

Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea

Pablo RIBERI
Coordinador



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

FUNDAMENTOS Y DESAFÍOS
DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 852

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Ricardo Hernández Montes de Oca
Cuidado de la edición y formación en computadora

Iván Escoto Mora
Apoyo editorial

Edith Aguilar Gálvez
Elaboración de portada

FUNDAMENTOS Y DESAFÍOS DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEA

PABLO RIBERI
Coordinador



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2019

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 22 de marzo de 2019

DR © 2019. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-1458-8

CONTENIDO

Reconocimientos	XI
Prefacio.	XIII
Pablo RIBERI	

PRESENTACIÓN TEÓRICA

Cinco tesis sobre los fundamentos del derecho constitucional	3
Otto PFERSMANN	
Los fundamentos de la Constitución y un dogma incierto —política y filosofía interpeladas—	21
Pablo RIBERI	

CONSTITUCIÓN, HISTORIA Y DISEÑO CONSTITUCIONAL

Principios y acuerdos en el proceso de diseño constitucional	73
Sanford LEVINSON	
El constitucionalismo latinoamericano y la sala de máquinas de la Constitución (1980-2010)	95
Roberto GARGARELLA	

MECANISMOS CONSTITUCIONALES EN LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

La representación política: una conjetura colectiva	121
Ricardo CHUECA	
¿La acción como un derecho político oblicuo? Judicialización, par- ticipación y representación política	131
Tania BUSCH VENTHUR	

DERECHOS CONSTITUCIONALES Y PODER JUDICIAL

Poderes políticos <i>vs.</i> activismo judicial	149
Cesare PINELLI	
Control judicial de la política. El caso del tribunal constitucional . .	165
Francisco ZÚÑIGA URBINA	
El control judicial de las políticas sociales.	189
Lucas S. GROSMAN	
La justificación mixta del control judicial de constitucionalidad . . .	209
José Sebastián ELÍAS	
Tribunales estatales y el “Estado de derecho”	231
M. E. LIBONATI	

LA EMERGENCIA FRENTE A LOS LÍMITES JURÍDICOS DE LA CONSTITUCIÓN

Emergencias constitucionales en Argentina: los romanos (no los jueces) tienen la solución.	239
Carlos ROSENKRANTZ	
Positivismo, totalitarismo y constitucionalismo.	279
Ricardo RAMÍREZ CALVO	

LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

El republicanismo transnacional: ¿un desafío demasiado lejano? . .	303
John MAYNOR	
La posibilidad de un derecho constitucional internacional. Un enfoque pluralista hacia el derecho constitucional y la comparación constitucional	321
Konrad LACHMAYER	

¿Es posible un derecho constitucional “transnacional”?	351
Michele CARDUCCI	
Alessandro ISONI	
¿Hasta dónde deben llegar los tribunales internacionales de derechos humanos? Los tribunales internacionales y la jurisdicción constitucional ante los fenómenos de judicialización y de activismo judicial	371
Mônia Clarissa HENNIG LEAL	

RECONOCIMIENTOS

Este es un libro cuyo contenido refleja la generosidad de muchas personas. En primer término, es mi voluntad expresar un profundo agradecimiento a todos los participantes y asistentes al Congreso. Dentro de esta categoría hay que destacar el esfuerzo desinteresado de los profesores extranjeros que emprendieron un largo viaje hasta la ciudad de Córdoba para compartir sus sabias y eruditas reflexiones en el Congreso Internacional de Teoría Constitucional (CITC, 2011). Muchas gracias a Sanford Levinson, Otto Pfersmann, Konrad Lachmayer, Michael Libonati, Ricardo Chueca Rodríguez, John Maynor, Cesare Pinelli, Alessandro Isoni, Monia Hennig Leal y Francisco Zúñiga Urbina.

No menos agradecido estamos con los académicos y panelistas argentinos: Carlos Rosenkrantz, Lucas Grosman, Roberto Gargarella, Alejandro Groppo, Sergio Díaz Ricci, Antonio María Hernández, Jorge Gentile, Marcelo López Alfonsín, Gabriela Abalos, Alfredo Vítolo y Martín Rodríguez Brizuela.

Merecen sinceras palabras de reconocimiento también los colegas, jóvenes docentes y alumnos que vinieron a Córdoba desde otras provincias y otros países para tomar parte del evento. De entre ellos menciono a los profesores Luis Magno Pinto Bastos, Ignacio Colombo Murúa y en particular a Tania Busch Venthur, joven docente que ganó el concurso de ponencias.

Una especial mención les corresponde a tres colegas cuyo apoyo y participación representan para todo el equipo organizador —y para mí—, un legado imborrable de compromiso académico y amistad. Me refiero a Sebastián Elías, cuyo estímulo y aliento fueron decisivos durante la planificación del CITC. Otra mención inevitable es para Ricardo Ramírez Calvo, a quien le debemos un incondicional apoyo para superar los múltiples obstáculos que acecharon el camino emprendido. Finalmente a Konrad Lachmayer, sin cuya dedicación y paciencia hubiera sido imposible que la versión inglesa de este libro viera luz.

Es imprescindible hacer una especial referencia a los jóvenes colaboradores que integraban y/o todavía integran el Seminario de Filosofía Política y Teoría Constitucional Anachársis Cloots. Con dedicación, lealtad y duro

trabajo, ellos realizaron una tarea sobresaliente. De entre ellos deseo destacar a Josefina Ferreyra, Consuelo Escribano Martínez, Patricia Ari Moyano y Melisa Gorondy Novak, sin cuyo esfuerzo y trabajo, no hubiera sido posible generar el ambiente de amistad y concordia que, a no dudarlo, fueron determinantes para el éxito de las deliberaciones emprendidas.

Advierto que, habiendo traducido personalmente al español los textos de Otto Pfersmann, Sanford Levinson, Cesare Pinelli, John Maynor, Konrad Lachmayer, Michele Carducci y Alessandro Issoni, y Michael Libonati, este trabajo tuvo, empero, un refuerzo de calidad decisivo en la tarea. La ayuda, comentarios y observaciones ofrecidos por Magdalena Álvarez Oliva y Francisco Trebucq merecen estar destacadas en este capítulo. Más acá en el tiempo, no huelga notar que Santiago Bravin, joven colaborador e integrante del Seminario, tuvo un protagonismo valioso en la paciente relectura de las mencionadas traducciones. De una u otra forma, el entusiasmo de todos los nombrados, asoman patentes en este volumen.

Finalmente, corresponde notar el apoyo de las autoridades de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Católica de Córdoba. Nuestra gratitud, especial, por haber apoyado la realización del CITC-2011 y el CITC-2017.

Por último, no puedo dejar de expresar gratitud al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y a su director, Pedro Salazar Ugarte, por el respaldo académico, editorial e institucional generosamente brindado. A todos, sin soslayar a nadie involucrado, muchas gracias.

PREFACIO

Dos congresos internacionales de teoría constitucional han tenido cita en Córdoba, Argentina. En este volumen presentamos una valiosa compilación de contribuciones recibidas en el primer encuentro.

En mi calidad de director del Congreso Internacional de Teoría Constitucional —y responsable de la edición de este libro—, en consecuencia, tengo la alegría de presentar este texto que reúne el núcleo discursivo de unas apasionantes deliberaciones ocurridas en esa primera cita. Este libro refleja una experiencia humana y académica excepcional. La verdad es que tuvimos la gran alegría de contar con la presencia de destacados académicos de universidades de América y Europa, todos juntos reunidos en la ciudad de Córdoba, Argentina, para debatir sobre temas capitales en materia de teoría constitucional.

Como puede apreciarse, con la intención de arriesgar una mirada teórica meta-dogmática, destacados profesores de derecho constitucional, teoría constitucional, filosofía política y filosofía del derecho, nos reunimos para explorar los fundamentos de la Constitución y del orden constitucional contemporáneo. Con esta intención se abordaron preguntas sencillas tales como qué son, para qué sirven o porqué —casi invariablemente— se vuelve necesario establecer ciertas instituciones y determinadas reglas y procedimientos dentro de la práctica constitucional. Y sobre estas interrogantes, se dispusieron también pertinentes respuestas y análisis que giraron en torno a categorías centrales y/o sobre repetidas voces recurrentemente visitadas dentro de la disciplina tales como “derechos”, “control”, “emergencia” o “representación política”. Ciertamente, además, sin desconocer diversos desafíos asociados a la construcción constitucional a nivel subnacional o supranacional, se recibieron reveladores aportes y trabajos que abordaron los fenómenos asociados al llamado derecho constitucional globalizado.

Tal como está apuntado en los reconocimientos, cabe destacar que soy exclusivo responsable de la traducción en esta versión española de los textos de Otto Pfersmann, Sanford Levinson, Cesare Pinelli, John Maynor, Konrad Lachmayer, Michele Carducci-Alessandro Isoni y Michael Libonati.

En resumidas cuentas, los participantes y asistentes al CITC-2011 estuvimos dedicados a debatir con pasión sobre una colección tópica y problemas propios de la teoría constitucional. Nos juntamos para arriesgar nuestros puntos de vista y también para plantar diferencias en torno a cuáles deben ser los fundamentos últimos de la Constitución y del derecho constitucional. Y en eso —por la generosa contribución de los destacados expositores—, participantes y asistentes de la conferencia, sin lugar a duda, fuimos todos compensados con un saldo altamente gratificante. La verdad es que todos juntos hemos aprendido en el consenso y en la discrepancia. Lo hemos hecho no sólo cuando nuestras convicciones personales lograron sobrevivir la crítica aguda, sino también cuando las mismas tuvieron que sucumbir por la fuerza de los argumentos adversos. Muchas gracias a quienes de una u otra forma hicieron posible este evento. Espero, por último, que de algún modo —siquiera mínimamente— los lectores puedan alcanzar en alguna intensidad las notas de regocijo intelectual que supimos experimentar todos quienes participamos en las deliberaciones del CITC-2011.

Pablo RIBERI

Ciudad de Córdoba, enero de 2019

PRESENTACIÓN TEÓRICA

CINCO TESIS SOBRE LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Otto PFERSMANN*

SUMARIO: I. *La recursividad interna*. II. *La tesis de la distribución y complementariedad*. III. *La tesis de la lingüística aplicada*. IV. *La tesis babilónica*. V. *Paralelismo*.

¿Tiene cimientos el derecho constitucional? El derecho constitucional representa el estamento más importante de normas dentro de un sistema jurídico, por tal motivo, tales disposiciones no pueden venir desde ningún lugar. Más allá de ello, “fundamentos” y “derecho constitucional” pueden tener significados diversos: puede ser una disciplina, su materia de estudio, la función del conocimiento jurídico específico o su objeto en una comunidad política determinada.

El derecho constitucional puede significar la disciplina que estudia los contenidos jurídicos que pueden ser identificados como Constituciones y en este capítulo la pregunta sería, entonces, si esta disciplina tiene fundamentos propios. Esta sería una cuestión epistemológica. Una vez más, la cuestión puede ser tomada como normativa cuando se pregunta qué condiciones deben cumplirse para obtener conocimiento sobre el objeto “Constitución”, mientras que la misma puede ser concebida como un problema empírico cuando están involucradas las actitudes fácticas de quienes pretenden adquirir o dicen poder explicar tal conocimiento. Si se considera que el “derecho constitucional” significa el objeto jurídico “Constitución”, la pregunta puede dirigirse al problema de si hay algo más básico que este objeto, algo a partir de lo cual es adquirida la propia existencia legal. Esta es una cuestión ontológica, y aunque las Constituciones son objetos normativos, no sería necesariamente una cuestión normativa, porque el punto no es imponer ciertas exigencias a las Constituciones, sino saber si en verdad existen exigencias

* Universidad París I Panthéon Sorbonne.

que las Constituciones deben respetar. Si consideramos otros elementos de esta cuestión, nos enfrentamos a un problema meta-funcional con relación al tema epistemológico y normativo. La pregunta es qué papel juegan los temas epistemológico y normativo-ontológico cuando son analizados desde un punto de vista técnico-erudito, por ejemplo, bajo una perspectiva disciplinaria en contraposición a la de un lego, y más específicamente desde la perspectiva de grandes grupos de legos, sino de la comunidad de ciudadanos que generalmente las constituciones consideran como sus destinatarios. Sean lo que sean las Constituciones, lo cierto es que se han convertido en objetos más y más complejos, y por ello, en objetos bastante difíciles de entender no sólo para el destinatario común —sino para el mismísimo académico altamente capacitado—; razón por la cual podemos preguntarnos si la Constitución, algo tan difícil de ser comprendido, puede seguir teniendo la función que generalmente se le atribuye. El tercer problema, así considerado, se convierte en una cuestión epistemológica-ontológica, dado que es posible preguntarse si una Constitución imposible o muy difícil de ser comprendida puede todavía seguir siendo una Constitución —en una determinada concepción ontológica de lo que es una Constitución—.

Al considerar estas cuestiones, defenderé las siguientes tesis:

- 1) El derecho constitucional no tiene fundamento jurídico-legal dentro del sistema jurídico-legal al cual pertenece la Constitución (la tesis de la recursividad interna).
- 2) Los fundamentos normativos del derecho constitucional no le pertenecen al ámbito disciplinario del derecho constitucional; le conciernen al campo de la filosofía política (la tesis de la distribución y complementariedad).
- 3) Sin fundamentos epistemológicos, el derecho constitucional no puede existir como disciplina científica. Estos son más fáciles de ser concebidos en principio y más difíciles de ser aplicados en la práctica de lo que generalmente se asume en los debates teóricos (la tesis de la lingüística aplicada).
- 4) Debido a la ausencia de un programa disciplinario común, el derecho constitucional como disciplina empírica se encuentra sometido a crecientes discrepancias ocultas, desapercibidas por un equivocado consenso práctico (la tesis babilónica).
- 5) Existe una conexión entre la concepción disciplinaria del derecho constitucional y la filosofía política que no es fundacional sino estructural (la tesis del paralelismo).

I. LA RECURSIVIDAD INTERNA

Una cosa puede ser el fundamento para otra cosa, si existiere una conexión ontológica tal que la existencia del segundo objeto es adecuadamente rastreada por medio de la existencia del primer objeto. En el derecho, el fundamento de una norma está dado por otra norma del mismo sistema.¹ Una norma de otro sistema no puede atribuir validez jurídica a una prescripción fuera de ese sistema y viceversa. Si hay una conexión fundacional entre dos o más normas, entonces es porque ambas pertenecen al mismo sistema. Si fuera de otra manera, las normas podrían existir sin fundamentos o con un fundamento no-normativo, lo cual resultaría lo mismo. Obviamente, si se acepta alguna variedad de naturalismo, tal imposibilidad desaparece. Ahora bien, con ello se vuelve imposible también la especificidad de la dimensión normativa, ya que al no haber diferencia entre las normas y los hechos, pierde sentido establecerlas por simple vía de hipótesis.

Lo mismo les cabe a los sistemas normativos de diferente estructura modal. Si ley y moralidad son modalmente diferentes, entonces, no es posible encontrar conexión fundacional alguna entre ambas, pero en cambio, si hubiera tal vínculo fundacional, entonces en un sentido modalmente relevante, no habría mayores diferencias: apenas nombres distintos para las mismas estructuras normativas.²

Sin embargo, a nivel normativo “fundamento” puede significar dos cosas completamente diferentes. En un sentido básico, una norma constituye el fundamento de otra norma, si dentro de un sistema relevante es capaz de definir las condiciones de existencia o validez de otra norma. Se trata de una simple relación de membresía.³ En un segundo sentido, donde ya está asumida una relación de validez, una norma opera como fundamento o factor de conformidad, si la misma es capaz de establecer los requisitos necesarios para que otra (norma válida) pueda reputarse sin la menor mácula con respecto a su contenido jurídico y también con relación a consecuen-

¹ El derecho es un conjunto organizado de normas que poseen ciertas propiedades específicas. Una norma legal “existe” en la medida en que es un elemento de dicho sistema, y “ser un elemento de dicho sistema” a menudo supone tener “validez”. Cfr: Pfersmann, Otto, “Pour une typologie modale de classes de validité normative”, en Petit, Jean-Luc (ed.), *La querelle des normes — Hommage à Georg Henrik von Wright*, Cahiers de Philosophie Politique et Juridique de l’Université de Caen, 1995, pp. 69-113.

² Véase nota 1.

³ Véase nota 1.

cias por potenciales deficiencias.⁴ Los dos sentidos se confunden a menudo, pero deben ser diferenciados con precisión. Las condiciones de validez son necesarias y suficientes. Si falta un elemento, el acto no tiene validez normativa dentro del sistema. Y viceversa, si todas las condiciones se cumplen, entonces una norma válida existe en el sistema. De tal manera, si algo no fuera válido en el sistema, ni siquiera es necesario ni posible anularlo. Las consecuencias de la falta de adecuación o conformidad pueden ser muy complejas dependiendo las mismas de la capacidad de acción o de la falta de acción que un órgano pertinentemente habilitado pudiera exhibir.

Las Constituciones son por definición la base normativa de un sistema jurídico, por ejemplo: una Constitución es un conjunto de normas que define las condiciones para la validez de otras normas.⁵ Aún si admitiéramos una hipotética meta-norma o una regla-maestra para explicar la normatividad de la Constitución, sigue siendo la Constitución de todos modos considerada como un conjunto de normas explícitamente enunciadas para dar cimiento a la validez de otras normas dentro del sistema.⁶ En consecuencia,

⁴ Una norma N1 guarda conformidad con una norma N2 si N1 no sólo ha sido creada de acuerdo con condiciones necesarias y suficientes de validez, sino que, además, si la misma ha sido creada respetando los otros requerimientos posibles dispuestos por N2. La conformidad supone validez, pero no al revés. Y si los requisitos normativos a los que se refieren la validez son tales a punto que la ausencia de un elemento necesario implica la ausencia de validez normativa, los requisitos normativos con respecto a otras normas son meras exigencias. Pero si ello fuera poco, hay que notar que las mismas suponen conocer además las consecuencias normativas de una eventual violación: anulación, modificación correctiva o la no aplicación de la norma por parte de otro órgano distinto del que creó la norma problematizada. Esta es la idea principal del “cálculo por default”, desarrollado en primer lugar por Adolf Merkel, *cf.* Pfersmann, Otto, “La production des normes: production normative et hiérarchie des normes”, en Troper, Michel y Changollaud, Dominique (eds.), *Traité international de droit constitutionnel*, París, Dalloz, 2012.

⁵ *Cf.* Pfersmann, Otto, “La production des normes...”, *cit.*

⁶ El fundamento último de las normas del sistema es por definición algo que no puede haber sido creado siguiendo una norma de creación de normas que pueda aún ser más elevada. De tal suerte, tal norma suprema sólo puede verse supuesta, considerando que no puede existir por sí misma. Este es el punto de vista principal de la idea de Hans Kelsen de una “norma fundamental” o “Grundnorm”. Aunque la construcción precisa y plausible del fundamento último de un sistema normativo es, por supuesto, central al problema de los “fundamentos del derecho constitucional”, a los fines de este tema, no nos concierne inmiscuirnos en el fondo del debate. Baste decir empero que, en nuestra opinión, se está confundiendo regla y práctica. Y que ello es así en tanto que la regla rectora, la “regla de reconocimiento” de Herbert Hart, no ha hecho otra cosa que violar la división fundamental del “ser-deber ser” (*Is-Ought*). Para mayores detalles, véase también Pfersmann, Otto, “La production des normes...”, *cit.* El tema principal es que una norma fundamental, aunque asegure la formulación de un texto que se postula como Constitución, no puede ser una norma establecida por un creador de normas.

no puede haber ninguna norma *jurídica* que pueda ser el fundamento de la Constitución. Si hubiera tal norma, entonces, simplemente sería ésta la norma que tendría la función de ser la Constitución; con lo que cualquier posible suposición previa que viniese a atribuir esta cualidad a otro conjunto de normas legales dentro del sistema, se encontraría irremediablemente falseada.

Este enunciado general trae consigo alguna sutileza. El mismo debe enfrentarse a dos objeciones (una política y otra internacional). En efecto, las Constituciones pueden contener distintos niveles, y a menudo suelen mostrarse *polimórficas*.⁷ Las Constituciones, en tanto cimiento de los sistemas jurídicos, pueden ellas mismas asimismo reconocer otras fuentes jurídicas.

Las Constituciones son en su mayoría concebidas como estructuras monolíticamente ensambladas, en particular, cuando las mismas (son rígidas y) se encuentran estrictamente formalizadas; por ejemplo, cuando una regla relativa a la creación de los contenidos mismos de la Constitución establece un procedimiento hiper-mayoritario específico, el cual a menudo, está adscrito en forma expresa al interior de un texto específico que lleva el nombre de “Constitución” u otro término indicativo del mismo concepto fundacional. De todos modos, aun cuando pueda haber una forma constitucional —y este obviamente es el caso en la mayoría de los actuales sistemas jurídicos— de ello no necesariamente se sigue que las Constituciones sean *monomórficas*; lo que, por ejemplo, indicaría que, dentro de un sistema, sólo existe una única forma suprallegal de normas. En realidad, hay tantas formas como métodos de producción de normas para las diversas condiciones y/o efectos normativos previstos. En muchos casos, el texto constitucional abarca distintos grupos de normas, y en algunas hipótesis las normas siquiera pueden ser modificadas o sólo pueden serlo mediante un procedimiento que es aún más complejo que el establecido por el ordinario formalismo constitucional. Esto suscita interrogantes muy desalentadoras, dado que, en tal caso, ciertas normas constitucionales pueden verse anuladas cuando las mismas violasen otras normas constitucionales de mayor jerarquía. Ahora bien, si las Constituciones fueran de tal manera polimórficas y más específicamente, si dicho polimorfismo constitucional fuera “no-equivalente”,

⁷ Utilizo este término para indicar que las Constituciones son conjuntos de normas formalmente supra-legislativas, donde puede haber varios niveles formales por encima de la forma “ley”. Introduzco dicho concepto en Pfersmann, Otto, “La production des normes...”, *cit.*, y en “Enmiendas constitucionales inconstitucionales: una perspectiva normativa”, a publicarse en *Journal of Public Law/Zeitschrift für öffentliches Recht*. Véase asimismo mi trabajo, “La única Constitución y sus muchos enemigos”, en Sajó, Andras y Uitz, Renata (eds.), *Topografía constitucional: valores y Constituciones*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2010, pp. 45-68.

por ejemplo, si hubiere efectos invalidantes reales, entonces ¿por qué seguir hablando de una Constitución? Cualquiera sea el nombre o el estatus legal que ostenten, aplicando nuestra definición de manera estricta, la verdadera Constitución solamente estaría integrada por esos pocos principios que otras normas del sistema están llamadas a respetar. De todos modos, este argumento debe ser distinguido. En efecto, en algunos casos, las más empinadas normas constitucionales simplemente contienen prohibiciones, es decir, imposibilitan toda clase de cambio en algunos ámbitos, como la forma republicana de gobierno en Francia y en Italia, o la dignidad de los seres humanos y la estructura federal y democrática del Estado en Alemania.⁸ En tales hipótesis, la Constitución no contendría norma alguna con la capacidad de especificar las condiciones normativas de validez para la producción de otras normas, no siendo la misma, por lo tanto, en absoluto constitucional. En segundo lugar, aun cuando pudieren estar albergadas normas que definan la producción específica de otras normas, como la llamada “revisión total” en Suiza o Austria, la mayoría de las normas constitucionales de mayor jerarquía tienen en su contenido límites sobre su alcance y, por lo tanto, al estar reguladas las condiciones para producción de normas ordinarias desde el derecho constitucional, de algún modo, se estaría excluyendo otras normas firmemente afianzadas. De manera que parece más conveniente, aunque también más complejo tener que admitir el polimorfismo constitucional, es decir, tener que aceptar que, por oposición al proceso común de creación de leyes, la “Constitución” es el conjunto de normas que responden a las más altas exigencias formales. Entiéndase, dicho sea de paso, que por “proceso ordinario de creación de leyes”, se alude a la forma que permite definir la producción de normas generales y abstractas.⁹

⁸ Constitución francesa, artículo 89, párrafo 5; Constitución italiana, artículo 139; Norma-Fundamental Alemana, artículo 79, párrafo 3. La bibliografía con respecto al significado y aplicación de estas cláusulas es extremadamente rica. Para dar sólo unos ejemplos: Association Française des Constitutionnalistes: Pfersmann, Otto y Favoreu, Louis (eds.), *La révision de la Constitution*, Paris, Economica, 1993; según reciente literatura: Winterhoff, Christian, *Verfassung, Verfassungsgebung, Verfassungsänderung: zur Theorie der Verfassung und der Verfassungsrechtserzeugung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007; Gambino, Silvio y Guerino, D’Ignazio (eds.), *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Milán, Giuffrè Editore, 2007; Scriba, Florian, *Legale Revolution: zu den Grenzen verfassungsändernder Rechtssetzung und der Haltbarkeit eines umstrittenen Begriffs*, Berlín, Duncker und Humblot, 2008; Pedrazza Gorlero, Maurizio, *Le fonti dell’ordinamento repubblicano*, Giuffrè Editore, 2010.

