar la respuesta correcta” (*Bellinger v. Bellinger* [2003] 2 A.C. 467: 320).

de las disposiciones legales. Con ello se persigue que el parlamento asuma la responsabilidad final sobre el Derecho que rige en el país, una vez que han funcionado los mecanismos que garantizan el respeto a los derechos fundamentales.

Esta deferencia judicial a la soberanía parlamentaria tiene su reflejo, como ya se dijo, en las secciones 4 de las respectivas Cartas de Nueva Zelanda y el Reino Unido, donde se prohíbe a los jueces que dejen sin efecto una disposición legal por razón de su incompatibilidad con los derechos protegidos. En Canadá, sin embargo, la sección 52 de la Constitución de 1982 establece que la norma constitucional es la ley suprema del país, y que los jueces son los encargados de interpretarla. Ahora bien, el reconocimiento final de la soberanía parlamentaria queda garantizado en la sección 33(1) de la Carta canadiense con la “cláusula *notwithstanding*”. Dicha cláusula nunca ha sido usada por el Parlamento federal¹⁹, y muchos autores han señalado la excesiva tendencia de los legislativos canadienses a seguir la opinión de la Corte en materia de derechos básicos (Hiebert, 2004; Manfredi, 2001; Huscroft, 2004). Creo, sin embargo, que es un elemento central del modelo *commonwealth*, pues, como ha indicado Gardbaum (2010: 177), este modelo de constitucionalismo tiene que ver más con el procedimiento que con el resultado. La promesa del modelo se cumple en la medida en que la desobediencia del legislativo a las decisiones judiciales es una “posibilidad política realista”. No obstante, en Canadá es imposible enmendar la constitución mediante una ley ordinaria; por tanto, y hasta que esa enmienda no se produzca, la “desobediencia” del legislativo no tiene mayor trascendencia que retrasar los efectos de la decisión judicial. El legislativo no puede usar la cláusula *notwithstanding* para alterar el significado constitucional establecido por los jueces. Los efectos de la cláusula son temporales, no duran más de cinco años (el período más largo entre elecciones), por lo que, a falta de la renovación por parte del legislativo, la sentencia judicial es firme. En este sentido, “los jueces tienen la última palabra sobre el significado de la Carta, aunque las legislaturas puedan retrasar la fuerza legal de su sentencia” (Hiebert, 2004: 1982).

3. La interpretación constitucional constructiva en Canadá y Gran Bretaña

En este apartado se analizarán varios casos relativos a la protección de los derechos de los homosexuales, en los que puede comprobarse el tipo de deber/poder interpretativo que emplean la Corte Suprema canadiense bajo la Carta de Derechos y Libertades de 1982 y la Cámara de los Lores británica bajo la Ley de Derechos Humanos de 1998.

Canadá

En *Egan v. Canada*²⁰, los recurrentes impugnaron la sección 2 de la Ley del seguro de vejez (*Old Age Security Act*, 1985), que definía el estatus de “cónyuge” de modo que sólo las personas mayores de 60 años en relaciones heterosexuales

¹⁹ En la práctica, la sección 33 del *Charter* canadiense se ha usado una sola vez. Fue con ocasión de una sentencia de la Corte Suprema de Canadá, *Ford v. Quebec* [1988] 2 SCR 712, la cual anulaba una ley del Parlamento de Quebec en la que se prohibía el uso de otra lengua que no fuera el francés en los rótulos comerciales. Tras dicha sentencia, el legislador quebequés promulgó una nueva ley en la que mantenía la prohibición, y en la que se incluía una cláusula *notwithstanding* para evitar la interferencia judicial (*An Act to Amend the Charter of the French Language*, SQ 1988, c. 54, s. 10). Tras los cinco años prescritos por la sección 33, Quebec promulgó una nueva ley en la que ya no se incluía dicha cláusula, permitiendo el uso de otras lenguas distintas al francés en los rótulos comerciales, siempre que se usara también dicha lengua de forma “predominante” (*An Act to Amend the Charter of the French Language*, SQ 1993, c. 40, s. 18).

²⁰ *Egan*, *supra* nota 15.

estables y con escasos recursos podían acogerse a los beneficios que establecía la ley –entre ellas, una pensión complementaria (*spousal allowance*) para la pareja del pensionista hasta que dicha persona cumpliera los 65 años²¹. La mayoría de los magistrados estimaron que dicha disposición no era discriminatoria, por cuanto se basaba en una distinción “irrelevante” para los objetivos de la norma legal. Sin embargo, los magistrados Peter deCarteret Cory y Frank Iacobucci emitieron un voto disidente conjunto en el que afirmaron que la disposición impugnada infringía efectivamente la sección 15(1) de la Carta (“el derecho a la igual protección e igual beneficio de la ley”), y que tal discriminación no podía justificarse adecuadamente en una sociedad libre y democrática, tal como prescribe la sección 1 de la Carta.

En la propuesta de reparación, el juez Iacobucci mantuvo, en contra del voto mayoritario, que era de justicia estimar la petición de los recurrentes y modificar la sección 2 de la legislación impugnada, en el sentido de suprimir (*read down*) en la definición de “cónyuge” las palabras “del sexo opuesto”, e incluyendo (*read in*) tras la oración “que las dos personas se hayan presentado públicamente como marido y mujer” la cláusula “o como una relación análoga”. La única condición que el juez creyó conveniente añadir era que dicha reparación no se llevara a efecto hasta después de un año, de modo que el parlamento dispusiera de tiempo suficiente para garantizar que el beneficio legal se extendía a las parejas del mismo sexo²². Para justificar esta modificación de la ley, Iacobucci aplicó la sección 52(1) de la Constitución de 1982, siguiendo la jurisprudencia de la Corte en el caso *Schachter*.

En *Schachter*, la Corte estableció que la sección 52 no restringe a la Corte a la fórmula verbal empleada por el legislativo a la hora de determinar la inconsistencia entre una ley y la constitución. Son las disposiciones legales, no las palabras en que se enuncian, las que deben dejarse sin efecto “en la medida de su inconsistencia”. La violación de la Carta puede proceder tanto de lo que está ausente en el enunciado legal, como de lo que se incluye incorrectamente en él. La inclusión de palabras (*read in*), por tanto, resulta legítima cuando la inconsistencia proviene de una incorrecta exclusión de la disposición legal, puesto que en tal caso el resultado lógico de declarar inoperativa tal inconsistencia es incluir al grupo excluido dentro del esquema legal, ampliando así el universo de aplicación de la ley.

El propósito de incluir palabras (*reading in*) es ser lo más fiel posible, dentro de los requerimientos de la Carta, al esquema promulgado por el legislador. En algunos casos, por supuesto, no se podrá suponer con seguridad que el legislativo habría promulgado la parte constitucionalmente permisible de su disposición sin la parte prohibida. En tales casos, la inclusión de palabras no será apropiada. Así como a veces la inclusión viene exigida por el respeto a los propósitos del legislativo, así también otras veces se requiere para garantizar los valores de la Carta. Incluir palabras es, por tanto, un remedio legítimo... en aquellos casos donde es una técnica apropiada para respetar los valores de la Carta y, al mismo tiempo, minimizar la interferencia de la Corte en las partes de la legislación que no violan la Carta²³.

