

Mariano C. Melero de la Torre, Legalidad como razón pública. Una teoría del constitucionalismo desde el modelo Commonwealth

(2020), CEPC
Madrid, 335 pp.

Elena María Escobar Arbeláez
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID: 0000-0003-3177-7130
elenita.escobar@gmail.com

Cita recomendada:

Escobar Arbeláez, E. M. (2021). Mariano C. Melero de la Torre, Legalidad como razón pública. Una teoría del constitucionalismo desde el modelo Commonwealth. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, pp. 502-508.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6094>

El libro se ubica en una discusión doctrinal y filosófica que ha sido central en el constitucionalismo contemporáneo, esto es, la discusión sobre derechos y democracia en los Estados constitucionales actuales. Los planteamientos iniciales u originarios de tal debate se preguntaban incisivamente por la legitimidad democrática del control judicial de leyes o la disputa entre conceptos como supremacía judicial y democracia, muchas veces vistos como ítems antagónicos. En este libro Mariano Melero de la Torre¹ deja claro que tal discusión ha tenido importantes avances que han redundado, después de un prolongado y productivo debate, en un cierto terreno compartido. Por tanto, propone que la pregunta actualmente relevante en la discusión es «cuál debería considerarse como el tipo de control judicial sustantivo más acorde con una sociedad democrática consolidada» (Melero, 2020, p. 11).

¹ Mariano Melero de la Torre es Doctor en filosofía por la Universidad Nacional de Educación a Distancia y Doctor en derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. En la actualidad es profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid.

El autor plantea su análisis en lo que denomina el nuevo paradigma constitucionalista² o del Estado constitucional, y que está marcado, a nivel nacional, por el giro normativo que tuvieron las Constituciones durante la segunda mitad del siglo XX e inicios del XXI y, a nivel internacional, por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la creación de tribunales internacionales para la protección de tales derechos, concretamente en Europa y América. Estos cambios en el plano nacional e internacional impulsaron la centralidad de los poderes judiciales –o con funciones jurisdiccionales– en la determinación autoritativa de los derechos, en especial de los derechos fundamentales.

Con la consolidación de tal paradigma constitucionalista resurgieron las discusiones que se dieron inicialmente en los EEUU respecto de la ilegitimidad democrática del modelo americano de control de constitucionalidad con supremacía judicial. A estos críticos, el autor los agrupará bajo la etiqueta de constitucionalistas políticos –Bellamy, Waldron, Tushnet, entre otros–. Para el autor, las posturas más extremas que defienden los constitucionalistas políticos no son sostenibles en el nuevo paradigma jurídico de los derechos humanos y reconoce que muchos de tales autores han reformulado sus críticas, de manera que se han centrado, ya no en la pretensión de abolir el control judicial de las leyes, sino en cuestionar la supremacía judicial que implica que la última palabra esté en manos de quien ejerce ese control. Por tal motivo, muchos de los constitucionalistas políticos se han acercado al llamado modelo *commonwealth* de justicia constitucional, en el cual encuentran una revisión judicial con mayor sensibilidad democrática.

En este trabajo, Melero de la Torre también defiende el modelo del *commonwealth* como el que mejor se adapta a los rasgos centrales del nuevo paradigma constitucionalista, en oposición a los modelos americano y europeo de control de constitucionalidad con supremacía judicial. Sin embargo, el autor se aleja de las posturas de los constitucionalistas políticos, pues considera que sus críticas no son sostenibles en el actual paradigma, y se enfoca en demostrar, desde una perspectiva práctica, que el control judicial de constitucionalidad puede contribuir a una cultura de la justificación que incentive el cumplimiento de los compromisos sustantivos en materia de derechos humanos, sin que ello implique una supremacía de la opinión judicial, *per se*.