⁹ La legislación ordinaria es por supuesto a menudo polimórfica, especialmente en Estados cuya estructura política es federal o, de manera más general, descentralizada. También puede haber una distribución de competencias entre un legislador parlamentario y uno judicial o entre un legislador parlamentario y uno ejecutivo, como en el caso de la Constitución francesa, que en principio atribuye “la legislación ordinaria” al primer ministro como cabeza

No obstante lo dicho, aun el polimorfismo constitucional más complejo y desarrollado está atrapado dentro de la función recursiva de validez. En otras palabras, si bien podemos tener distintos niveles de jerarquizados principios constitucionales, por construcción, ninguno de ellos puede estar por encima o por fuera de una Constitución considerada en su totalidad. Para dar cuerpo al argumento, admitamos que un tribunal de última instancia en una decisión judicial sostuviera que existen algunos elevados principios que nunca han sido expuestos por autoridad judicial alguna y/o que los mismos provienen de una norma extraña al sistema, por lo que dicho órgano judicial, aprovechándose de la existencia de tales entidades, anula una norma que concierne al más alto nivel de principios constitucionales explícitamente formalizados. Tal aclamada acción, empero, realizada, por ejemplo, por la Suprema Corte de India, no constituye prueba alguna acerca de la existencia de tales supuestas entidades.¹⁰

Lo único que queda demostrado con ello es que el tribunal adopta el punto de vista de que las cosas son tal como están expresadas por sus opiniones. Más allá de ello, el problema, precisamente, es si el punto de vista adoptado por el tribunal guarda alguna correspondencia con la realidad jurídica. En este punto, dos concepciones opuestas y contradictorias confluyen. Según un grupo de teorías, a las que podemos llamar en términos generales “realismo”, en verdad, los tribunales no sólo deciden sobre casos concretos, sino que ellos son también responsables de establecer la ley. Es decir, si un tribunal sostiene una determinada opinión, entonces, la ley es eso. De tal suerte, si un tribunal con competencia constitucional establece que hay algo por encima de la Constitución, entonces, por un “fiat interpretativo judi-

del poder regulatorio (artículo 37, párrafo 1, junto con artículo 21, párrafo 1). El tema es que en tales casos se realiza una diferenciación dentro de un conjunto de normas que, por vía de hipótesis, ubica esas variedades de legislación por encima del nivel ordinario de normas; lo que precisamente, y en sentido formal del término, permite conocer una norma específica: Constitución. De tal modo, el punto de referencia para reconocer una Constitución es la forma en la que las normas generales y abstractas son producidas dentro de un sistema relevante de normas. En un sistema parlamentario, esto sería la legislación mayoritaria.

¹⁰ La Suprema Corte inventó una “estructura básica” en el caso *Kesavananda Bharati* (1973 (4) SCC 225ff) y luego en *Minerva Mills Ltd. v. Union of India* (1980) 3 SCC 625. Lo interesante es que la Corte estableció que ciertos elementos de la Constitución no pueden ser modificados dado que la Constitución establece explícitamente que “Ninguna enmienda a esta Constitución (incluyendo las cláusulas de P art. III) realizada o supuestamente realizada según este artículo [ya sea antes o después del inicio del artículo 55 de la Constitución (Enmienda cuarenta y dos: Act, 1976)] puede ser invocada por tribunal alguno por ninguna razón (5). Para disipar dudas, se declara por el presente que no habrá ninguna limitación sobre el poder constituyente del Parlamento para enmendar por medio de adición, variación o revocación las cláusulas de la presente Constitución según este artículo” (artículo 355 [4]).

cial” algo pasa a estar por encima de la Constitución. Mientras que otras variedades más tradicionales de “realismo” atinan en cambio a considerar que la ley sólo es lo que los tribunales —u otros órganos— *decidan* que es. Para esta tendencia mayoritaria la ley es sólo un conjunto de razonamientos que sirven para justificar este tipo de decisiones.

Ahora bien, según la concepción contraria, los tribunales establecen o desarrollan posturas relevantes porque la verdadera ontología de los sistemas jurídicos no es otra que la de organizar las cosas de esa manera. A veces ambas posiciones están mezcladas, como cuando se dice que las Constituciones utilizan un “amplio lenguaje moral”, el cual debe ser interpretado “bajo la mejor luz interpretativa”, aunque de todos modos la supuesta prueba de esta posición puede verse en el hecho de que los tribunales están dispuestos a referirse a tales datos “morales”.¹¹ Según este punto de vista, los tribunales apelan a estándares más elevados, precisamente, porque ellos existen, y en el hecho de que estos estándares elevados existen se encuentra demostrado por las mismas afirmaciones que hacen los tribunales con respecto a la existencia de tales principios supuestamente más elevados. Como se ve, es un argumento perfectamente circular.

Ambas posiciones son problemáticas. En efecto, teniendo en cuenta que los tribunales pueden establecer la ley, uno puede siempre preguntarse acerca de la razón jurídica para el caso y pareciere bastante difícil tener que admitir que la única base jurídica deba ser el mismo hecho de que un tribunal lo ha dicho.

En segundo lugar, si el razonamiento es un conjunto de argumentos que están ordenados con la intención de justificar un determinado resultado compuesto por proposiciones acerca de contenidos jurídicos y no sobre

¹¹ Este es el punto de vista que expresa Ronald Dworkin en su *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (*La ley de la libertad: lectura moral de la Constitución Americana*, Oxford University Press, 1996, en particular la introducción: “The Moral Reading and the Majoritarian Premise” (La lectura moral y la premisa mayoritaria), pp. 1-38. Para ver un debate ampliado, *cfr.* Pfersmann, Otto, “Rechtstheorie und Grundrechtsdemokratie. Eine Auseinandersetzung mit Ronald Dworkin”, en Angerer, Thomas *et al.*, *Festschrift für Gerald Storz*, Böhlau, Wien, 1999, pp. 145-164. Este es un ejemplo típico del uso ideológico del término “moral”, porque decir que la Constitución contiene elementos “morales” sugiere que, aunque debe ser considerada como un instrumento legal, la misma a la vez sería algo más que sólo legal; es decir, lo que está por fuera de la Constitución estaría al mismo tiempo ya dentro de la Constitución. Esta posición es obviamente inconsistente. O bien “moral” significa aquí sólo que el lenguaje de la Constitución es general e indeterminado, entonces la tesis no diría nada particularmente nuevo ni interesante; o bien “moral” se refiere a algo que está fuera de la Constitución, pero entonces, se trata de algo que no puede encontrarse dentro de la Constitución. Naturalmente, si se ignora esta contradicción, la tesis se vuelve mucho más original y emocionante.

estos contenidos jurídicos en sí mismos, y si fuera una manifestación de contenidos jurídicos, entonces, las decisiones no estarían justificadas, pudiendo uno nuevamente preguntarse en qué otros contenidos jurídicos este paradójico razonamiento-informado podría encontrar fundamentos.

La posición opuesta se basa en la idea de que la ley tiene necesariamente un fundamento extralegal o que los dominios jurídico y moral están entrelazados de manera inextricable.

Ahora bien, en aras de robustecer el argumento, admitamos que estas proposiciones fueran verdaderas. Tendríamos entonces un cierto dominio que podría llamarse, por ejemplo, “LM”. Todos los fundamentos de la Constitución, luego, deberían estar dentro de este dominio mayor. Sucede de tal suerte, empero, que tendríamos exactamente el mismo problema, porque aún tendríamos que responder la pregunta sobre dónde se encuentran los fundamentos más allá de este nuevo dominio y así interminablemente. De modo que o bien algo en verdad está completamente fuera de otro dominio, por lo que consecuentemente no nos puede proporcionar ningún tipo interesante de fundamento, o si está dentro de este dominio, usando una terminología que sugiere *diferencia* dentro de un enunciado teórico que reclama *identidad*, es porque tal referencia ya no sería enteramente coherente al aparecerse dentro y fuera a un mismo tiempo y a la vez.

De manera que, ciertamente, se sigue de lo expuesto que más allá del mismo derecho constitucional, en tanto información jurídica, no puede haber contenidos jurídicos sustantivos. Afirmándose en consecuencia, que sea cual fuere lo que una Constitución establezca sobre su ámbito, la misma otorga exclusivamente toda información relevante acerca de todos los contenidos jurídicos del sistema.

En este punto encontramos otra dificultad, por cuanto la internacionalización del derecho constitucional o, más genéricamente, en los sistemas jurídicos, tiene sus bemoles. En efecto, con instrumentos y tribunales supranacionales que imponen sus decisiones sobre los Estados, vale preguntarse si las Constituciones pueden todavía afirmar que son la piedra de toque de un sistema jurídico. Hay todo un movimiento de constitucionalismo internacional que, entre otras cosas, muestra la internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional. Y obviamente, si admitimos que los sistemas jurídicos pueden ser subsistemas; incluso subsistemas parciales de otros sistemas más elevados, entonces, claro es, esos sistemas más elevados pasan a convertirse en fundamento con relación a los subsistemas. La recursividad interna se encuentra entonces estratificada; un sistema jurídico puede efectivamente encontrar fundamentos en otro sistema jurídico. Sin embargo, estos fundamentos son específicos

en el sentido que apenas si autorizan a un orden jurídico a establecer una Constitución, posiblemente con limitaciones más o menos débiles o más o menos fuertes con respecto a ciertos dominios, tal es el caso, por ejemplo, en lo atinente a una política agrícola común, o en lo que atañe a los derechos humanos en Europa o ante la Organización de Estados Americanos. Si la validez final reposa en el derecho internacional como un sistema global, esto de ninguna manera viene a significar que el derecho internacional esté regulando todo en cada uno de los Estados. Significa en cambio que los Estados están autorizados para existir como sistemas jurídicos, y que de ello, se sigue que tienen una Constitución a partir de la cual es factible la transferencia de competencias hacia otros sistemas. En principio esto parece paradójico, toda vez que la validez de la norma requiere acciones por parte de los Estados, aunque a su vez es plausible que una vez promulgada la norma puede adquirir una función fundacional con respecto a los mismos Estados. En realidad, esto no difiere medularmente de cualquier otro contrato, donde las partes pueden actuar de conformidad para trabar acuerdos y una vez que el contrato entra en vigor, las mismas háyanse obligadas a respetar tales compromisos. Cuando todas las competencias se transfieren a otro sistema, el Estado se convierte en un subsistema de otro sistema; pero siempre que el mismo retenga competencias continuará siendo un subsistema dentro del sistema global. Y así, un subsistema de un Estado, por ejemplo, una entidad federada, puede llegar a tener una fuerte autonomía, mientras que por el contrario un Estado nacional suele gozar de una autonomía muy limitada con respecto al nivel más elevado.

Resulta interesante la cada vez más compleja integración parcial y singular de sistemas jurídicos —y entre los Estados—, dentro de otros sistemas, sobre los que la conformidad de las acciones de gobierno se vuelve crecientemente limitada, mientras que la validez de la Constitución como tal, permanece inmutable. Por supuesto, que todo esto está sujeto a modificaciones, porque el sistema global puede presentar un grado mayor o menor de centralización.

Para el presente debate, baste decir que dentro de un sistema jurídico estatal determinado —que puede ser y en general se trata de un subsistema dentro de otro sistema más elevado—, las Constituciones definen los fundamentos para otros contenidos jurídicos en el sistema, con las limitaciones presumiblemente establecidas por sistemas más elevados, especialmente en lo que concierne a la conformidad.

En verdad, los problemas con los que se enfrenta el debate fundacional actualmente no involucran fundamentos extralegales, sino tan solo a una creciente complejidad de integraciones parciales estratificadas.

Sin embargo, dado que los fundamentos jurídicos del derecho constitucional siempre son legales y recursivamente cerrados dentro de un sistema o subsistema, es que precisamente resulta posible preguntarse por fundamentos normativos “no legales”, por caso, por aquellos que careciendo de carácter fundacional intra-legal, otorgan, empero, características normativas a las Constituciones.

II. LA TESIS DE LA DISTRIBUCIÓN Y COMPLEMENTARIEDAD

Fundamento significa aquí algo que no es interno al sistema *jurídico*, es decir, no informa las condiciones de validez ni determina los elementos para la conformidad. En este tercer sentido, los fundamentos son requisitos normativos —así como argumentos sobre tales requisitos— que, sin ser bajo ningún concepto requisitos jurídicos, se encuentran centrados en la sustancia de la Constitución. El dominio disciplinario de tales reflexiones no es otra cosa que la filosofía política. En tanto reflexiva y crítica es filosófica, y es política en la medida que se aboca a la cuestión de cómo mejor establecer una estructura estatal, mientras que, por el contrario, la creación jurídica de una estructura estatal, precisamente, se trata de una definición de la misma Constitución.

La distinción entre filosofía política y derecho constitucional es relativamente reciente —a fines del siglo XVIII—, correspondiéndose al periodo durante el cual las Constituciones se volvieron instrumentos cada vez más democráticos. *El contrato social* de Rousseau (1762), por ejemplo, todavía mantiene en su título *Du contrat social ou principes du droit politique* (*Del contrato social o de los principios de derecho político*). La famosa exposición de Montesquieu sobre su concepción de la división de poderes está presentada bajo el título de *La constitution d'Angleterre* (*La Constitución de Inglaterra*); y las traducciones más modernas de la *Política* de Aristóteles utilizan la voz “Constitución” de acuerdo con la expresión griega *πολιτεία*, la cual alude al gobierno de la ciudad.¹²

Aunque por otras diversas razones no sea recomendable, la verdad es que es bien posible estudiar derecho constitucional sin ningún conocimiento de filosofía política. Por el contrario, empero, sin ninguna idea de derecho constitucional, es inviable reflexionar sobre cómo establecer una estructura estatal; sin contar con un marco normativo sobre el que se puede finalmente postular la misma. En efecto, lo cierto es que la filosofía política está plagada

¹² Así, por ejemplo, Aristóteles, *La Politique*, trad. de Jules Tricot, París, Vrin, 1962, *passim*.

de referencias jurídicas, sean éstas ejemplos concretos de estructuras o formas gubernamentales y estatales ya existentes; sean acaso estos productos abstractos del entendimiento.

No huelga decir que en concreto las Constituciones han sido y siguen siendo inspiradas por alguna suerte de filosofía política. Lo interesante es que la filosofía política raramente está interesada en las especificidades de las estructuras jurídicas. Los filósofos a menudo ignoran el hecho de que su descripción de un posible estado de cosas simplemente se encuentra basada en muchos pasos sin los cuales sus representaciones quedan incompletas; en particular ello es así cuando damos respuesta a la pregunta sobre qué debe suceder cuando ciertas acciones no son llevadas adelante de la manera en que sus descripciones optimistas lo habían sugerido. La legislación no puede evitar rellenar los vacíos que deja la filosofía política, a veces con consecuencias inesperadas. Rousseau nunca dijo cómo exactamente puede alcanzarse la verdadera voluntad general aun cuando la realidad jurídica francesa indica que durante más de un siglo reinó la suposición de que cualquiera que fuera el procedimiento legislativo, había tal voluntad general. Dado que en política no puede haber nada más elevado que, precisamente, la voluntad general, la consecuencia era que la institución del control de constitucionalidad estaba descartada. Es imposible que la voluntad general pudiera verse atada a algo más elevado.

Más recientemente, John Rawls identificó este problema de manera precisa, aun cuando lo hiciera para dejarlo inmediatamente de lado. El nombrado concibe su teoría de justicia explícitamente como una “teoría ideal”; por ejemplo: una teoría en la que no hay contrafacticos, sino que simplemente es utilizada para determinar lo que debe hacerse. Y esto conduce a enormes problemas en la comprensión de la teoría, toda vez que dentro del marco del sistema jurídico donde otras normas concretas van a establecerse, Rawls también auspicia una asamblea constitucional para incorporar los principios de justicia. De todos modos, aun si admitiésemos que la Constitución de Rawls pudiera lograr ser concretada de acuerdo con los principios constitucionales que él enuncia, empero, parece imposible asumir la continuidad de estos en futuras actuaciones de asambleas constitucionales. Esto es, aun si fuera cierto que estos principios pudieran llegar a verse constitucionalizados, no resulta inverosímil pensar que los mismos pueden en algún momento llegar a ser expulsados del marco jurídico para verse reemplazados, por ejemplo, por los principios de un “Estado mínimo” siguiendo a Nozick. Y, una vez más, un Estado mínimo como el de Hayek o Nozick, no puede tampoco evitar que las modificaciones constitucionales transformen a ese sistema en un Estado de bienestar completamente desarrollado o, que

un orden cosmo-jurídico-Hayekiano se convierta posteriormente en un Estado legislativo descomunal con control de constitucionalidad.

Aunque no siempre es tenido en cuenta, la filosofía política se encuentra necesariamente confrontada con la especificidad de las estructuras jurídicas.

Considerado en estos términos, entonces, el problema no es tanto que el derecho constitucional no tiene fundamentos filosóficos —en realidad, hay tantos como se deseen—, sino que todos ellos tienden a mostrar inconsistencias, precisamente con relación a su factibilidad legal. Y no tener en cuenta la viabilidad jurídica significa con contundencia, que la filosofía política, en líneas generales, no es actualmente fundacional en el sentido en que debería y podría serlo.

De manera que, si mi argumento efectivamente dice que la disciplina de explicar los fundamentos legales de un sistema jurídico no tiene ontológicamente ningún vínculo con la teoría de los fundamentos normativos meta-legales de tales sistemas, de todos modos se observa también que ambos dominios aparecen complementarios y que esa complementariedad no ha sido todavía alcanzada.

III. LA TESIS DE LA LINGÜÍSTICA APLICADA

Ahora volvamos al derecho constitucional en concreto. Sus fundamentos jurídicos deben ser encontrados en la misma Constitución, aunque sabiendo que existen limitaciones originadas de su integración sistémica al interior de órdenes más elevados. De todos modos, hasta ahora esto concierne tan solo a la ontología de los sistemas jurídicos. El derecho constitucional en tanto disciplina que estudia como objeto jurídico el derecho constitucional como importa un dominio del conocimiento que debe ofrecer fundamentos epistemológicos.

Aunque de nuevo, esto es también una cuestión muy discutida. Para algunas escuelas de pensamiento jurídico, el derecho y en particular el derecho constitucional, sólo es conocimiento en tanto y en cuanto el mismo sea una práctica interpretativa, en sí ello es correcto, y no podría ser exactamente distinguible de su mismo objeto. Para muchas posturas académicas, el derecho constitucional es una auténtica disciplina con rigor conceptual susceptible de sistemática comprensión. Ello es así aun cuando el mismo careciera de todos o de la mayoría de los elementos que le otorgarían precisión y objetividad científicas. Sólo para una posición minoritaria el derecho constitucional es una disciplina científica cuya naturaleza no difiere de ningún otro dominio de investigación, aunque, posiblemente, el mismo estaría menos avanzado que esos otros dominios.

La principal división está entonces entre aquellos que consideran al derecho constitucional como una disciplina autónoma con métodos específicos no reductibles y aquellos otros que entienden que la autonomía es un problema ontológico y no epistemológico.

Sin embargo, si como objeto el derecho constitucional está constituido por un conjunto de normas jurídicas específicas, entonces, dichas normas exclusivamente pertenecen al derecho constitucional como disciplina. Y atento que las normas jurídicas revelan afirmaciones acerca lo que debe o no debe hacerse o, de lo que está permitido realizar, en ciertas circunstancias, una disciplina que involucre tales enunciados no puede concentrarse en otra cosa que no sea en los contenidos lingüísticos sobre los cuales dichas proposiciones están expresadas. Se sigue de ello que el derecho constitucional no es otra cosa que lingüística aplicada. En tanto disciplina, los fundamentos del derecho constitucional son los fundamentos de la lingüística y de la lógica formal.

Aun cuando no se vislumbren muchas alternativas, a los abogados en general no les gusta esta idea. En verdad no puede sino observarse que dentro de este campo las ciencias del lenguaje no han hecho mucho para promover el desarrollo de conocimiento entre los abogados, así como los esfuerzos de los abogados también se observa relativamente endeble para comprometerse en esta empresa común. En general, ellos prefieren otras disciplinas como la sociología o la ciencia política, las cuales, siendo mucho más distantes del ámbito propio del derecho, empero, se supone que ya han provisto conocimientos de las conductas relevantes respecto de las cuales versan las normas.

IV. LA TESIS BABILÓNICA

Lejos de una reflexión y elaboración común, el último punto nos muestra que en la actualidad el derecho constitucional como disciplina académica está más bien sufriendo por la ausencia de programas disciplinarios que por la divergente multiplicidad de estos. Naturalmente, esto de hecho conduce también a pronunciadas discrepancias.

Este dilema puede ilustrarse con el ejemplo de un famoso debate en años recientes, donde la divergencia de concepciones ontológicas y epistemológicas trajo importantes implicancias, no sólo académicas, sino también prácticas.¹³

¹³ Este punto se analiza en profundidad en “The New Revision of the Old Constitu-

El ex presidente francés Valéry Giscard d'Estaing supo tener una idea fantástica: dada la carencia de nuevas y atractivas ideas para promover un marco común más robusto para Europa; teniendo en cuenta que los políticos europeos estaban superados por una dinámica menguante en la integración europea, propuso entonces redactar el borrador de un Tratado de Constitución para Europa. Se extrajeron símbolos y máximas maravillosas de las tradiciones más antiguas e ilustres, desde la oración funeral de Pericles hasta la Novena Sinfonía de Beethoven. Claro, las interminables discusiones sobre aspectos técnicos; sobre éstos y otros puntos más sutiles terminaron luego con sendos desastrosos referéndums en Francia y en Holanda. Aunque las razones que precipitaron estos resultados quizá nunca queden completamente claras, parece de todos modos interesante notar que tras la intención de utilizar el discurso y la narrativa constitucional para hacer a Europa más atractiva para sus pueblos —en lugar de hacerlo a través de la normatividad constitucional—, más que cualquier otra cosa, sin duda, esto fue lo que en definitiva infundió temor a esos pueblos.

Por otro lado, tanto especialistas en derecho europeo como en derecho constitucional se embarcaron en interminables controversias tendientes a discernir si el tratado que establecía una Constitución podría en realidad convertirse en una verdadera Constitución. El rechazo popular al Tratado pudo haber sido quizás aún peor si la gente en general hubiera tenido cabal conciencia de la existencia de incapacidad de expertos en derecho y en ciencia política para saldar sus desacuerdos. Y aun cuando los académicos del derecho nunca van a poder ponerse totalmente de acuerdo sobre qué hubiera devenido finalmente el extinto Tratado, la verdad es que la sustancia principal del mismo ha sido integrada de manera relativamente fácil al actual Tratado de Lisboa. De manera tal que es posible que ya tengamos una Constitución sin ese nombre o, tal vez, que pudimos haber tenido algo muy alejado de lo verdadero, aunque hubiera ostentado orgullosamente ese nombre.

Este bien conocido ejemplo muestra que no sólo existe desacuerdo entre la comprensión popular y la erudita en torno de lo que es una Constitución; de lo que debe entenderse por *derecho constitucional*, sino que, dentro de todas las disciplinas concentradas en estas materias, campea el desacuerdo; que las teorías y los discursos no cesan de dar vueltas en torno a objetos cuyas estructuras y métodos aparecen como completamente distintos.

tion”, *Icon (International Journal of Constitutional Law)*, 2005, t. 3, pp. 383-404; también apareció en *Altneuland: The EU Constitution an a Contextual Perspective*, Jean Monnet Working Paper Series (5/04), New York University School of Law, 2004, pp. 201-218.

Probablemente haya maneras de eludir esta babilónica confusión; aunque claro, ello solo es posible si los participantes atrapados en dicha confusión tienen la capacidad anticipatoria de ponerse de acuerdo en eludir la misma y deciden hacer esfuerzos comunes para clarificar el problema. De todos modos, en apariencia, esto asoma como demasiado fácil. La real paradoja parece ser que a pesar del persistente y dominante desacuerdo sobre casi todo lo que se refiere al derecho constitucional, existe no obstante un abrumador consenso práctico acerca de la materia del derecho constitucional: nadie duda que Argentina tiene una Constitución formal, redactada primero en 1853, reformada en varias oportunidades cuya última reforma tuvo lugar en 1994. Nadie duda que, tal como los Estados Unidos y Argentina, Alemania es un Estado federal que, a diferencia de Argentina y los Estados Unidos, tiene sin embargo un Tribunal Constitucional tal como lo poseen Austria, Italia y España. Nadie tampoco desconoce que el Parlamento francés se encuentra compuesto por dos cámaras y que, al igual que Argentina, su presidente es directamente elegido por todos los ciudadanos. Puede haber diversas razones para la controversia, pero nadie duda en que la Suprema Corte de Estados Unidos ha sostenido que la segregación racial es inconstitucional¹⁴ o que, dentro de ciertos límites, el aborto también es constitucional.¹⁵ Nadie duda en que el Concejo Constitucional francés ha afirmado que carece de competencia para revisar las enmiendas constitucionales¹⁶ y que, en determinadas circunstancias, la prisión como medio de investigación policial por parte de la policía ha sido declarada inconstitucional.¹⁷ Y por último, nadie duda en que, en la medida que no está menoscabada la estructura constitucional fundamental de la democracia alemana, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha dicho que el Tratado de Lisboa es constitucional.¹⁸

Aun cuando hay un nivel en el que los expertos del derecho parecen estar de acuerdo al menos sobre una cierta ontología mínima, si tuvieran que expresarla de manera explícita en un conjunto teórico coherente, la verdad es que no se pondrían de acuerdo en casi ninguna de todas las proposiciones de esa misma ontología. El consenso práctico trae consigo tareas prácticas: cada litigio en concreto, como práctica discursiva y de conversación en torno

¹⁴ *Oliver Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al.*, 347 U.S. 483 (1954).