En *Egan* se trataba de una situación en la que el propósito de la legislación era legítimo. La inconsistencia derivaba de la *infrainclusividad* de la ley, puesto que marcaba una distinción excluyente por una de las razones prohibidas en la sección 15(1) de la Carta. No procedía, pues, según el juez, invalidar por completo la institución de la pensión complementaria; más bien, parecía tratarse de un caso en

²¹ *Old Age Security Act*, R.S.C. (1985), c. O-9. Según su sección 2, “cónyuge designa, en relación con cualquier persona, a alguien del sexo opuesto que vive con esa persona, siempre que haya vivido con ella al menos un año, y que las dos personas se hayan presentado públicamente como marido y mujer”.

²² *Egan*, *supra* nota 15, pág. 220.

²³ *Schachter*, *supra* nota 13, pág. 682, el juez Lamer.

que la parte inconsistente de la ley (el “requisito del sexo opuesto”) podía definirse con precisión y, consecuentemente, procedía declarar únicamente la inoperatividad de esa parte. Según el juez Iacobucci, la inclusión de ciertas palabras satisfacía las tres condiciones establecidas en *Schachter*: (i) podía asegurar la validez de la legislación y, al mismo tiempo, remediar la incorrección constitucional; (ii) no obstaculizaba la finalidad del seguro del cónyuge, ni interfería en modo alguno en el propósito del legislador; (iii) no ponía en peligro la idea clave (*the thrust*) de la legislación, puesto que las parejas heterosexuales podían seguir beneficiándose de la ley del mismo modo que antes de su modificación²⁴.

El mismo problema de infrainclusividad de la legislación se planteó en *Vriend*²⁵, uno de los casos de activismo judicial más controvertidos en Canadá. Los magistrados Cory y Iacobucci emitieron de nuevo un voto conjunto, pero esta vez en representación de la mayoría. El recurrente, Delwin Vriend, había sido despedido por su empleador (el prestigioso *King's College* de Edmonton, Alberta) después de confesar su orientación sexual, a pesar de no tener hasta ese momento más que evaluaciones positivas e incrementos de salario por su trabajo. La Comisión de Derechos Humanos de Alberta negó a Vriend la posibilidad de ampararse en la Ley de Derechos Individuales de Alberta (1980), al no contemplar dicha ley la orientación sexual como un motivo prohibido de discriminación. Vriend, acompañado por varios colectivos de gays y lesbianas, impugnó ante la justicia la constitucionalidad de varias disposiciones de la mencionada ley, alegando que tales disposiciones eran inconsistentes con la sección 15(1) de la Carta canadiense. La juez de primera instancia dio la razón a los recurrentes, ordenando que las palabras “orientación sexual” se incluyeran (*read into*) en las disposiciones impugnadas de la ley. En el tribunal de apelación, sin embargo, ganó el gobierno de Alberta, de modo que Vriend no tuvo más remedio que acudir a la Corte Suprema.

El principal tema que aquí nos interesa destacar de este caso es el de la posible deferencia o sumisión judicial a la decisión legislativa. En opinión del juez Cory, la posible deferencia a las decisiones del gobierno y el legislativo se debe evaluar judicialmente bajo la sección 1, así como en el momento de determinar la reparación adecuada a una violación de la Carta. Sin embargo, *[l]a noción de deferencia judicial no debería usarse para inmunizar completamente ciertos tipos de decisiones legislativas del escrutinio constitucional*²⁶. Los representantes del gobierno de Alberta habían planteado su defensa como una contienda entre el poder de un legislativo democráticamente elegido para promulgar las disposiciones que considerase adecuadas, y el poder de los jueces para rechazar dichas leyes, o para dictar que ciertas materias se incluyan en tales leyes. Según el juez:

Entender la cuestión en estos términos es erróneo y lleva a la confusión. Simplemente, no son los tribunales los que limitan a las legislaturas. Antes bien, es la Constitución, que debe interpretarse por los tribunales, la que limita a las legislaturas. Lo cual es necesariamente cierto para todas las democracias constitucionales. Los ciudadanos deben tener el derecho de impugnar aquellas leyes que, en su opinión, van más allá de los poderes de las legislaturas. Cuando tal impugnación se hace adecuadamente, los tribunales tienen el deber constitucional de estimarla²⁷.

No importa que lo que se impugne sea una acción del legislativo o, como en *Vriend*, una inacción (la decisión de no incluir en la ley de derechos individuales al

²⁴ *Egan*, *supra* nota 15, pág. 223

²⁵ *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

²⁶ *Ibid.*, pág. 54.

²⁷ *Ibid.*, pág. 56.

grupo de los homosexuales); los jueces tienen el deber constitucional de determinar si la impugnación de la ley está justificada. Los representantes del gobierno de Alberta habían argumentado que el “silencio” de la ley era “neutral”, pero el juez Cory respondió que eso mismo es lo que tenía que evaluarse bajo la sección 15(1). *A menos que tal análisis se efectúe, es imposible decir si la omisión es realmente neutral o no*²⁸.

En este mismo sentido, el juez Iacobucci hizo algunas consideraciones importantes sobre el papel de los jueces en una democracia constitucional. Como respuesta al gobierno de Alberta, según el cual los tribunales usaban la Carta para usurpar incorrectamente el papel de los legislativos, el juez afirmó que dicha crítica parte de una comprensión errónea de lo que significaba la introducción de la Carta en el sistema jurídico de Canadá.

[Bajo la Carta] cada canadiense tiene unos derechos y libertades individuales que ningún gobierno o legislatura puede eliminar. Sin embargo, dado que tales derechos y libertades no son absolutos, los gobiernos y legislaturas pueden justificar la cualificación o la infracción de tales derechos constitucionales bajo la sección 1. Es inevitable que las disputas sobre el significado de los derechos y su justificación tengan que ser resueltas, y aquí es donde aparece el papel de la judicatura²⁹.

El propósito deliberado de las legislaturas federal y provinciales al promulgar la Carta fue otorgar a los jueces un poder interpretativo, exigiéndoles bajo la sección 52 declarar la invalidez de la legislación inconstitucional. Sin embargo, el juez reconoce que esta decisión no elimina el debate sobre la legitimidad de los tribunales al adoptar estas medidas. Por ello, el juez añadió que la decisión de dotarse de la Carta implicaba *una redefinición de la democracia* por la cual *“las legislaturas y el ejecutivo debían realizar sus papeles de conformidad con los recién conferidos derechos y libertades constitucionales”*³⁰. La atribución a los jueces del papel de “fideicomisarios” o “custodios” de tales derechos cuando surgieran desacuerdos sobre su interpretación era una parte necesaria de este nuevo diseño. *Por lo tanto, los tribunales... deben escudriñar el trabajo de la legislatura y el ejecutivo, no en nombre de los tribunales, sino en el interés del nuevo contrato social democráticamente elegido*³¹. La independencia de los jueces respecto al legislativo y el gobierno los capacita para que los ciudadanos puedan confiar en que dictarán decisiones razonadas y basadas en principios conforme a lo que establece la constitución, aunque tales decisiones sean con frecuencia controvertidas. Al realizar su papel, los tribunales no han de sustituir al legislativo o al gobierno, es decir, no deben hacer juicios de valor sobre lo que consideran la decisión política más adecuada; esto corresponde a los poderes políticos del Estado. Su tarea, por el contrario, por expreso mandato constitucional, es defender la constitución. En ese rediseño de la democracia que supone la Carta, el sistema político se dota de un esquema más interactivo y dinámico, de modo que aumenta la exigencia de justificación en la cultura política y jurídica, lo cual revierte en beneficio de la democracia³².

Por otro lado, Iacobucci recordó que una democracia no consiste únicamente en la regla de las mayorías. A este respecto, recordó las palabras del juez Dickson, quien señaló que los principios y valores esenciales de una sociedad libre y democrática incluyen, además de la voluntad popular, “la dignidad inherente de la

²⁸ *Ibid.*, pár. 57.