El autor se deslinda enfáticamente del constitucionalismo político, en tanto, asume el paradigma constitucionalista y propone la visión del modelo del *commonwealth*, no como una alternativa a la supremacía judicial, sino como una evolución mucho más equilibrada de la justicia constitucional. En esta visión equilibrada, la interdependencia y la colaboración de todos los poderes públicos deberán propiciar una «cultura de la justificación» en el proceso de definición y desarrollo de los derechos fundamentales, llevado a cabo en coordinación por jueces, legisladores y autoridades ejecutivas.

En consonancia con lo anterior, su objetivo es la elaboración de la teoría de la Legalidad como razón pública que da origen al título de la obra. Esta teoría pretende servir de fundamentación al modelo del *commonwealth* como un modelo de constitucionalismo colaborativo. El eje central de la teoría propuesta por Melero de la Torre está en la articulación del control judicial de las leyes dentro de una democracia deliberativa, para lo cual propone una nueva versión del constitucionalismo jurídico que es profundamente sensible a las preocupaciones del constitucionalismo político. La forma de conseguirlo va a adoptar dos vías, una conceptual, en la que se pregunta

² Denominación que efectúa citando a: Atienza, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 309.

por las nociones de legalidad y de legitimidad intrínseca en el constitucionalismo contemporáneo; y una más pragmática, en la cual se valdrá de la tradición del *common law* de cooperación entre poderes públicos, dirigido a la protección de derechos. Estas dos vías permitirán al autor afirmar la conexión necesaria que debe haber entre racionalidad legislativa y racionalidad judicial, y establecer que –en su teoría– la razón jurídica se convierte en el prototipo de la razón pública.

Para lograr los objetivos propuestos, Melero de la Torre ocupará seis capítulos en los cuales hace un recorrido por la explicación del nuevo paradigma constitucionalista – cap. I –, la descripción institucional y de las prácticas y técnicas usadas en el modelo del *commonwealth* – caps. II y III –, la elaboración de la referida teoría de la Legalidad como razón pública – cap. IV –, y un análisis del test de proporcionalidad y su relación con los derechos fundamentales –cap. V –, así como con el principio de la deferencia debida –cap. VI–. Finalmente ofrece sus conclusiones. El breve recorrido que se seguirá a continuación presentará algunas de las ideas más destacadas de la obra que conectan y atraviesan los capítulos los capítulos I, IV, V y VI, y dejará para el final los apartados dedicados al análisis del modelo del *commonwealth* propiamente dicho.

En el primer capítulo, titulado «El Estado constitucional como cultura de la justificación», el autor presenta algunas ideas principales que le permiten delimitar los elementos típicos del nuevo paradigma constitucionalista y sus implicaciones democráticas, con el objeto de dejar explícitos los argumentos que apoyan las dos posturas básicas del constitucionalismo contemporáneo, esto es, la jurídica y la política. Melero defenderá el modelo de *commonwealth* de justicia constitucional como una opción híbrida, que tiene fundamento en su teoría de la Legalidad como razón pública.

Una de las ideas más sobresalientes presentadas por el autor en este capítulo consiste en afirmar la coexistencia, no antagónica sino complementaria, de la soberanía y la justificación como dos dimensiones de la Constitución en el nuevo paradigma. La dimensión de la soberanía es la que reivindica el ideal clásico del constitucionalismo en el cual la Constitución representa básicamente los límites del poder frente a los gobernados, por ello, su función es la distribución de competencias y potestades entre poderes públicos. La validez del derecho dependerá de que se respete esa distribución de competencias, de la forma en que se produce el Derecho. Por su parte, la dimensión de la justificación supone una nueva concepción autoritativa del Derecho en la cual su validez no depende únicamente de factores formales o competenciales, sino que a éstos se suman la calidad de los razonamientos que justifican determinada legislación o acción gubernamental.