¹⁵ *Jane Roe, et al. v. Henry Wade, District Attorney of Dallas County*: 410 U.S. 113; 93 S. Ct. 705; 35 L. Ed. 2d 147; 1973 U.S. LEXIS 159.

¹⁶ Decisión nb. 2003-469 DC, 26 de marzo de 2003.

¹⁷ Decisión nb. 2010-14/22 QPC, 30 de julio de 2010.

¹⁸ BVerfGE 123, 267, 30 de junio de 2009.

al litigio concreto, deviene un ejercicio académico. Permite también identificar otras acciones particulares, si no como jurídicas, al menos como jurídicamente relevantes: Constituciones, leyes, decretos, opiniones doctrinarias emitidas por tribunales. Sin este consenso práctico, el pluralismo discursivo de manera clara parecería lo que efectivamente es: discrepancia incompatible.

V. PARALELISMO

He manifestado que existe una cierta complementariedad entre el derecho constitucional como disciplina jurídica y la filosofía política como ámbito de reflexión en torno a los cimientos normativos extralegales de la misma. Este tema debe verse desarrollado y reforzado. Ello es así aun cuando la relación de complementariedad no puede ser fundacional toda vez que la filosofía no da sustento jurídico a la validez de las normas jurídicas.

De tal manera, la relación, si es que la misma existe, sólo puede ser estructural; en otras palabras, el enfoque en un dominio tiene su reflejo en el enfoque del otro ámbito.

La idea es más o menos la siguiente: en tanto disciplina, el derecho constitucional muestra una división teórica principal entre aquellos que piensan que su objeto es sólo un conjunto de normas y aquellos que ven un conjunto de opiniones auscultadas principalmente a la hora de decidir casos. Desde el punto de vista normativo, cualquier aproximación tiende a la sistematización y, junto a ello, al desarrollo del hábito de dar razones (normativas) para cada paso en el argumento jurídico. Esta mirada prestará menos atención a las narrativas y a los elementos fácticos sobre los cuales el enfoque “causalista” encontrará terreno más propicio para la reflexión. Lo mismo se aplica al ámbito de la filosofía política.

En efecto, mientras que una escuela de pensamiento tiene por fundamento los métodos de la filosofía analítica, el que persigue consistencia lógica busca resultados ajustados a la lógica formal y auspicia un análisis preciso de oraciones significativas, el otro enfoque, en cambio, se aproxima más bien a la hermenéutica y a la deconstrucción. Idéntica divergencia puede notarse en el dominio jurídico entre la academia. Mientras la filosofía analítica toma la formulación de normas como información lingüística, la interpretación se ha ido convirtiendo en una variedad simple de análisis semántico. Así considerada, la interpretación no puede ir más allá del texto mismo. Si el texto es indeterminado y vago, la interpretación mostrará y analizará dicha indeterminación y vaguedad. De tal modo, la misma hará evidente el posible rango permitido de aplicación de la norma sin elegir lo que en sí

misma ella no ha elegido. Si el texto es inconsistente, la interpretación mostrará inconsistencias. Si el texto es idiota, la interpretación no tendrá más remedio que hacer emerger dicha idiotez.

Por otro lado, si el caso fuera abordado con un enfoque hermenéutico, la interpretación pasa, por el contrario, a ser un ejercicio creativo y sustitutivo para el desarrollo de nuevos contenidos. En lugar de perseguir una aparentemente inalcanzable objetividad, dará características ideales a sus contenidos. La diferencia en el método se precipita fundamentalmente en una básica alternativa académica a partir de la cual, o bien corresponde ceñir el análisis a un estricto y riguroso ejercicio descriptivo o bien hay que proponer notas creativas y sustitutivas en el mismo.

Mi postura final, probablemente la más controvertida, es que los valores de una Constitución democrática están mejor resguardados por el “normativismo analítico”. Si una Constitución refleja los valores de la teoría democrática, los académicos del derecho no pueden transformarse en órganos competentes para cambiar la ley. La verdad es que toda ley que no puede ser conocida como tal, en rigor de verdad, difícilmente puede luego llegar a ser modificada con transparencia. Si la interpretación fuera una actividad creativa, es pleno que la misma no tendría otro significado que, dado que los académicos y los estudiosos tienen la tarea de interpretar la ley —en nuestro caso, sobre normas fundamentales como la Constitución—, académicos y estudiosos tendrían entonces también la tarea y posiblemente la atribución de cambiar la Constitución. No hace falta decirlo, dicho sea de paso, que ello es así aun cuando nada en la Constitución les habilita a hacerlo. En consecuencia, esta posición no responde sino a la abierta reivindicación y pertenencia a un gobierno extraconstitucional, aristocrático y abiertamente secreto. “Abiertamente secreto”, claro está, es un oxímoron. El experto constitucionalista en tanto filósofo-rey, no está reclamando ningún título de poder que sea ajeno a la legitimidad electoral. En verdad, sólo quiere “interpretar” la Constitución.

En el caso de que la Constitución no fuera democrática, podría ser una obligación moral —no de naturaleza jurídica— impulsar y promover la democracia. Así, cualquier estrategia que permita realizar un paso en esta dirección merece ser bien recibida. Bajo esas condiciones, el “interpretacionismo” creativo puede ser muy útil; pero sólo en la medida en que el mismo sirva a la causa de la Constitución democrática. Y claro, ello impone saber que la real naturaleza de una Constitución no democrática no tiene que verse ocultada, porque, precisamente, solamente un objeto jurídico objetivamente identificado está en condiciones de recibir críticas por parte de la filosofía política.

LOS FUNDAMENTOS DE LA CONSTITUCIÓN Y UN DOGMA INCIERTO —POLÍTICA Y FILOSOFÍA INTERPELADAS—

Pablo RIBERI*

¿Has pensado que no podría haber sino una única supremacía?

Puede haber múltiples supremacías —una no se contrapone con otra, tal como una mirada no se contrapone a otra o una vida no se contrapone con otra vida.

Walt Whitman, *Leaves of Grass* (1860), p. 109.

SUMARIO: I. *Exordio*. II. *¿Existe un panóptico constitucional?* III. *Una taxonomía para los constitucionalistas*. IV. *Una forma política-constitucional de interpretar los hitos del constitucionalismo*. V. *La justicia y el conflicto*. VI. *Libertad e igualdad desde la perspectiva del constitucionalismo político*. VII. *Epílogo*.

I. EXORDIO

No es lo mismo saber que creer. Sin embargo, a veces, sólo creemos saber algo. Vale decir, no tenemos suficientes fundamentos para abonar como verdadero un conocimiento, pero estamos convencidos de la veracidad de nuestras intuiciones o pensamientos acerca de algo. La frontera entre ambos estados de conciencia, en consecuencia, suele mostrarse indistinguible al interior de nuestra mente. En otras palabras, a menudo, por diversos motivos,

* Profesor de teoría y derecho constitucional de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Católica de Córdoba y profesor adjunto de derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

no tenemos más remedio que tomar por conocimiento lo que simplemente es una creencia sin suficientes fundamentos. Algo de esto, sospecho, es lo que sucede en el análisis teórico o filosófico que indaga la naturaleza del orden constitucional.

Ahora bien, empecemos por lo más básico. ¿Qué es una Constitución? Quienes hayan reflexionado sobre la cuestión comprenden que ésta no es una pregunta sencilla. La exploración de sus fundamentos resulta ser una tarea ineludible para intentar dar respuesta al interrogante. Qué ver y cómo ver, ciertamente, nos propone un desafío teórico adicional. Y ese es el marco y objetivo que se plantea este texto.

Para poder reflexionar sobre el dilema que estructuró el debate en este libro, no es inapropiado comenzar preguntándonos por la historicidad de la Constitución. En realidad, previo a ello, sería conveniente ponernos de acuerdo sobre qué se entiende por Constitución. ¿Es sólo norma fundamental o representa acaso un hito político-cultural-moral? Digamos un logro colectivo: algo más significativo y complejo que la mera colección de normas, reglas y principios que crean y organizan el poder y los derechos. ¿Es así?

Resulta curioso, pero más allá de supuestas verdades ontológicas o ante posibles certezas epistémico-filosóficas, en cada respuesta ensayada, algo apremiante sucede. Pareciera que cuando hablamos de los fundamentos de la Constitución, de manera inevitable, nos sentimos interpelados. A menudo, nos encontramos abrumados por un juicio hipotético que nos arroja a la playa del desconcierto. La verdad es que un doble filo de intuiciones parece verse integradas en esta intuición. Digámoslo así: si la Constitución no estuviere incrustada en la historia, en los sinuosos pliegues vivenciales del tiempo compartido, las prácticas civiles de las personas comunes difícilmente habrían de verse legítimamente alineadas a los valores, principios y reglas constitucionales que más o menos inalterables son reconocidas desde el pasado en un mismo espacio geográfico. Como he mencionado en algún otro texto —a diferencia de otras reglas jurídicas—, la gran mayoría de las palabras utilizadas en la Constitución han estado macerándose en la experiencia vital de las personas comunes. La paciente o nerviosa caligrafía del legislador constituyente apenas si moldea la tinta-sangre que alguna vez fuera ofrecida por el pueblo a su disposición.¹

Por otro lado, es evidente que la temporalidad de la Constitución sólo puede ser apreciada desde subjetivos puntos de vista. Por ello, tal como lo intenta Comanducci, es oportuno distinguir entre un constitucionalismo

¹ Cfr. Riberi, Pablo, “Derecho y política: tinta y sangre”, en Gargarella, Roberto (ed.), *La Constitución en 2020*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pp. 240-249.

teórico frente a otro constitucionalismo de corte ideológico.² A los fines de este trabajo, no lo dudo, se nos presenta más atractivo el segundo. En particular, remarco esto, precisamente, porque ha sido cierta carga ideológica sesgada del constitucionalismo teórico la que ha intentado ocultar la sutil conexión que media entre determinadas conductas y prácticas cotidianas reguladas por la Constitución con la conciencia —o la voluntad— reflexiva popular que, en su hipótesis, puede (o no) estar prestando conformidad al orden establecido.

En este escenario, tampoco es un dato menor la digresión analítica que propone Bruce Ackerman. Distingue este autor diversas matrices de constitucionalismo que suelen ser relevantes en este tipo de análisis. Esto es importante, sin duda. Para poder entender mejor los fundamentos y los contenidos concretos de las Constituciones, Ackerman advierte que es conveniente distinguir al menos tres tipos de constitucionalismos históricos: 1) el *dualista-revolucionario* (norteamericano, o a la *façon* francés); 2) el *transicional* —continental europeo (corriente representativa de las ideas y prevenciones que vieron la luz luego de la Segunda Guerra Mundial en el viejo continente), 3) y finalmente otro *pragmático* que de alguna manera navega entre ambos. La peculiar experiencia constitucional de Gran Bretaña, leída en claves más bien historicistas, de alguna manera ha singularizado esta tesitura.³

Ahora bien, las experiencias constitucionales que, luego de arduos procesos revolucionarios por la emancipación, irrumpen en la vida de una nación como Argentina, nos ponen alertas con respecto a algunas características que no pueden ser soslayadas. La verdad es que resulta netamente plausible un ADN constitucional más próximo al modelo dualista-revolucionario en estos casos. Ciertamente que ello ha sido así, por la sencilla razón de que sólo a partir de la sanción de la Constitución, lo que antes apenas si habían sido indiferenciados confines coloniales, finalmente, llegaron a convertirse en una nueva identidad política singularizada. Y desde la sanción de la Constitución, en consecuencia, muchos de estos convulsionados procesos de luchas internas pudieron finalmente dar cuerpo a seculares formas político-estatales de unidad nacional.

² Cfr. Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metafórico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 82 y 83.

³ Esta analítica de factores fueron presentados por Bruce Ackerman en la mesa: “Principios: Universal, Particular”, sesión plenaria del 9 de diciembre de 2010, VIII Congreso Internacional de Derecho Constitucional tuvo lugar en el Palacio de Minería de la Ciudad de México entre el 6 y el 10 de diciembre de 2010.

II. ¿EXISTE UN PANÓPTICO CONSTITUCIONAL?

El dilema básico que ha guiado el debate de la mayoría de las conferencias reseñadas en este libro apunta a resolver el interrogante sobre si la Constitución necesita sustentarse en fundamentos políticos o si, por el contrario, para ser reputada como tal, la misma necesita ver satisfechas exigencias filosófico-normativas de adecuación o conformidad. ¿Puede la Constitución —norma fundamental— ser examinada soslayando prácticas y formas colectivas de acuerdo y disputa aleatorias? Esta es una cuestión fundamental.

No parece ser del todo claro —aún para las perspectivas más rigurosas— si la valoración de la razón pública constitucional debe estar monológicamente definida o controlada por una y sólo una matriz filosófica de verdad o justicia. La existencia especular de una suerte de *checklist* ideal de propiedades, características y requisitos a tener en cuenta por los diseñadores y aplicadores de la Constitución, parece ser una instancia de difícil justificación. La verdad es que aquí radica gran parte del problema. Lo es porque no es sencillo convencer a todos los integrantes de una comunidad civilizada que las soluciones normativas que proponen los expertos legales, sabios y filósofos —de variable estirpe y solvencia—, deban ser siempre preferidas a otras competitivas apreciaciones que, retratando disconformes conclusiones extraídas en procesos dialógico-deliberativos plurales, pudieran terminar desconfiando, resistiendo o directamente desafiando a las primeras.

Las mencionadas diferencias, luego, permiten establecer un contrapunto conceptual entre las múltiples versiones del llamado constitucionalismo legal o filosófico *vis à vis* las múltiples vertientes democrático-populares del llamado constitucionalismo político.⁴ Más allá de toda sutileza, lo cierto es que el fundamento de legitimidad que disputan ambas posiciones es absolutamente diverso. La valoración objetiva de los contenidos por una parte, frente a una abierta valoración de los procedimientos y de los órganos que materializan la Constitución por la otra. Una clara distancia separa ambas tendencias. Si el primero se desvela por los acuerdos y la permanencia inmóvil de ciertos derechos, principios y valores escrutados por esa abstracta razón esclarecida, el segundo, en cambio, se empecina en preservar mecanismos e instancias institucionales de reproducción y valoración del des-acuerdo.

⁴ Cfr. Bellamy, Richard, *Political Constitutionalism*, UK, Cambridge University Press, 2007, pp. 176 y ss.

A propósito de esta distinción, es importante fijar la atención en dos elementos concomitantes entre sí. Uno de corte empírico, el otro de carácter conceptual. En primer lugar, la idea de “lo político” —al interior de la matriz del “constitucionalismo político”— trae consigo una inevitable dimensión representativa; una voluntad específica local que va dando unidad a prácticas, procedimientos y juegos sincréticos de unidad que, de algún modo, cobran sentido al interior de un perfectible desarrollo vicario de deliberación y toma de decisiones institucionales colectivas. Luego, al resolver o dar punto final a inevitables disputas entre sujetos libres e iguales, las reglas y normas orgánicas que definen el funcionamiento institucional del Estado, en definitiva, no pueden evitar disimular el carácter precario de los fundamentos escogidos.

En segundo lugar, es plausible también que en nuestro entendimiento —cualquiera sea la latitud y sesgo del concepto— la idea de Constitución no puede desprenderse de una gramática normativa de sentido. En efecto, en todos los casos, más allá de las meras relaciones descriptivas de carácter orgánico y/o funcional, o aun cuando estén en juego simples enunciados formales de designación de autoridad, representación y/o de ordenación estatal, lo cierto es que nunca es posible desligarnos de esa ostensible dimensión normativa que la voz Constitución trae consigo. Dentro del universo de todas las normas posibles, los enunciados políticos y jurídicos asociados a la identidad constitucional tienen una característica indisimulable. En tanto tales, les resulta imposible dejar de supraordenarse en sus relaciones sistémicas porque, evidentemente, tienen esa rara capacidad *performativa* que les permite definir absolutamente todos los campos semánticos de autoridad, validez y legalidad implicados.

En consecuencia, en concreto, no es posible hablar con propiedad de legitimidad democrática constitucional, si en el intento no asumimos la necesidad de valorar las prácticas y los modos desiderativos colectivos que distinguen la politicidad de sus raíces. No es posible hacerlo tampoco, si a pesar de sus imperfecciones, en la empresa, no somos capaces de reconocer cómo los procesos de creación y de aplicación de los contenidos constitucionales se sostienen sobre una plataforma normativa previa. Es una exigencia práctica inexcusable para la obediencia a un sistema constitucional, la existencia de restricciones interpretativas en la cabeza de todos aquellos sujetos que están llamados a ser lectores y aplicadores de las normas constitucionales.⁵

⁵ Cfr. Schawer, Frederick, *Las reglas en juego*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 293.

1. *¿Qué hay dentro de esa caja vacía?*

Antes de profundizar en el dilema que enfrenta sendos fundamentos filosóficos o políticos para el derecho constitucional, quizá pueda ser una buena estrategia analítica centrar la atención sobre una pregunta básica. Esta es: ¿existen acaso diversas genealogías de argumentos —o de fundamentos prácticos— para dar justificación a la Constitución? A decir verdad, pareciera que es aquí donde se nos presenta una divisoria inevitable de posibilidades. En efecto, si la única manera de sostener el valor normativo de una Constitución fuera recostándonos en una teoría de la justicia y/o sobre la postulación de ciertos derechos individuales, de antemano, pareciera que sólo una recta especulación filosófica puede llevarnos a un puerto seguro.

Ahora bien, si el objetivo primario, en cambio, fuera la justificación civilizada de normas constitucionales para asegurar niveles superiores de responsabilidad y cooperación social, tal vez, con tan solo formales y procesuales instancias políticas de negociación y acuerdo, es bien verosímil que podrían establecerse imperfectos, aunque vigorosos y estables acuerdos colectivos. Estoy diciendo que los juegos y las prácticas de comunicación en su dimensión política serían los mejores instrumentos para dar certeza y legitimidad a esas normas elementales. Luego, en última instancia, antes que la misma Constitución en abstracto, es la voluntad colectiva democrática la que da fundamento al deber de obediencia política a la Constitución y a las leyes.⁶ Así, la deliberación y las prácticas ciudadanas concretas traducen los valores, principios y fines que el orden constitucional propone en el tiempo. La experiencia política-constitucional, en definitiva, nos ofrece el testimonio sobre cómo los postulados morales, jurídicos y políticos, en constante asedio y disputa, terminan echando raíces y/o desmoronándose al interior de cualquier orden constitucional.

No debe pasarse por alto que las prácticas deliberativas institucionalizadas al interior del Estado tienen por principal preocupación dar claridad a las normas y decisiones que ordenan la vida civil de las personas. Luego, la aceptación, réplica y consolidación de valores, principios y reglas constitucionales, denodadamente intentan alcanzar niveles crecientes de consenso popular. Ahora bien, la sola validez, corrección y/o imparcialidad en los procedimientos de creación y aplicación de normas —y decisiones estatales

⁶ Para mejor reconocer los puntos de fuga entre visiones procedimentalistas y visiones sustantivistas de democracia, conviene repasar las reflexiones de Joshua Cohen. Véase Cohen, Joshua, “Procedure and Substance in Deliberative Democracy”, en Christiano, Thomas (ed.), *Philosophy & Democracy —Anthology—*, Oxford University Press, 2003, pp. 17-38.

en general—, por sí mismos, no alcanzan siquiera para satisfacer básicas expectativas democráticas de muchos sectores desfavorecidos.⁷ Es que ora por separado, ora las dos juntas, las opiniones de las mayorías y de los expertos suelen mostrarse insatisfechas o resilientes. Más allá de ello, la pregunta es: ¿pueden acaso estar una o ambas equivocadas en su postura? He ahí un punto central en la cuestión.

En consecuencia, tanto la apelación a un supuesto paradigma deontológico ideal de moralidad y razón pública como la aritmética justificación de la norma constitucional sobre la satisfacción constatada del mayor número —en tanto sendos recursos retóricos dominantes en el pensamiento constitucional—, no impide problematizar el/los argumentos. La pregunta es: ¿alcanzan acaso ambas estrategias metadogmáticas para dar alguna certeza o consuelo a desaventajados e inconformistas militantes? De más está decir que es bien posible que la legitimidad democrática de los procedimientos y la corrección filosófica de los contenidos vayan de la mano. De todos modos, resulta también posible que el contenido de las normas positivas y la opinión de los expertos entren en puja para definir jerarquías. En esta instancia, no cabe esperar otra cosa que una forja inestable de desorientación y hasta violencias.

De todos modos, la tensión es inevitable. Y así, en tanto los productos político-deliberativos estén sometidos a condiciones epistémicas de validez por los mismos poderes superiores del Estado, mi impresión es que la razón filosófica o la conformidad legal, inevitablemente, buscan contener y desplazar las pretensiones político-democráticas desprendidas del principio de la soberanía popular. Aun cuando la fe dogmática en acendrados valores, principios y reglas constitucionales pudieren merecer el mayor crédito de mayorías —y minorías—, lo cierto es que desde el mismo momento en que ciudadanos libres e iguales someten sus propias preferencias constitucionales a transcendentales condiciones de autoridad, en esta reasignación, el sentido político de la soberanía popular queda debilitado ante el incontrolable dictamen de los expertos, técnicos y juristas. Toda reasignación, por cierto, no sólo es antidemocrática sino repugnante a la política. El constitucionalismo político, naturalmente, no puede aceptarlo.

En la historia civilizada de los pueblos, la Constitución se ha convertido en la viga maestra para la resolución pacífica de los conflictos civiles.

⁷ A propósito de esta idea, es atinada la referencia de Waldron a la “doctrina de la sabiduría de las multitudes” de Aristóteles cuando hace notar que: “...la conexión entre la DSM y un orden constitucional respetuoso del Estado de Derecho no es meramente contingente”. Cfr. Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999, p. 99.

La libertad y la igualdad de las personas como presupuestos esenciales del acuerdo constitucional, en su espontaneidad política, depara también otras incidentales ambiciones normativas. La libertad e igualdad son elementos de la política imprescindibles en la gramática de la Constitución. Como polos magnéticos o focos de una elipse que los necesita combinados, la libertad y la igualdad en el plano civil orientan e imprimen desarrollo normativo a concomitantes categorías constitucionales como la de la autonomía y dignidad de las personas. También a todo un registro variable de derechos fundamentales. Este horizonte de realización individual, entonces, ha sido un estímulo político y moral para la confianza, la participación y el compromiso cívico de muchos ciudadanos. Dicho sea de paso, no está de más advertir que sin confianza, sin esa recíproca buena voluntad entre las personas, resulta inimaginables niveles aceptables de pacífica cooperación social.

Ahora bien, si en lugar de participación cívica, solidaridad y cooperación social, el objetivo básico o preponderante del orden constitucional fuera la simple maximización de la libertad individual, en tal hipótesis, es evidente que la filosofía bien podría limitar o desplazar los dictados de la actividad política. La filosofía parece comportarse como una fuente teórica más coherente y fértil para dar justificación a formas genéricas de autoridad y acatamiento a las leyes. La idea de “gobierno limitado” y “derechos no-absolutos”, sin lugar a duda, es también intuitivamente más robusta desde un punto de vista teórico-filosófico. A diferencia de la política, las visiones filosóficas liberales ponen énfasis en un cuerpo de objetivos, principios y valores más universales y cosmopolitas.

A contramano de esta tónica, quienes debaten y se involucran en prácticas políticas de actuación civil, por lo general, no pueden dejar de tomar conciencia del rango soberano de esta instancia. No pueden soslayar la trascendencia constitucional que se desprende del llamado autogobierno y de la libertad positiva involucrada en la práctica. El respeto y la tolerancia hacia plurales ideas de bien moral —junto a negociadas o dirimientes posturas sobre el bien común—, sin duda que son poco compatibles con la permanencia de una única tabla de corrección, verdad o justicia. El constitucionalismo político resiste acatar los dictámenes eruditos de los expertos. La multiplicación de un variable y competitivo firmamento de objetivos, principios y valores políticos-constitucionales, por el contrario, constituye un combustible renovable para mantener la libertad y la igualdad encendidas. Y claro, cuando este temperamento prevalece —no hay más remedio—, los procedimientos democrático-deliberativos-mayoritarios cobran un significado especial, el cual sería: no hay mejor alternativa para robustecer la lealtad hacia soluciones normativas —aunque sean precarias e imperfec-

tas—, que mantener un dominio abierto, pleno común sobre los contenidos de la Constitución. Naturalmente, cuando la política domina la legitimidad del debate constitucional, todas las revelaciones eruditas, las más agudas intuiciones metafísicas —por más preciosas que éstas fueren— deben estar sometidas a un libre e igualitario escrutinio popular.

2. *¿Filosofía o política?*

Filosofía y política, entre otras cosas en común, comparten preocupaciones constitucionalmente relevantes. La centralidad del “desacuerdo”, por caso, es tal vez el ámbito que merece mayor atención. Aunque, claro es, ambas disciplinas se plantan frente al desacuerdo de forma bien distinta.