²⁹ *Ibid.*, pár. 131.

³⁰ *Ibid.*, pár. 134.

³¹ *Ibid.*, pár. 135.

³² *Ibid.*, pár. 139.

persona humana”, “la justicia social y la equidad”, la “variedad de creencias”, “la identidad cultural y de grupo”, y “la participación de individuos y grupos en la vida social”³³. Bajo la Carta, el gobierno y los legisladores deben respetar estos valores y principios democráticos; en caso contrario, los tribunales deben estar dispuestos a intervenir para protegerlos. No puede llamarse antidemocrática a la acción de intervenir en defensa de los valores y principios democráticos protegidos por la Carta³⁴.

Como medida reparadora, los recurrentes habían solicitado la inclusión (*reading in*) en la Ley de Derechos de Alberta de la orientación sexual entre los motivos prohibidos de discriminación. Iacobucci estuvo de acuerdo. Para su justificación volvió a acudir a la importante sentencia del caso *Schachter*. En dicha sentencia, el juez Lamer había afirmado que *el propósito de la inclusión de palabras es ser lo más fiel posible, dentro de los requerimientos de la Carta, al esquema promulgado por el legislador*³⁵. Por tanto, según Iacobucci, la inclusión de palabras debía guiarse por dos principios rectores: el respeto al papel de la legislatura y el respeto a los propósitos de la Carta. En *Vriend*, la inclusión de palabras parecía que evitaba toda intrusión innecesaria en la esfera del legislativo. La inclusión de la orientación sexual en la disposición impugnada podía promover el fin último de la propia ley (esto es, el reconocimiento y la protección de la dignidad inherente y los derechos inalienables de los ciudadanos de Alberta) sin menoscabo de los propósitos de la Carta³⁶. Además, la medida satisfacía los restantes requerimientos establecidos en *Schachter*: precisión de la reparación, implicaciones presupuestarias, efectos en el propósito de la legislación, e interferencia con los objetivos del legislativo³⁷.

Estos mismos límites fueron empleados por la Corte en *M. v. H.*³⁸ para rechazar una interpretación constructiva, y decantarse por una declaración de invalidez. En este caso, la disposición impugnada fue la sección 29 de la Ley de Derecho de Familia de Ontario (1990), que extendía la obligación de ofrecer una pensión compensatoria al cónyuge (*spousal support*), incluyendo no sólo a las parejas casadas, sino también a las personas en relaciones conyugales de sexo opuesto y con algún tiempo de permanencia³⁹. Las relaciones del mismo sexo y con el mismo grado de permanencia quedaban excluidas del esquema de apoyo establecido por la ley y exigible por vía judicial. En el caso de referencia, una pareja de mujeres se había separado después de más de diez años de relación, sin que M., la parte con menos recursos, pudiera ampararse en la ley para pedir una pensión de su ex pareja. El juez de primera instancia, sin embargo, entendió que la sección 29 de la Ley de Derecho de Familia vulneraba la sección 15(1) de la Carta, y que dicha violación no podía justificarse bajo la sección 1. Como medida reparadora, el juez declaró que las palabras “un hombre y una mujer” de dicha sección debían ser “no leídas” (*read out*) en la definición de “cónyuge”, y reemplazadas por las palabras “dos personas”. La sentencia fue apelada por H., pero la Corte de Apelación de Ontario mantuvo dicha decisión, con la única alteración de suspender por un año su cumplimiento, con objeto de dejar tiempo para que el Parlamento de Ontario pudiera enmendar la ley impugnada. La Corte

³³ *Oakes*, *supra* nota 14, pág. 136.

³⁴ *Vriend*, *supra* nota 25, pág. 142.

³⁵ *Schachter*, *supra* nota 13, pág. 700.

³⁶ *Vriend*, *supra* nota 25, pág. 150.

³⁷ *Ibid.*, pág. 161-178.

³⁸ *M. v. H.* [1999] 2 R.C.S. 3.

³⁹ *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3. La sección 29 impugnada sólo se aplicaba a la Parte III de la mencionada ley. La sección 1(1), que era aplicable a otras partes de la ley, incluía una definición de cónyuge que sólo tenía en cuenta a las parejas oficialmente casadas, por lo que no se cuestionaba en la apelación.

Suprema desestimó la apelación del Fiscal General, aunque modificando la disposición judicial. En lugar de interpretar la sección legal impugnada de la forma más ajustada a los derechos protegidos por la Carta, decidió declarar su invalidez (*no force or effect*), si bien con un efecto retardado de seis meses.

Partiendo de sus propias consideraciones en *Vriend*, Iacobucci comenzó resaltando la importancia de la deferencia judicial hacia las decisiones del legislativo cuando se trata de examinar si éste ha cumplido con la carga de la prueba que le exige la sección 1 de la Carta. Sin embargo, añadió, dicha deferencia no es “una especie de umbral de investigación bajo la sección 1”⁴⁰. En términos generales, los jueces deben respetar aquellas decisiones políticas y administrativas para las que el legislativo y el gobierno están mejor situados, pero la simple afirmación general de que la infracción de un derecho se justifica bajo la sección 1 no es una decisión de este tipo. El legislativo ha de ofrecer a la Corte las pruebas y los argumentos que apoyen su afirmación general de justificación.

Algunas veces esto implicará demostrar por qué el legislativo tuvo que tomar ciertas decisiones políticas y por qué consideró tales decisiones razonables en unas circunstancias dadas. Estas decisiones políticas pueden ser de las que el legislativo está en mejor posición para adoptar, como en el caso de las difíciles decisiones relativas a los reclamos de grupos en competencia, o la evaluación de una compleja y conflictiva investigación de ciencia social⁴¹.

Para determinar la medida reparadora, Iacobucci acudió de nuevo a lo establecido en *Schachter*. Una vez determinada “la extensión de la inconsistencia entre la disposición impugnada y la Carta” (a saber, la definición infrainclusiva de cónyuge en la sección 29 de la ley impugnada), se debía determinar cuál era el remedio más adecuado bajo la sección 52 de la *Ley Constitucional* de 1982. Para ello, como ya hemos señalado, se debían tener en cuenta varios factores: la precisión de la reparación, las implicaciones presupuestarias, el efecto en la legislación restante, la importancia o la antigüedad del resto de la legislación, así como la interferencia que pueda causar en los objetivos del legislativo. En cuanto a la precisión, aunque el juez creía que el remedio de incluir palabras podía rectificar sin más el error constitucional, no estaba tan seguro de que asegurase también la validez de la legislación⁴². La nueva sección 29 no tendría efecto en otras partes de la ley, que seguirían requiriendo una relación de sexo opuesto, como la relativa a los acuerdos voluntarios para optar por no acogerse al régimen de pensión compensatoria. Al mismo tiempo, tendría efectos en otras partes de la ley que nada tenían que ver con la pensión compensatoria, por lo que no había seguridad que el legislativo hubiese promulgado la ley con esta modificación. Por lo tanto, incluir palabras equivalía en este caso a *hacer elecciones ad hoc... lo cual es propio de las legislaturas, no de los tribunales*⁴³. Sólo quedaba, pues, la opción de anular todo o parte de la ley, lo cual dependía, siguiendo el criterio señalado por el magistrado Lamer en *Schachter*, de si era posible definir claramente la parte infractora de la ley. *De este modo, se puede realizar la mayor parte posible del propósito legislativo*⁴⁴. En este caso, la parte inconsistente con la Carta “no está tan inextricablemente ligada con la parte no infractora de la ley que no pueda sobrevivir independientemente”⁴⁵. Según Iacobucci, se podía suponer con seguridad que el legislativo habría promulgado las partes constitucionalmente consistentes de la ley

⁴⁰ *M. v. H.*, *supra* nota 38, par. 78.