El autor resalta que los debates propuestos por los constitucionalistas políticos están aún muy inmersos en la visión soberanista, y desde su punto de vista, esta postura debe abandonarse. En las democracias constitucionales actuales se ha producido un profundo cambio que, si bien sigue en proceso de consolidación, ha implicado una nueva visión de la clásica separación tripartita de poderes en relación a las exigencias que tienen los Estados en materia de protección internacional de los derechos humanos. En otras palabras, frente a los tratados internacionales de derechos humanos, las ramas del poder público no son jugadores individuales en competencia mutua, sino miembros de un mismo equipo.

Para Melero de la Torre: «... en este tipo de cultura jurídica y política, los tribunales y los poderes políticos comparten su compromiso tanto con la democracia representativa como con ciertos derechos, libertades y valores básicos. Lo que permite emplear un “esquema de racionalidad más compartido” entre la producción

legislativa y la interpretación judicial del Derecho» (p. 21). Esa nueva visión, es la que ofrece una cultura basada en la justificación³. Ahora, el autor agrega que sólo el modelo del *commonwealth* es el que promueve una «cultura democrática de la justificación» (p. 24), en tanto la definición y alcance de los derechos fundamentales se da a través de una práctica discursiva, en la cual el control judicial de leyes puede considerarse como una parte del proceso democrático de producción normativa.

El control judicial defendido por él se incluye dentro del constitucionalismo jurídico, pero no debilita la democracia, sino que «la dinamiza y refuerza, produciendo una distorsión legítima del debate político en el Estado constitucional» (p. 27). Para lograr una fundamentación a tal idea, Melero de la Torre se aleja tanto de las teorías sobre la superioridad interpretativa de los jueces –Dworkin–, como de las teorías más representativas de la democracia deliberativa –Nino y Habermas–. Su teoría de la Legalidad como razón pública enfatiza la interdependencia entre los tribunales de justicia y las ramas políticas de gobierno, por lo cual ninguna institución dentro del sistema jurídico debe monopolizar la autoridad inapelable para interpretar de «mejor» manera el Derecho. En este modelo colaborativo, los legisladores o la Administración definen e interpretan los derechos fundamentales, pero los jueces retienen un papel importante de verificar que estos poderes siempre ofrezcan una justificación razonable de sus interpretaciones. Estas ideas son desarrolladas por el autor, especialmente, en el capítulo cuarto de esta obra titulado «La teoría de la Legalidad como razón pública».

Frente al constitucionalismo político, la teoría de la Legalidad como razón pública se toma en serio el giro normativo de la Constitución y asume la necesidad de integrar normas que permitan supervisar la corrección sustantiva de las leyes y las decisiones públicas a partir de lo que el autor denomina una «deliberación restringida»⁴. Frente al constitucionalismo jurídico con supremacía judicial, la teoría de la Legalidad como razón pública asume que la legitimidad se deriva del ideal de igualdad política; por ello, concibe el control judicial como parte del proceso de producción del derecho, en el cual hay varios momentos de ejercicio de la participación política, uno a través del voto y de las asambleas representativas; y otro, en los procesos de control de la ley. Bajo este enfoque, la reconstrucción del modelo del *commonwealth* se sitúa en el contexto de una cultura democrática de la justificación, que impone una práctica social discursiva en la cual los poderes políticos tienen potestad de interferir en los derechos, siempre y cuando ofrezcan razones que son evaluadas tanto por legisladores –control político–, como por jueces –control judicial–.

En esta reconstrucción Melero de la Torre insiste en que su defensa no parte de la concepción del constitucionalismo político, en tanto él reconoce y acentúa la dimensión normativa de la Constitución, de manera que su tesis no contrasta radicalmente con la supremacía judicial, sino que propicia una cultura de la justificación más deferente con las decisiones políticas en materia de valores y principios constitucionales y en la cual la razón jurídica «se convierte en el prototipo de la razón pública» (p. 160). Entender la razón jurídica como prototipo de la razón pública implica importantes cambios analizados rigurosamente por el autor en este y

³ Citando a Cohen-Eliya y Porat, Melero ofrece en una frase la síntesis de su tesis: «El movimiento global hacia la proporcionalidad representa un movimiento global hacia la justificación» (Melero, 2020, p. 24).

