

WILFRID J. WALUCHOW

**UNA TEORÍA
DEL CONTROL JUDICIAL
DE CONSTITUCIONALIDAD
BASADA EN EL *COMMON LAW***

Un árbol vivo

Traducción de
Pablo de Lora

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2009

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ESTUDIO PRELIMINAR DE ÁRBOLES, BONSAÍYS Y JARDINEROS, por Pablo de Lora	13
1. INTRODUCCIÓN: PRECEDENTES Y ACTUALIDAD DE UN DEBATE	13
2. LA TENSIÓN DEMOCRACIA-DERECOS: EL CONSTITUCIO- NALISMO FUERTE Y EL «ARGUMENTO ESTÁNDAR».....	19
3. EL DEBILITAMIENTO DEL CONSTITUCIONALISMO	24
4. EL CONSTITUCIONALISMO BASADO EN EL <i>COMMON LAW</i>	27
5. HUMILDAD, ARROGANCIA Y CONSTITUCIÓN BONSAÍ.....	32
BIBLIOGRAFÍA	38
AGRADECIMIENTOS	43
CAPÍTULO I. LA REVOLUCIÓN DE LA CARTA	45
1. UNA DECLARACIÓN DE DERECHOS	45
2. LA ESTRUCTURA DEL ARGUMENTO	56
3. EL ALCANCE DEL ANÁLISIS	58
CAPÍTULO II. CONSTITUCIONALISMO	63
1. UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL	63
2. LA NATURALEZA DE LAS CONSTITUCIONES	68
3. SOBERANÍA <i>VERSUS</i> GOBIERNO.....	75
4. LA LIMITACIÓN CONSTITUCIONAL.....	77
5. DERECHO CONSTITUCIONAL Y CONVENCION CONSTITU- CIONAL	78

	Pág.
6. MONTESQUIEU Y LA SEPARACIÓN DE PODERES	81
7. ATRINCHERAMIENTO	94
8. CARÁCTER ESCRITO	101
9. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LAS TEORÍAS CONSTITUCIONALES	108
9.1. Concepción estática 1: Significado original.....	112
9.2. Concepción estática 2: Intención original	117
9.3. Concepción estática 3: Intención hipotética.....	121
9.4. La teoría interpretativa de DWORKIN	123
9.5. Teoría crítica	129
 CAPÍTULO III. ¿POR QUÉ LAS DECLARACIONES DE DERE- CHOS?	 135
1. HACIENDO BALANCE	135
2. DE REGAS A DEMOS	137
3. LA REPRESENTACIÓN	141
4. UNA ANALOGÍA: «EL DEFENSOR DEL PACIENTE»	144
5. LA AUTENTICIDAD Y LA DOCTRINA DEL CONSENTIMIEN- TO INFORMADO	149
6. LA REPRESENTACIÓN EN LAS ASAMBLEAS	155
7. LOS PROBLEMAS EN DEMOS	163
8. LA NORMA LINGÜÍSTICA	165
8.1. El Mayor Bien para el Mayor Número	165
8.2. Simple prejuicio.....	166
8.3. Miedo al «Otro»	166
9. ÁTICO Y LA NORMA LINGÜÍSTICA	170
10. DOS CONCEPCIONES DE LA DEMOCRACIA	174
11. DE NUEVO ÁTICO.....	178
12. LECCIONES A SER APRENDIDAS-EL ARGUMENTO ESTÁNDAR.	184
13. ULTERIORES ELEMENTOS	190
 CAPÍTULO IV. LOS ARGUMENTOS DE LOS CRÍTICOS	 195
1. EL CAMINO QUE QUEDA.....	195
2. CUATRO PREGUNTAS	201
3. LOS ARGUMENTOS EN CONTRA	207
3.1. La negación del autogobierno	207
3.2. Atrincheramiento y autogobierno.....	209
3.3. Control de las Declaraciones de Derechos y Autogobierno....	221
3.4. Depredadores hobbesianos y el respeto a las personas	228
3.5. La amenaza del disenso radical: la búsqueda de un idiota del mástil de Ulises.....	232

	Pág.
3.6. La amenaza del nihilismo moral	234
3.7. Los reyes y reinas filósofos	243
3.8. Los jueces y las elites de la sociedad	245
3.9. La Futilidad de los argumentos «basados en los resultados»....	249
3.10. Las Declaraciones de Derechos y el nivel del debate público ..	254
CAPÍTULO V. UN ARMA DE DOBLE FILO	265
1. UN PUNTO DE PARTIDA NUEVO	265
2. HART Y LA PROMESA DEL DERECHO	269
2.1. Incertidumbre y la Regla de Reconocimiento	273
2.2. Stasis y reglas de cambio	275
2.3. Ineficiencia y Reglas de Adjudicación	276
3. LOS PELIGROS DEL DERECHO: EL DESCENSO AL INFIERNO DE HART	277
4. LOS LÍMITES DEL DERECHO: REGLA Y DISCRECIÓN	282
5. EL MÉTODO DEL <i>COMMON LAW</i>	285
6. RAZ Y LOS PODERES DE LOS TRIBUNALES DE <i>COMMON LAW</i>	288
7. ¿UNA DECLARACIÓN DE DERECHOS BASADA EN EL <i>COMMON LAW</i> ?.....	293
8. METODOLOGÍA «DESCENDENTE» Y «ASCENDENTE»	295
9. LECCIONES A SER APRENDIDAS	299
CAPÍTULO VI. EL CONSTITUCIONALISMO BASADO EN EL <i>COMMON LAW</i>	309
1. CANCELAR LA DEUDA	309
2. ¿OTRAS OPCIONES?	311
3. ÉTICA Y LA DECLARACIÓN DE DERECHOS	314
4. TIPOS DE ÉTICA	317
5. LA IDENTIFICACIÓN DE LA ÉTICA CONSTITUCIONAL DE UNA COMUNIDAD	319
6. ULTERIORES RÉPLICAS A LOS CRÍTICOS.....	326
6.1. Aun así se impone la ética personal	327
6.2. Una ética constitucional comunitaria y el precedente jurídico..	328
6.3. Una ética constitucional comunitaria y la protección de las minorías	333
6.4. Aun así la determinación judicial de los Derechos de la Declaración es antidemocrática	337
7. UNA VUELTA A WALDRON	338
8. LA ESTRATEGIA DE WALDRON.....	347
9. EL DILEMA CARTESIANO DE WALDRON	350

	<u>Pág.</u>
10. LA DIGNIDAD DE LA LEGISLACIÓN	356
11. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA LEGISLACIÓN	361
12. REFLEXIONES FINALES	376
BIBLIOGRAFÍA	379
ÍNDICE ANALÍTICO	387