⁴¹ *Ibid.*, pár. 79.

⁴² *Ibid.*, pár. 139.

⁴³ *Ibid.*, pár. 142.

⁴⁴ *Ibid.*, pár. 143.

⁴⁵ *Ibid.*, pár. 144.



sin las partes infractoras. Como consecuencia, el juez creyó que el mejor remedio era dejar la sección 29 de la ley “sin fuerza ni efecto”, aunque con una suspensión temporal de seis meses que pretendía dejar al legislativo cierta libertad para corregir la ley de conformidad con la Carta⁴⁶.

Por último, analizaremos brevemente la Sentencia de 2004 sobre el matrimonio del mismo sexo⁴⁷. En 2003 el Gobernador General (*Governor in Council*) envió a la Corte Suprema una serie de cuestiones relativas a una proposición de ley del parlamento federal (*Proposal for an Act*) por la que se pretendía modificar las condiciones para contraer matrimonio a efectos civiles. En su sección 1, la mencionada proposición establecía que *matrimonio, a efectos civiles, es la unión legal de dos personas con exclusión de cualquier otra*. La primera cuestión que se planteaba era si tal modificación legislativa caía dentro de las competencias del parlamento federal. En caso afirmativo, se preguntaba si la sección 1 de la proposición, que extendía la capacidad para casarse a parejas del mismo sexo, era consistente con la Carta⁴⁸.

En principio, la competencia del Parlamento federal para legislar sobre “matrimonio y divorcio” está claramente establecida en la sección 91(26) de la Ley Constitucional de 1867.⁴⁹ Sin embargo, algunos intervinientes afirmaron que dicha sección no podía interpretarse en el sentido de otorgar al Parlamento competencia legislativa sobre el matrimonio del mismo sexo. Según esta opinión, el significado de “matrimonio” estaba constitucionalmente “atrincherado”, e incorporaba necesariamente el requisito de sexos opuestos⁵⁰. En su respuesta a esta cuestión, la Corte invocó el cambio que había sufrido la sociedad canadiense desde entonces. De una sociedad de valores compartidos, donde el matrimonio era inconcebible fuera del marco religioso, Canadá había pasado a ser una sociedad pluralista, donde el matrimonio se concebía, desde el punto de vista del Estado, como una institución civil. A partir de esta reflexión, la Corte invocó la idea de un “constitucionalismo *common law*”:

El razonamiento de los “conceptos congelados” es contrario a uno de los principios fundamentales de la interpretación constitucional en Canadá: que nuestra

⁴⁶ Efectivamente, el Parlamento de Ontario enmendó no sólo la Ley de Derecho de Familia, sino también otras muchas piezas de su legislación para incluir las parejas del mismo sexo. Aun así, la provincia no redefinió la noción de “cónyuge” en este sentido, sino que, de acuerdo con la sentencia de la Corte, equiparó en derechos y responsabilidades a las parejas del mismo sexo con los “cónyuges”, entendidos como hombre y mujer. Este espacio de decisión era precisamente lo que dejó la Corte en su decisión de *M. v. H.* Años más tarde, un gobierno liberal en Ontario cambió la ley y redefinió “cónyuges” para incluir a las parejas del mismo sexo (*Spousal Relationships Statute Law Amendment Act*, S.O. 2005, c. 5).

⁴⁷ *Reference re Same-Sex Marriage*, (2004) SCC 79.

⁴⁸ En tercer lugar, se cuestionaba si la libertad religiosa permitía a las autoridades eclesiásticas oponerse a celebrar matrimonios del mismo sexo por motivos de conciencia. Al año siguiente, cuando todavía no había emitido su respuesta la Corte, el Gobernador General añadió una cuarta cuestión, preguntando si el requisito de sexo opuesto para contraer matrimonio civil, establecido por el derecho consuetudinario y por el sistema jurídico de Quebec, era consistente con la Carta. La Corte ejerció su discrecionalidad para no contestar a esta última cuestión, basándose en el hecho de que el Parlamento había expresado su intención inequívoca de introducir legislación relativa a las parejas del mismo sexo, con independencia de lo que dijese la Corte, y que la definición de matrimonio en el Derecho de cinco provincias y un territorio ya había eliminado el requisito del sexo opuesto (par. 65). Además, existía un número creciente de sentencias de tribunales inferiores en las que se había anulado el requisito del sexo opuesto para contraer matrimonio (par. 66).

⁴⁹ Las provincias, por su parte, tienen competencia para la realización de los matrimonios en su jurisdicción, según la sección 92(12) de dicha ley.

⁵⁰ Los defensores de dicha crítica citaron la sentencia *Hyde v. Hyde*, [1866], L.R. 1 P. & D. 130, donde la Cámara de los Lores definió los elementos “esenciales e invariables” del matrimonio “en la Cristiandad” como “la unión voluntaria de por vida de un hombre y una mujer, con exclusión de todos los demás” (citado en *Reference re Same-Sex Marriage*, *supra* nota 47, par. 21).

Constitución es un árbol vivo que, a través de una interpretación progresiva, acomoda y afronta las realidades de la vida moderna⁵¹.

Frente al razonamiento de los “conceptos congelados”, la interpretación “liberal o progresiva” (*progressive interpretation*) –que aquí denominamos “constructiva”– asegura la “continua relevancia y legitimidad” de los documentos constitucionales. Con este tipo de interpretación la Constitución logra su finalidad última, esto es, “estructurar el ejercicio del poder de los órganos del Estado en tiempos muy diferentes a aquellos en que fue diseñada”⁵². Para reforzar su argumento, la Corte recordó cómo en el pasado se dudó de que las mujeres pudieran considerarse “personas cualificadas” para ser elegidas como miembros del Senado de Canadá⁵³. En aquel momento también se acudió al “pasado inmemorial” para tratar de impedir una modificación legislativa. Pero, tal como señala la Corte, *las costumbres pueden llegar a convertirse en tradiciones más fuertes que el Derecho, y permanecer invariables mucho tiempo después de que desaparezca la razón que las justificaba*⁵⁴. Por lo tanto, concluye la Corte, la apelación a la historia en esta materia no es concluyente.

Una segunda razón para oponerse a la modificación legal se basaba en que la interpretación constructiva tiene también sus “límites naturales”, y que dichos límites impiden el matrimonio del mismo sexo. La Corte respondió que este argumento sólo puede prosperar si se lograra identificar objetivamente el significado de “natural” respecto al matrimonio, puesto que, en caso contrario, resultaba meramente tautológico. El único elemento objetivo que todas las partes reconocían como “natural” en el matrimonio era la unión voluntaria de dos personas con exclusión de cualquier otra. Más allá de eso, las visiones eran divergentes⁵⁵.