⁴ Según el autor: «en un Estado constitucional cabe hablar de una deliberación restringida por el Derecho en un doble sentido: restringida por derechos que son prerequisites del proceso democrático y constreñida por el consenso en torno a ciertos derechos relativamente definidos con carácter previo mediante el proceso de deliberación democrática» (Melero, 2020, p. 43).

los siguientes dos capítulos titulados: «Proporcionalidad y derechos fundamentales» –quinto– y «Proporcionalidad y deferencia debida» –sexto–.

Dentro de tales cambios, cabe destacar la necesidad de abandonar la doctrina tradicional que marca una línea divisoria entre las funciones de creación y aplicación del derecho, pues ésta implica separar la racionalidad legislativa de la racionalidad judicial. La propuesta de Melero –centrada en el modelo colaborativo– está justamente en las antípodas de esa separación. Otro cambio importante será el contraste que el autor propone entre: a) el tipo de razonamiento que produce el proceso de control judicial de leyes europeo, en el cual se plantea el test de proporcionalidad como una evaluación de la «mejor medida» de protección de derechos, como un mandato de optimización; y b) el tipo de razonamiento que se promueve en el modelo del *commonwealth* en el cual se adopta una concepción «restrictiva (o no optimizadora) de la proporcionalidad y de los derechos constitucionales». Así, para el autor al menos tres prácticas de las evaluadas en el modelo del *commonwealth* son imprescindibles en una cultura democrática de la justificación: el análisis de proporcionalidad restrictiva, la doctrina de la deferencia debida y el control centrado en el proceso de toma de decisiones. Para llegar a tal conclusión, Melero de la Torre ocupa los capítulos segundo y tercero en los cuales revisa en profundidad, tanto las formas institucionales como las prácticas y técnicas usadas en el modelo del *commonwealth*.

A partir de la descripción de los diseños institucionales de Canadá, Nueva Zelanda, Reino Unido y dos Estados de Australia, como el Territorio de la Capital y Victoria – capítulo segundo–, Melero de la Torre argumenta que ésta es la alternativa híbrida, basada en la colaboración e interdependencia de las tres ramas del poder público⁵. Ahora bien, previo al análisis de las formas institucionales, el autor pone de manifiesto que las primeras reconstrucciones de este modelo usaron la metáfora del diálogo entre iguales, de un diálogo entre jueces y legisladores. Sin embargo, el autor considera que esta metáfora no es la más adecuada para reconstruir el modelo y prefiere la imagen de un «proyecto compartido». La razón para afirmar lo anterior, tiene que ver con que la metáfora del diálogo llevará la discusión hacia quién debe tener la autoridad final y, para Melero, esto no es más que una distracción que aleja el foco de lo importante, que es discutir acerca de qué proceso es el adecuado para asegurar que las limitaciones a derechos tengan una justificación racional y apropiada.

El autor explica que a pesar de las ventajas que puede tener la metáfora del diálogo, como por ejemplo la corrección sobre una visión estricta de la separación de poderes o la promoción de una interacción entre tribunales y poderes electos, ésta no evalúa o no tiene suficientemente en cuenta la calidad de las deliberaciones que se dan en uno u otro foro. Como se indicó, el objetivo del modelo colaborativo o de la imagen del «proyecto compartido» no es sólo verificar la interacción institucional, sino aumentar la calidad deliberativa en el proceso de producción del derecho, en el cual el control judicial tiene como principal función exigir a las autoridades electas justificaciones sobre las decisiones que adopten en materia de derechos fundamentales. Desmitificar la idea del diálogo como simple interacción entre Parlamentos y Tribunales es uno de los elementos más significativos que el lector podrá encontrar en este capítulo, que no sólo es valioso por su centralidad en el

⁵ El autor se adentrará en los modelos institucionales de Canadá –dentro del cual resalta la hoy conocida cláusula *notwithstanding*–, de Nueva Zelanda y del Reino Unido – en donde destaca el control judicial interpretativo de las leyes y las declaraciones de incompatibilidad de las leyes con las Cartas de Derechos Humanos–, y de dos estados australianos como el territorio Capital y el estado de Victoria – en el cual conviven la supremacía judicial sobre cuestiones estructurales de federalismo y separación de poderes estructural *judicial review*, y la supremacía parlamentaria en materia de derechos –.

argumento de Melero, sino porque abre ventanas de reflexión acerca de qué es lo realmente importante en el análisis de los diseños institucionales.