Ahora bien, entre la filosofía y la política existen también otros puntos de contacto que sólo en apariencia están en condominio. Y ello es así, en realidad, porque ambas prácticas han exhibido una tendencia competitiva entre sí. Aristóteles, en la *Política*, advertía que cuando la pregunta es filosófica —cualquiera sea su sentido—, sólo puede ser respondida haciendo filosofía. En este sentido, los enunciados normativos que intentan regular las relaciones civiles, las proposiciones normativas que dan cuenta de contenidos de justicia alumbrados por la razón filosófica —sean estos naturales o convencionales—, inevitablemente, cristalizan creencias, preferencias o intereses relevantes en claves más o menos estables de universalidad.⁸

En Occidente la historia nos enseña que cualquiera que sea la espesura de la cuestión en debate, ante la indagación de los problemas jurídicos, económicos, éticos, morales-normativos, la filosofía desata inexorablemente una dinámica elitista de controversias. Y cierto es también que aun cuando sus conclusiones puedan insinuarse escépticas o dubitativas, el lenguaje filosófico siempre se desarrolla sobre formas retóricas para la iluminación. Y tras de ello, a contramano, otros ciclos de argumentación política suelen venir a recoger o rechazar los saldos más o menos hegemónicos de conclusiones dominantes. Las posiciones hegemónicas de la filosofía y las posturas mayoritarias de la política confluyen y se enemistan en pequeños segmentos de opinión.

Ahora bien, sea cual fuere la fluidez de los vasos comunicantes, cualquiera que fuere el proceso de solapamiento o divergencia entre ambas esferas, la razón filosófica se autoconstituye independiente y de algún modo

⁸ Sobre los orígenes de esta dicotomía he reflexionado en otro texto que sugiero revisar. Cfr. Riberi, Pablo, *Teoría de la representación política*, Rubinzal Culzoni, 2014, pp. 287 y ss.

preponderante en términos de prestigio. Con exaltada o serena certeza, la misma tiende a presentar sus aspiraciones permanentes y universales. La política, por el contrario, la encontramos siempre aupada a condiciones inestables por sobre cuyo sentido y valor, el orden simbólico de lo local e instantáneo tiene invariablemente preeminencia. Mientras el saber filosófico se estructura más o menos armónicamente sobre jerarquías eruditas del saber, a la inversa, la política sólo cobra sentido en situaciones conflictivas de disenso horizontal igualitario. Si la filosofía se esfuerza para legitimar, sellar, proponer (o lo contrario: deslegitimar, desplazar o desconocer) un “orden” normativo-práctico con ambición de certeza, la política, más radicalmente, se distingue por poner a prueba, desafiar —y si puede romper— las ordenadas o desordenadas certezas que dominan las relaciones civiles sin convalidación mayoritaria.

De manera que, más allá de la aritmética de los intercambios, lo cierto es que la “política” nos sitúa en un plano antropológico diverso. Por definición, el sentido de la política es inevitablemente ingobernable. En última instancia, el sentido de la política es la libertad.⁹ Vale decir, la política, naturalmente, se ha hecho cargo de llevar sobre sus espaldas todo el conflicto humano a un plano agonal de disputa. Lo hace para domeñar el poder y para promover el autogobierno. Los planos moral, ideológico, existencial de la vida constitucional de una comunidad dada, por lo tanto, se encuentran subdeterminados por un juego aleatorio de resultados precipitados por concretos vectores de poder. Estos nacen y se sostienen por la capacidad de acuerdo y resistencia de sus ciudadanos que forjan tales vectores. La política necesita la multiplicación de los disensos en todos los casos. Y por eso, corresponde pensar también el conflicto político como una instancia instrumental para cuestionar, poner a prueba o, simplemente, alterar cualquier orden —o hegemonía— vigente en el orden civil involucrado. En pocas palabras: la libertad y la igualdad ciudadana son fundamento de la política, y es precisamente la política la dimensión existencial donde el conflicto toma combustión para que, en términos constitucionales, la libertad y la igualdad puedan ser algo más que fórmulas retóricas.¹⁰

De modo que, como nos lo advierte Walzer, quien quiera que haga política: autoridades, representantes y ciudadanos en general, no tienen mejor

⁹ Hannah Arendt, distingue objetivo y sentido de la política. El sentido de la política es la misma libertad. Cfr. Arendt, Hannah, *¿Qué es la política?*, Buenos Aires, Paidós, 2005, pp. 133 y ss.

¹⁰ Al respecto, por caso, véase Rancière, Jacques, *El Desacuerdo*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1996, pp. 84 y ss.

opción que estar dispuestos a influir o a someter sus preferencias a los resultados de la deliberación pública. Esto lo saben también los intelectuales comprometidos con el debate público. Para una cultura democrática y republicana, de tal suerte, resulta muy alentador poder contar con espacios institucionales que reduzcan y refuercen civilizadas condiciones públicas de racionalidad discursiva. Ello es especialmente beneficioso cuando los conflictos de creencias e intereses de la comunidad involucrada son procesados por ciudadanos virtuosos, tolerantes y respetuosos del disenso público.¹¹ Ciertamente, además, ello es útil para que la diversidad de intereses en el tiempo, puedan verse concomitante o alternativamente maximizados por nuevas generaciones de ciudadanos. Sin olvidar que, una y otra vez, el coro platónico de filósofos, politólogos, constitucionalistas —y todos los expertos en general—, en este plano, van a contar con plausibles y objetivas referencias a donde poder dirigir sus (falibles) dictámenes de verdad y justicia.

El constitucionalismo político, de tal suerte, encuentra en la confianza cívica la fuerza transformadora de la misma actividad política. En la participación y la deliberación colectiva está el punto de partida o el axioma básico de la obediencia a la ley. Una piedra de toque innegociable. Insisto: la política, claro es, en tanto práctica plural, dialógica y eminentemente controversial. Más allá de las deficiencias o las miserias concretas que se adviertan en su práctica, la política da cuenta de una dimensión ontológica insustituible para el ser humano. La política singulariza una actividad humana peculiar. Y en ella, el orden constitucional —la libertad y la igualdad de todos sus artífices— impone tomar conciencia de sus límites. Aun cuando el desinterés o la resignación abrumen la conciencia de los ciudadanos, el valor relativo de normas, creencias y principios en competencia, tienden a robustecerse o a degradarse en un plano político de ponderación excluyente. Aun cuando la razón política pueda encontrarse hegemonizada en sesgadas o cínicas concepciones morales; aun cuando la realidad pueda estar ocultada tras relatos o narrativas hipócritas —o falaces—, sólo la política misma tiene rango y vitalidad suficiente para corregir tales males.

La filosofía, en cambio, alardea de una vocación bien distinta. Esta es la razón por la cual, precisamente Platón siempre quiso limitar, someter y dominar el conflicto. Platón, a decir verdad, fue el primer filósofo que abiertamente vino a desafiar el juicio igualitario, plural y mayoritario de la democracia ateniense; más aún, el primero en inventar una noción aristocrática de república, precisamente, fue Platón. Y en esta intención, vino a decirnos también que la voluntad de las mayorías debe encontrarse subordinada a

¹¹ Walzer, Michael, *Thinking Politically*, Yale University Press, 2007, p. 28.

los dictados de la razón del filósofo. Contra el perpetuo desacuerdo y la desmesura de la democracia ateniense, entonces, Platón pretende racionalizar y administrar contenidos ideales y armónicos de verdad y justicia.

Explorando fundamentos en los fundamentos

Para adecuadamente comprender el objeto de este trabajo es necesario atacar en simultáneo un doble fondo de interrogantes. Esta intuición estará bien especificada en la parte final del texto. Previamente, empero, conviene retomar el orden analítico de los argumentos sobre la primera capa de fundamentos.

Lejos de las enseñanzas de los clásicos, a partir de la modernidad, la aludida tensión se volvió cada vez más sutil. Esta sutileza, empero, no logró que la tensión se hubiera vuelto menos persistente. La politicidad del conflicto nunca es invisible. Sucedió, sí, que todo un novedoso ejército de razones eminentemente mundanas —tal como las presentara Hobbes—, irrumpió para dar justificación tanto a la autoridad política como al citado deber de obediencia. Esto supuso un cambio extraordinario en la conciencia cívica de las personas. El aparato simbólico del Estado y la representación política intentan disimular o enervar los vórtices radicales del conflicto civil. Como es sencillo advertir, tal transformación mental abrió también una conexión inmanente para el naciente temple constitucional moderno. En vez de recorrer un firmamento externo de razones o ideales; en lugar de orientarse por fines y objetivos trascendentales, la razón política moderna (a menudo revolucionaria) hubo prioritariamente de avocarse a consolidar un orden civil básico y estable. Si ese marco y orden político y social carecía de estabilidad, resulta obvio, las normas y reglas constitucionales que lo custodiaban debían ser descartadas. Lejos de toda metafísica o cosmología inmodificable, entonces, la Constitución, ante todo, pasó a custodiar el instinto de conservación de individuos libres e iguales que, por naturaleza, asumen relaciones conflictivas entre sí.

En consecuencia, a partir de la modernidad, política y filosofía se vuelven a cruzar sobre algunos nuevos puntos comunes de contacto. Lo hacen con una nueva agenda de diferencias posibles también, claro está. Aunque por razones diversas, ante la dinámica interminable del desacuerdo humano —que no ha cesado de expandirse por doquier—, pareciera entonces que ambas disciplinas se encuentran nuevamente condenadas al fracaso. En el fondo, seguimos notando cómo se multiplican los puntos de vista que no aciertan en acordar cómo percibidos efectos deplorables no casan con

las diversas causas desatadas por las mismas y viejas pasiones humanas. Y ante ellas, la disputa sigue siendo irrefrenable. Sin decir cómo un creciente nihilismo se vuelve más y más corrosivo ante el despojo de la discordia y la sinrazón egoísta. La falta de expectativas y confianza en la práctica política, a decir verdad, han pronunciado también los niveles de enemistad cívica entre las personas. Cualquier estrategia individualista —de cuño moral relativista—, por lo tanto, ha terminado horadando la solidaridad y los presupuestos igualitarios de la política. Y cierta filosofía, es evidente, ha contribuido indolente a dar respaldo a esta tendencia.

En los tiempos corrientes, muchas visiones crítico-filosóficas han coincidido en proponer una enajenación o apartamiento voluntario sobre los discursos de la verdad. Con mayor justeza, intelectuales, críticos y eruditos en ciencias sociales y filosofía política son proclives a encerrarse en una implícita elevación aristocrática del saber. Desde una torre tan elevada como ficticia disciernen, clasifican y estigmatizan los desaciertos político-democráticos. Y en múltiples desarrollos, algunas visiones de la academia jurídica en particular, procuran por todos los medios posibles reservarse la autoridad mesiánica que les permita discernir los campos eruditos de la justicia. La corriente que he denominado “criptoconstitucionalismo”, por ejemplo, es una expresión pseudodocta en la tendencia.¹²

Algunas perspectivas filosóficas modernas, sin embargo, advierten sus propias limitaciones. Estas, claramente, advierten la importancia que todavía tiene la política. Es obvio que detrás de este acto de modestia suelen esconderse propósitos diversos. Dentro de una variada gama de ideas y paradigmas de sentido, resulta importante advertir algunas diferencias y matices. Por caso, merecen especial atención aquellas visiones tributarias de la filosofía de David Hume quien, de algún modo, fuera también un adversario filosófico de Platón. En efecto, la armonía de las pasiones y el control de la razón por encima de las emociones y de los humores del alma, parece representar un muro infranqueable para separar ambos pensadores. Y si se tiene en cuenta que, como está expuesto en el *Fedro*, Platón reclamaba controlar la naturaleza desbocada del “corcel negro” —ese que representaba los bajos instintos—, resulta evidente, entonces, que las diferencias implicadas entre ambas antropologías, van más allá de las claves psicológicas o subjetivas de una clase, un tiempo o una forma de hacer política. La verdad es que a diferencia del temple moderno, el objetivo principal de la obra pla-

¹² Cfr. Riberi, Pablo, “Límites al Poder Constituyente: subjetividades y agonías del criptoconstitucionalismo”, en Núñez Leiva, J. I., *Nuevas perspectivas en derecho público*, Santiago de Chile, Librotécnica, 2011.

tónica no era otro que asegurar una ideal percepción metafísica y ética de toda la vida humana.¹³

Lejos de este medido semblante, por el contrario, el temple Hume propone desconfiar no sólo de los instintos y las pasiones, sino también de las supuestas bondades de la razón. Naturalmente, si la razón es susceptible de equívocos y desmesuras, es obvia consecuencia que los dictámenes eruditos de sabios e intelectuales también deben merecer máxima desconfianza. Es más, a partir del enunciado la “razón es esclava de las pasiones”, precisamente, puede seguirse que toda filosofía —moral, política, jurídica—, nunca va a poder evitar el subrepticio contrabando de la arbitrariedad por defecto de las mencionadas emociones que, en definitiva, son de algún modo también fundamento de un saber de tipo técnico-filosófico viciado.

En otras palabras, la mayoría de los enunciados y premisas normativas universales que justifican o dan cuenta de las relaciones humanas —por medio de inferencias y a veces deducciones—, inadvertidamente, ya han sido previamente insembradas en el mismo vientre oscuro de la razón práctica, por lo que sus respuestas y soluciones no hacen otra cosa que redescubrir lo que desde hace mucho tiempo estaba ahí.¹⁴ La estabilidad de la razón ha estado preñada de inestables emociones. Y así, por ejemplo, como ya lo he enfatizado en otro texto, los jueces que siguiendo instintos hercúleos de filósofos —a la Dworkin—, deciden apartarse de la ley, en realidad, lejos de haber encontrado originales razones, principios y contenidos de verdad o justicia, a fuer de ser sinceros, apenas si se comportan como el temible Procusto.¹⁵ Esto es, tal como nos lo cuenta el mito, para dar coherencia y sentido a sus prejuicios y predeterminaciones morales, no hacen otra cosa que “recortar” o “estirar” los criterios de verdad o justicia en disputa. La filosofía jurídica

¹³ Por ejemplo, en el Libro IV de la *República* —en boca de Leoncio—, Platón logra patentizar de manera sublime el conflicto espiritual y psicológico que puede embargar al común de los mortales. Es impactante la vitalidad del relato hecho por Sócrates aludiendo las contradicciones emocionales que pueden irrumpir en el interior del alma de los individuos; inclusive de aquellos más educados. Es llamativo y vale la pena notar cómo el nombrado logra narrar la vacilación interior que embarga a quien se rinde ante un espectáculo macabro, degradado; un espectáculo que se presenta en el espacio público aun cuando su dimensión traspasó lo privado y lo sagrado. Cfr. Platón, “La República o de lo justo”, *Diálogo*, México, Porrúa, 1991, p. 507.

¹⁴ Nietzsche agudamente ha señalado: “Si alguien esconde una cosa detrás de un arbusito, y justo allí la busca y encuentra, no hay mucho que alabar en este buscar y encontrar; y sin embargo eso sucede en el buscar y encontrar la “verdad” dentro del ámbito de la razón”. Cfr. Nietzsche, Friedrich, “Sobre verdad y mentira en sentido extramoral”, *Sobre Verdad y Mentira*, Buenos Aires, Miluno, 2008, p. 36.

¹⁵ Cfr. Riberi, Pablo, “Límites al Poder Constituyente...”, *op. cit.*, pp. 120 y 121.

y moral de inspiración hermenéutica —sea o no platónica—, no puede resistir la tentación de proyectar verticalmente la fundamentación de los derechos hacia un firmamento perfecto —o interminablemente perfectible— de vanidades intrínsecamente antipolíticas.

La política y los conflictos reales, por el contrario, se complementan recíprocamente. La idea de perfección, en esta tendencia, se transforma en un obstáculo. Si una de las partes cree poseer la verdad o la justicia perfecta de su lado, ¿cómo y cuándo podría un agente sensato aceptar o consentir acuerdos subóptimos o resultados imperfectos? Para una ciudadanía consciente de sus responsabilidades, sólo la apariencia, la superficie, lo imperfecto de sus deliberaciones, es real y verdadero. Lo único auténticamente justo y verdadero es aquello que la razón colectiva logra reconocer como justo o verdadero, aunque sea transitoriamente. Una razón pública respetuosa de la libertad y la igualdad ciudadana, naturalmente entonces, no tiene mejor opción que recostarse en la política. Y en este entendimiento, cabe traer a colación la interesante distinción que nos propone Pierre Rosanvallon. Me refiero a cómo un “liberalismo positivo” de matriz emancipatoria —y claro sentido político—, ha tomado distancia de ese otro “liberalismo utópico” de estirpe más bien filosófica. Las pretensiones epistémicas y el marco de contenidos universales y cosmopolitas que impone esta segunda versión, claramente, rechazan el localismo y la aceptación de la imperfección que demanda la práctica política de la primera versión “positiva” de liberalismo.¹⁶

El marco constitucional de la libertad y de la igualdad ciudadanas, de tal suerte, no puede evitar respuestas provisorias —aunque legítimas— a los inevitables desacuerdos civiles. El primer desafío constitucional, por lo tanto, puede retratarse de la siguiente manera: existiendo disidencias inevitables sobre bien moral, sobre derechos, principios constitutivos y sobre objetivos colectivos dignos de promoción, la práctica política bajo ningún concepto es una instancia susceptible de ser renunciada. No es posible hacerlo siquiera bajo idealizadas o utópicas hipótesis donde la aspiración o la nostalgia pintan una promesa incierta de comunidad feliz. La política debe ser siempre dominada por el común. Si así no fuera, no hay libertad, no hay

¹⁶ Esta distinción es muy apropiada si se sigue la senda marcada por Hannah Arendt e Isaiah Berlin, por caso, para diferenciar la libertad negativa de la libertad positiva. Pierre Rosanvallon, a su vez, ilustra certeramente sobre las diferencias insalvables que distancian un liberalismo utópico frente a otro de corte positivo. A diferencia del “liberalismo utópico” —que es antipolítico y partidario de la racionalidad económica—, el “liberalismo positivo” cree que la conquista de los derechos es una tarea incremental, imperfecta e irrenunciable de la ciudadanía. Véase Rosanvallon, Pierre, *Le Capitalisme Utopique*, París, Editions du Seuil, 1999, p. 158.

igualdad, no hay debate, no hay autogobierno. Cuando hay contenido de verdad y/o justicia hegemonizado por filósofos, sabios, expertos, o jueces, los ciudadanos y sujetos que deseen vivir en un orden constitucional civilizado, claro es, no tienen más remedio que resistir tales contenidos.

La realidad indica que, entre sujetos libres e iguales, es inverosímil que dos personas puedan llegar a tener intereses perfectamente alineados por mucho tiempo; siquiera que puedan llegar a coincidir y/o aceptar una prolongada complementariedad pacífica de sus deseos más básicos. Por otro lado, como las personas inexorablemente cambian, lo lógico es que, en materia constitucional, sus convicciones y creencias también van a exhibir variaciones en intensidad o, cuando no, van a tener que soportar nuevas resistencias exógenas que afectarán la continuidad de estas. De tanto en tanto, además, las personas van a modificar sus puntos de vista y, con ello, sus comportamientos civiles y compromisos morales mudarán o desaparecerán. Ello es así porque, encontrándonos todos expuestos a contingentes circunstancias personales —sin contar los desafiantes argumentos que pueden llegar a alterar creencias y deseos otrora dominantes—, resulta inevitable que sutiles o revolucionarias transformaciones ideológicas, morales y políticas, sin remedio, van a terminar ininterrumpidamente reconfigurando las conciencias individuales de las personas.

III. UNA TAXONOMÍA PARA LOS CONSTITUCIONALISTAS

Existe una clara dicotomía teórica que afecta tanto los presupuestos como las expectativas sobre lo que es —o debe ser— la Constitución, el derecho constitucional y los derechos constitucionales. Distintas estirpes de constitucionalismo, a su vez, vienen a resumir bagajes ideológicos y prácticas que refuerzan sendos posicionamientos discursivos en la materia. Ahora bien, más allá de algunas pocas y sesgadas alternativas teóricas fronterizas, esas que persiguen ganar los créditos de una alternativa sin hacerse cargo de los costos por la opción asumida, la verdad es que no es posible evitar transitar uno de los cuernos de este dilema. Por un lado, están quienes ven los fundamentos de la Constitución, el derecho constitucional y los derechos constitucionales (o cierto rango de éstos) desde un punto de vista epistémico-sustantivo. Por otro lado, están quienes hacen lo mismo desde un punto de vista deliberativo-procedimental. A la vista del observador, luego, la primera visión se recuesta en una perspectiva filosófica-idealista. La segunda, en cambio, impone una sensibilidad y unas prácticas de naturaleza más bien político-pragmáticas.

Atento lo dicho, administrando autoritativamente predicados de verdad, corrección o justicia, el constitucionalismo legal o filosófico, intenta la verificación objetiva de los elementos, características y/o contenidos que pudieren conceder o confirmar validez a derechos que integran el orden constitucional bajo análisis. Para practicar esta suerte de análisis de adecuación, dos factores son esenciales. Por una parte, es necesario anclar silogísticamente la validez conclusiva de los dictámenes por comparación a una objetividad “meta-positiva” de reglas y principios que sirven de referencia. Por otra parte, es fundamental contar con el respaldo de alguna autoridad experta que acredite el juicio de adecuación. Aun a costa de la opinión de la mayoría —incluso de la inmensa mayoría—, no puede haber corrección, validez, ni constitucionalidad, si la autoridad no certifica esta predeterminada adecuación.

En otras palabras, sea quien fuere la autoridad legal o de hecho que esté evaluando los enunciados del derecho constitucional —entiéndase: derecho constitucional tanto sobre la Constitución formal como sobre la Constitución material—; sea quien fuere la autoridad legal o de hecho que hace y/o adjudica soluciones sobre las relaciones civiles afectadas por los contenidos específicos del bloque de constitucionalidad vigente, lo cierto es que para que haya validez, legitimidad y/o constitucionalidad sobre cada una de las reglas, principios y valores en examen, es inevitable que todas y cada una de estas puedan sortear un juicio epistémico-sustantivo positivo de objetividad constitucional.¹⁷ ¿Cuál es la alternativa práctica a este temperamento?

Pues bien, la misma es de naturaleza política-formal-procedimental. En efecto, cuando la voluntad comunitaria de las mayorías democráticas que deciden o avalan contingentes contenidos normativos para la Constitución, la clave de bóveda del orden estatal, los valores y las razones técnicas que justifican la misma Constitución, en rigor de verdad, pasan a tener una importancia un tanto más relativa. En este escenario, resulta evidente, entonces, que los procesos constitucionales de postulación y resolución de conflictos políticos y éticos profundos —por medio de reglas y procedimientos democráticos más o menos estables—, necesitan poder respaldarse en ostensibles mecanismos plurales, deliberativos igualitarios que previa o concomitantemente, cristalicen la legitimidad formal de las autoridades in-

¹⁷ En este sentido, un claro ejemplo de esta sensibilidad nos lo da el artículo 16 de la Carta de los Derechos del Hombre y el Ciudadano del 26 de agosto de 1789 —ubicada a la cabeza de la Constitución francesa de 1791—, donde categóricamente se afirma: “Toute société dans laquelle la garantie de droits n’est pas assurée, ni la separation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”.

tervinientes. Más allá de la moralidad y la racionalidad de sus predicados, es más bien la *autoritas* procedimental (no la *veritas* sustantiva-normativa), lo que permite a la ley y a todas las decisiones importantes del Estado, ganar pretensión de obligatoriedad. Esto es, *ad-radice*, la Constitución es concebida como una expresión política de esa participación ciudadana; como un saldo civilizado de sujetos libres e iguales que, no obstante invocar un lejano horizonte de justicia, no tienen más alternativa que someter sus puntos de vista y oposiciones a procedimientos y deliberaciones imperfectas; a compromisos de transitoria vigencia.¹⁸

Ahora bien, más allá de ello, según sea la ideología que prevalezca o inspire la Constitución, distintas podrán ser también las aptitudes y las posibilidades deliberativas que la representación democrática podría disponer. En este renglón, luego, se pueden distinguir algunas corrientes bien definidas. Puestas en un *continuum*, se pueden reconocer dos de naturaleza más bien políticas; otras dos de genealogía más bien filosófica. Y así, habiendo presentado esta divisoria, propongo una matriz que permita reconocer al menos cuatro tipos de argumentos que intentan sesgar la comprensión de sendos estilos de lenguajes constitucionales. Todo ello puede verse agrupado de la siguiente manera:

- 1) Liberales extremos (con todos los cripto-constitucionalistas), que quieren aislar la Constitución de sus raíces político-democráticas y de sus determinantes históricas. Además de impugnar o soslayar el dominio igualitario y la participación cívica, estas tendencias desafían la capacidad, conveniencia y valor moral que pudieran alegar las instituciones diseñadas para dar cuerpo y permanencia a la representación popular y a toda la actividad política estatal. Se está aludiendo lo que podríamos llamar teorías heterónoma-sustantivistas de justificación filosófica de la Constitución (TFHS). Las mismas, en la tendencia, se distinguen por hacer notar que la validez y la legitimidad de las normas y contenidos de la Constitución dependen trascendentalmente de la autoridad que ha descubierto, enunciado o sancionado los principios, los parámetros y/o las mismas normas metapositivas de referencia. Estas teorías suelen exhibir un sesgo claramente autoritario y/o, al menos, contramayoritario.