Reino Unido

En *Ghaidan v. Godin-Mendoza*⁵⁶ los jueces hicieron uso de su poder de interpretación constructiva respecto a los derechos sucesorios de las parejas homosexuales. La disposición legislativa impugnada fue el parágrafo 2(2), del Anexo 1, de la Ley de Arrendamientos (*Rent Act 1977*), por el cual el “cónyuge superviviente” (*surviving spouse*) del inquilino de una vivienda podía pasar a ser el nuevo inquilino “legal”, siempre que dicha vivienda hubiera sido el domicilio de ambos en el momento del fallecimiento del inquilino original, y así continuase siendo para el cónyuge superviviente. En un caso anterior, ante unos hechos semejantes, la Cámara de los Lores había resuelto que esta disposición legal no incluía personas en relaciones del mismo sexo⁵⁷. La cuestión que se planteaba en *Ghaidan* era si esta lectura del parágrafo 2(2) podía sobrevivir a la entrada en vigor de la Ley de Derechos Humanos de 1998.⁵⁸

La Cámara de los Lores acordó por unanimidad que, conforme a una interpretación natural u ordinaria de la disposición impugnada, las parejas homosexuales que cohabitaban en la misma vivienda recibían un trato distinto respecto a las parejas heterosexuales en las mismas circunstancias, de modo que

⁵¹ *Ibid.*, pág. 22.

⁵² *Ibid.*, pág. 23.

⁵³ *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.) (*the "Persons" case*).

⁵⁴ *Reference re Same-Sex Marriage*, *supra* nota 47, pág. 25.

⁵⁵ *Ibid.*, pág. 27.

⁵⁶ *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, [2004] U.K.H.L. 30.

⁵⁷ *Fitzpatrick v Sterling Housing Association Ltd.*, [2001] 1 A.C. 27.

⁵⁸ En *Ghaidan* el inquilino original había fallecido antes de la entrada en vigor de dicha ley, la cual se produjo el 2 de octubre de 2000.



las primeras resultaban discriminadas en sus derechos sucesorios⁵⁹. En *Fitzpatrick*, la Cámara había dado por buena esta discriminación, alegando que se reconocía al superviviente de una pareja del mismo sexo el derecho a competir con el resto de los “familiares” del inquilino original por el derecho a un “alquiler asegurado” (*assured tenancy*) conforme al parágrafo 3 de la ley impugnada. Sin embargo, como señaló el juez Nicholls, incluso en el caso de que este derecho pudiera salvar la situación en términos económicos (lo que ocurría, de hecho, en el caso del señor Godin-Mendoza) no se conseguía evitar la situación “menos favorable” de las parejas homosexuales respecto a los derechos sucesorios de las parejas de distinto sexo. En el “alquiler asegurado”, la renta dependía del precio de mercado, el cual podía superar “la renta justa bajo un alquiler legal”; además, el inquilino “asegurado” tenía menos protección judicial efectiva en caso de impago⁶⁰. Como consecuencia, según Lord Nicholls, la distinción fundada en la orientación sexual infringía el derecho de no discriminación del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* plasmado en su artículo 14, leído conjuntamente con el artículo 8⁶¹.

Una vez determinado que dicha inconsistencia no podía justificarse bajo una interpretación ordinaria del texto y conforme al propósito del legislador, Lord Nicholls pasó a considerar si la sección 3 de la Ley de Derechos Humanos de 1998 permitía producir otra interpretación distinta de la disposición impugnada. Siguiendo la decisión de la Cámara en *R. v. A.*⁶², el juez afirmó que la “posibilidad” que abría la sección 3 iba más allá de la mera capacidad para resolver ambigüedades de la legislación. *La sección 3 puede requerir a la Corte apartarse de la intención legislativa, esto es, apartarse de la intención del Parlamento que promulgó la legislación*⁶³. Dicho de otro modo, que la posibilidad de una interpretación “constructiva” consistente con los derechos protegidos *no depende críticamente de la forma concreta de las palabras adoptadas por el legislador en la disposición legal bajo consideración*⁶⁴. Lo importante no son las palabras específicas de la disposición, sino “el concepto expresado en ese lenguaje”⁶⁵. Por este motivo, la sección 3 no sólo permite una interpretación restrictiva o extensiva del lenguaje usado por el legislador, sino que también puede ordenar *incluir* (read in) *palabras que cambian el significado de la legislación promulgada, de modo que resulte consistente con el Convenio*⁶⁶. Este deber/poder interpretativo tiene dos límites fundamentales: no puede alterar o modificar los “rasgos fundamentales” o el “propósito subyacente” de la legislación⁶⁷, ni puede suponer unas “ramificaciones prácticas de gran alcance” que la Cámara no esté en condiciones de prever⁶⁸. En *Ghaidan*, sin embargo, no se daban ninguno de estos riesgos. El objetivo social subyacente de la Ley de Arrendamientos, después de la enmienda de 1988 por la que se extendió el beneficio legal a los supervivientes de parejas de hecho que cumplieran ciertos requisitos, era igualmente aplicable a los supervivientes de parejas homosexuales en iguales circunstancias. Por tanto, parecía lógico que la

⁵⁹ *Ghaidan*, *supra* nota 56, pág. 5.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*, pág. 6. El artículo 14 de la Convenio no confiere un derecho independiente de no discriminación, sino que prohíbe la discriminación en “el goce de los derechos y libertades reconocidos en este Convenio”. Así, para poder aplicar este artículo, los hechos en cuestión deben poder subsumirse dentro del ámbito de uno o más derechos del Convenio. Todas las partes del caso estuvieron de acuerdo en que los hechos en *Ghaidan* caían dentro del ámbito del derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 8.

⁶² *R v A (No 2)* [2002] 1 A.C. 45.

⁶³ *Ghaidan*, *supra* nota 56, pág. 30.

⁶⁴ *Ibid.*, pág. 31.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*, pág. 32.

⁶⁷ *R. (Anderson) v. Secretary for the Home Department* [2002] 3 W.L.R. 1800.

⁶⁸ *Bellinger v. Bellinger* [2003] 2 W.L.R. 1174.

aplicación de la sección 3 al párrafo 2 de la ley tuviera como efecto que dicha disposición se leyera y aplicara “*como si el superviviente de una pareja homosexual fuera el cónyuge superviviente del inquilino original*”⁶⁹. Con esta lectura se eliminaba el efecto discriminatorio del párrafo 2 sin hacer que dicha disposición resultara inconsistente con el objetivo subyacente de la legislación. Como vimos en la jurisprudencia de la Corte canadiense, lo importante no es “la forma precisa de las palabras incluidas con este propósito”, sino el “efecto sustantivo” de tales palabras⁷⁰.

4. Un caso peculiar de migración constitucional: la Sentencia 198/2012 del Tribunal Constitucional Español

Antes de pasar a la posible justificación de la interpretación constructiva, quisiera comentar brevemente un ejemplo reciente de este tipo de interpretación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. En la Sentencia 198/2012⁷¹, los recurrentes cuestionaron la constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificaba el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y más concretamente, el ajuste constitucional del primer apartado del artículo único de la Ley, que añadía un segundo párrafo al artículo 44 del Código Civil, en virtud del cual el matrimonio tenía los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes fueran del mismo o de diferente sexo. El motivo principal de inconstitucionalidad era la vulneración del artículo 32 de la Constitución Española, que establecía en su apartado primero que *el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*, y en su apartado segundo que *la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*. Por eso, el magistrado Pablo Pérez Tremps, actuando como portavoz de la opinión mayoritaria, adoptó este precepto constitucional como la “norma parámetro de control”, centrandó su argumentación en el análisis del “contenido y el alcance concretos” del artículo 32, *para, una vez definidos ese contenido y alcance, verificar si la norma objeto de control se ajusta a los mismos*.⁷²

Los recurrentes, basándose en una “interpretación originalista” del artículo 32, entendían que la ley impugnada vulneraba la garantía institucional del matrimonio. Desde una interpretación natural u ordinaria del texto constitucional, y teniendo presente el devenir del debate constituyente, los recurrentes afirmaron que la ley impugnada hacía irreconocible la institución tradicional del matrimonio, suponiendo una desnaturalización de la institución incompatible con el respeto a la garantía institucional del mismo. Sin embargo, la opinión mayoritaria del Tribunal no aceptó este razonamiento.