Una vez descritos algunos de los rasgos institucionales del modelo del *commonwealth*, en el capítulo tercero, el autor fija la mirada en las prácticas y las técnicas usadas por tribunales y legisladores en estos países. Si bien reconoce que algunas de las prácticas o técnicas que describirá también se usan en los modelos americano y europeo de control judicial de leyes, lo que interesa resaltar es cómo la concepción colaborativa del modelo promueve la interdependencia y colaboración de las ramas del poder público alrededor de la protección de derechos fundamentales. Así, en este capítulo el autor se centra en el análisis en dos figuras: a) el control político de constitucionalidad; y b) la metodología de la proporcionalidad, su relación con la deferencia de los jueces frente a las decisiones parlamentarias y los tipos de reparación judicial –*redemies*–, especialmente, en Canadá y en el Reino Unido.

El control político de constitucionalidad, ejercido por el mismo legislador, tiene la ventaja de incluir la perspectiva de derechos, pero desde la visión política que tienen los órganos electos, en contraste con una visión más técnica que es la propia de la judicatura. Así, para Melero de la Torre, este tipo de control político es una pieza central para una teoría colaborativa del constitucionalismo. Para argumentar lo anterior, explica cómo, por ejemplo, los diversos mecanismos de supervisión legislativa previa no judicial – o de control político–⁶, aunados a la regularidad del escrutinio judicial, ofrecen un incentivo para que los legisladores y la Administración, al estructurar sus políticas públicas, tengan en cuenta las preguntas que se harán los tribunales de justicia y, de esa forma, ofrezcan respuestas anticipadas. Las preguntas anticipadas por parte de los órganos electos respecto de si determinada medida vulnera o restringe un derecho protegido y si esa vulneración o restricción puede o no atender a una justificación razonable, también generan que la judicatura sea más colaborativa al evaluar la consistencia de determinada legislación. Según el autor, esta dinámica ha producido un cierto activismo gubernamental y parlamentario en materia de derechos humanos⁷.

Por su parte, la metodología de la proporcionalidad es característica del razonamiento judicial en el nuevo paradigma constitucionalista y, en sentido amplio, puede decirse que hace referencia al análisis dirigido a establecer si una limitación de derechos es justificable o no. Este análisis judicial puede ser más o menos deferente con las razones expuestas por los órganos electos. Para su evaluación, Melero de la Torre ofrece un amplio y rico análisis jurisprudencial de los fallos del Tribunal Supremo

⁶ Se resaltan: la obligación consagrada en la sección 4.1(1) de la *Department of Justice* canadiense, por la cual el Ministro de Justicia debe examinar todos los proyectos de ley que se introduzcan en el Parlamento con el objeto de determinar si sus disposiciones son incompatibles con la Carta de Derechos. Una obligación similar es la reproducida en la Carta neozelandesa –secc. 5–, y es ejercida por la *Human Rights Unit* del Ministerio de Justicia, que se une a la comisión parlamentaria para promover la calidad y la efectividad de la legislación creada en 2015 –*Legislation Desig and Avisory Committe*–. En el parlamento británico, por su parte, se resalta la existencia desde 2001 de la Comisión Mixta para los Derechos Humanos –*Join Committee on Human Rights*–, entre otras. Por último, en Australia existe en el territorio Capital la comisión parlamentaria para asuntos públicos –*Standing Committee on Legal Affairs*– y en Victoria la comisión para el escrutinio de la legislación –*the Scrutiny of Acts ans Regulations Committe*–, ambas que se encargan de reportar o informar cualquier incompatibilidad entre un proyecto de legislación y las respectivas Cartas de Derechos Humanos.