CAPÍTULO I

LA REVOLUCIÓN DE LA CARTA

1. UNA DECLARACIÓN DE DERECHOS

A principios de los 80 Canadá vivió un cambio fundamental en sus estructuras políticas y jurídicas. Una nueva *Ley constitucional* (1982) entró en vigor proclamándose «la ley suprema de Canadá». Esta nueva *Ley constitucional* decreta además que «... cualquier norma contraria a su articulado carece, en lo relativo a esa inconsistencia, de fuerza o eficacia»¹. Consideradas en sí mismas, estas declaraciones parecen bastante inocuas. Por su propia naturaleza, una Constitución contiene la norma básica de la sociedad, con lo que es razonable pensar que desplaza cualquier ley inferior con la que entre en conflicto. Lo que hizo de las declaraciones de la *Ley Constitucional* algo tan trascendental y profundamente controvertido, sin embargo, fue la inclusión de una nueva *Carta de Derechos y Libertades*. En ésta se especifican un conjunto de derechos abstractos propios de una ética política, que los gobiernos federales, provinciales y municipales no podían vulnerar². Entre estos

¹ Sección 52 (1) de la *Carta Canadiense de Derechos y Libertades, Constitution Act, 1982, Schedule B, Parte 1.*

² Asumiremos, de momento, que muchos de los derechos de la carta —por ejemplo los derechos a la libertad de expresión e igualdad ante la ley y en aplicación de la ley— son una especie del género de los derechos morales frente al Estado. Específicamente, se trata de una especie de derechos que el Estado, en el ejercicio de su poder (por ejemplo el poder de establecer normas coactivas), no puede infringir. En efecto, estos derechos funcionan como límites a esos poderes y, consecuentemente, a la autoridad del Estado. En los capítulos II y III intentaré fundamentar esta asunción con argumentos. También abordaremos la cuestión de qué tipo de derechos morales son estos derechos incluidos en la Carta, junto con la cuestión de qué concepciones sobre sus exigencias deben prevalecer en los conflictos que la Carta suscita.

derechos figuran el derecho a la igualdad ante la ley y en aplicación de la ley; el derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona, junto con el correlativo derecho a no ser privado de aquéllos si no es de acuerdo con los principios de justicia fundamentales, y el derecho a la libertad de conciencia, creencias, opinión, expresión y asociación³. La adopción de una Carta constitucional que incorpora estos y otros derechos propios de la ética política, fue ampliamente saludada como un paso importante en la extensión de la libertad y el auto-respeto de los ciudadanos canadienses. Al adoptar la Carta, Canadá había seguido claramente el consejo del anterior Primer Ministro Lester Pearson, que en cierta ocasión declaró que: «Los canadienses no podrían dar un paso más significativo que el de atrincherar firmemente en nuestra Constitución aquellos derechos y libertades fundamentales que poseemos y reverenciamos»⁴. La perspectiva de Pearson fue compartida por la principal fuerza impulsora de la adopción de la Carta, el Primer Ministro Pierre Elliott Trudeau: «Ahora debemos establecer los principios básicos, los valores básicos y las creencias que nos mantienen unidos como canadienses, pues más allá de nuestras lealtades regionales, hay un modo de vida y un sistema de valores que nos hace orgullosos del país que nos ha dado tal libertad y tal inconmensurable felicidad»⁵. Finalmente, y tras persistentes debates políticos y un dictamen⁶ de la Corte Suprema, la Carta entró en vigor. En ese momento, el entonces ministro de Justicia Jean Chrétien evaluó el impacto de la Carta, y su importancia, en su introducción a un panfleto ampliamente distribuido y patrocinado por el gobierno federal:

En una sociedad democrática y libre, es importante que los ciudadanos conozcan exactamente cuáles son sus derechos y libertades y a dónde acudir en amparo si resulta que los mismos son negados o infringidos. En un país como Canadá —vasto y diverso, con 11 gobiernos, dos lenguas oficiales y variados orígenes étnicos— el único modo de proveer de igual protección a todos es plasmar aquellos derechos y libertades básicas en la Constitución.

Ahora, por primera vez, tendremos una Carta de Derechos y Libertades que reconoce ciertos derechos para todos, cualquiera que sea el lugar de Canadá en el que se viva.

Por decirlo todo, ha habido un conjunto de leyes federales y provinciales que garantizan algunos de nuestros derechos y libertades fundamentales. Sin embargo, estas normas han diferido de provincia a provincia, propician-

³ *Carta Canadiense de Derechos y Libertades*, secciones 15, 7 y 2 respectivamente.

⁴ El *Right Honourable* Lester B. Pearson, *Federalism for the Future* (Ottawa: Publications Canada, 1968). Introducción citada en *The Charter of Rights and Freedoms: A Guide for Canadians* (Ottawa: Publications Canada, 1982), 1.

⁵ El *Right Honourable* Pierre Elliott Trudeau, 1982 (citado en *The Charter of Rights and Freedoms*), 1.

⁶ *Reference Re Resolution to Amend the Constitution of Canada* [1981] 1 S. C. R. 753, que es comúnmente citada como «El caso *Patriation*».

do el resultado de que los derechos básicos han sido protegidos desigualmente en nuestro país. Ahora que nuestros derechos se harán constar en nuestra Constitución, servirán como un recuerdo constante a nuestros líderes políticos de que deben ejercer el poder con cautela y sabiduría⁷.

Tal y como indica Chétrien en su introducción, la mayoría de los derechos incluidos en la Carta ya contaban, de una u otra forma, con reconocimiento en el derecho canadiense antes de la promulgación de la Carta. Por ejemplo, algo así como el derecho a la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley se reconocía, al menos, desde *Edwards* (el «caso de las personas»), que fue decidido en 1930 por el *Privy Council* del Reino Unido⁸. Y muchas leyes del Parlamento y de las legislaturas provinciales —por ejemplo los Códigos de Derechos Humanos provinciales— hacían referencia, de una u otra forma, a la noción de igualdad. Así y todo, muchos de los derechos a los que la Carta alude no gozaban, antes de su entrada en vigor, del tipo de estatuto que ahora se les concede, el estatuto de derechos atrincheros, fundamentales, que ninguna acción del Estado puede vulnerar —salvo que, claro está, ciertas condiciones específicas se cumplan—. Por ejemplo, cabe infringir justificadamente un derecho, al amparo de la Sección 1, en la que se establece que la Carta «garantiza los derechos y libertades incluidos en ella, derechos que quedan sujetos sólo a aquellos límites razonables, que, prescritos por el derecho, justifican la restricción en las sociedades libres y democráticas». Igualmente, el obstáculo constitucional puede ser sorteado por vía de la cláusula excepcionante de la Sección 33, en la que se permite que «... el Parlamento o la legislatura de una provincia pueda expresamente declarar, al aprobar una ley, que ésta o un artículo de la misma, debe ser aplicada no obstante lo dispuesto en la Sección 20 o en las secciones 7 a 15 de la Carta». A pesar de estos rasgos novedosos de la Carta canadiense, su impacto ha sido profundo. Cualquiera que dude sobre el significado del reconocimiento que la Carta da a los derechos, sólo precisa revisar la desgraciada historia de su predecesora, la *Declaración de Derechos de Canadá*, que tuvo muy escaso impacto en el derecho canadiense⁹.