¹⁸ Cfr. Riberi, Pablo, Prolépsis y experiencia de la multitud como vigas maestras de la Constitución”, en Núñez Leiva, J. I. (ed.), *Teoría constitucional. Ensayos escogidos*, Santiago de Chile, Universidad Finis Terrae, 2014, pp. 85 y ss.

- 2) Posturas liberales y algunas republicanas moderadas —partidarios del llamado *discourse ethics*, por ejemplo— que, morigerando cualquier formalismo procesual, intentan dar énfasis a las bases deontológicas de la Constitución. Es rasgo común en estas expresiones la referencia a lo que podríamos llamar teorías filosóficas autónomas de la justicia (TFAJ). La validez y legitimidad de los contenidos de la Constitución en estos casos suele depender de la adaptación o compatibilidad de las normas a los presupuestos o condiciones racionales objetivas que, de antemano, en términos universales las mismas TFAJ recomiendan o postulan. Cabe notar, asimismo, que estas teorías se han desarrollado sensibles a los programas liberales del capitalismo avanzado donde la democracia y la política se encuentran fortísimamente limitadas tanto por el activismo de los jueces como por una fáctica expansión de la lógica del mercado. Más allá de ello, existen también algunos liberales que, aun admitiendo simpatía por contenidos epistémicos básicos sobre derechos, aun aceptando restricciones deliberativas a la ciudadanía (sobre el coto vedado de derechos, por ejemplo), no se muestran, empero, insensibles a un respaldo político-mayoritario a la Constitución que ellos están llamando a respetar.
- 3) Corrientes populistas de corte “mayoritaristas-plebiscitarias”. Estas posiciones, mientras exacerban el valor legitimante de la actualizada voluntad popular vigente, relativizan el valor normativo del precompromiso constitucional. Para las teorías político-convencionales de exclusiva reivindicación mayoritaria (TPCM); así las denomino, la validez y la legitimidad de las normas y contenidos de la Constitución no tienen más credenciales que aquellas que exclusivamente se desprenden de la ininterrumpida puesta a prueba y aplicación de la regla mayoritaria. Estas teorías son defendidas por versiones mayoritarista-populistas de democracia. Asimismo, suelen mostrarse contestes con algunos decisionismos populistas primitivos que subestiman tanto el valor normativo del precompromiso constitucional como el discurso de los derechos. Los partidarios de la TPCM se muestran naturalmente escépticos contra la valoración objetiva de predicados de justicia en las relaciones civiles.
- 4) Algunas renovadas vertientes republicano-democrático-populares de corte “procesualistas”, las que, sin sacrificar el carácter normativo-positivo de los contenidos de los acuerdos constitucionales, salvan de todos los modos la soberanía popular —la primacía de la voluntad de la mayoría—, como fundamento de validez tanto del orden constitucional vigente, como así también, de las sucesivas reformas

que recibiére la Constitución. En efecto, para las teorías político-normativas de matriz democrático-procesuales (TPND), el resultado inmanente de instancias deliberativas abiertas entre sujetos libres e iguales, deben ser exclusivamente responsables de establecer todos los contenidos de la Constitución. Estas teorías son defendidas por el constitucionalismo republicano y por versiones deliberativas populares de democracia que, sin embargo —en la mayoría de sus versiones—, no desconocen ni el discurso de los derechos ni el carácter necesariamente vinculante del llamado precompromiso constitucional.

Dentro de este esquema, entonces, desde mi punto de vista, las corrientes teóricas que intentan explicar y justificar el derecho constitucional pueden verse enmarcadas dentro de estas cuatro vertientes preponderantes, de las cuales, repito, la divisoria de aguas entre posiciones “epistémico-sustantivas” y posiciones “deliberativa-procedimentales” pueden definir infinitos arreglos de modelos para armar. En uno de los extremos (TFHS), claramente, se pueden ubicar tanto las viejas aproximaciones jusnaturalistas como aquellas supérstites tradiciones anarquistas o liberales extremas que, asumiendo un talante metafísico de significación trascendente, llaman a cotejar el menú cerrado de elementos necesarios que ellos administran, con la validez o justicia de los contenidos y las instituciones constitucionales que, lógicamente, ellos mismos están también dispuestos a convalidar o denigrar. Desfigurando, si fuera necesario, los límites de sus propios prejuicios, es frecuente encontrar en esta tendencia no sólo a viejos y nuevos arquitectos libertarios de utopías, sino también a tantos desconfiados o autoritarios críticos de talento antidemocrático.

En el extremo opuesto (TPCN) pueden observarse las variantes populistas (con las expresiones autocrático/autoritarias junto a todos los mayoritarismos que rechazan el valor del precompromiso constitucional y/o la normatividad inmanente que se desprende del concepto de Constitución). A partir de cierto escepticismo moral y normativo, la mayoría de estas vertientes teóricas parecen estar de acuerdo en que los contenidos de la Constitución deben estar sometidos a una simple y aleatoria aritmética de satisfacciones estadísticas. En algunos casos, ciertos discursos exagerados suelen invocar una épica iconoclasta o suelen recurrir a urgencias utilitarias, a partir de las cuales mayorías desbocadas pueden dar rienda suelta a expansivos ciclos de reivindicaciones fragmentadas. La verdad es que a las posturas de esta índole les encantan inmolarse en el “fuego heraclíteo” del combate agonal permanente. Es más, no son pocos los que invocan la fuerza inago-

table del resentimiento para intentar reordenar la injusta suerte de tantos desdichados.

Sin embargo, la experiencia histórica indica que el discurso intransigente —antipolítico— del resentimiento, suele acarrear en sus alforjas no pocos efectos secundarios negativos, amén del concreto riesgo de una adhesiva ingobernabilidad. Por razones estrictamente pragmáticas, a propósito de ello, algunas voces democráticas han tenido el buen tino de imponerse una doble tarea. Intentan hacerlo mirando tanto el pasado como el futuro. Por una parte, se han dedicado a morigerar la virulencia de atávicos enconos. Por otro lado, han procurado que las expectativas también estén moderadas. Superar las amenazas a la paz civil, para una mente sensata, fue y sigue siendo el más elemental desafío que un orden constitucional civilizado debe sobrepasar. El primer objetivo que cualquier orden constitucional estable debe alcanzar, precisamente, es el de lograr condiciones de seguridad y previsibilidad en sus relaciones civiles. Casi tan importante como ello, es que esas relaciones civiles exhiban compromiso con algún horizonte comunitario de justicia. Una convivencia pacífica en gran medida necesita ambos complementos.

Naturalmente, entonces, para que la voluntad transformadora o la resistencia organizada de las personas puedan encausarse en las instituciones de la Constitución —es sencillo darse cuenta— resulta imprescindible un marco político de referencia. Para que la política domine los fundamentos de la Constitución, claro es, deviene también necesario el descarte voluntario de todo contenido epistémico indisponible al interior de ésta. Lo que se pone en la Constitución puede ser sacado. Aun cuando, en sí misma, la suprallegalidad de la Constitución permite armarnos conceptual y normativamente con una referencia estable que puede ayudarnos a limitar la capacidad de acción de las personas, si el orden alcanzado nace sobre formas político-procedimentales de validez, es evidente, la Constitución debe reconocerse a sí misma subordinada a un principio deliberativo de carácter democrático-mayoritario de legitimidad.

La mencionada segunda alternativa (TFAJ): tal como se ha señalado renglones arriba, procura evitar las posiciones más extremas. Lo cierto es que académicos y actores públicos en esta línea se muestran mayoritariamente sensibles a preferencias teóricas e ideológicas un tanto moderadas. Sumergiéndose en corrientes filosóficas vinculadas al liberalismo político y al republicanismo institucionalista, estas tendencias intentan ligar o reproducir un menú más bien mínimo de principios y derechos constitucionales. La mayoría de los constitucionalistas y especialistas, entonces, se inclinan por sostener un paradigma epistémico-sustantivo de validez trascendental

para principios de justicia y para una miscelánea de derechos concretos (bajo la forma del llamado “coto vedado”, por ejemplo).

Algunas posturas más sofisticadas suelen expresar cierta simpatía por acotados ideales republicanos y democráticos. Y así, en aras de evitar los rígidos márgenes que repiten los criptoconstitucionalistas de diversa laya; aceptando inclusive que cierto rango de derechos humanos debe ser convalidado o reconocido por procedimientos legislativos democráticos, la verdad es que se ha consolidado un grupo compacto de expertos y académicos que hacen un gran esfuerzo por matizar sus propias convicciones filosóficas y metafísicas de base. Sea como fuere, es el énfasis “filosófico” lo que patentiiza la filiación teórica. Posiciones éstas que, dicho sea de paso, no pueden evitar soslayar o desacreditar el problema del llamado “contramayoritarismo” de jueces y académicos. Por último, cabe notar que, sobre la base filosófica de teorías de la justicia a las que preponderantemente adscriben la mayoría de estas tendencias, la exclusiva o prioritaria razón que justifica el derecho constitucional no es sino la protección de los derechos individuales.

La cuarta alternativa (TPND) en este esquema, menos popular entre la mayoría de la academia, por cierto, propone sostener condiciones político-deliberativa-procedimentales de validez para la Constitución. Lejos de las tendencias antinormativistas (como las más radicales corrientes mayoritaristas y populistas apuntadas precedentemente), estas vertientes, en cambio, prefieren apoyarse en una interesante variedad de prácticas políticas y aportes teóricos extraídos de pasadas tradiciones democráticas y republicanas. Hay dos notas salientes en este tipo de construcciones. Por una parte, que para que los fundamentos políticos de la Constitución prevalezcan, las mismas deben aceptar el carácter normativo de la Constitución. Por otro lado, la referencia inequívoca tanto a la igualdad de la ciudadanía como a la afirmación política de las llamadas libertades positivas; lo que trae consigo una inevitable oposición a cualquier pretensión epistémica sobre contenidos constitucionales indisponibles. Sin embargo, como precisaré más adelante, para estas posturas resulta también irónico y problemático desde el punto de vista de la argumentación teórica, que la libertad y la igualdad de las personas puedan convertirse en contenidos constitucionales contingentes.

Sobre esta línea de pensamiento, dicho sea de paso, vale la pena tomar nota de un fenómeno singular. Me refiero a que, sobre este modo de pensar el orden constitucional, han venido confluyendo no sólo algunas vertientes del contractualismo liberal menos extremo, sino también algunas versiones de un comunitarismo menos autoritario. Como es evidente, ha sido el respeto hacia fundamentos políticos de la Constitución lo que ha permitido esta curiosa confluencia.

Dos versiones de constitucionalismo

Además de contenidos filosóficos verdaderos (*apò tês phýseōs autês kai tês alētheias*), Aristóteles correctamente entendió que “la Constitución tiene necesidad de fundamentos políticos”. Dada la ineludible existencia de plurales ideas de bien moral, esto parece ser una proposición inevitable.¹⁹ Ante cualquier estructura igualitaria de ciudadanía, el enunciado resulta también imprescindible. Por otro lado, si tal como se ha enfatizado, el constitucionalismo debe ser reportado más bien como una ideología antes bien que como una disciplina científica o técnica, es lógico, entonces, la existencia de sendas subjetividades en la carga ideológica del constitucionalismo no es sino una conjura ineludible. Dicho de otra manera —y en línea con lo explicado en el acápite anterior—, no hay más opción que reconocer al menos dos tipos de “constitucionalismos” bien diferenciados.²⁰ Y claro, con ello, va de suyo, sendas concepciones de derechos y sendos tipos de argumentación bien diversos. En efecto, por un lado, un *constitucionalismo legalista* de cuño preponderantemente *liberal*, sobre cuyos fundamentos filosóficos, un repertorio “epistémico” de rígidas consecuencias normativas y empíricas —una suerte de *checklist* de características o propiedades— nos vienen a informar de un modelo ideal de Constitución y de derechos constitucionales. Por otro lado, un *constitucionalismo democrático-republicano*, sobre cuyos fundamentos político-procedimentales, un módulo variable de imperfectos acuerdos precarios da cuerpo a un perfil *dialógico* de Constitución y de derechos constitucionales.

De manera que el *constitucionalismo legalista* —con incidencia preponderante de las llamadas TFAJ—, además de asumir presupuestos de racionalidad económica, instrumental o deontológica, enfatiza sus demandas sobre los aspectos negativos de la libertad civil. A partir de este presupuesto, el mismo se hace eco de la agenda de principios y derechos individualistas que la filosofía liberal ha identificado como naturales o indisponibles para que la dignidad y la autonomía del hombre sean plausibles. Por caso, esta es la impronta que propone Kant cuando somete al “tribunal de la razón” la validez de los contenidos normativos bajo análisis.

¹⁹ Cfr. Riberi, Pablo, “La comunidad en Aristóteles de la virtud a la política”, *Revista Foro de Córdoba*, núm. 50 (IX), 1998, pp. 313-334. Asimismo, Riberi, Pablo, “Derecho y política: tinta y sangre”, en Gargarella, Roberto (ed.), *La Constitución en 2020*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011 p. 241.

²⁰ Para una prolija exposición en torno al constitucionalismo político, conviene revisar la obra de Richard Bellamy, *Political Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2007.

En la vereda de enfrente, además de dar prioridad a las llamadas “libertades positivas” y al autogobierno, el *constitucionalismo político, democrático, republicano* —fundamentalmente las TPND—, en cambio, entiende que para la admisión de derechos positivos resulta necesario que un proceso institucionalizado de deliberación y aprobación colectivas deba ser sorteado. Aunque haya abrazado la herencia ilustrada —rescatando muchas conquistas del liberalismo ideológico—, la verdad es que el constitucionalismo político nacido al calor de la herencia republicana y democrática no quiere correr el riesgo de perderse la multiplicación de *desacuerdos* civiles constantes. Claro, ello es imprescindible, toda vez que el llamado “politeísmo de los valores” de una sociedad abierta y plural, impone dinámicos desacuerdos antes que privilegiados tutores de verdades morales y constitucionales.

De modo que, si la neutralidad y la “no-interferencia” del Estado es lo que más obsesiona al *constitucionalismo legalista-liberal*, al *constitucionalismo político-democrático-republicano*, por el contrario, lo es la evitación de cualesquiera condiciones estructurales de “dominación” (dentro o fuera del aparato del Estado).²¹ Mientras que el primero se inclina por concebir incólumes derechos individuales desprendiéndoles de las llamadas teorías individuales de la voluntad, para el segundo, en cambio, las llamadas teorías del interés apenas si están en condiciones de justificar la prioridad léxica de la palabra “derecho” cuando la misma irrumpe en los conflictos civiles concretos.

En la actualidad, a contramano de aquellos atávicos antecedentes político-revolucionarios, donde razones y sentimientos democrático-republicanos —y populistas— fueron consolidando un fraternal vínculo “público-deliberativo” al interior del concepto de autogobierno —y en los fundamentos mismos de la Constitución—, resulta pleno que el constitucionalismo contemporáneo se siente hoy más cómodo con el relato filosófico de las perspectivas “técnico-juridicistas” en la disciplina. Luego, si invocando responsabilidad colectiva para una masiva participación civil, las demandas “positivas” de libertad reclaman condiciones “procedimentales” de legitimidad para los contenidos de la Constitución, los defensores de las llamadas “libertades negativas”, por el contrario, concentran sus esfuerzos en expandir eruditos y cosmopolitas consensos sobre derechos humanos. Como la política supone un plano horizontal en el uso colectivo de la palabra, una percepción naturalmente igualitaria de todos los interlocutores es sencillo darse cuenta que, para esta sensibilidad, la política incomoda. Porque claro, sin ontologías ni hegemonías verdades que ellos mismos descubren y administran, no es posible monopolizar autoritativamente la adjudicación de derechos. Tampoco

²¹ Cfr. Pettit, Philip, *Republicanism*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 77 y ss.

resulta verosímil que algunos funcionarios (sin control democrático) se reserven para sí mismos la exclusiva autoridad en el diseño de los límites para todos los poderes superiores del Estado.

IV. UNA FORMA POLÍTICA-CONSTITUCIONAL DE INTERPRETAR LOS HITOS DEL CONSTITUCIONALISMO

Para mejor poner al descubierto los vínculos de la política con el diseño institucional, es imprescindible prestar atención a los circuitos y pliegues capilares que el acatamiento normativo de una comunidad determinada va esculpiendo sobre el alma ciudadana. Hay que indagar sobre las conexiones racionales y emocionales que pudieran ser desentrañadas en los mismos puntos de contacto entre las expectativas del diseño y las concretas prácticas constitucionales. En esta tónica de análisis, Michael Walzer ha destacado (que): “La política suele tener que ver con personas que reúnen las dos cosas, las convicciones y las pasiones, la razón y el entusiasmo, en una relación inestable”.²² Eso está muy bien dicho. Lo constitucional de lo político, naturalmente, nos lleva a esta combinación de humores poco dúctiles. He ahí un problema. Desde los tiempos de Aristóteles a esta parte, parece que siempre ha sido más o menos lo mismo. En consecuencia, ¿no es acaso un grave descuido soslayar alguno de estos elementos cuando analizamos las instituciones y las leyes que ordenan la ciudad, la provincia o un país?

Pues bien, me parece que sí. La política se apoya en ambos factores. Y ello es así, precisamente, porque la actividad política intenta proporcionar certidumbre y previsibilidad a relaciones intersubjetivas que, por la propia naturaleza humana, son inestables. De todos modos, por construcción, es posible que la política pueda ser vista de otro modo. Por ejemplo, como un fin en sí misma. Sin embargo, en tanto metonimia o figuración que permite comprender y sobrellevar variadas fórmulas de justificación de acuerdos y conflictos colectivos, más básicamente, la misma merece ser entendida como una categoría práctica para la libertad y la igualdad humanas. En mi opinión esta pulsión es lo que mantiene vivo el autogobierno. Porque como ya se ha dicho, la política impone la necesaria reproducción de desacuerdos; a veces estratégicos, a veces morales. Si estas tensiones no existieran; si las emociones no hubieran enturbiado y/o desacreditado tantos dictados de la razón —algunas veces macabros, otras veces luminosos—, la verdad es

²² Walzer, Michael, *Razón, política y pasión 3 defectos del liberalismo*, Madrid, La Balsa de la Medusa, 2004, p. 84.

que las visiones filosóficas hace rato que ya hubieran logrado convencernos sobre la inutilidad o el carácter retardatario que ofrece la actividad cívica al interior de la vida pública. De hecho, con Kojève o Fukujama, por ejemplo, falazmente se pretendió decretar que, como categoría epocal superada, asistíamos al ocaso de la política; que estábamos ante el inevitable “fin de la historia”.²³

Sin embargo, la Constitución sigue necesitando de la política. Ambos elementos ponen en marcha una dialéctica permanente entre estabilidad-ruptura en los acuerdos humanos importantes. En esta relación, se sintetiza un juego interno donde valores, principios y reglas de convivencia nacen y mueren en ciclos dinámicos de inestabilidad/estabilidad. De modo que no hay orden jurídico ni autoridad legítima sin una Constitución que lo respalde. Esto es así. Y es por eso que la Constitución se ha transformado en la única dimensión de sentido capaz de ir configurando un marco institucional para legitimar y racionalizar las prácticas deliberativas de la política. Lo “político”, a su vez, es lo que da forma y sentido a la Constitución y al régimen político del Estado. Sólo la política, luego, está en condiciones de garantizar consentimiento legítimo para acatar normas y decisiones de las autoridades establecidas.²⁴ El temple “Hume”, en esta idea, ayuda a comprender mejor cómo variadas actitudes colectivas ponen en movimiento cambiantes ciclos anímicos de conformidad y resistencia hacia el orden establecido. Ante variados desafíos agónicos, las “circunstancias de la política”, en definitiva, iluminan y obnubilan una vacilante razón pública.²⁵

Pero como ya se ha dicho, la fundamentación del orden constitucional responde a distintos énfasis teóricos. Y de tal suerte, por una parte, es posible encontrar las “versiones estáticas del consenso” (TFHS y TFAJ), las cuales rescatan el descubrimiento o la formalización de los acuerdos plurales

²³ Desde una perspectiva americanista, una temprana crítica a la filosofía que afirmaba asistir al “fin de la historia” —concretamente a Kojève—, se la debemos a Carlos Astrada. Cfr. Astrada, Carlos, *Dialéctica e historia*, Buenos Aires, Juárez Editor, 1969, pp. 45-60.

²⁴ Más allá de la ley, la política y lo político importan un fenómeno peculiar, donde muchas circunstancias y exigencias normativas y pragmáticas de las personas quedan libradas exclusivamente a la voluntad colectiva de esas mismas personas o de sus representantes más directos. La política no es una actividad exclusivamente práctica, cultural o una categoría ideal. La política y “lo político” son términos complementarios que permiten dar cuenta del carácter *autopoietico* de identidad de una comunidad determinada. Ante todo, como resalta Creek, la política es eso: política. Cfr. Creek, Bernard, *In Defence of Politics*, University of Chicago Press, 1993, p. 16. Asimismo, Tagle Achával, Carlos, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1976, t. I, p. 65.

²⁵ Más lejos de Rawls, uso la expresión “circunstancias de la política”, más cerca de Waldron. Cfr. Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999, p. 160.

trabados para la estabilización de los contenidos normativos de la Constitución. Por otra parte, pueden también reconocerse “versiones dinámicas de los procesos deliberativos” (TPCN y TPND), las cuales prefieren hacer hincapié en la importancia meta-normativa que tiene la protección del disenso para asegurar la libertad y la igualdad ciudadana.

La confrontación política —con sus episodios de estabilidad y ruptura—, entonces, resulta más deseable si se cumplen ciertas condiciones muy específicas. Al menos para las perspectivas democrático-republicanas (TPND), ello es así, sólo cuando el debate y la decisión colectivos —lo más amplias e imparciales posibles— se ven regulados por normas formales y procedimentales de uniforme acatamiento. A partir de ello, la idea de una necesaria obediencia política colectiva hacia la Constitución deviene pues una intuición también imprescindible. La fidelidad constitucional, luego, es un corolario derivado de la participación ciudadana responsable. Obligación a secas. Lo que quiere significar que, más allá de los imperfectos contenidos acordados —y aun cuando pudieren haber minorías que no estuvieren conforme con las normas vigentes—, es de todos modos pleno que todos seguimos teniendo buenos motivos para seguir respetando el carácter normativo a la Constitución vigente. Y es lógico que así sea, en tanto el dominio político de la Constitución está en manos de los mismos ciudadanos que hacen y cambian las normas que deben respetar. Por lo tanto, los desencantados y disconformes saben fehacientemente que siempre tendrán renovadas oportunidades políticas de confrontación y ruptura para hacer prevalecer sus desatendidos puntos de vista. En el ejercicio participativo-deliberativo, la política edifica el corazón constitucional de la comunidad de referencia. Aquí siempre hay un hecho inalterable a saber: los auténticos demócratas y republicanos nunca permiten perder de vista que la libertad y la igualdad ciudadanas no sólo están amenazadas por los ataques a la Constitución, sino también que ambas categorías corren serios peligros cuando los procesos de disputa y deliberación democrática están subordinados a fuentes externas de validez.

En consecuencia, la vida de la república democrática es correctamente apreciada en el indetenible e imperfecto juego deliberativo-institucional de estabilidad, consenso y ruptura. En particular, la república, como es fácil sospechar, resiste los dictámenes de los tutores de la verdad y del bien moral. Una democracia-republicana, una república-democrática, es un lugar donde las personas son libres e iguales; donde los ciudadanos debaten las normas que han de regular tanto aspectos públicos como privados durante sus efímeras vidas. Naturalmente, resulta entonces razonable que los individuos comunes vayan a ofrecer resistencia a los mandatos exógenamente impues-

tos. Ni los dictados de un supuesto deontologismo universal, ni mucho menos las rígidas tablas de una metafísica ley natural pueden sosegar las mencionadas resistencias de ciudadanos libres e iguales. La verdad es que cuando hay fundamentos políticos para la Constitución es irritante hasta la más mínima calcificación dogmática de los derechos humanos. No puede haber reglas eternas ni normas constitucionales por encima de la Constitución.

Como primer objetivo, la Constitución informa la organización del poder al interior del Estado. El equilibrio imprescindible entre derechos y las capacidades delegadas a las personas que circunstancialmente gobiernan las instituciones del Estado necesita el apoyo de la política. La sustancia de los derechos puede estar robustecida por el reconocimiento a la legitimidad de las instituciones del Estado que los crea o reconoce. Sin embargo, para la mayoría de la academia jurídica, la práctica política apenas si merece una valoración residual y secundaria. La política reside en unas cuadernas que, dicho sea de paso, tampoco se encuentra hoy frecuentada por todos los sujetos comunes que, en su gran mayoría, dicen también sentirse insatisfechos, desorientados y/o apáticos a lo que sucede en la esfera pública. Porque claro, en creciente mayoría, las disciplinas teórico-jurídicas han ido consolidando endogámicos circuitos eruditos de verdad. Tanto las dominantes teorías semánticas del derecho como aquellas otras que se manifiestan afines a posturas hermenéuticas en la interpretación constitucional, parecen entonces, sentirse uniformemente incómodas con procesos deliberativos y participativos de reforma constitucional.²⁶ La retórica racionalista de la antipolítica desplaza las fibras emocionales de la política.