Para resolver esta aparente inconsistencia entre la disposición legal impugnada y el texto constitucional, el juez Pérez Tremps, que redactó la opinión mayoritaria, invocó, entre otras fuentes, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá para defender una forma “evolutiva” de interpretar el precepto constitucional. Este tipo de interpretación permitía “acomodar el texto constitucional a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad”, responder a las exigencias y problemas que la constitución debía dar respuesta, *a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta*⁷³. Para realizar este estilo de interpretación, el juez invocó la noción de “cultura jurídica”, la cual *hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que*

⁶⁹ Ghaidan, *supra* nota 56, p. 35.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, BOE núm. 286, de 28 de noviembre de 2012.

⁷² *Ibid.*, FJ 1 y 6.

⁷³ *Ibid.*, FJ 9.

se desarrolla⁷⁴, esto es, usando las palabras de la sección 1 de la Carta canadiense, la realidad de una sociedad libre y democrática. Si no lo entiendo mal, Pérez Tremps se refiere con esta noción de “cultura jurídica” a lo que algunos autores han denominado “*common law constitution*”, o “constitución no escrita” –esto es, los valores y principios constitucionales inherentes a un sistema jurídico propiamente dicho, o a un gobierno conforme al imperio de la ley. Según Pérez Tremps, son estos valores y principios, y no los principios ordinarios de la interpretación (el sentido literal de las palabras en su contexto y el propósito del constituyente), los que han de dirigir el proceso de análisis del Tribunal Constitucional. Según Pérez Tremps, los valores y principios de la “cultura jurídica” se pueden configurar no sólo a partir de la interpretación literal y originalista de los textos jurídicos, sino también a partir de

...la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición⁷⁵.

Como resultado de dicha interpretación, el juez Pérez Tremps concluyó que las únicas notas esenciales del matrimonio son la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación pública y abierta de esa voluntad. Tales notas estaban presentes ya en el Código Civil antes de la reforma del año 2005, y seguían reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador, por lo que suprimir de la institución del matrimonio el requisito de distinto sexo no hacía irreconocible el matrimonio como institución dentro de nuestra cultura jurídica. El legislativo había elegido, por tanto, una solución ajustada a la Constitución al reconocer una nueva realidad social que el constituyente no previó.

5. La revisión judicial de constitucionalidad: una distorsión justificada de la razón pública

Como hemos podido comprobar, el modelo *commonwealth* presupone una concepción robusta de la revisión judicial. A pesar de ser un modelo más respetuoso con la voluntad popular que el modelo actualmente predominante de constitucionalismo fuerte, produce una doble distorsión de la razón pública democrática: por un lado, otorga a los jueces un papel decisivo en la interpretación de los derechos constitucionales, como sus intérpretes más autorizados, y, por otro, convierte el estilo de razonamiento judicial en el modelo bajo el que se desarrollan los debates parlamentarios sobre los derechos básicos. De este modo, se desvanece cualquier distinción significativa entre los constitucionalismos “fuerte” y “débil” (Waldron, 2006; Huscroft, 2004). Aunque el modelo *commonwealth* otorga al parlamento mayor margen de decisión para limitar derechos constitucionales, es innegable que ofrece un esquema de protección de derechos tan efectivo y determinante como el modelo de constitucionalismo fuerte.

⁷⁴ *Ibid.*, citando copiosa jurisprudencia del TC respecto a la noción de “cultura jurídica” SSTC 17/1985, de 9 de febrero, FJ 4; 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 3; 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3; y 298/2000, de 11 de diciembre, FJ 11.

⁷⁵ Sentencia 198/2012, *supra* nota 71, FJ 9.

En mi opinión, el modelo *commonwealth* es una forma o procedimiento alternativo para lograr el mismo objetivo que persigue el constitucionalismo fuerte. Al fin y al cabo, ambas comparten el paradigma de los derechos humanos como compromisos jurídicos fundamentales o constitucionales de la sociedad. Como señala David Dyzenhaus (2008), la fortaleza de una u otra forma de constitucionalismo no depende tanto del diseño institucional específico de la revisión judicial como de la cultura política y jurídica de la sociedad (y, más concretamente, de hasta dónde el gobierno y la ciudadanía en general se toman en serio lo que dicen los jueces).

Entonces, ¿cuál es la justificación de una teoría robusta de la revisión judicial? En mi opinión, dicha justificación no se obtiene simplemente remarcando el carácter inevitable de la revisión judicial bajo una ley constitucional (o bajo una ley “marco” de aplicación e interpretación jurídica). El deber/poder creativo de los jueces no tiene una sólida defensa si lo consideramos únicamente como algo necesario en un sistema jurídico con algún esquema de protección de derechos fundamentales. La mejor justificación de la interpretación judicial constructiva surge, en mi opinión, de una concepción sustantiva del imperio de la ley, en la que el deber de interpretar la legalidad de manera consistente con los derechos humanos no es una necesidad que debamos minimizar y restringir, sino una virtud que debemos preservar y fomentar.

En efecto, una carta escrita de derechos trae consigo inevitablemente la producción legal de los jueces, aunque se trate, como es obvio, de una capacidad mucho más limitada en su ámbito y efectos que la del legislativo. En términos generales, la interpretación jurídica no se ciñe a “descubrir” el significado de las leyes. Típicamente, existe un desacuerdo inevitable sobre el sentido de las disposiciones legales y sobre cómo deberían interpretarse los jueces. Numerosos teóricos del Derecho han sugerido que en tales casos la legislación es “indeterminada”⁷⁶. Es decir, las disposiciones legales no ofrecen una solución concreta o una única respuesta correcta a la cuestión que el juez debe decidir. La interpretación judicial ha de acompañarse, por tanto, de una justificación cuyas razones provienen necesariamente, al menos en parte, de juicios valorativos no contenidos dentro de la legislación. Esta situación se hace aún más evidente bajo una carta de derechos⁷⁷.

Sin embargo, el hecho de que algo sea inevitable no implica (o no implica necesariamente) que ese algo deba considerarse justificado. Puede que, a pesar de todo, se trate de un error, es decir, de algo que debemos minimizar y restringir hasta donde sea posible. Imaginemos una teoría que afirmase que el Derecho es un instrumento moralmente neutral para la transmisión de la voluntad del gobierno democrático a la sociedad y que, como consecuencia, debemos procurar la menor intervención posible en dicha voluntad por parte de los aplicadores jurídicos. Desde esta posición teórica, la protección constitucional de derechos básicos sería siempre un error, puesto que no sólo restringe la libertad del legislativo comprometiéndolo con ciertos valores constitucionales, sino que otorga a los jueces el poder para introducir en el sistema jurídico otros valores que el legislador no contempló en el momento de promulgar sus leyes. Incluso aunque el pueblo quisiera mayoritariamente dotarse de un *Bill of Rights*, seguiría siendo una mala idea. El

⁷⁶ Esta concepción de la indeterminación jurídica puede encontrarse, entre otros, en Hart (1994), Raz (1979) y Shapiro (2011).