Aunque la adopción de la Carta fue aplaudida por muchos canadienses, no todo el mundo compartió el optimismo de Pearson, Trudeau y Chétrien.

⁷ *The Charter of Rights and Freedoms: A Guide for Canadians* (supra nota 3), Prefacio, v.

⁸ *Edwards v. Attorney General of Canada* [1930] A. C. 124. Volveremos sobre *Edwards* más tarde. La metáfora «árbol vivo», que sirve de subtítulo a este libro, fue introducida en el derecho canadiense a partir de este caso.

⁹ Para un ejemplo, anterior a la promulgación de la Carta, de un pobre intento de desarrollar una jurisprudencia robusta de la igualdad, véase, entre otras, *Attorney General of Canada v. Lavell* [1974] S. C. R. 1349. Este caso es citado en ocasiones como evidencia de que una Declaración de Derechos puramente legislativa, no constitucional, es una herramienta inútil para la protección de los derechos.

Muchos críticos apuntaron al hecho de que los derechos abstractos de la Carta habían quedado finalmente sumidos en la indefinición por parte de los actores políticos cuyos esfuerzos les habían proporcionado status constitucional. A los canadienses se les dijo que ahora se garantizaban los derechos a la igualdad en la ley y en aplicación de la ley atrincherados en la Sección 15. Pero qué significara tal cosa, concretamente, es algo que la Carta dejó sin respuesta. Esto, junto con el hecho de que la tarea de responder a esa pregunta —es decir, de determinar el significado preciso y las implicaciones de los derechos atrincherados en casos específicos— descansaría invariablemente en los jueces, fue la fuente de una zozobra considerable, y también de una buena dosis de virulentas quejas¹⁰. Esta inquietud se manifestó en distintas objeciones, muchas que ya habían sido esgrimidas durante los largos procesos políticos que eventualmente condujeron a la adopción de la Carta. Quizá la objeción más poderosa llegó bajo la forma de lo que cabría denominarse «Argumento democrático». En líneas generales, el argumento discurre así: el principio democrático queda seriamente comprometido si jueces no elegidos y políticamente no responsables, son encomendados con la tarea de precisar los contornos de los derechos morales que la Carta dice garantizar, y después los aplican contra la legislación aprobada por cuerpos democráticamente responsables como el Parlamento y las legislaturas provinciales. ¿De qué manera podría reconciliarse con la democracia —con la «sociedad libre y democrática» a la que la propia Sección 1 de la Carta se refiere— la posibilidad de que los jueces anulen las ponderadas decisiones de los representantes del pueblo? La Carta no sólo atribuye a los jueces el poder de arrumbar la voluntad democrática de los canadienses, sino que ahora es posible que lo hagan imponiendo sus propias creencias e ideologías morales, posiblemente idiosincrásicas y prejuiciosas, por encima de las de los legisladores, y, en último término, de las de los ciudadanos a quienes estos órganos fueron encomendados para representar. Nada en la Carta especifica con precisión lo que los derechos a la libertad de expresión, igualdad y libertad, que figuran en aquella, significan. Con todo y con eso, los jueces tienen el poder de invalidar la legislación válidamente promulgada porque, a su juicio, tales decisiones legislativas violan estos derechos morales absolutamente indeterminados. Parece seguirse de todo ello que la legalidad en Canadá es en último término dependiente de las opiniones morales de jueces que no rinden cuentas al electorado.

¹⁰ Aunque los derechos de la Carta son normalmente aplicados al juzgar la constitucionalidad de las leyes, su aplicación se extiende a otras formas de la acción estatal, incluyendo las decisiones ejecutivas y administrativas de todas las clases. Por razones de elegancia expositiva, y salvo que se indique otra cosa, me referiré simplemente a los conflictos de la Carta con la legislación, entendiendo que ésta es sólo una de las varias formas posibles de conflicto.

Pero hay otras objeciones también, no de menor calado. La aplicación del derecho al amparo de la Carta no sólo parece plantear una amenaza a la democracia, sino que es políticamente peligrosa y fundamentalmente injusta — parece, ciertamente, constituir una amenaza a la propia idea del imperio de la ley—. Es peligrosa porque un poder político considerable se aloja ahora en las manos de una pequeña cohorte de jueces no responsables. A ellos, y no a la gente o a los representantes del pueblo, les es finalmente asignada la tarea de decidir sobre cuestiones morales controvertidas en el nombre de los canadienses —y sobre la base de que estas decisiones determinan lo que debe ser estimado como conforme a derecho en Canadá—. Esto implica tener demasiado poder político por parte de un pequeño grupo de jueces no elegidos por encima de una población en su conjunto, independientemente de cuán ilustrados y sabios puedan aquellos ser. Es básicamente injusto porque mediante este acuerdo los ciudadanos resultan, sin duda, desprovistos del poder de ejercer su poder mediante el voto. En una sociedad democrática, todos los ciudadanos tienen el derecho a contribuir a la creación de las leyes que les van a gobernar. Este derecho es el que ejercitan a través de la urna y mediante aquellas contribuciones al discurso y debate públicos sobre cuestiones controvertidas que tengan a bien. También lo hacen indirectamente mediante los votos de sus representantes que se supone representan sus intereses y opiniones. Todo esto se ha reemplazado por la sujeción a los pronunciamientos judiciales. Las sopesadas concepciones de los ciudadanos y sus representantes sobre las normas que les han de gobernar, a las que se llega después de procesos equitativos de toma de decisiones democráticas, son, ciertamente, apartadas para dar paso a las opiniones morales de un puñado de jueces. La injusticia de esta situación se agrava por el hecho de que los jueces no pueden demostrar casi nunca, para así dar satisfacción a todos los afectados, que sus decisiones son en ninguna medida mejores, en cuanto a la fidelidad a los derechos relevantes de la Carta, que las decisiones de los democráticamente elegidos a las que reemplazan. La injusticia es ulteriormente exacerbada por el hecho innegable de que los jueces en los tribunales de apelación frecuentemente están en desacuerdo entre ellos sobre los derechos de la Carta, y, al final, deben con frecuencia recalar en una votación para resolver sus desacuerdos. No es en absoluto infrecuente ver una votación dividida cuando un tribunal tiene que vérselas con asuntos controvertidos sobre un principio moral que emerge por apelación a la Carta. E incluso cuando los jueces votan por unanimidad, los votos particulares concurrentes, cada uno de los cuales apoya, a su modo, la decisión del tribunal, revelan profundas divisiones sobre el significado preciso y la importancia de los derechos relevantes de la Carta. Añádase a todo lo anterior el hecho de que los jueces adoptan decisiones que muy frecuentemente parecen entrar en conflicto, no sólo