1. Un corpus ideológico-práctico para la Constitución democrática

Para lograr atractivos acuerdos cooperativos entre individuos libres e iguales; para que sujetos que tienen distintas ideas de bien moral —con intereses y capacidades personales también diferentes— apuesten a convivir pacífica y tolerantemente, la verdad es que no se advierte alternativa más razonable que el sometimiento voluntario a un orden constitucional cuyos fundamentos y contenidos deben estar abiertos a la participación de todos.

²⁶ Tal como advierte Waldron, por ejemplo, no es novedad que la mayoría de los juristas y expertos en derecho desatiendan hoy las posibilidades y el potencial valor normativo que pudiera ofrecer el estudio de la actividad deliberativa y legislativa parlamentaria. Por el contrario, la gran mayoría de los juristas y constitucionalistas, prefieren concentrar sus reflexiones y esfuerzos en el análisis de casos y en las sutilezas técnico-jurídicas de la razón judicial. Cfr. Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999, pp. 24 y ss.

Esto es, un orden constitucional cuyos cimientos tienen que ser políticos. En este sentido, claro es, no hay opción más sensata que asegurar mecanismos institucionales basados en la deliberación parlamentaria y el diálogo plural.

La tolerancia y la convivencia pacífica y civilizada entre sujetos que piensan distinto sólo es posible si los ciudadanos aceptan escucharse y respetarse en la práctica del disenso. Naturalmente, la deliberación y el debate igualitario supone que algunas veces unos podrán convencer a otros y que otras veces serán convencidos por sus interlocutores. En cualquiera de estas alternativas todos han de obedecer la ley y las decisiones estatales aún sin estar totalmente conformes con el contenido de éstas. Dentro de una previsible saga de conflictos inevitables, otra precaución adicional merece atención. Los procesos de reforma constitucional, aun sometidos a rigideces y consensos supermayoritarios, deben estar abiertos a la participación y al control popular. Pero como es obvio, ante las demandas de agravados consensos, la mayoría de las veces los sujetos van a verse obligados a “negociar” puntos de vista con quienes hacen presente intereses o deseos alternativos en la conversación.

La verdad es que suele ser un error frecuente estigmatizar genéricamente el fenómeno de la negociación política. En la impugnación se asume que la misma representa inevitablemente una instancia amoral y/o irracional donde, más allá de los argumentos en disputa, creencias, intereses y deseos son sacrificados por agentes débiles de espíritu. La tendencia a la negociación que propone la política —se insinúa o se acusa—, tiene efectos corrosivos sobre los sentimientos de justicia de las personas. La política, de tal suerte, suele ser valorada como una tarea que se degrada por defecto de la negociación inevitable de las soluciones que tienden a ser desaprensivas o directamente indiferentes a la verdad o la justicia implicadas. En condiciones imperfectas de deliberación por parte de sujetos en situación de representación, la negociación y el regateo político resulta hoy un fenómeno todavía más desacreditado. La mayoría de los intelectuales y expertos avezados en derecho constitucional, así lo entienden. Ahora bien, desde un punto de vista democrático igualitario, si en verdad queremos alcanzar acuerdos estables de convivencia con quienes piensan distinto ¿qué alternativa queda?

Asumiendo que todos los participantes no pueden estar de acuerdo en todo, advirtiendo que la mayoría de quienes conversan y plantan sus diferencias, en última instancia, están llamados a rechazar la violencia para imponer sus puntos de vista, la verdad es que sólo quedan dos caminos: por un lado, negociar para llegar a algún tipo de consenso; por otro lado —ante diferencias no negociadas ni saldadas en el debate—, no queda más

opción que terminar aceptando los resultados derivados de la aplicación del principio y la regla de la mayoría. Eso es política. Vale decir, en el corazón de la política, la deliberación pone en marcha un mecanismo indetenible de negociación, arreglos y rupturas interminables. Teniendo conciencia de que los resultados negociados naturalmente acarrearán consigo variable intensidad y grados imprevisibles de (in)satisfacción en las personas involucradas, es correcto pensar que, en el futuro, quien/es tenga/n la capacidad de alinear intereses y deseos negativos en contra del resultado alcanzado van a poder plantar luego renovados argumentos y propuestas de cambio para quebrar las soluciones dominantes. La subjetivación de renovadas demandas de creencias, intereses y deseos más o menos equivalentes, es lo que siempre inaugura nuevas oposiciones y nuevos consensos. Las preferencias y creencias colectivas dominantes se estabilizan y se desarmán al interior de la conciencia ciudadana. La fuerza normativa de la Constitución, en último grado, puede dar certidumbre y solidez a los procesos de deliberación y negociación inestables más significativos.

Resulta evidente, entonces, que, en condiciones democrático-deliberativas, los individuos van a estar mayoritariamente interesados en regatear, ceder y, a veces, confirmar sus puntos de vista. Lo harán tanto para acordar como para distanciarse de las posiciones de sus semejantes. Y en esta tarea, a los fines de alcanzar, dar estabilidad o minar objetivos colectivos de variable naturaleza, una regla de la experiencia nos enseña que: “A mayor fragmentación y/o mayor polarización en las discrepancias de las personas involucradas en el debate, mayor será la necesidad o el estímulo pragmático y/o estratégico, para arribar a posiciones subóptimas negociadas”.

Habiendo dicho esto, mi opinión es que la democracia y la república nos están proponiendo un nudo histórico de logros y concretas conquistas políticas que, inevitablemente, no pueden ser contenidas y/o descartadas por los rígidos e instantáneos dictámenes del “constitucionalismo legal o filosófico” (sobre las TFHS y las TFAJ). Evitando complejos planos teórico-comparativos, me parece, el legado deliberativo-democrático de cierta atávica tradición republicana (sobre las TPND), en cambio, ofrece claras ventajas en materia de legitimidad constitucional. Con todas sus herramientas deliberativas montadas sobre la palabra y la traducción discursiva de concurrentes razones y pasiones humanas reales, las experiencias cívico-colectivas democrático-republicanas, tienen más chances de alcanzar un doble objetivo. En efecto, por un lado y por definición, las mismas alientan la convivencia pacífica de plurales expresiones ideológicas. Por otro lado, permite percibir la tolerancia civil con un mayor sustento ético y constitucional. Desde el mismo momento que las prácticas participativas y deliberativas tienen

lugar en un plano público-igualitario es esencial contar con dosis sensatas de tolerancia y buena voluntad.

Las variantes republicanas y democráticas que rescata el constitucionalismo político se caracterizan por una preocupación normativa fundamental. Me refiero a que la Constitución, las normas inferiores y todas las decisiones de las autoridades superiores del Estado, no pueden ellas mismas evitar ser endogámicos productos deliberativos. El mismo sistema político-constitucional que define los valores, principios y reglas de la Constitución debe estar estructurado sobre reglas y prácticas democráticas de participación y debate. Aun admitiendo procedimientos participativos autorreferenciales —de variable rigidez—, aun imponiendo condiciones supermayoritarias de acuerdo para abrir el proceso de reforma de la Constitución, la verdad es que el carácter normativo del orden constitucional, en última instancia, nunca puede evitar recostarse sobre fundamentos políticos e igualitarios de referencia.²⁷

Finalmente, en este punto, es importante resaltar un aspecto de capital importancia. Hay que advertir que sin un temple anímico democrático-republicano es inimaginable un orden constitucional que lo represente. Entiéndase lo dicho: no puede haber ni democracia ni república sin la experiencia colectiva de la libertad e igualdad ciudadanas que active ambas categorías. El imperio de la ley ha sido una conquista política civilizada del orden constitucional de las repúblicas-democráticas a lo largo de la historia. Los ciudadanos, luego, deben estén dispuestos a aceptar y/o a tolerar resultados imperfectos. Los ciudadanos deben, incluso, respetar normas y decisiones que pudieran ser contrarias a sus creencias, intereses y expectativas. Ello es ineludible. Sin limitación del poder; sin mayorías que voluntariamente estén dispuestas a respetar los mecanismos y los procedimientos que la misma Constitución consagra para procesar los desacuerdos, no hay

²⁷ Al respecto es muy didáctica la representación —y planteamiento teórico— que Cass Sunstein ensaya sobre el conflicto de perspectivas que habrían protagonizado Madison y Jefferson sobre la lectura de la Constitución de los Estados Unidos. Sin detenerme en las implicaciones prácticas que visiones dogmáticas de la Constitución prohíjan con relación a las concomitantes teorías interpretativas, lo cierto es que el procesualismo político-democrático nunca se ha resignado a sólo ser una simple y competitiva fuente teórica que intenta dar legitimidad al orden constitucional. Más allá de ello, ante las irreconciliables posturas académicas que toman partido: sea por formas mayoritarias plebiscitarias de justificación del orden constitucional, sea por instancias aristocráticas, conservadoras y tradicionalistas, lo cierto es que las intuiciones de Sunstein son reveladoras de la caladura histórica y teórica que este debate merece auspiciar. Cfr: Sunstein, Cass, *A Constitution of Many Minds*, NJ, Princeton University Press, 2011, pp. 13-16.

república posible. Sin república, la libertad y la igualdad de las personas, claro, apenas si son una consigna huera.

En síntesis, una república democrática necesita ciudadanos libres e iguales, los cuales deben desarrollar aptitudes de carácter para deliberar, disenter, negociar y cooperar activamente. La promoción de valores y virtudes colectivas es por lo tanto fundamental para estabilizar el orden civil alcanzado. El temple ciudadano, a no dudarlo, es el mejor cemento para que la fraternidad civil sea una realidad. Una república democrática, en pocas palabras, necesita intencionados acuerdos políticos-constitucionales más o menos permanentes.

2. *La Constitución democrática-republicana y el constitucionalismo político*

A propósito de lo dicho renglones arriba, cabe traer a colación un dato empírico relevante. En aquellos órdenes constitucionales donde existe rigidez en los procedimientos de reforma —particularmente cuando hay asambleas constituyentes *ad-hoc*—, un sentido práctico de racionalidad colectiva llama a exaltar todas las referencias políticas de legitimidad. Sólo una voluntad legislativa superior y excepcional está en condiciones de cristalizar la idea del bien común en la escritura de las normas constitucionales. Naturalmente, el solapamiento de una atenta e intencionada conciencia cívica plural —de muchas mentes como dice Cass Sunstein— puede convertir el hecho constituyente en un episodio político y moral de gran significado.²⁸ De alguna manera, tal circunstancia redundante en la primacía de la voluntad democrática parlamentaria, la que, por medio de diversos modos de acuerdos —tanto por defecto de la regla del consenso, como por aplicación subsidiaria del principio y la regla de la mayoría—, va transformando la creación y reforma de la Constitución en un fenómeno político-normativo inacabado.

Entiéndase, la obligación política de aceptar *prima-facie* los mandatos de la ley y las determinaciones de la autoridad legítima tienen un valor especial cuando hablamos de normas constitucionales. Intuitivamente, a esta altura del partido, resulta escasamente justificable la obligación colectiva de respetar y hacer cumplir los enunciados de derechos a partir del hecho cierto del simple temor, o a partir del cálculo estratégico egoísta de la conveniencia individual por parte de un agente amenazado (o favorecido) por la fuerza coactiva del Estado. Si en verdad existe una voluntad política de lealtad

²⁸ Cfr. Sunstein, Cass, *A Constitution of Many Minds*, Princeton University Press, 2009.

hacia la Constitución —que se especifica al interior de todo el cuerpo legal derivado—, precisamente, es porque esa obediencia política es una consecuencia derivada de la propia libertad e igualdad protegida por la Constitución. Naturalmente, luego, es casi imposible de imaginar la soberanía popular donde la libertad e igualdad individuales estén restringidas o donde se encuentren directamente obliteradas. Allí donde sólo minorías deciden a su arbitrio la continuidad y/o caducidad de las normas constitucionales, la lealtad hacia la Constitución es un hecho no sólo ilegítimo, sino también, poco plausible.

Una pregunta que vale la pena formularse es si la democracia edificada sobre la aplicación del principio y de la regla de la mayoría, es o no es un presupuesto “preconstitucional” que merece ser blindado aun para la misma deliberación constituyente. Esta es una pregunta relevante tanto para las posturas comunitaristas de justificación del orden estatal como para quienes tienen una mirada contractualista-individualista del pacto civil. La verdad es que resulta muy difícil reconocer la exacta frontera entre lo que teóricamente serían axiomas y lo que serían principios y/o reglas básicas para la comprensión y justificación del orden constitucional. No huelga observar, por ejemplo, que aún para las teorías procesual-deliberativas más radicales resulta muy problemático tomar opción dentro de este cerrado dilema. De todos modos, sea como fuera, si existe una intuición básica de partida, esta es que la regla y el principio de la mayoría es un complemento ineludible e insoslayable cuando son libres e iguales los sujetos que ponen en marcha el sistema.

En efecto, las tesis teóricas más abstractas no pueden evitar sustentarse en un mínimo telón de fondo objetivo. Digo, un núcleo teórico de referencia donde estén ubicadas intuiciones y presupuestos básicos tales como esa libertad y esa igualdad; donde la dignidad de las personas que viven en comunidad o que forman parte de ese contrato civil estén en condiciones de practicar sus derechos políticos. Luego, si se desconocieren o se les negara vigencia a esas prácticas, si por caso se rechazara la procedencia de la regla y del principio de la mayoría, en tal hipótesis, el rechazo de los aludidos prerrequisitos positivos del orden constitucional, paradójicamente, traerían con ello la negación de la condición libre e igualitaria de quienes ejercitan la democracia. Quienes no estén autorizados a deliberar sobre el contenido de la Constitución son sujetos que han visto mermada su libertad y su igualdad con relación a quienes han decidido y/o siguen decidiendo por ellos.

Ahora bien, he aquí un problema teórico-práctico. ¿Qué pasa con las determinaciones antidemocráticas que son decididas democráticamente? ¿Qué pasa con las decisiones democráticas que pudieren afectar los aludi-

dos presupuestos de igualdad y libertad? Porque claro, podría darse el caso que en algún momento las mayorías decidieran cargarse la vigencia de ambas categorías por los mismos mecanismos y prácticas democrático-mayoritarias de la democracia que se estarían en última instancia desbaratando. En esa ironía o paradoja antidemocrática, se vuelve patente el dilema práctico que separa a liberales y republicanos.

De todos modos, en esa hipótesis, lo más interesante es otra cosa. Cuando específicamente estemos aludiendo a un orden constitucional democrático-republicano, cabe intuirse, los efectos de la torpeza y/o la indiferencia cívica de los ciudadanos, trae consigo el colapso de las instituciones y la verosímil pérdida de todas las conquistas civiles. Por eso, el constitucionalismo político pide prestar especial atención a la dimensión práctica de la participación ciudadana real. Esto ya ha sido dicho en el acápite anterior. De más está decir que la experiencia recogida da cuenta de incontables ejemplos donde procesos político-constitucionales de debate y discusión degradados o superfluos, más pronto que tarde, terminan teniendo efectos devastadores sobre la cultura política de la comunidad de referencia. El constitucionalismo político, en esta inteligencia, nos advierte que la democracia y la república suponen prácticas ciudadanas exigentes cuyos “bienes internos” están subordinados al compromiso práctico antes que a los resultados.²⁹

No hay orden constitucional óptimo. La historia además nos enseña que volátiles estados mentales y/o estados emocionales radicalizados o exacerbados en la coyuntura pueden acabar corrompiendo valores de respeto, pluralismo y tolerancia civil. Sin mencionar que la dignidad de cierta categoría de personas dentro de una misma comunidad política suele verse amenazada cuando el desinterés de la mayoría de ciudadanos no les cae en cuenta.³⁰ No han sido pocas las llamadas democracias desarrolladas que valiéndose de irreflexivos estados de ánimo y/o raptos emocionales apresurados de mayorías populares —o de sus representantes más directos— han acabado convalidando inmorales y/o agresivas determinaciones políticas

²⁹ Con respecto a los efectos percibidos en la correcta práctica institucional, es interesante notar como MacIntyre llama la atención sobre un elemento sutil. Resalta el autor cómo los *bienes externos* —susceptibles de apropiación y distinción con respecto al sujeto que los somete su dominio— merecen estar diferenciados de los *bienes internos* cuya incorporación está fundida en la ontología de la institución que auspicia esa práctica virtuosa. Cfr. MacIntyre, Alasdair, *After Virtue*, University of Notre Dame Press, 2012, pp. 191 y ss.

³⁰ Para mayor desarrollo en torno a estos conceptos, véase Riberi, Pablo, “Derecho y política: tinta y sangre”, en Gargarella, Roberto (coord.), *La Constitución en 2020*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2011, pp. 240-249. Asimismo, Riberi, Pablo, “Límites sobre el Poder Constituyente...”, *cit.*, pp. 91-147.

contra colectivos minoritarios. Toda democracia entraña riesgos y desafíos ¿o acaso no sabemos de injustificadas medidas militaristas, perversas políticas racistas, agresivas sanciones comerciales o estúpidas decisiones lesivas hacia el medioambiente? Mi intuición, empero, es que tales alternativas no se vuelven menos amenazantes porque existan mecanismos aristocráticos de control contramayoritario. Una cultura constitucional decadente —con prácticas deliberativas y políticas deficientes; sean éstas democráticas o elitistas—, invariablemente, terminan menoscabando un núcleo variable de derechos humanos de las personas. La vacilante cultura constitucional de nuestro tiempo tiene mucho que ver con las débiles condiciones de paz que exhibe el tablero internacional.

V. LA JUSTICIA Y EL CONFLICTO

Desde una perspectiva constitucional, es un hecho inobjetable que las demandas de justicia nacen desde las entrañas del conflicto humano. Por tal motivo, el epítome de la justicia como laborioso artífice de una racional y estable armonía —tal como nos lo presentan la mayoría de las corrientes filosóficas y jurídicas—, claramente, propone una representación inverosímil desde el punto de vista de la realidad. La historia también nos ofrece incontables ejemplos de esta equivocación. Más allá de ello, esa manera de idealizar la justicia resulta comprensible. Lo es por la sencilla razón de que tales representaciones pretenden dotar de coherencia y universalidad a algunas soluciones del derecho. Si el derecho fuere asumido como naturalmente justo, la universalidad, estabilidad y coherencia en sus predicados seguramente desarrollará un impulso expansivo para homogenizar supuestos análogos.

Sin embargo, a lo largo del tiempo, ante la pregunta sobre qué es la “justicia”, tanto la filosofía como la política se han encontrado repetidamente abrumadas en acuerdos y confrontaciones. Más allá de sus discrepancias o la potencial coincidencia en sus respuestas, lo real es que ambas perspectivas no han podido dejar de mostrarse en recíproca tensión. En rigor de verdad, las prácticas discursivas de ambas disciplinas desnudan el abismo motivacional que las separa. Vale decir, en pos de lograr condiciones generales de armonía, que es intención central de la primera proponer respuestas universales para reducir los “desacuerdos” en materia de justicia. La filosofía quiere descubrir o construir condiciones objetivas de verdad o certeza para que las soluciones éticas o de derecho puedan ser de antemano previsibles e incontestables. De paso, la misma viene a dar testimonio de otro hecho incidental, esto es, la indagación filosófica nunca puede evitar

presentarse alineada a un sesgo aristocrático de autoridad. Quienes dominan las formas retóricas que explican o justifican los predicados de justicia son los expertos que, dicho sea de paso, tienen una singular capacidad para descubrir o postular la verdad moral o el contenido objetivo de los derechos aplicados al caso.

Por el contrario, la política tiene sentido sólo si los desacuerdos tienen capacidad de reproducirse y subsistir más allá de las soluciones ya experimentadas. Como resulta obvio, la política —incluso en sus apelaciones a la justicia—, se justifica al calor del conflicto. Cuando todos estamos de acuerdo, ¿para qué necesitamos hacer política? ¿Cuál es el sentido preciso de la voz justicia cuando las soluciones a los conflictos intersubjetivos están fuera de nuestro alcance? De más está decir que, si la política se sostiene en el desacuerdo y si tal desacuerdo tiene relevancia política —en este contexto claro está— es también porque la invocación de la palabra justicia permite ingresar a un cuadro horizontal-agonístico de soluciones imperfectas más o menos transitorias. Los discursos de justicia siempre permiten abrir paso a excepciones y rectificaciones que rompen la regla.

Dado que en un orden democrático-republicano no hay legitimidad posible, ni puede llegar a ser constitucionalmente admisible que alguien/algunos pueda/n salirse con la suya —todo el tiempo—, debe existir un nítido sentimiento tácito de tolerancia y plural insatisfacción común entre los ciudadanos que anhelan soluciones justas. La justicia como categoría política, por otro lado, representa además un refuerzo anímico de emociones útiles para la convivencia pacífica de la comunidad. Tal circunstancia, en consecuencia, redundante en sentimientos compartidos, inagotables, no siempre decentes. Entre otras cosas, las mismas nos hacen saber que no es correcto ni justo que haya ganadores o perdedores sistemáticos. Ciertamente, que es también inadmisibles que las soluciones que invocan la voz justicia puedan verse desconectadas de la voluntad de los ciudadanos que soportan sus predicados. La justicia, institucional, humana, contiene los instintos primitivos de las personas; moldea la insatisfacción colectiva. Y claro, si ello es correcto, es evidente de paso que todas las formas estables de autoridad y privilegio deben estar atentas a las demandas populares de justicia. Los instintos políticos se ven estimulados cuando existe vocación de justicia entre ciudadanos disconformes. Mientras “lo político” inspira acuerdos y desacuerdos deliberativos sobre todos los aspectos relevantes de la vida pública, la viga maestra que garantiza la aceptación pacífica del orden civil, no es otra que la perpetuación institucionalizada del orden constitucional que contiene a todos —o casi todos— los desacuerdos humanos. Tengan o no solución o

acuerdo a la vista, me refiero tanto a los desacuerdos pacíficos como a los potencialmente violentos.

Asimismo, el constitucionalismo político ha llamado la atención sobre otro interrogante singular. Sabido es que de entre las más empinadas magistraturas de los poderes superiores del Estado, las credenciales de los jueces son las que presentan menor legitimidad y menor responsabilidad política frente a la ciudadanía.³¹ Y en este entendimiento, teniendo en cuenta que los jueces raramente se ponen de acuerdo sobre las razones de derecho que dan fundamento a sus decisiones y que, a menudo, siquiera coinciden sobre la interpretación de los hechos involucrados o sobre qué normas deben ser aplicadas al caso; advirtiendo también que los jueces suelen tomar decisiones desacertadas y/o inconstitucionales por equivocación, ignorancia, o mala fe, la pregunta que el constitucionalismo político subraya es la simple: ¿cómo es posible que gran parte de la academia —partidaria del constitucionalismo legalista-filosófico— acepte sin problematizar que la última palabra en materia constitucional debe quedar exclusivamente confiada a esos jueces?

Las respuestas intentadas sobre esta cuestión han sido variadas. Sin embargo, apenas si unas pocas alternativas revelan auténtica preocupación por la objeción contra-mayoritaria. La verdad es que la gran mayoría de los partidarios del constitucionalismo legalista o filosófico —“neoconstitucionalistas” en primera fila—, prefieren cambiar los ejes del debate para concentrar sus esfuerzos en tres núcleos de problemas teóricos que apenas si son incidentales a la cuestión. El primero de ellos indica que están muy dedicados a dar justificación constitucional al llamado “activismo judicial”. Esto es, hay una clara tendencia que pretende alterar pretéritos equilibrios y juego de desconfianzas entre los poderes superiores del Estado. En contraposición al llamado “departamentalismo”, la idea es correr las fronteras de lo político al tiempo que se restringe la última palabra en los conflictos constitucionales a la voz de los jueces.

En segundo término, es evidente que existe una tendencia a robustecer el ejercicio vigilante de un “control de constitucionalidad (y de convencionalidad)” sin límites de ninguna índole. A caballo de esta tendencia, una creciente naturalización de la adjudicación constitucional judicialista ha venido desarrollando un fenómeno novedoso. En tiempos corrientes, a partir del diálogo multinivel de diversos tribunales que solapan sus diversas

³¹ Para abundar al respecto ver la crítica de Waldron. Cfr: Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 2009. Asimismo, Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 2009.

opiniones en materia de derechos humanos, fundamentalmente, se ha venido consolidando un *corpus* epistémico de contenidos extrañados de todo control democrático. Es más, en detrimento o por oposición a las prácticas democrático-representativas del Parlamento, la función judicial parece estar llamada a contener, completar y eventualmente sustituir los resortes político-participativos de la ciudadanía.

En tercer lugar, teniendo en cuenta que en un orden constitucional pareciera inevitable la transformación de preferencias culturales de los individuos —y con ello, de los estados de ánimo del común—, además de la falibilidad subjetiva de los representantes y funcionarios del Estado, es pleno que aquí tiene lugar una clara divisoria de aguas. En efecto, dados estos supuestos, resulta asimismo evidente que para la mayoría de estas vertientes de pensamiento —filosófico, liberal, legalista en distinta aleación—, las relaciones asintóticas de aplicación y creación de formas interpretativas supletorias o correctivas de adjudicación de derechos son un fenómeno también ineludible. Para las TFAJ-TFHS, la corrección de los flujos decisionales democráticos —sea por razones pragmáticas o técnicas—, más que un *factum*, resulta ser un hecho necesario. La falta de justificación de la prevalente tarea del Poder Judicial: Corte Suprema o Tribunales Constitucionales, apenas si asoma como un daño colateral menor que debe ser aceptado sin complejos ni lamentaciones.