⁷⁷ Desde la experiencia británica, Kavanagh (2004) ha analizado cómo las interpretaciones de la Ley de Derechos Humanos son en gran medida juicios evaluativos. De igual modo, desde la experiencia neozelandesa, Rishworth (2004) ha puesto de relieve la inevitabilidad de la interpretación judicial constructiva bajo una ley ordinaria “marco” de derechos y libertades.

positivismo jurídico “normativo” o “político”, de raíz benthamita, que defienden autores como Jeremy Waldron o Grant Huscroft, vendría a confirmar esta opinión⁷⁸. Ante la realidad de las democracias constitucionales contemporáneas, y la imposibilidad de erradicar las cartas de derechos de sus legislaciones, esta posición defiende la superior legitimidad del legislativo frente a los jueces para controlar la compatibilidad de las disposiciones legales con los derechos protegidos⁷⁹.

En mi opinión, la revisión judicial de constitucionalidad sólo puede justificarse adecuadamente si se supera la concepción positivista del Derecho como instrumento neutral de transmisión de la voluntad del gobernante al gobernado. En concreto, sólo desde el enfoque “transaccional” del Derecho que sostienen autores como Lon Fuller, Trevor Allan y Dyzenhaus, el poder creativo de los jueces aparece como algo no meramente inevitable, sino, al contrario, imprescindible⁸⁰. Según este enfoque, una sociedad que vive bajo el imperio del Derecho no sólo se gobierna por medio de leyes, sino que aspira a cumplir los valores constitucionales que dan soporte a la legalidad formal, valores de una moralidad política que es inherente a la existencia de un régimen de Derecho⁸¹. Esta es la idea de una “constitución no escrita” que tradicionalmente ha permitido a los jueces del *common law* tener una independencia “positiva”⁸² para interpretar el Derecho sin menoscabo del principio de la soberanía parlamentaria. Desde esta posición, incluso aunque no existiese una constitución escrita, habría una moralidad constitucional implícita en el sistema jurídico sobre la que los jueces deberían apoyarse para determinar qué es y qué no es Derecho válido en su comunidad política⁸³. No obstante, cabe hacer aquí dos consideraciones importantes. En primer lugar, como hemos podido ver en los anteriores ejemplos de razonamiento judicial bajo el modelo *commonwealth*, este tipo de independencia no significa que los jueces puedan aplicar las disposiciones

⁷⁸ Con el nombre de “positivismo normativo” o “político” me refiero a aquella concepción según la cual la separación entre el Derecho y la Moral viene exigida por una determinada moralidad política. Según esta concepción, el respeto al pluralismo comprensivo inherente a una sociedad democrática exige considerar el Derecho como una forma de zanjar de manera estable las cuestiones controvertidas. Cuando los jueces constitucionalizan un asunto controvertido mediante la interpretación constructiva, lo que hacen es impedir la posibilidad de lograr un acuerdo político y, con ello, una solución duradera. Véase Waldron (1999; 2006), Huscroft (2004) y Goldsworthy (1999).

⁷⁹ Según el argumento central de Waldron contra la revisión judicial de constitucionalidad, en el contexto de una sociedad democrática con un claro compromiso con los derechos humanos y donde funcione normalmente un parlamento, dado que los asuntos controvertidos sobre derechos se resuelven siempre por mayoría (también en los tribunales superiores), se debe dejar la decisión final sobre los derechos al parlamento, puesto que cuenta con respaldo democrático y tiene más capacidad que los tribunales para un tipo de razonamiento moral pleno y no centrado únicamente en el Derecho relevante. Véase Waldron (2006).

⁸⁰ Para Fuller (1969), el imperio de la ley es una empresa colectiva de carácter cooperativo, que implica obligaciones recíprocas de respeto mutuo entre gobernantes y gobernados. Los poderes del Estado deben rendir cuentas entre sí y ante la ciudadanía respecto a su propio acatamiento de los valores constitucionales. Véase Melero (2012: 59-74). A partir de esta concepción sustantiva del imperio de la ley, Dyzenhaus (2004) y Allan (2001) han articulado la idea de una cultura de la justificación que contiene en sí las claves de una democracia deliberativa.

⁸¹ Esos valores incluyen no sólo los que son inherentes a los principios de la legalidad formal enunciados por Fuller, sino también a los que se derivan de considerar al sujeto legal como portador de derechos humanos. De ahí deriva, en parte, la peculiaridad del “nuevo” modelo *commonwealth* de constitucionalismo.

⁸² Simpson (1989: 147). Más allá de la no injerencia en su trabajo por parte del poder político, A.W.B. Simpson define la independencia positiva de los jueces como “la idea de que la judicatura, a través de sus decisiones... hará su propia contribución en la tarea del gobierno defendiendo las virtudes asociadas con el ideal del imperio de la ley”.

⁸³ Aunque la teoría del razonamiento judicial de Dworkin cae de lleno dentro de esta tradición, no ocurre lo mismo con su teoría general del Derecho y, más concretamente, con su concepción de los principios implícitos en el Derecho. Para Dworkin, estos principios son los que conforman la moralidad política liberal subyacente a la Constitución de los Estados Unidos, y no los principios inherentes a cualquier sistema jurídico como tal. Por esta razón, creo que es Fuller el autor más representativo de la tradición del *common law*.

legales prescindiendo de los términos explícitos en que se enuncian, o ignorando la intención con que el legislador las promulgó. En la interpretación constructiva, los jueces consideran el sentido literal de las disposiciones legales y la intención original del legislador como el punto de partida de su razonamiento, de modo que, ante una violación seria de los derechos protegidos, podrán modificar o alterar ese sentido e intención originales con objeto de producir una legislación razonablemente consistente con tales derechos. En segundo lugar, el modelo *commonwealth* establece un proyecto común de protección de derechos. Sus defensores no afirman, frente al positivismo político, la supremacía judicial; ahora bien, responden que el debate legislativo sobre derechos fundamentales (lo que aquí hemos llamado “revisión política”) es, en la práctica real, algo a menudo promovido, o incluso forzado, por las decisiones judiciales que ponen en cuestión si una disposición legal es compatible con los compromisos constitucionales⁸⁴. No se trata, pues, de elegir entre los poderes del Estado el que mejor sirve para defender la cultura de los derechos humanos, sino de establecer el mejor modo en que deben interactuar entre ellos con ese propósito.

A decir verdad, existe un sector del positivismo jurídico contemporáneo, el denominado “positivismo incluyente”, según el cual es posible dar cuenta del razonamiento judicial típico del *common law* sin abandonar la tesis de la separación entre el Derecho y la moral⁸⁵. Como se sabe, este tipo de positivismo jurídico es heredero de la teoría de Hart, y pretende describir, desde un punto de vista neutral, el razonamiento de los jueces en un régimen de derechos fundamentales. Se trata, sin duda, de un loable esfuerzo por acercar la teoría analítica del Derecho a la práctica jurídica realmente existente en las democracias constitucionales actuales. Sin embargo, creo que esta concepción es incoherente por dos razones. Primero, porque la inclusión de principios morales entre los criterios de validez legal implica una teoría no positivista del Derecho. Como señaló en su momento Dworkin, no es posible seguir sosteniendo una “regla de reconocimiento” para la identificación del Derecho válido cuando se incluyen en ella unos principios morales cuyo contenido no puede establecerse de manera incontrovertida mediante hechos sociales⁸⁶. Ante esta objeción, los positivistas incluyentes responden que la mencionada inclusión es meramente contingente, es decir, que se basa en una convención social y no en el contenido o el mérito moral de tales principios. Pero esto conduce a la segunda razón para afirmar la incoherencia de esta teoría. La contingencia de la conexión entre el Derecho y la moral es ajena a la tradición del *common law*, y a su concepción de la naturaleza de los principios constitucionales. Desde un positivismo incluyente, tales principios respaldan las decisiones judiciales tan sólo como una serie de convenciones que los jueces y operadores jurídicos de una determinada jurisdicción aceptan como obligatorios. En la tradición del *common law*, en cambio, dichos principios tienen una relación necesaria con el Derecho por cuanto que se entienden como las condiciones de legalidad immanentes a un orden legal. En esta

⁸⁴ Dyzenhaus (2008: 147).