con concepciones ampliamente compartidas en la comunidad en su conjunto, sino también con *sus propias* decisiones previas; y lo que aparentemente se alcanzaba como una idea maravillosa a Pearson, Chrétien y Trudeau, y a muchos otros canadienses —derechos morales garantizados constitucionalmente frente al ejercicio desahogado del poder ejecutivo sobre los ciudadanos— se transforma en una pesadilla viva, una pesadilla en la que la democracia y el imperio de la ley han sido, en efecto, abandonados y reemplazados por el imperio de unos pocos hombres y mujeres, por una suerte de «oligarquía judicial». E independientemente del grado de estima en el que tendamos a tener a nuestros jueces, ésta no es una forma de gobierno que merezca ser abrazada con denuedo. Éste fue un argumento esgrimido en la mitad del siglo XX por un influyente jurista estadounidense, Learned HAND, que ofreció la siguiente advertencia, análoga a las consideraciones anteriores, en relación con la Declaración de derechos de los Estados Unidos y su idoneidad para ser usada por los jueces para racionalizar lo que de hecho es pura usurpación del poder.

A mi juicio sería de lo más fastidioso ser gobernados por una corte de guardianes platónicos, incluso si supiera cómo escogerlos, lo cual ciertamente no es el caso. Si tuvieran ese poder perdería el estímulo de vivir en una sociedad en la que tengo, al menos en teoría, algo que decir en la dirección de los asuntos públicos. Por supuesto sé cuán ilusoria sería la creencia de que mi voto determina algo; pero, así y todo, disfruto cuando acudo a las urnas en el sentido de que siento que todos estamos en el mismo barco. Si se me replica que una oveja en el rebaño puede sentir algo semejante, contesto, siguiendo a San Francisco: «Hermano, la oveja»¹¹.

Estos recelos iniciales sobre la Carta y sobre el papel que parece conceder a los jueces, permanecen incólumes, y reaparecen de cuando en cuando en el discurso público, cuando se deciden casos controvertidos en los tribunales canadienses. La lista de estos asuntos incluye *Butler* (obscenidad y pornografía), *Keegstra* (discurso basado en el odio racial), *Egan* (uniones entre personas del mismo sexo), *Vriend* (discriminación en contra de gays y lesbianas), *Sharpe* (pornografía infantil), y el caso *Montfort* (la amenaza de cierre del único hospital docente francófono de Ottawa¹²). Una previa decisión del tribunal en *Montfort* llevó al *Globe* y al *Mail* a afirmar en un editorial que «nuestros tribunales están enmendando la Constitución por su mera voluntad, cuando lo tienen a bien, mediante la siembra de

¹¹ HAND, *The Bill of Rights* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1958), 73-4.

¹² *R. v. Butler* [1982] 1 S. C. R. 452; *R. v. Keegstra* [1990] 3 S. C. R. 697; *Vriend v. Alberta* [1998] 1 S. C. R. 493; *Egan v. The Queen in Right of Canada* [1995] 2 S. C. R. 513; *R. v. Sharpe* [2001] 1 S. C. R. 45; *Lalone et. Al., v. Commission de Restructuration des Services de Sante* («*The Montfort*»), Ontario C. A., docket no 33807, December 7, 2001.

principios con un fervor empresarial que hace un flaco favor a quienes redactaron la norma suprema»¹³. Incluso aquellos que aceptan el valor de la Carta como parte de la ley fundamental de Canadá frecuentemente objetan el modo en el que se interpreta y aplica por los jueces canadienses. Jeffrey Simpson, en una columna del *Globe and Mail*, denunció a la Corte Suprema por haberse opuesto a la legislación que restringía los derechos de voto de los prisioneros que cumplen pena por más de dos años. De acuerdo con Simpson,

Esa decisión ha sido una de las más agresivas en la afirmación de la supremacía del poder judicial sobre el Parlamento. Ha despreciado los debates parlamentarios sobre el asunto como algo que había ofrecido más «humo que luz»... Esto es lo que da de sí la alardeada, pero finalmente andrajosa, noción de «diálogo» entre la Corte Suprema y el Parlamento. Estamos más bien ante una imposición de la Corte¹⁴.

Frecuentemente, por tanto, la queja es que los jueces imponen sus propias concepciones morales sobre el significado e importancia de los derechos de la Carta por encima de las del legislador relevante. En otras ocasiones, la querrela es que los jueces, inflados por sus nuevos roles como guardianes nacionales de los derechos morales, han ido tan lejos como para crear nuevos derechos y ubicarlos en la norma que se estuviera contemplando. En *Vriend*, por ejemplo, se dijo de la Corte Suprema que había sobrevolado por encima de la Ley de Protección de Derechos Individuales de Alberta inventando un derecho completamente nuevo en contra de la discriminación basada en la orientación sexual, un derecho que no se encuentra en ningún lugar de la ley, pero que, para los jueces, era análogo a los que sí están contemplados. Quejas similares se enarbolaron tras la decisión de *Montfort* en la que se reconocía un derecho constitucional general no escrito para proteger a la minoría francófona, basado en los derechos de protección de las minorías en relación con la lengua, la religión y la educación que se encuentran explícitamente mencionados en la Carta y en otras normas. Como respuesta, el *Globe and Mail* declaró:

Piénsese en la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Ontario no como un órgano atado a los tediosos contenidos escritos de la Constitución, sino como un animoso empresario preparado para expandir el documento en la medida en que juzga sabio hacerlo. Así es como el Tribunal se contempla a sí mismo si la alucinante decisión adoptada esta semana en el caso del Hospital Montfort de Ottawa sirve de guía¹⁵.

¹³ Editoriales del *Globe and Mail*, 3 de diciembre de 1999.

¹⁴ «The Court of No Resort», *Globe and Mail*, viernes, 22 de noviembre de 2002, A25.

¹⁵ *Globe and Mail*, editorial, 3 de diciembre de 1999.

Este desasosiego sobre la Carta y el papel que parece asignar a los jueces no se circunscribe, por supuesto, a los comentarios editoriales de prensa. Se ha generado una doctrina académica paralela para la cual la sabiduría y legitimidad de la Carta y de los esfuerzos judiciales para llevar a término sus preceptos ha sido objeto de una acerada crítica. Entre los principales críticos se encuentran F. L. MORTON y Rainer KNOPE, quienes en *The Charter Revolution and the Court Party* nos ofrecen la siguiente evaluación tajante:

La Carta no es tanto una garantía de los derechos cuanto una atribución de poder a los jueces para hacer política mediante la elección entre interpretaciones rivales de cláusulas redactadas en un lenguaje vago... En un deslumbrante ejercicio de auto-apoderamiento, la Corte Suprema ha pasado de ser un árbitro de disputas a un oráculo constitucional capaz y deseoso de pronunciarse sobre la validez de un amplio rango de decisiones políticas. Discreción interpretativa y un tribunal oracular; estas son dos de las vigas maestras de la revolución de la Carta canadiense¹⁶.