⁷ Para apoyar estas tesis, Mariano Melero se apoya en varios autores de los cuales resaltan Gardbaum, Hiebert y Hunt. Así mismo, resalta la relevancia de importantes trabajos empíricos que se han hecho para evaluar tales tesis.

canadiense⁸ y de los jueces británicos⁹, en el cual muestra los cambios y evoluciones que ha tenido en esos países la doctrina de la deferencia de los jueces frente a las decisiones de los parlamentos y los ejecutivos. Los casos propuestos permiten concluir que en el modelo canadiense los análisis de proporcionalidad realizados por el Tribunal Supremo atienden a una doctrina de deferencia debida, que en ningún caso es ciega o absoluta; mientras que tal doctrina no ha tenido un desarrollo tan explícito en el Reino Unido, pues allí se ha usado más el estándar de razonabilidad propio del Derecho administrativo en los sistemas del *common law*, también conocido como test *Wednesbury*.

Ahora bien, el autor llama la atención respecto del último componente del test de proporcionalidad o proporcionalidad en *stricto sensu*, en el cual se hace un análisis de costos y beneficios. Este paso es el aplicado especialmente en el modelo europeo de justicia constitucional que siguió la tendencia del Tribunal Federal Alemán, y es especialmente polémico en el modelo del *commonwealth*, pues es considerado como «una invasión difícilmente justificable en la esfera del legislador» (p. 113). Melero de la Torre describe como, a pesar de algunos intentos de instalar este test en la práctica canadiense y británica, los jueces han mantenido la evaluación de costos y beneficios dentro de los límites de la necesidad de las medidas, y se alejan de un eventual test de corrección de las decisiones legislativas. Es por ello que, para el autor, lo que buscan los jueces en el modelo del *commonwealth* no es la proporcionalidad de la medida –no buscan la mejor solución posible–, sino únicamente «si existe una “desproporcionalidad” inaceptable, o una limitación de los derechos que es injustificable en las circunstancias del caso» (p. 117). Esta última opción muestra, en todo caso, mayor deferencia con la opción o el medio elegido por el agente decisor para la obtención de un fin.

Este es un libro que combina sólidas reflexiones teóricas y filosóficas con el análisis institucional y de las prácticas y técnicas usadas bajo el modelo del *commonwealth*, para la construcción de la teoría de la Legalidad como razón pública, que responde de manera original y acertada a la pregunta que se planteó: ¿cuál debería considerarse como el tipo de control judicial sustantivo más acorde con una sociedad democrática consolidada? Su lectura, profundamente enriquecedora, es imperdible para los interesados en los debates constitucionales contemporáneos, pues ofrece una vuelta de tuerca más para pensar la triada derechos, democracia y justicia constitucional como valores irrenunciables e interdependientes.

⁸ Melero cita, entre otros, los siguientes casos: a) *R. v. Oakes* [1986], sobre la *Narcotics Control Act.*; b) *R. v. Edwards Books and Art Ltd.* [1986], sobre la *Retail Buseiness Holiday Act.*; c) *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)* [1989], sobre la *Consumer Protection Act.*; d) *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)* [1995], sobre la *Tabacco Products Control Act.*

⁹ Melero cita, entre otros, los siguientes casos: a) *De Freitas v. Permanent Secretary of Ministry of Agriculture, Fisheries, Lands and Housing* [1998].; b) *R. v Secretary of State for the Home Department, ex parte Daly* [2001].; c) *Huang v Secretary of State for Home Department* [2007].; d) *Wilson v First Conty Trust (No 2) Ltd* [2001].; e) *R (Williamson) v Secretary of State for Education and Employment* [2005].