Representación y deliberación política

Las formas democráticas montadas sobre el principio y la regla de la mayoría han cobrado un significado político esencial a lo largo de la historia del constitucionalismo democrático y republicano.³² En esta línea, más allá de avatares, excesos y contradicciones, repetidas prácticas, rituales y procedimientos han acabado dando cuerpo a una sesgada idea de igualdad y libertad ciudadanas. Los juegos deliberativos (el *logoi* de los griegos) y la puja de principios al interior de la democracia, lejos de ser un problema, han sido

³² El nacionalismo democrático-republicano, heredero de la Revolución francesa, en la dimensión emancipatoria de sus réplicas en nuestro continente, por ejemplo, exhibe también claras raíces e ímpetus de naturaleza políticos. Además, tal como resalta Creek, si lejos de la mecánica enunciación de características asignadas a la democracia la misma fuera más bien entendida como fundamento práctico de gobierno libre, estaría claro también que la autoridad y la representación deberían contar con instituciones adecuadas a un espíritu comprometido con la actividad política igualitaria. Cfr. Creek, Bernard, *In Defence of Politics*, University of Chicago Press, 1993, p. 71.

más bien una fortaleza que ha dado *Thumos* (cohesión espiritual) al orden constitucional democrático-republicano. Por lo tanto, alineados tras dos principios esenciales de ciudadanía —el de “publicidad” y el que sostiene que “todos deben tener participación en las decisiones que les afecten”—, las reglas y prácticas que ponen en marcha los mecanismos institucionales de la democracia representativa, pareciera que no sólo deben dar justificación al genérico deber de obediencia a la ley —y a la autoridad—, sino que también, deben ofrecer eficaces y eficientes resultados para mayorías conscientes e involucradas.³³

En otras palabras, para que la actividad representativa y legislativa pueda ser reconocida como auténticamente política; importante es notarlo, ciudadanos libres e iguales deben volver visibles creencias, intereses y deseos en situación de fragilidad y potencial olvido. Adviértase, de paso, que, en una república democrática, las mayorías —con o sin sus representantes—,

³³ Justificar la deliberación y la elección colectiva democráticas no deja de ser una tarea muy compleja. En términos teóricos, por ejemplo, resultan conocidas las debilidades epistémicas y prácticas que se siguen de la teoría del jurado de Condorcet. En consecuencia, teniendo en cuenta las prevenciones de Arrow —y dada la complejidad de la trama analítica que caracterizan los problemas políticos, sociales y económicos contemporáneos—, resulta más que ingenuo seguir intentando resolver o reconducir binariamente las posibilidades electorales de todos los sufragantes. No huelga notar, además, que para las corrientes expectativas constitucionales, la idea de “corrección” o “validez”, apenas si representan compartidas herramientas retóricas, aunque también, justo es decirlo, no pocas dificultades pragmáticas se desprenden de su utilización. Aun cuando nuestras ambiciones teóricas pudieren estar limitadas a la obtención de productos “válidos” y “correctos”, la verdad es que las discrepancias nunca terminan ahí. En efecto, ¿qué se quiere significar con ambas palabras en diversos contextos? ¿Puede acaso cualquiera de ambos conceptos convertirse en una metáfora compatible con el viejo concepto de “bien común”? No lo creo. Recuérdese que para la mayoría de los expertos en “elección racional”, una distintiva inteligencia de la “multitud” —diferente a la sumatoria de la inteligencia individual agregada—, resulta algo inasequible. Por otro lado, existen otras diferencias y dificultades que también merecen atención. Por caso: los electores rara vez son independientes. Vale decir, los electores no sólo suelen ser irracionales sino que también tienden a deliberar y decidir bajo la influencia de terceros. Muy particularmente, bajo sutiles incentivos promovidos por el “big-data” y la tarea de gurús en los mass-media. Lógicamente, todo ello es negativo para la práctica democrática. Y como si ello fuera poco, otro aspecto merece ser tenido en cuenta. Pues, tal como la experiencia enseña, no es un detalle menor que los potenciales beneficios que la deliberación pública pudiera promover, son beneficios cuyos frutos rara vez son rendidos en el tiempo presente. La conciencia política colectiva no se desarrolla instantáneamente en ejes lineales de espacialidad. Mucho menos todavía —cuando por las razones aquí expresadas—, la calidad epistémica de las conclusiones habidas, pueden llegar a ser valoradas en forma aleatoria o sutil, por participantes desatentos o engañados. Compréndase: el mapa de las necesidades, intereses, creencias y deseos colectivos está constantemente sujeto a variables independientes y dependientes que van desdibujando sus imprecisos contornos en el tiempo.

siempre porfían para perforar las mallas antipolíticas que pudieran intentar apartarlos del autogobierno. La soberanía popular y el pleno dominio político-constitucional de las normas que regulan la vida civil, son las vigas maestras para legitimar el citado deber de obediencia.

Desde el punto de vista del constitucionalismo popular, tal vez, estas formas pueden cobrar un significado especial. Nótese, en este sentido, que para las posiciones republicano-democráticas (alineadas con las TPND), resulta sencillamente inadmisibles cualquier situación de privilegio, hegemonía o dominación. Lo es porque cualquiera de estas situaciones menoscaba la libertad y la igualdad política de los ciudadanos. Y claro, las relaciones de privilegio, hegemónicas o de dominación, por definición, siempre se revelan como antipolíticas. En consecuencia, las certezas dominantes de los expertos, de los jueces —o de quien presuma tener una inteligencia superior de la verdad, la justicia o de los derechos enunciados en la Constitución—, como es obvio, no pueden evitar despertar desconfianza entre las personas comunes.

Es bueno saberlo: cuando hay dominación y/o una naturalizada hegemonía en torno al saber, las prácticas deliberativas y participativas que caracterizan una república democrática, inevitablemente, terminan incomodando al poder consolidado que administra sesgadamente ese conocimiento. La verdad es que cuando sólo los expertos y poderosos dominan la adjudicación de contenidos de justicia, como es natural, la práctica política deliberativa tiende a languidecer, a perder relevancia. Si ello es así, toda actividad vicaria de representación pasa a ser una tarea hipócrita o simplemente superflua. Sin política ni deliberación, las decepciones recurrentes de la representación desnudan la desigualdad ostensible. En muchos casos, la imposición o la inmoralidad irritante termina naturalizando la infelicidad sin remedio de muchos de nuestros semejantes en situación de sometimiento.

En realidad, la necesidad de lograr algunos consensos y, sobre todo, la importancia de procesar institucionalmente nuevos disensos es lo que convierte a la política en el territorio y en el fundamento insustituible del orden constitucional democrático y republicano. Las prácticas deliberativas que informan la política democrática y republicana, de tal suerte, demandan estímulos cooperativos y valoraciones constitucionales comunes. Las mismas son fundamentales para mantener vivas las competitivas representaciones en pugna. Las mismas son imprescindibles para superar el conflicto. En pocas palabras, la participación y las prácticas deliberativas al interior de las instituciones representativas no sólo actualizan dinámicamente la unidad del Estado, sino que alimentan la esperanza civil.

Por otro lado, la igualdad y la libertad son el combustible político que mantiene vivas flamígeras representaciones que dan cuerpo a móviles y suti-

les identidades en perpetuo conflicto. Es conveniente no perder de vista, en este sentido, que si las identidades y las representaciones faccionales cambian y hasta desaparecen, el objeto de representación —en tanto abstracto telón de fondo que patentiza la nación o el pueblo—, en cambio, siempre es uno y único. La unidad política del objeto, entonces, es lo que permanece. Lo demás, sí, es más o menos fugaz.

De modo que las verdades de la filosofía difícilmente puedan reinar incólumes en el territorio de la política.³⁴ No obstante ello, allí también se valoran, perciben y desafían los aportes de la filosofía. Entre otras creencias, las verdades de la filosofía luchan por instalarse, crecer y por subsistir. Ello es inevitable y sensato. Lo es, precisamente, porque la política, de una u otra manera, propone multiplicar la diversidad que da sentido anímico a un juego de ficciones incontrolables. Y claro, al menos en los regímenes democráticos y republicanos, como se sabe, la igualdad y la libertad ciudadana, inevitablemente, se van reconfigurando en ciclos discontinuados de argumentaciones, acuerdos y nuevos conflictos. Ahí, los aportes de la filosofía, de la teoría cuentan mucho. La legitimidad, justicia y/o verdad, todas las conveniencias o estrategias consolidadas, en gran medida, están subordinadas a este juego de espejos.

VI. LIBERTAD E IGUALDAD DESDE LA PERSPECTIVA DEL CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO

La palabra democracia es valorada positivamente recién a partir de la primera mitad del siglo XIX.³⁵ Más precisamente, luego de la aparición del libro de Alexis de Tocqueville: *La democracia en América* (1835). Describiendo las claves mayoritaristas que daban luz y cordura a la democracia norteamericana, dice este pensador que la misma propone “la teoría de la igualdad aplicada a la inteligencia”. Resulta oportuno notar, dicho sea de paso, que tras la experiencia clásica-antigua —y más allá de algunos experimentos renacentistas—, las elites gobernantes siempre supieron hacer presente sus desconfianzas y cautelas hacia potenciales mayorías desbocadas en situación de poder.

Es un lugar común decir que mansamente las masas se dejan seducir por demagogos sin escrúpulos y/o violentos. La verdad es que no sólo la

³⁴ Cfr. Riberi, Pablo, *Teoría de la representación política*, Rubinzal Culzoni, 2014, pp. 437 y ss.

³⁵ Al respecto, véase Riberi, Pablo, “Prolepsis y experiencia de la multitud como vigas maestras de la Constitución”, en Nuñez Leiva, J. I. (ed.), *Teoría constitucional. Ensayos escogidos*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Finis Terrae, 2014, pp. 80 y ss.

imprevisión y la falta de sensatez parecieran ser algunos de los atributos destacados al populacho, sino que, más radicalmente, se les endilga falta de vocación patriótica, moralidad e inteligencia. Inclusive en la retórica marxista sobrevuela incólume este mismo estigma; al menos ello parece ser así cuando se alude al lumpenproletario o a colectivos desprovistos de cualidades subjetivas y/o esclarecida conciencia revolucionaria. Sea cual fuere el caso, si en las grandes mayorías sólo abundan instintos menores, falsos o mezquinos, ante este pesimista cuadro antropológico, una pregunta esencial puede ser la siguiente: ¿qué otra cosa, qué peligros o desventajas concretas pueden esperarse de la participación y el debate político horizontal?

La verdad es que para ciertas expresiones de pensamiento crítico contemporáneo —libertarios extremos, liberales indolentes, anarquistas ingenuos y conservadores nostálgicos, por ejemplo—, las variantes mayoritarias de democracia, apenas si pueden proponer quimeras o fraudulentas amenazas para la libertad individual.³⁶ Una burocracia tecnocrática y condiciones de mercado pareciera ser la plataforma imprescindible para un juego restringido de participación y deliberación manipulada o restringida.

Los desafíos y las resistencias antidemocráticas, por ende, fueron y siguen siendo muy apremiantes. Y en cuanto tales, no deben ser desatendidas ni pueden estar minimizadas. En la actualidad, se han ido consolidando viejas reticencias y descalificaciones hacia la actividad política y la participación de las masas. Ello es particularmente ostensible en el territorio constitucional. Por otro lado, quienes mantenemos nuestros compromisos democrático-deliberativos tampoco podemos eludir inconsistencias teóricas y desafíos prácticos en ciernes. No nos es sencillo responder algunos interrogantes. Por caso, ¿cómo es posible que ciudadanos sometidos a ingobernables procesos de propaganda y entretenimiento banal deban ser ellos mismos los exclusivos responsables de compatibilizar sus respectivas aspiraciones de libertad y felicidad individual con las necesidades de bien o

³⁶ La probabilidad de arribar a respuestas correctas mediante la deliberación y el sufragio colectivo, parece contar con dos escaleras de montaje. Por una lado, desde un punto de vista cualitativo, en tanto y en cuanto haya una masa crítica mayoritaria de personas —preferentemente educadas y honorables— que participen y debatan entre sí, parece ser verosímil la probabilidad estadística de poder contar con un mayor número de respuestas correctas. Por otra lado —como intuía Condorcet en su *Ensayo sobre la aplicación de la probabilidad a las decisiones de la mayoría* (1785)—, esta alternativa parece aumentar las chances de obtención de buenos resultados cuando cuantitativamente y en paralelo, se ven también incrementados la cantidad de participantes en el proceso de deliberación y toma de decisiones. Para ahondar en este tema véase Landemore, Hélène, *Democratic Reason*, Princeton University Press, 2013, p. 71. Asimismo, Chueca Rodríguez, Ricardo, *La regla y el principio de la mayoría*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 59 y ss.

utilidad común? Además, si se asume que todos los operadores racionales siempre maximizan el autointerés, resulta naturalmente evidente también que los presupuestos lógico-individualistas de deliberación —alineados con la *rational choice*—, difícilmente puedan verse compatibilizados con las demandas positivas de libertad cívica y autogobierno que postula el constitucionalismo político.³⁷

En los modelos teórico-liberales, en cambio, la representación política es presentada como un antídoto capaz de desestimar la participación y la deliberación activa de las masas populares. Como lo ha señalado Downs —al menos en las democracias opulentas—, los individuos racionales difícilmente van a percibir objetivos colectivos atractivos, ni mucho menos van a contar con incentivos adecuados para dedicar tiempo y recursos personales siempre escasos para la vida pública.³⁸

Es un supuesto asumido de gran parte del constitucionalismo legalista, liberal —basada en el llamado “individualismo metodológico”—, por otra parte, que la mayoría de las posiciones teóricas o políticas que se presentan indóciles o contrarias a blindar filosóficamente los dominantes presupuestos constitucionales, en verdad, para merecer mínima atención, debieran proponer o debatir sus objeciones en otro nivel teórico. Las voces discolas, empero, tienen buenas razones para expresar su desconfianza. Quienes cuestionan los dictámenes legales y morales de los apóstoles —criptoconstitucionalistas— de la filosofía liberal, en rigor de verdad, están precisamente resistiendo ese sutil sometimiento meta-teórico. ¿Por qué?

Aquí resulta ostensible una colisión de paradigmas. Estamos frente a una “incommensurabilidad” irremontable de argumentos. Y el constitucionalismo político es perfectamente consciente que sus puntos de vista son percibidos como carentes de sustento teórico o, peor aún, que sus conclusiones merecer ser estigmatizadas como irracionales; cuando no directamente rechazados por reaccionarias y antimodernos. En realidad, estamos ante una avenida de dos manos, porque las voces que expresan al constitucionalismo político también rechazan *in-limine* las tablas eruditas de la filosofía académica. La praxis negociadora de la deliberación política plural para una y otra vertiente tiene presupuestos y objetivos muy distintos. Resulta difícil que los resultados deliberativos de las visiones políticas del derecho constitucional puedan conformar a todos los presupuestos deontológicos ni a todas las demandas de la *rational choice*. Más aún, la lógica económica que

³⁷ Cfr: Landmore, Hélène, *Democratic Reason*, Princeton University Press, 2013, p. 32.

³⁸ Cfr: Downs, Anthony, “An Economic Theory of Political Action in Democracy”, en varios autores, *Journal of Political Economy*, Harper Bros, 1957.

manda a maximizar el autointerés, sin duda, es un *factum* no consolidado en la práctica cotidiana del constitucionalismo político.

Naturalmente, trasladadas esas especulaciones monológicas al territorio del diseño constitucional, de contrabando, se pretende entronizar un axioma o una verdad indiscutible. Un axioma o verdad fuera de disputa que, curiosamente, no tiene características solamente especulativas. En efecto, en la especie, se está asumiendo que todos los individuos tienen —o deben tener— un marco único de preferencias intercambiables. Y a partir de ello, de paso, se legitima un canon utilitario-economicista de racionalidad, el cual, como es lógico, no puede sobrevivir las tensiones del conflicto político-constitucional que le proponen sociedades complejas con plurales ideas de bien moral. Sólo cuando altas dosis de relativismo moral pudieran previamente haber sido inseminadas en el corazón y la mente de un ciudadano sin autonomía ni vocación política, tal representación puede volverse verosímil. Y sólo así los presupuestos individualistas del neo-criptoconstitucionalismo pueden llegar a legitimar la existencia de una supuesta razón neutral. Una razón esquiva que enfrenta implacable los focos resilientes que pudieran atreverse a cuestionarla. Una razón que se siente cómoda administrando una impropia tolerancia desde los resortes de un Estado supuestamente neutral. Una razón supuestamente imparcial que, sin embargo, decide caprichosamente la adjudicación y conservación sesgada de bienes materiales y morales en disputa.

En la vereda opuesta, como expresión ideológica de atávicas experiencias históricas comunes, el constitucionalismo político pretende resistir este paradigma aristocrático. El constitucionalismo político, de perfil democrático-republicano, propone invertir el punto de vista relevante.³⁹ En vez de aislamiento, fragmentación y deconstrucción de los sujetos colectivos y de todas las identidades, el constitucionalismo político propone responsabilidad, cooperación y una activa participación ciudadana. Para quienes comparten esta perspectiva es importante reforzar la unidad del objeto de representación.⁴⁰ En consecuencia, lejos de entender la deliberación pública, el debate militante y horizontal como una amenaza, las visiones políticas del derecho constitucional, consideran estos episodios más bien como una manifestación elocuente de la libertad y la igualdad de los ciudadanos. La autoridad,

³⁹ Cfr. Bellamy, Richard, *Political Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2007, p. 146.

⁴⁰ Para reconocer la diferencia significativa entre sujeto, identidad y objeto de representación, sugiero se preste atención a las reflexiones ensayadas específicamente en materia de teoría de la representación política. Véase Riberi, Pablo, *Teoría de la representación política*, Rubinzal Culzoni, 2014, pp. 55, 56, 231-270.

los derechos y las decisiones tienen mayores credenciales de legitimidad, precisamente porque los ciudadanos ejercen el pleno dominio de las reglas, los procedimientos y las normas que ordenan una forma civilizada de convivencia.

Sólo cuando los individuos asumen las responsabilidades que entraña el ejercicio de la ciudadanía, sólo cuando las mayorías demuestran una tenaz obstinación para lidiar activamente contra las ambiciones hegemónicas de cualquier grupo organizado en la sociedad —*v.gr.* contra los poderosos y los astutos egoístas de toda progenie—, sólo así, repito, la libertad y la igualdad pasan a ser algo más que una simple fórmula retórica. Si a los ciudadanos comunes les es reconocida la capacidad de resistencia sobre los dictámenes de técnicos y expertos, si los poderosos están subordinados al control democrático, si los ciudadanos comunes están educados para cumplir responsabilidades políticas y sociales, en tal hipótesis, es plausible, la autoridad en situación de representación quizá pueda incluso llegar a alinear sus cotidianas decisiones públicas con el marco de expectativas republicanas y democráticas que la actividad constituyente ha logrado escribir en los textos formales de su Constitución.

Teniendo en cuenta el sentido de la política, en el *Protágoras* (o de los Sofistas), Sócrates reflexiona acerca de si la virtud puede (o no puede) ser enseñada. La cuestión es arduamente debatida con su interlocutor y en un tono de inusitado respeto, ambos coinciden en que la prudente práctica política —máxima virtud—, aún sin poder ser enseñada, llegó de todos modos a ser apreciada e igualitariamente distribuida en Atenas. Claro, las artes (ciencias) siempre fueron enseñadas de un modo particular con el ineludible propósito de lograr dominar leyes y contenidos epistémicos. Las mismas, de tal suerte, suponen una “técnica” específica: como el arte necesario para construir un edificio o para fabricar un barco. Contrariamente empero, no hay manual que permita enseñar acabadamente los secretos de la política. Y ello es así, precisamente, porque la principal razón de su existencia es reparar —o evitar— las injusticias que los hombres recíprocamente se provocan.⁴¹

⁴¹ En este punto cabe tener presente la distancia que Aristóteles toma frente a Platón. En el capítulo VII del Libro III de la *Política*, cuando analiza el vínculo esencial que existe entre justicia y política, esta distancia se vuelve extrema. Para Aristóteles la justicia no sólo tiene que ver con honor y reconocimiento, sino también la misma implica un fin inmanente que se consolida con la práctica ininterrumpida de perseguirla en todos los casos de la vida. Por caso, para explicar el sentido superior de la categoría es elocuente el ejemplo utilizado sobre quién debe recibir la mejor flauta de entre muchos flautistas. Para decidir entre varias personas a quien se le debe dar la mejor flauta, la adjudicación no debería estar definida

Es así que el argumento democrático del *Protágoras* prosigue de forma elocuente:

Aquí tienes, Sócrates, la razón por qué los atenienses y los demás pueblos que deliberan sobre negocios concernientes a las artes, como la arquitectura o cualquier otro, sólo escuchan los consejos de pocos, es decir, de los artistas; y si otros, que no son de la profesión, se meten a dar su dictamen, no se les sufre, como has dicho muy bien, y es muy racional que así suceda. Pero cuando se trata de los negocios que corresponden puramente a la política, como la política versa siempre sobre la justicia y la templanza entonces, escuchan a todo el mundo y con razón, porque están obligados a tener estas virtudes, pues que de otra manera no hay sociedad. Esta es la única razón de tal diferencia, Sócrates.⁴²

Por lo tanto, una Constitución republicana y democrática no tiene en verdad más remedio que encontrarse abierta a prácticas políticas participativas y deliberativas permanentes. Es que sin ello, sin libertad e igualdad política, el autogobierno no es concebible. El autogobierno para la toma de decisiones colectivas, luego, es expresión de la igualdad y la libertad positiva de sus ciudadanos. No es otra cosa. Desde el punto de vista del constitucionalismo político, luego, la Constitución puede ser metafóricamente pensada como si fuera un gran armario imaginario.

En efecto, un ámbito familiar para que una comunidad civilizada pueda ir resguardando las más justas conquistas políticas y sus logros morales más acabados. Una suerte de cajonera a la mano, donde fuere posible encontrar rápidamente los valores, principios y reglas de derecho que nos hacen falta para una vida civilizada. Cuando las personas se comportan como ciudadanos, las personas desarrollan esa capacidad de resguardar inteligentemente las mejores enseñanzas de sus experiencias civiles pasadas. En ejercicio de esa ciudadanía, las personas pueden imaginar también un arco de objetivos constitucionales comunes. Diría más, ningún ciudadano puede tener vedado el acceso ni puede impedírsele hurgar en ese armario. Para el constitucionalismo político no hay cajones ocultos ni cerraduras inviolables. Si la

por un cuadro de merecimientos personales de los aspirantes. Al revés, el filósofo nos invita a pensar desde un peldaño más arriba. En vez de reflexionar la justicia del acto a partir de los flautistas y sus méritos, hacerlo a partir de la música. Vale decir, pensar quién va a interpretar mejor el instrumento y va a dejar la mejor música. Cfr. Aristóteles, *La Política*, México, Porrúa, 1996, p. 210. A propósito de esta idea, son asimismo esclarecedores los comentarios de Michael Sandel en *Justice —What's the right thing to do?*—, Nueva York, Ferrar, Strauss, Giroux, 2009, pp. 186-188.

⁴² Cfr. Platón, “Protágoras”, *Diálogos*, México, Porrúa, 1991, p. 114.

Constitución se reconoce a sí misma como democrática-republicana, claros, resulta inadmisibles que unos pocos expertos y/o eruditos de mente esclarecida puedan hegemoníicamente reservarse para sí mismo la creación y/o interpretación exclusiva de los contenidos de la Constitución.

En definitiva, como enseñara *Catón*, los buenos ciudadanos comprenden sabiamente que los mejores frutos de una Constitución no pueden ser descubiertos por una sola persona, siquiera que los mismos van a ser disfrutados dentro del ciclo vital de una generación completa. Por otro lado, aún con la más lograda Constitución, los ciudadanos nunca van a poder evitar experimentar resistencias y vacilaciones sobre las normas que les gobiernan. Es que la representación de la realidad tiende a ser multívoca y a menudo opaca. Diversas y conflictivas intuiciones sobre lo que es el mundo van ordenando a su vez asociaciones mentales más o menos homogéneas. Con relación a esas intuiciones y representaciones comunes, de paso, es posible que sentimientos morales potencialmente corrosivos o propensos al conflicto terminen invadiendo el corazón de las personas.⁴³ Más allá de la mansa aceptación y/o la irritada desazón civil, la deliberación política y la participación cívica es lo único que permite posponer la violencia. Es lógico, los ciudadanos son conscientes que la interpelación del pasado y la imaginación del futuro común es imposible sin deliberación política.⁴⁴

Por otro lado, al interior de los dilemas o polilemas más generalizados de la vida política, la razón pública no tiene más remedio que asumir un hecho incontestable. Todos sabemos que muy rara vez las soluciones se presentan como universalmente claras, exactas o justas. No hay teoría ni filosofía capaz de superar este sortilegio. De todos modos, hay algo sobre lo

⁴³ En este terreno hay interesantes aportes a tener en cuenta. Por ejemplo, el ejercicio mental de predicción a partir del cálculo de probabilidad puede ser una resultante repetida a partir de la observación de hechos independientes. Y en esta idea, el vínculo causal montado sobre análisis probabilístico ha tenido grandes capítulos matemáticos que exceden las pretensiones de este texto. Dada la constatación de un hecho comprobadamente cierto, el llamado “teorema de Bayes”, por ejemplo, provee una adecuada forma de análisis para dar fundamento a la probabilidad condicional de otro acontecimiento eventual. Vale decir, incorporando la figura lógica del “condicional” o la “implicación simple”, puede intuirse “q” a partir de “p”. Enterados de la alta la probabilidad de que suban los impuestos cuando gobiernos de izquierda son electos, de algún modo, se puede de antemano contar que los impuestos efectivamente van a aumentar, desde el momento mismo que el candidato “G” —que es de izquierda—, gana la elección. En realidad, el teorema de Bayes es útil para entender el cálculo de probabilidad que propone conclusiones inductivas a partir de información incompleta. Eso sí, información incompleta aunque confiable y/o segura.