Una condena de similar rotundidad fue la proclamada por Michael MANDEL. Al resumir su crítica a la Carta y a su tendencia a consagrar «la política legalizada», MANDEL escribe:

... todo lo que realmente he tratado de hacer es revelar la naturaleza deshonesta de la política legalizada y mostrar cómo lo que ha sido vendido como un movimiento democrático es en realidad su opuesto... En cada ámbito, y ya sea en su mejor o peor rendimiento, las pretensiones básicas de la Carta han sido mostradas como fraudulentas... A pesar de toda la celestial exaltación, la Carta simplemente ha delegado la custodia de nuestra política a los juristas... La Carta sería un oráculo mudo sin una curia jurídica que le diera vida, y los juristas se han mostrado más que deseosos de llevar la voz cantante en el bulo. Los jueces y abogados canadienses, en su mayor parte, han asumido jubilosa y codiciosamente un trabajo —decidir las cuestiones políticamente importantes de la vida diaria— para el cual carecen completamente de competencia¹⁷.

Más adelante, sobre la cuestión de la amenaza que pende sobre los ideales democráticos, MANDEL añade,

... hemos visto lo que significa que algo esté «constitucionalmente garantizado». Hemos visto que la forma marca toda la diferencia. Insertar la desnuda frase «libertad de asociación» en un documento administrado por un poder judicial sin ataduras que no responde ante nadie es

¹⁶ MORTON y KNOPE, 2000: 13-14.

¹⁷ MANDEL, 1994: 455.

inimaginable en ninguna sociedad digna de ser llamada democrática. Desentrañar el significado de la libertad de asociación mediante derechos específicos, concretos y legales (como algo distinto a los derechos constitucionales) respaldados por garantías institucionales que asegurarán que serán rigurosamente respetados es algo muy distinto. En otras palabras, no necesitamos «libertad de asociación» si a ello se acompaña «todo lo que implica». Ni tampoco dispondremos de democracia si no estamos autorizados a decidir sobre lo que la libertad de asociación implica, sino que, por contra, hemos de confiar la respuesta a unos cuantos de nuestros sabios para que lo decidan por nosotros bajo el pretexto de la interpretación... Al emplear la Carta ofensivamente legitimamos una forma de política que deberíamos en cambio estar tratando por todos los medios de *des*-legitimar¹⁸.

Así pues, ¿qué debemos concluir de todo esto? A pesar de que la mayoría de los canadienses parecen compartir la imagen favorable de la Carta y sus posibilidades enunciadas por Pearson, Trudeau y Chrétien, existe aún un segmento significativo de la opinión pública y de la academia que cuestiona esta imagen de color de rosa. Muchos comparten la perspectiva recientemente esbozada por el arzobispo de la diócesis de la Iglesia Católica de Toronto. En una carta abierta en la que apela al gobierno federal a que use el artículo 33 de la Carta para derogar las decisiones de distintos tribunales canadienses en las que se establece que la restricción del matrimonio a las parejas heterosexuales es una vulneración injustificable del artículo 15, el arzobispo escribe:

Algunos argüirán que el uso de la cláusula «no obstante» en la Carta (artículo 33) es en principio algo erróneo. Debo, respetuosamente, disentir. La cláusula «no obstante» fue insertada para reconocer la supremacía parlamentaria y la necesidad de que haya una vigilancia democrática sobre los tribunales. Ningún canadiense puede afirmar que los tribunales siempre deciden correctamente. Los jueces no son elegidos y no responden, en última instancia, por sus decisiones. Un cambio social fundamental sólo debe acontecer con el consentimiento del pueblo a través de sus instituciones democráticas. Esta concepción del papel del parlamento llevó a la inclusión de la cláusula «no obstante» en la Carta. Su uso en el contexto de los matrimonios del mismo sexo resultaría de lo más apropiado¹⁹.

Los argumentos que sustentan la filosofía política subyacente a la posición del arzobispo no dejan de tener fundamento. *Es* difícil reconciliar la Carta con la perspectiva de que, en último término, el autogobierno —es

¹⁸ *Ibid.*, 458.

¹⁹ Cardenal Aloysius Amrozic, «An Open Letter: Why the rush on same-sex marriage?», *Globe and Mail*, miércoles, 19 de enero de 2005, A19.

decir, el ideal motor de la democracia— exige el gobierno por el pueblo y/o por sus representantes elegidos. Dicho ideal repudia el gobierno por parte de un reducido grupo de jueces no elegidos a los que no se exige responder ante el pueblo sobre el que ejercen una autoridad considerable y que frecuentemente no representan más que un segmento de las opiniones sobre las controvertidas cuestiones morales que suscita el debate sobre la Carta. Es difícil pensar en la Carta como «garantía» de nuestros derechos morales cuando es en buena medida fiada a la interpretación de los jueces sobre lo que estas denominadas garantías realmente significan. El problema se agudiza cuando los jueces, nunca o casi nunca, pueden demostrar que sus respuestas son las correctas, o incluso llegar a un acuerdo sobre las soluciones que proponen. Es difícil reconciliar las «garantías» de la Carta con la sospecha de que no hay realmente «respuestas correctas», ya sea en derecho o en teoría moral, a la cuestión de qué significan realmente en la práctica los derechos a la igualdad, libertad de expresión, vida, libertad y seguridad de la persona en Canadá. ¿Cómo a los canadienses se les puede garantizar algo sobre lo que hay tanta controversia? ¿Cómo se les puede garantizar algo que puede incluso que no exista? ¿Cuán valiosa puede ser una garantía cuando es sólo *tras* haber intentado actuar sobre ella cuando uno sabe lo que la garantía implica? ¿Estaría alguien dispuesto a comprar un coche o una lavadora bajo estas circunstancias? Sin duda no. Pero entonces, ¿por qué deberíamos estar deseosos de aceptar una Carta que, si los críticos están en lo cierto, no parece ofrecer nada más?