⁸⁵ El ejemplo quizá más elaborado de esta concepción se encuentra en Waluchow (2007).

⁸⁶ Waluchow se basa en la concepción del Derecho como planificación social de Hart, y en la incapacidad inherente a cualquier ordenamiento jurídico para resolver por anticipado todas las cuestiones imaginables. Desde dicha concepción, sólo es posible reconocer la validez jurídica de los principios constitucionales a partir de su declaración formal. Dicha declaración tiene, según el positivismo incluyente, la función de zanjar de manera estable la discusión moral sobre los derechos, de tal modo que los jueces pueden acudir al razonamiento moral sin dejar de cumplir la regla de reconocimiento. Pero la constitución no elimina el desacuerdo razonable sobre la justicia sustantiva. Los derechos que quedan registrados en el texto constitucional son tan sumamente abstractos que exigen acudir al razonamiento moral para su aplicación judicial en los casos concretos. No hay forma de eludir esta consecuencia. Si la regla de reconocimiento implica el consenso de los jueces respecto al modo de actuar en la resolución de los casos, la inclusión de los principios morales dentro de dicha regla trae consigo forzosamente la supresión de dicho consenso. Véase Dworkin (2006: 190).



tradición, por tanto, es la legalidad, y no la regla de reconocimiento, la que determina cuál es el Derecho en un sistema jurídico⁸⁷.

Para los propósitos de este artículo, lo más relevante de este último punto son las consecuencias que se derivan para la función judicial. Según Wil Waluchow, no sólo puede darse una brecha significativa entre la validez legal y la moralidad comunitaria, sino que también existe la posibilidad de que la moralidad constitucional de la sociedad (la que los jueces tienen el deber legal de aplicar) sea profundamente reprobable desde la moralidad que Hart denominó “crítica” o “ilustrada”⁸⁸. Waluchow pone como ejemplo la moralidad constitucional racista de Sudáfrica durante el régimen del *apartheid*.⁸⁹ Ahora bien, la separación del deber legal de los jueces (aplicar el Derecho válido) de su deber moral (seguir los dictados de su conciencia) incurre en una petición de principio. Desde una concepción no positivista del imperio de la ley, el juez no puede identificar primero el contenido del Derecho por medio de criterios moralmente neutrales, para luego juzgar ese contenido recurriendo a la argumentación moral. Los principios de la legalidad y los derechos humanos se consideran una parte irrenunciable de la moralidad constitucional de cualquier sociedad que quiera gobernarse mediante el Derecho, *el contexto en el que el juez debe tratar de interpretar los datos relevantes para la cuestión que plantea el caso*⁹⁰. Según este enfoque, aunque no exista una constitución escrita, los jueces deben interpretar el Derecho válido de acuerdo con la moralidad constitucional, de modo que, en aquellos casos donde comprueben que la intención del legislativo es manifiestamente contraria a los valores constitucionales, su deber de aplicar el Derecho válido no les exime de su obligación de declarar formalmente dicha incompatibilidad, tal y como vimos que exige el modelo *commonwealth* de constitucionalismo. En caso contrario, estarían incumpliendo su deber legal y moral de fidelidad al Derecho.

Bibliografía

- ALLAN, T.R.S. (2001), *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford.
- DWORKIN, R. (1986), *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge.
- DWORKIN, R. (2006), “Thirty Years On”, *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge.
- DYZENHAUS, D. (1998), *Judging the Judges, Judging Ourselves: Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order*, Hart Publishing, Oxford.
- DYZENHAUS, D. (2004), “The Unwritten Constitution and the Rule of Law”, en HUSCROFT, G. y BRODIE, I. (eds.), *Constitutionalism in the Charter Era*, LexisNexis, Toronto.
- DYZENHAUS, D. (2008), “The Incoherence of Constitutional Positivism”, en HUSCROFT, G. (ed.), *Expounding the Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge.
- FULLER, L. (1969), *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven.
- GARDBAUM, S. (2001), “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *The American Journal of Comparative Law*, Núm. 49, pp. 707-760.

⁸⁷ Allan (2001: 218).

⁸⁸ Hart (1994: 183, 206).

⁸⁹ Waluchow (2007: 227; 2008: 76, en la nota 17). Compárese con Dyzenhaus (1998). En esta obra, basada en el trabajo de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación que se constituyó en Sudáfrica tras la caída del régimen del *apartheid*, Dyzenhaus critica el papel de los jueces que se limitaron a aplicar la ideología racista incorporada al sistema jurídico, al tiempo que alaba el esfuerzo de aquellos otros jueces que cumplieron su deber legal y moral de interpretar el Derecho positivo de acuerdo con los principios del *common law*, en especial el principio de igualdad.

⁹⁰ Dyzenhaus (2010: 53).

- GARDBAUM, S. (2010), "Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, Núm. 8, pp. 167-206.
- GARDBAUM, S. (2013), *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge.
- GOLDSWORTHY, J. (1999), *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford.
- HART, H. (1994), *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford.
- HIEBERT, J. (2004), "New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance When Interpreting Rights?", *Texas Law Review*, Núm. 82, pp. 1963-1987.
- HUSCROFT, G. (2004), "A Constitutional 'Work in Progress'? The Charter and the Limits of Progressive Interpretation", en HUSCROFT, G. y BRODIE, I. (eds.), *Constitutionalism in the Charter Era*, LexisNexis, Toronto.
- KAVANAGH, A. (2004), "The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, Núm. 2, pp. 259-285.
- MANFREDI, C. (2001), *Judicial Power and the Charter. Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford.
- MELERO, M.C. (2012), "Estudio preliminar: Dworkin y el imperio de la ley", en MELERO, M.C. (ed.), *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley*, Tirant lo Blanc, Valencia.
- RAZ, J. (1979), *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford.
- RISHWORTH, P. (2004), "The Inevitability of Judicial Review under 'Interpretative' Bill of Rights: Canada's Legacy to New Zealand and Commonwealth Constitutionalism?", en HUSCROFT, G. y BRODIE, I. (eds.), *Constitutionalism in the Charter Era*, LexisNexis, Toronto.
- RUIZ MIGUEL, A. (2000), "Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional", *Doxa*, Núm. 23, pp. 145-160.
- SHAPIRO, S. (2011), *Legality*, Harvard University Press, Cambridge.
- SIMPSON, A.W.B. (1989), "The Judges and the Vigilant State", *Denning Law Journal*, Núm. 4, pp. 145-167.
- TUSHNET, M. (1996), "Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty", *Michigan Law Review*, Núm. 94, pp. 245-301.
- WALDRON, J. (1999), *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford.
- WALDRON, J. (2006), "The Core of the Case Against Judicial Review", *Yale Law Journal*, Vol. 115, Núm. 6, pp. 1346-1406.
- WALUCHOW, W. (2007), *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge University Press, Cambridge.
- WALUCHOW, W. (2007), "Constitutional Morality and Bill of Rights", en HUSCROFT, G. (ed.), *Expounding the Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge.
- WEINRIB, L.E. (2006), "The postwar paradigm and American exceptionalism", en CHOUDHRY, S. (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge.