Así pues, en abstracto, y sin considerar los valores e ideales que amenaza con socavar, una Carta o Declaración de Derechos suena como una muy buena idea. Pero una vez que uno piensa las cosas con más calma, algunos difíciles interrogantes se suscitan, cuestiones que merecen seria atención. El objetivo de este libro es contribuir a esos esfuerzos que tratan de satisfacer tal demanda de reflexión aportando una exploración filosófica de las Cartas o Declaraciones de Derechos y sus potenciales roles en sociedades democráticas al estilo de las que uno encuentra no sólo en Canadá, sino también en los Estados Unidos, Alemania, México y Nueva Zelanda. Muchas de las cuestiones en juego en los debates sobre el valor de la Carta canadiense no son exclusivas de ese país —y sin duda no fue en 1982 cuando surgieron por primera vez—. El conflicto potencial entre el principio democrático y el control judicial de constitucionalidad bajo una Carta o Declaración de Derechos se suscita en cualquier país que abraza la idea de un gobierno constitucionalmente limitado. Ésta es la idea, frecuentemente asociada con las teorías políticas de LOCKE y MONTESQUIEU, de que el gobierno puede y debe ver sus poderes legalmente limitados, y que su autoridad depende de la observancia de tales límites. Una forma en la que el poder del Estado puede limitarse es mediante la

exigencia de que su ejercicio sea consistente con una Carta o Declaración de Derechos que incorpora derechos morales contra el Estado. Ésta fue la vía tomada por los estadounidenses hace más de doscientos años cuando adoptaron (y más tarde ampliaron) su Declaración de Derechos. El resultado ha sido un largo, y en ocasiones apasionado debate sobre la naturaleza de la legitimidad del control judicial de constitucionalidad —la práctica de los jueces que revisan los actos de gobierno para asegurar el cumplimiento de los requisitos constitucionales, por ejemplo aquellos consagrados en la Declaración de Derechos estadounidense o en la Carta canadiense—. Así pues, los debates no son peculiares de Canadá. Allí donde uno los encuentra, las cuestiones controvertidas son *grosso modo* las mismas: el control judicial de constitucionalidad al amparo de una Carta o Declaración de Derechos amenaza la democracia, parece fundamentalmente injusto y políticamente peligroso, y descansa sobre concepciones anticuadas acerca de la naturaleza de los derechos morales —que existen derechos morales «objetivos» a los que las Cartas y Declaraciones de Derechos hacen referencia, y que a los jueces se les puede pedir que sensata y justificadamente los descubran y apliquen contra los ejercicios recalcitrantes del poder estatal—.

Frecuentemente, sin embargo, la retórica que rodea a estas cuestiones desborda el ejercicio argumentativo. Se postulan concepciones que descansan no ya sobre malos argumentos, sino sobre una deficiente imagen de las Cartas y Declaraciones de Derechos y lo que prometen proveer. Una de las misiones más importantes de este libro será finalmente explorar y defender una concepción de tales instrumentos que es radicalmente distinta de la que normalmente se asume en los debates que suscita. Pero antes de que podamos arribar a esta mejor concepción y apreciar su potencial, primero tendremos que examinar la concepción estándar y los modos en los que apuntala muchos de los argumentos, argumentos tanto favorables como críticos, que se han esgrimido en el discurso popular y académico. Como resultado, nuestra investigación se dividirá, en gran medida, en dos partes. En la primera, exploraremos críticamente algunos de los argumentos más populares y rotundos centrados sobre la concepción estándar; en la segunda parte proseguiremos nos encaminaremos hacia el examen de lo que creo es una concepción mucho más robusta de las Cartas y Declaraciones de Derechos, una que ayudará a entender mejor la naturaleza y posibilidades del control judicial bajo tal instrumento, y el rol potencialmente valioso que algo de esa práctica puede jugar en una democracia próspera. Teniendo esto en mente, nuestras investigaciones tomarán el siguiente rumbo.

2. LA ESTRUCTURA DEL ARGUMENTO

Empezaremos, en el capítulo II, con algunas reflexiones iniciales sobre la naturaleza del gobierno constitucionalmente limitado. En el capítulo III exploraremos algunos de los argumentos estándar a favor de las Cartas y Declaraciones de Derechos que uno encuentra tanto en el discurso popular como académico. Algunos de estos argumentos se mencionaron previamente, pero tendremos que examinarlos en mucho más detalle si queremos evaluar su fuerza —o ausencia de ella—. En el capítulo IV, se esbozarán y examinarán los argumentos en contra de las Cartas y Declaraciones de Derechos. Como veremos, la retórica empleada por los críticos de estos textos, y la práctica del control judicial de constitucionalidad que aquellas propician, frecuentemente excede de la lógica de los argumentos defendidos²⁰. Gran parte de nuestro esfuerzo irá dirigido a mostrar cuándo, de hecho, ése es el caso. Pero igualmente importante será la tarea de revelar en qué punto los Críticos llevan o no razón. Muchas veces, y tras haberse retirado la hojarasca retórica, hay mucho de sustantivo en las críticas formuladas. En la mayor parte de las ocasiones, los Críticos han apuntado certeramente a la considerable brecha existente entre la vida real gobernada por la Carta y el idílico paisaje enunciado por sus defensores. El hecho simple es que una Carta *no puede* lograr lo que sus voceros más entusiastas frecuentemente sostienen que se logra a través de ella. Es imposible, por ejemplo, que responda al ideal de dar a conocer a los ciudadanos cuáles son sus derechos, o de representar la *garantía* de una sociedad a sus miembros —particularmente a los miembros de las minorías— de que ciertos derechos enunciados serán observados y respetados en las decisiones futuras tomadas por los legisladores. Los críticos están en lo cierto: uno no puede comprometerse a X si no sabe siquiera qué es X. No resulta posible garantizar que «los ciudadanos conozcan exactamente cuáles son sus derechos y libertades...» si nuestro desacuerdo acerca de cuáles son realmente tales derechos y libertades es radical. Admito que éstos son problemas serios sólo si aceptamos la particular versión de las Cartas y del control judicial de constitucionalidad presupuesto por estas críticas. Y es esta par-

²⁰ En lo sucesivo usaré la frase «control judicial de constitucionalidad» para referirme a cualquier evaluación judicial de la validez jurídica de la acción de gobierno (típicamente la legislación) bajo una Carta constitucional o Declaración de Derechos como las que uno encuentra en Canadá o Estados Unidos, o bajo las secciones de una Constitución de un país que incorpora derechos civiles como la igualdad o la libertad de asociación. De la misma forma, simplemente usaremos la expresión «Carta» para hacer referencia a cualquier instrumento constitucional escrito, o parte de él, que especifica lo que parecen ser derechos morales contra los que las acciones gubernamentales deben ser medidas para evaluar su fuerza jurídica, eficacia o validez.

ticular pintura la que subyace en gran medida al vivo debate actual. Se trata, empero, de una descripción muy desenfocada. Comprobar por qué y en qué extensión lo es, nos ayudará a lograr una mejor comprensión de una Carta y de lo que puede de hecho lograr. Por lo tanto, estos problemas fatales se vuelven mucho más manejables si rechazamos la imagen estándar enteramente y aceptamos en su lugar una concepción alternativa de acuerdo a la cual las Cartas sólo representan una mezcla de un compromiso muy modesto combinado con una considerable dosis de humildad. Al desarrollo de esta concepción alternativa volveremos en los capítulos V y VI.

La concepción alternativa de las Cartas que se defenderá en lo que sigue, será denominada «concepción basada en el *common law*». Bajo esta concepción se acepta la premisa de que no sabemos, por anticipado, cuáles son nuestros derechos y libertades en muchos casos, y que hacemos bien, al diseñar nuestros sistemas de gobierno, en disponer las cosas de forma que podamos responder racionalmente a este inevitable rasgo de nuestra condición humana. Como veremos, uno de los modos en los que esta carencia de perspicacia moral puede tener un papel en la práctica, es en el amplio rango de violaciones no intencionales de derechos morales por parte del legislador y del ejecutivo. A menudo, cuando los legisladores aprueban leyes simplemente no saben si, y en qué medida, se considerará posteriormente que su legislación, por otro lado legítima y sensata, compromete derechos fundamentales, valores u objetivos sociales. Los sistemas jurídicos son típicamente sensibles a este rasgo de nuestra condición humana y emplean una batería de medidas para acomodarlo. Una de esas medidas es el empleo de términos abstractos como «razonable» y «equitativo» en las leyes, dejando en manos de los jueces encargados de aplicarlas, la determinación de lo que, en casos particulares, es de hecho razonable, equitativo, etc. Otra forma es confiar, en su lugar, en una casuística metodología de *common law* para la resolución de conflictos. En vez de hacer que el legislador introduzca, con carácter previo, una regla general mediante la que se genera la expectativa de la conformidad de nuestro comportamiento, los sistemas jurídicos descansan a veces sobre los jueces para que sean éstos quienes den con la solución a medida que surjan los conflictos. ¿Qué grado de fuerza es razonable emplear frente a la amenaza contra la persona o contra la propiedad? Dada la panoplia de circunstancias en las que brotan tales amenazas, sería completamente disparatado intentar definir *a priori*, y para todos los casos que pudieran surgir, cuál sería un grado razonable de empleo de la fuerza. Así que el sistema deja que la gente lo considere por sí misma, quizá con el auxilio de las previas decisiones judiciales en casos similares, y confía en la evaluación que puedan hacer los jueces sobre el juicio de un ciudadano en particular acerca de lo que de hecho era razonable dadas las circunstancias en las que se vio amenazado. Algunas veces

ésta es la única forma sensata de proceder, incluso si alguien puede quejarse, razonablemente, de que hubiera sido mejor saber previamente lo que se esperaba de él. Éstas y otras técnicas son empleadas por el derecho para lidiar con nuestra carencia de conocimiento previo sobre las situaciones en las que nos encontraremos. Los argumentos presentados en los capítulos IV y V se dirigen a sostener que la adopción de una Carta es una de esas técnicas. Una Carta se concibe mejor como un instrumento para tratar con nuestras limitaciones epistémicas sobre los efectos del poder del Estado en nuestros derechos morales. Estos son derechos sobre cuya naturaleza exacta frecuentemente dudamos o no podemos converger previamente, pero cuya importancia ha sido reconocida al decidir su inclusión en una Carta de Derechos y Libertades. Una vez que contemplamos las Cartas y el control judicial de constitucionalidad bajo esta muy distinta luz, no sólo advertiremos más claramente nuestro camino para lograr una comprensión mejor de las disputas entre sus Críticos y Defensores, sino que también veremos por qué pueden ser algo de lo que resulta muy interesante disponer —incluso en una sociedad plenamente comprometida con los ideales democráticos y sujeta a controversias interminables causadas por nuestras limitaciones epistémicas—. Al menos así lo defenderé yo.

3. EL ALCANCE DEL ANÁLISIS

Como he indicado previamente, este libro tiene como objetivo ofrecer una exploración general y filosófica de las Cartas de Derechos y el papel potencial que pueden jugar en sociedades democráticas como las que uno encuentra en los Estados Unidos, Alemania, México, Nueva Zelanda y Canadá²¹. En aras a esa meta se pretende que el análisis sea relevante para cualquier país democrático o jurisdicción en el que se encuentre alguna forma de limitación sobre la acción del ejecutivo basada en una Declaración de Derechos —esto es, en el que al Estado, de alguna manera o con cierto margen, le es exigido, o se espera de él, que no infrinja un conjunto de derechos morales constitucionalmente especificados cuando ejerce sus poderes (típicamente el legislativo)—. Como veremos, la fuerza de este requisito puede variar entre los sistemas y, sin duda, a lo largo del tiempo dentro del mismo sistema. Es igualmente importante insistir en que los medios mediante los cuales la exigencia en cuestión se aplica pueden

²¹ Pronto comprobaremos que existe una controversia considerable sobre los factores que hacen que una sociedad sea auténticamente democrática. De momento nos basta con indicar que una condición mínima necesaria parece ser la existencia de ciertos instrumentos que permiten introducir, modificar y derogar normas que sean correspondientes con los deseos, preferencias y perspectivas de los ciudadanos.

variar considerablemente. Así, éstos pueden ir desde la pura fuerza de la persuasión moral, la cual, a pesar de su informalidad, puede ser extremadamente efectiva, a la fórmula legalmente establecida (por costumbre o convención) del robusto control judicial de constitucionalidad mediante el cual los jueces tienen competencia para anular los esfuerzos legislativos de un Parlamento o un Congreso. Por lo tanto, espero que la relevancia del análisis sea bastante amplia. A pesar de ello, sin embargo, una buena parte de la discusión por venir seguirá haciendo explícita referencia al contexto canadiense. Esta ruta se ha escogido por razones varias.

En primer lugar, cuando uno se enfrenta a conceptos, argumentos o temas de amplio espectro, es a menudo útil centrarse en un ejemplo particular con el que uno está familiarizado. Por decirlo todo, hay un peligro al emplear esta aproximación: uno puede cegarse por los rasgos especiales del ejemplo escogido. Se debe ser siempre cuidadoso en no confundir lo que es particular de una manifestación de X con lo que es esencial o característico de X. Pero en la medida en que se es consciente de esta dificultad potencial y se elige un ejemplo más o menos estándar, la concentración sobre un caso o aplicación particular puede ampliar el esfuerzo de entender conceptos y temas que sólo podrían ser vagamente aprehendidos en un nivel más abstracto. En segundo lugar, muy frecuentemente las discusiones sobre la justicia constitucional presuponen el paradigma estadounidense, y proceden como si este ejemplo definiera el fenómeno en su conjunto. Se asume normalmente, por ejemplo, que el fallo de una Corte Suprema de anular las decisiones legislativas tiene carácter absoluto, prefigurando así nuestros intentos de dar una respuesta a la pregunta sobre la consistencia de la justicia constitucional con los principios democráticos. Y sin embargo, como ilustra la Sección 33 de la Carta Canadiense, tal necesidad no existe. Es posible disponer de control judicial de constitucionalidad sin otorgar a los jueces la última palabra. Centrarnos en un ejemplo no estadounidense, por lo tanto, debe abrir nuestros ojos a posibilidades que de otro modo no se presentarían. En tercer lugar, la Carta canadiense está aún en su infancia, y las discusiones sobre su papel en la vida de Canadá están, relativamente, por desarrollarse. Hasta donde yo sé, nadie ha intentado hacer un análisis del tipo del que aquí se ofrece, que usa la Carta canadiense como su ejemplo principal. Es más, nadie, de nuevo hasta donde yo sé, ha aportado un análisis de la Carta canadiense que se centre en sus cimientos filosóficos y que intente vincular las disputas contemporáneas sobre tal Carta en particular con las cuestiones más fundamentales relativas a la naturaleza y justificación de las Declaraciones de derechos y del control judicial de constitucionalidad. Gran parte del discurso público y académico, tanto a favor como en contra de la Carta canadiense, presupone acríticamente la imagen *naïve* de las pretensiones del documento que se repre-

sentan en nuestras anteriores citas de Pearson, Trudeau y Chrétien. Los defensores de la Carta no parecen advertir, por ejemplo, cuánto discrepamos sobre los derechos de cuya naturaleza se supone que nos informa la Carta. Los críticos, aprovechándose de hechos como éste, responden con el argumento de que la Carta está basada en una peligrosa ingenuidad política. ¿Pero es esta imagen compartida la imagen correcta? Y si no lo es, ¿por qué? ¿Qué muestra esto sobre los muchos argumentos con los que uno se topa en el discurso público y académico? ¿Están todos desencaminados?

Sostengo que hay mucho que ganar de una discusión filosófica sobre el control judicial de constitucionalidad que se centra en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. Al adoptar este enfoque debemos, como he indicado antes, ser cuidadosos en no hacer generalizaciones injustificadas. Debemos tener la cautela de no confundir lo que es particular de esta manifestación en particular del fenómeno, con lo que es esencial o característico del mismo. Pero debemos ser igualmente muy precavidos en no mezclar las dos siguientes clases de cuestiones, que, lamentablemente, se han confundido en muchas críticas al control judicial de constitucionalidad: 1) ¿Es una Declaración de Derechos algo que debemos tener, al menos en principio, en el contexto de las sociedades liberales democráticas con tradiciones e instituciones del tipo de las que uno encuentra en Canadá y Estados Unidos — y si es así, ¿por qué? y 2) ¿qué tal les ha salido a las sociedades la implementación del control judicial de constitucionalidad?—. En concreto, ¿cuál ha sido la actuación de sus jueces *al aplicar* sus Declaraciones en los muchos casos en que se ha considerado que eran aplicables? Sostengo que con demasiada frecuencia las críticas sobre cómo los *jueces* han decidido los casos durante un período de tiempo han sido confundidas con las censuras a la *Declaración misma*, o a la misma *idea* de control judicial de constitucionalidad. Pero esto es un error porque de ninguna manera se sigue del hecho de que X no ha sido correctamente implementado que X debe rechazarse por completo. En ausencia de un argumento acuciante que demuestre que la implementación exitosa es imposible o altamente improbable, o que sólo puede lograrse a un coste excesivo, la respuesta a dicho fallo bien pudiera ser que se implemente mejor a partir de una mejor comprensión de lo que se pide y de lo que está en juego. Si los jueces no han estado a la altura de sus responsabilidades quizá sea porque nosotros — y ellos — no han entendido del todo qué es exactamente lo que se les pide — y por qué—. La respuesta a la acusación de que «nuestros tribunales están enmendado la Constitución por su mera voluntad, cuando lo tienen a bien, transmutando principios en garantías jurídicas con un fervor empresarial que hace un flaco favor a quienes redactaron la norma suprema»²², puede

²² *Globe and Mail*, 3 de diciembre de 1999.

no ser el abandono sin más del control judicial de constitucionalidad, sino la promoción de una mejor comprensión de la naturaleza y papel de la práctica en el marco de una democracia constitucional. Si los jueces parece que están excediéndose en el ejercicio de sus funciones, entonces, tal vez, la sociedad necesita un mejor conocimiento de por qué esto es así —si es que de hecho lo es— y de cómo lo pueden hacer mejor. Esto es lo que espero aportar en el presente estudio.

Una última advertencia cautelar. Uno podría ser excusado por pensar que las anteriores precauciones sobre la ausencia de distinciones entre lo que *ha* ocurrido desde que se promulgó la Carta de lo que *debe* o *puede* ocurrir, pueden conducir al error opuesto. ¿De qué utilidad sería un análisis sobre las posibilidades que probablemente nunca se darán —es decir, un análisis que desconoce la realidad práctica de la vida bajo el gobierno de la Carta?—. Si los jueces de hecho han sobrepasado sus competencias de acuerdo con una Declaración en concreto, han creado de hecho nuevos derechos sin anclaje alguno en tal instrumento, entonces quizá hay algo en la empresa de la justicia constitucional que inevitablemente nos conduce en esa dirección. Quizá, siendo como es la naturaleza humana, es completamente insensato tener una Carta que coloca ese gran poder en las manos de unas cuantas mentes clarividentes que se sientan en los estrados. El control judicial de constitucionalidad sería una magnífica idea, si es que pudiéramos alguna vez encontrar guardianes platónicos en cuyos hombros sostener dicha práctica²³. Sin embargo, en las manos de ordinarios mortales, ocurre que la institución se revela como algo muy negativo. Esto es muy cierto y nuestro análisis debe ser sensible a las preocupantes posibilidades aquí mencionadas. Así y todo, por las razones esgrimidas, puede ser muy pertinente intentar separar lo que *ha* ocurrido de lo que *puede* ocurrir bajo condiciones más adecuadas y realizables. Si pudiéramos articular una concepción del control judicial de constitucionalidad que nos permita entender lo que los jueces pueden estar intentando hacer y eso nos proporciona recursos con cuya ayuda pueden hacerlo mejor, o proporcionar un mejor instrumento para explicar lo que hacen y por qué está de hecho justificado, entonces habremos dado un paso importante y necesario en la evolución de nuestra comprensión del control judicial de constitucionalidad y de los sistemas jurídicos y políticos en los que tal institución es una característica prominente. Éste es mi anhelo. Que resulte o no exitoso al ambientarlo es algo que sólo al lector corresponde juzgar.

²³ Pero recuérdese la admonición de Learned Hand de que, incluso en ese caso, él rechazaría someterse a su gobierno.