⁴⁴ Riberi, Pablo, “Disenso, pesimismo y desconfianza dentro de los límites de las reglas constitucionales”, en Bergman, Marcelo y Rosenkrantz, Carlos (eds.), *Confianza y derecho en América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2009, pp. 195-214.

cual podemos sentirnos seguros y a salvo. Dada esa imposibilidad de predicción y certidumbre “epistémica”, considerando que la conveniencia, justicia o verdad implicadas en la mayoría de los acertijos de la acción colectiva —sobre todo en materia constitucional— gozan de transitoria estabilidad, la verdad sea dicha, sólo una formal y abstracta fidelidad hacia la Constitución puede animar una vida común en paz. Teniendo en cuenta que ni la verdad, ni la conveniencia, ni la justicia apreciada por los más destacados filósofos tienen necesariamente idéntico sentido o impacto en todos los sujetos, el orden constitucional debe mejor apostar a la participación y la deliberación ciudadana. Sólo una férrea voluntad de participar —y deliberar con veracidad y virtud cívica— es capaz de forjar un escudo sólido para resistir las diversas formas de tiranía. Sin fundamentos políticos al interior de la Constitución, es simple, la libertad y la igualdad ciudadana pasan a ser un galimatías.

VII. EPÍLOGO

Existe una trama densa de ideas y palabras que obstaculizan una aproximación directa a los fundamentos de la Constitución. En el centro de esa trama, imperturbable, reside un dogma oculto.⁴⁵ El mismo replica: “Hay que obedecer a la Constitución”. ¿Por qué hay que obedecer a la Constitución? Algunos dicen que hay que hacerlo porque creen que la Constitución tuvo, tiene o va a tener claves preciosas de verdad, libertad o justicia. Otros en cambio, pensamos que más allá del contenido —si y sólo si estuviéramos ante un pro-

⁴⁵ No es un hecho casual o incidental que a esta altura del partido aludamos al concepto de dogma. Dogma viene de *Doxa* que en griego quiere decir “opinión”. Desde Platón hasta nuestros días, su uso da cuenta de una certeza subjetiva, de algún modo oculta; una convicción que, muy elementalmente, denota un estado de conciencia sutil. El saber dogmático, luego, revela la alternativa de una “creencia” de conocimiento subjetiva, la cual, ciertamente, debe ser entendida como en las antípodas de aquellas que se desprenden de los usos lingüísticos asociados a la voz *Episteme*. Este último término, en cambio, viene a informar sobre un conocimiento riguroso, asimilable al que produce la ciencia moderna. La doxa y el conocimiento dogmático, además, siguen siendo ampliamente discutidos en la filosofía moderna. Por ejemplo, por Kant, quien propone una crítica de la razón por oposición a toda metafísica dogmática. Por otro lado, Kant vinculaba el conocimiento dogmático como aquel que se desprendía de los conceptos en términos de proposiciones sintéticas. La historia semiológica y las revelaciones filológicas y etimológicas, por ende, permiten atar la idea de “creencia” de conocimiento —sin suficientes fundamentos lógicos y/o empíricos—, con el saber dogmático. Para mayor abundamiento, Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 353 y ss. Asimismo, Ferrater Mora, J., *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Ariel, 1994, t. I, pp. 929 y 930.

ducto deliberativo de una república-democrática—; simplemente por ello, no tenemos otro camino que aceptar presuntivamente ese deber de obediencia.

En el año 1951 W. V. O Quine escribió su famoso artículo “Los dos dogmas del empirismo”, texto notable donde el autor agudamente denuncia las desatentas operaciones mentales a partir de las cuales, a la razón pura, se le han venido colando unos cuantos presupuestos injustificados que enturbian la percepción de la realidad. En otras palabras, según Quine, no sabemos acabadamente lo que creemos que sabemos.⁴⁶

Pues bien, con pretensiones más modestas, puestos a auscultar la realidad de nuestra disciplina, este texto pretende llevar a la superficie otro dogma injustificado. Me refiero a uno que viene reinando en el constitucionalismo por encima de los fundamentos democráticos o por sobre la soberanía popular. En tanto artículo de fe, por definición, como todo dogma, el enunciado que lo sintetiza asoma incólume, inalcanzable. No hay juicio crítico capaz de hacer mella en su contenido. Oculto en la narrativa, en las prácticas o en la justificación de las instituciones, ese dogma gobierna los resortes simbólicos del discurso teórico-jurídico cotidiano.

En consecuencia, pareciera que la teoría constitucional está subdeterminada por un meta-dominio de sentido. Allí, insisto, como axioma o artículo de fe, el dogma constitucional dice: “hay que obedecer a la Constitución”. Y sobre esta sutileza, digo, la exploración de los fundamentos de la Constitución no puede sino ser una vía indirecta para poder volver perceptible el citado dogma. Con relación a este doble plano de indagación, luego, a caballo de sendas posturas bien distantes, es pleno que ha venido consolidándose una divisoria de aguas en términos teóricos y prácticos. Quiérase o no, cuando nos enfrentamos a los fundamentos de la Constitución —sin reconocer acabadamente el objeto específico sobre el que estamos hablando—, es natural, estamos inconfesadamente comprometiéndonos con la existencia —no probada— de una ilusión normativa quizás inventada, quizás irreal.

Ahora bien, sea como fuere, lo importante es otra cosa. Lo que es importante notar es que cualquiera que sea la sensibilidad teórica, el discurso de los fundamentos de la Constitución siempre tiene un efecto autoritativo. Sea o no sea una ilusión, irreal o inventado, el dogma martilla en el corazón y en la mente de los ciudadanos activos que están preocupados y comprometidos con su Constitución. Sea por defecto de la razón iluminada, sea por la confianza en la deliberación colectiva, las comunidades conscientes de sus

⁴⁶ Cf: Quine, Willard V. O., “Two Dogmas of Empiricism”, *The Philosophical Review*, 60, 1951, pp. 20-43.

dificultades y desafíos comunes nunca son indiferentes a los fundamentos (políticos o filosóficos) de sus normas constitucionales.

No he logrado descubrir exactamente cuáles son los mecanismos retóricos que operan detrás del discurso de los fundamentos. Tal como lo he señalado, de todas maneras, no tengo dudas que los mismos desembocan en un cuerpo pragmático de certezas. Por las razones aquí ensayadas, estoy convencido de que el constitucionalismo político se encuentra mejor equipado que el constitucionalismo filosófico-legal para sostener robusta la esperanza cívica. Bajo este temperamento, intuyo, en vez de un artículo de fe, el dogma es más bien un epítome militante del autogobierno. En otras palabras, el constitucionalismo político (democrático-republicano) está en mejor forma que su adversario teórico sino para justificar la obligación política, al menos para que ésta pueda percibirse como más legítima. Y si no fuera así, al fin y al cabo —como nos lo decía Sófocles— no hay mejor ni más grande alegría que la inesperada. Y a lo largo de la historia, las mayorías democráticas han aprendido que no hay evento inesperado ni alegría popular que tenga lugar sin participación y esfuerzo compartido. Una mirada política responsable, siempre sabe (cree saber) cuál es el mejor y más directo camino para intentarlo.

CONSTITUCIÓN, HISTORIA Y DISEÑO CONSTITUCIONAL

PRINCIPIOS Y ACUERDOS EN EL PROCESO DE DISEÑO CONSTITUCIONAL

Sanford LEVINSON*

Si es que alguna vez llegan a serlo, las Constituciones libres difícilmente alumbrarán si no es por medio de concesiones recíprocas.¹

SUMARIO: I. *¿Hasta qué punto las Constituciones son el reflejo de una suerte de proceso “ideal” de redacción, o acaso, las mismas son el producto de lo que podría llamarse “hechos políticos en su circunstancia”?* II. *Luchas (y acuerdos) concretos en Filadelfia.* III. *Reflexiones sobre el acuerdo/concesión.* IV. *Acuerdos estructurantes.* V. *La pregunta central: ¿La Constitución valió la pena?*

Nuestro tema se erige en el juego entre ley y política. Desde hace más de un siglo esta cuestión ha dominado los debates legales norteamericanos al menos desde la época de Oliver Wendell Holmes; aun cuando aquel debate se había concentrado casi exclusivamente en temas de *interpretación legal*, es decir, sobre las interpretaciones que deben dominar las existentes cláusulas de las Constituciones. Por ejemplo, ¿cómo deben ser interpretadas lo que a menudo se ha llamado las “generalidades majestuosas” de las Constituciones, incluyendo en ello las provisiones que dan cuenta de los derechos humanos? Dentro de los Estados Unidos, a menudo se han desatado acalorados debates sobre el significado de “la igual protección de las leyes” o sobre “el debido proceso legal”. Estos son ejemplos de normas constitucionales que proponen

* Profesor W. St. John Garwood and W. St. John Garwood Centennial, Facultad de Derecho de la Universidad de Texas.

¹ Carta de James Madison a Edward Everett, 28 agosto de 1830 en Bella, Anthony, *Federalismo*, 2010, p. 104.

fundamentalmente *conversaciones* interminables en lugar de dejarnos algo que genuinamente pueda llegar a verse precisado mediante *acuerdos*.

Mis intereses más recientes, sin embargo, se han ido paulatinamente alejando de la interpretación constitucional. Los mismos han virado hacia cuestiones que tienen que ver con el *diseño constitucional* y, al mismo tiempo, cuando luego de haber alcanzado decisiones normativamente definitivas en torno a aspectos vitales de naturaleza estructural los debates sobre el diseño se ven congelados, mi atención se concentra ahora sobre el rol que juegan las Constituciones. Por ejemplo, ¿cómo han de ser seleccionados los miembros de las instituciones de gobierno, cuántos miembros habrá, y cuánto tiempo pueden ellos durar en sus cargos? Por dos tipos de razones diversas, he llegado a creer que las respuestas concedidas a estas preguntas son a menudo más importantes que las cláusulas sobre la protección de derechos sobre las cuales la mayoría de los estudiosos del derecho están concentrando mayor interés. En la medida que las mismas directamente dependen de una forma general, mi primera razón indica que las cláusulas sobre derechos siempre nos revelan ejemplos sobre lo que he denominado “la constitución en la conversación”. En segundo lugar, en tanto el cumplimiento de las normas dependa de los tribunales, resulta imprescindible preguntarse cómo van a ser elegidos los jueces, cuántos y por cuánto tiempo trabajarán en un determinado tribunal, así como, quizá, si los magistrados gozarán de plena libertad mientras ocupen el cargo; esto es, si han de emitir opiniones independientes, concurrentes o discrepantes o si, como ocurre en algunos tribunales, se les impondrá que se adhieran a una única “opinión del tribunal”. Aun cuando no estén del todo de acuerdo y lleve décadas resolver controversias en torno a qué derechos deben estar reconocidos en la Constitución, los redactores de las Constituciones deben proporcionarnos respuestas claras a estos desafíos constitucionales.

A menudo, al interior de una sociedad potencialmente fraccionada, los legisladores constitucionales deben hacer frente al mandato específico que les obliga a crear una apariencia de orden por medio de la Constitución. En efecto, después de todo, lo que puede ser peor aún, el fraccionamiento podría tan solo dar testimonio de la vigorosa sociedad civil que por medio de muy diversos y competitivos partidos políticos exhibe la lucha para obtener poder político. No son pocas las Constituciones que son escritas luego de superarse un periodo de violencia civil —incluyendo guerras civiles a gran escala— o sobre un trasfondo de verosímiles rupturas fundamentales. Obviamente, no resulta una cuestión sin importancia la evitación de tales rupturas, aun cuando siempre es preciso y necesario preguntarse cuál es el precio que se está dispuesto a pagar para lograr este objetivo. De tal modo,

¿es una Constitución “exitosa” aquella que satisface las demandas de los “analistas” y “expertos” con respecto a su protección de importantes valores en juego, o lo será, en cambio, aquella que es capaz de dar respuesta a los desafíos políticos que enfrentan los encargados de redactar la Constitución? Y una pregunta derivada es la siguiente: ¿qué es lo que hace “legítima” a una Constitución? ¿Es acaso la congruencia de la Constitución con las propias preferencias teóricas, o, en cambio, es más bien el grado suficiente de aceptación que colectivos humanos relevantes le prohíjan? Y por supuesto, para eludir la visión “hobbesiana” de la política, la cual muestra la misma como una representación “desagradable” y “brutal” que amenaza en volver demasiado corta la vida de muchas personas, resulta imprescindible precisar también quiénes son verdaderamente “colectivos humanos relevantes”.

Deseo abordar estos temas a través del análisis de algunos elementos particulares de la experiencia constitucional americana. Debo recalcar, claro está, que esto no lo hago porque entienda que nuestra experiencia pueda resultar ejemplarmente normativa para otros países. En realidad, me he vuelto crecientemente hostil hacia la Constitución de los Estados Unidos, razón por la cual cualquier sujeto de otro país que debiera hacer o reformar una Constitución para el siglo XXI, no encontrará mi consejo en este sentido. Los motivos son variados, aunque básicamente no puede entenderse que en el mundo moderno una Constitución pueda ser redactada bajo las condiciones de sigilo que tuvieron lugar en Filadelfia en aquel verano de 1787. Más allá de ello, estoy convencido de que la historia de la Constitución de los Estados Unidos permite acceder a valiosas conclusiones directamente pertinentes al tema de nuestra conferencia.

I. ¿HASTA QUÉ PUNTO LAS CONSTITUCIONES SON EL REFLEJO DE UNA SUERTE DE PROCESO “IDEAL” DE REDACCIÓN, O ACASO, LAS MISMAS SON EL PRODUCTO DE LO QUE PODRÍA LLAMARSE “HECHOS POLÍTICOS EN SU CIRCUNSTANCIA”?

Lo primero que me pregunto es acerca de las circunstancias que rodean la redacción de una Constitución. ¿Hasta qué punto es posible que fluya libremente un debate que, aun cumpliendo las condiciones para una “democracia deliberativa” tal como nos lo presenta un teórico como Habermas, está contrapuesto a procesos que son intensamente políticos? En este contexto tomemos a John Rawls, ciertamente el teórico político norteamericano más influyente del siglo XXI. En su libro *A Theory of Justice* (*Teoría de la Justicia*), publicado en 1971, el autor propone como fundamento básico de las normas

de la política la noción del “velo de ignorancia”. Esta noción aludía al desconocimiento casi absoluto de la propia y concreta realidad de los participantes. Rawls argumentaba que en las mencionadas circunstancias —especialmente si damos por sentado una común aversión a asumir riesgos innecesarios—, los operadores habrían de elegir casi automáticamente lo que todos nosotros reconocemos como las normas básicas de la justicia como “imparcialidad”. Ello es así, en tanto los involucrados se comportaran de forma racional. De ser así, dado que no conocerían su propia identidad sino hasta que se corriera el velo, esto es, dado que ninguno sabría su raza, género, religión, recursos económicos, etcétera; en tal hipótesis, es pleno, todos estarían dispuestos a asegurarse ciertos derechos y libertades básicas. Luego, paradójicamente o no, cualquier inequidad estaría reforzando los propios intereses de los carecientes relativos que, en realidad, habrían de saber que, en ese mundo desigual, siempre estarían mejor que en un mundo de completa igualdad donde, por ejemplo, todo el mundo tendría, de hecho, prácticamente nada. En el nivel institucional, es dable presumir, se intentarían diseñar instituciones que estuvieran contestes en fortalecer estas normas de justicia. No hace falta decir que cualquier sistema diseñado de acuerdo con el velo de ignorancia sólo puede ser legítimo en tanto el mismo procure tratar a todos con lo que Ronald Dworkin literalmente ha llamado “igual consideración y respeto”.

No voy a detenerme en el análisis del argumento de Rawls por una sencilla razón: no hay motivo alguno para creer que cualquier Constitución vigente pueda haber sido redactada en condiciones de ignorancia fundamental de la situación propia y, de manera concomitante, que la incapacidad de predecir beneficios o perjuicios pudo haber dominado cualquier propuesta particular de arreglo constitucional.

Por el contrario, las Constituciones siempre están redactadas en lo que podría llamarse “tiempo real”. Las mismas son hechas por personas que poseen profundos conocimientos y lazos con los grupos con los cuales se ven identificados. No sorprende, luego, que primariamente exista la preocupación y la voluntad de dar protección a los ostensibles intereses de los grupos de referencia. Esto sólo viene a demostrar que las Constituciones son producto de luchas políticas que invariablemente responden las diferencias reales del lugar. La voluntad cierta de arribar a un arreglo constitucional requiere la disposición insoslayable de ceder las convicciones básicas de los interlocutores, incluyendo aquellas que los críticos podrían describir como el “remate” de (legítimos) intereses de grupo para así poder alcanzar el objetivo mayor del mismo orden constitucional. Si “derecho y política” asoman como términos opuestos con respecto al funcionamiento de las Constituciones existentes, “los principios y la política” pueden quizá verse también

como términos en oposición cuando aludimos a la creación de las mismas Constituciones.

II. LUCHAS (Y ACUERDOS) CONCRETOS EN FILADELFIA

Los representantes que llegaron a Filadelfia en 1787, a decir verdad, apenas si estaban de acuerdo en unas pocas cuestiones elementales. He de considerar, básicamente, sólo dos cuestiones centrales que impusieron grandes negociaciones y concesiones para que la posibilidad política de la Constitución contara con famosos y duraderos “acuerdos”. Me refiero a la representación política y a la esclavitud.

1. *La base de la representación*

A. *El Senado*

La representación, obviamente, resulta un tema fundamental que todo redactor constitucional debe enfrentar. Todas las decisiones pueden reflejar debatibles posiciones con respecto a profundas cuestiones de teoría política. Más allá de ello, empero, en términos agresivos, las decisiones inevitablemente tienen incidencia sobre las consecuencias reales que, afectando la forma de un nuevo gobierno, da cuenta de los múltiples intereses en conflicto que compiten para maximizar sus respectivas situaciones de poder. Ahora bien, concentrémonos en eso que los admiradores de la Convención dan en llamar el “Gran Acuerdo”, esto es, reparando la representación en el Senado, veamos entonces eso que permitió resolver los profundos conflictos que separaban a los estados grandes de los pequeños de la Unión.

Por definición, basada en la población, la representación proporcional favorece a los estados grandes; la igual representación, contrariamente, a los estados pequeños. El “Gran Acuerdo” llevó a aplicar sendos principios a cada cámara. La Cámara de Diputados tomaría la representación proporcional, en tanto que el Senado había de organizarse sobre la representación igualitaria de los estados. Esto significa que Delaware, que era el estado más pequeño —aproximadamente 59,000 en el censo de 1790—, iba a tener el mismo número de senadores que Virginia, el estado más grande cuya población incluyendo a los esclavos era de unas 691,000 personas. En efecto, la legislatura que había elegido a los representantes-delegados de Delaware les había dado precisas instrucciones para retirarse en caso de que la Con-

vención no adoptara el principio de la representación igualitaria. A fines del siglo XVIII, la diferencia de población con respecto a la igual asignación de bancas entre Virginia y Delaware era aproximadamente 11.5/1; hoy en día la proporción es aún mayor si se compara que la distancia de población entre California y Wyoming es aproximadamente 70/1.

James Madison, quien provenía de Virginia, estaba totalmente escandalizado por la idea de la representación igualitaria de los estados. Madison estaba decidido a rechazar la idea, sin embargo, finalmente aceptó cambiar su posición. La razón de ello no fue producto de un cambio de opinión en términos abstractos de beneficios para la Unión. La verdadera razón, por el contrario, fue que teniendo en cuenta la “revisión” constitucional, alcanzó a comprender cuán verosímil era la amenaza de Delaware y sus aliados de retirarse de la Convención. De este modo y no de otro nació el “Gran Acuerdo” que finalmente hizo posible la sanción de la Constitución y con ella, la preservación genuina de la Unión.

B. La Cámara de Diputados

Ahora bien, el Senado no fue el único foro donde tuvieron que alcanzarse arreglos y negociaciones en materia de representación. Dado que la Cámara representa a los estados sobre la base de la población, parece ser un interrogante central que merece una respuesta sencilla el siguiente: ¿cómo, precisamente, definimos la población que debe ser “representada”? Tengamos en cuenta la comparación entre la población de Virginia y la de Delaware aludida renglones arriba. En realidad, Delaware, tal como la mayoría de los otros estados en 1787, era también un estado con esclavos. Luego, teniendo en cuenta que un caso de 1783 ya había indicado en Massachusetts que la esclavitud no era legítima en el estado, entonces, ¿podríamos tal vez sostener que las aproximadamente 379,000 personas de aquel estado contadas en el censo de 1790 eran todas “libres”? Con su población de 96,540 en 1790, ¿podía New Hampshire ser reputada “libre”, toda vez que allí también la esclavitud había sido vista legal y moralmente deslegitimada? Lo cierto es que en Nueva York la esclavitud no terminó sino hasta 1827. Y ello significa que la población registrada al menos en los cuatro primeros censos incluía a personas libres como esclavos.

De manera que la cuestión central era saber si la base de la representación en la Cámara recaería sólo sobre la población libre o sobre la totalidad de la población. Corresponde notar que esto guarda una significativa diferencia puesto que el argumento en torno a la representación difiere si el

mismo se basa en el número de personas con derecho a voto o si tiene por referencia los votantes reales. Se alude a la más elemental distinción entre personas libres —aunque algunas de ellas subordinadas como, por ejemplo, mujeres y niños—, por un lado, y los esclavos por el otro. Y la decisión fue adoptar el arreglo mayoritario de 3/5, por medio del cual la base de la representación se calculaba sobre la sumatoria de personas libres junto con todos los esclavos. Ahora bien, el número total de esclavos era dividido por 3/5 antes de hacerse dicha suma. De tal suerte, 100 personas libres sumadas a 100 esclavos debían computarse con un total de 160 individuos. Si la representación tomaba por referencia sólo personas libres, es evidente, no había ninguna asignación adicional para los esclavos. Por otro lado, más allá de toda opinión sobre la regla de 3/5 mencionada, lo cierto es que la misma nada tiene que ver con las creencias que pudieron haber tenido los dueños de los esclavos con respecto a que sus esclavos apenas si eran 3/5 humanos. En efecto, los estados con esclavos hubieran aceptado sin dudar que cada esclavo fuera contado como una persona, *siempre que a los mismos no se les reconociera ningún derecho de voto*. Lo concreto es que los estados antiesclavistas fueron quienes insistieron en contabilizar a los esclavos como 3/5 de las personas libres; siendo ello además el fruto de una concesión cuyo resultado revelaba la preferencia de que, a los fines de calcularse la representación, los mismos no contaban para nada. Después de todo, ¿por qué habrían de contar? En el Estado esclavista no hubo ningún argumento concreto que viniera a vincular los intereses de los esclavos con la actividad de la representación y el voto de aquellos con derecho a hacerlo. En el momento, sobre las mujeres que estaban “virtualmente representadas” por esposos, padres o hermanos, sí hubo por el contrario otros argumentos en este sentido. En otras palabras, no hace falta que ahora estemos de acuerdo con tales posiciones que aludían a esposas, niños, o hermanas. Lo cierto es que en aquel entonces se pensaba que la llamada “representación virtual” era un buen argumento para los involucrados. Mientras que, por el contrario, nadie llevó adelante la idea de que a los fines de tener en cuenta los intereses de los esclavos, los amos debían identificarse con los intereses de estos sujetos.

De manera que, con relación al número de representantes, en Filadelfia se decidió que los estados que poseían esclavos iban a contar con una enorme ventaja. Y esta ventaja no sólo estaba pensada para la Cámara de Diputados. Dado que el presidente tenía que ser elegido por medio de un colegio electoral donde cada estado iba a contar con una cantidad combinada de votos representativos del número de representantes con sus dos senadores, es pleno que los Estados que tenían mayor cantidad de esclavos pasaron a tener más poder en la elección del Poder Ejecutivo. Tal vez ello sea una ra-

zón que permita saber por qué siete de los primeros nueve presidentes fueron dueños de esclavos. Pero aún más, el “Gran Acuerdo de los 3/5” no sólo tuvo impacto en la Cámara de los Representantes y en la Presidencia. En efecto, si se considera que fueron estos presidentes quienes nominaron a los miembros de la Suprema Corte, no cabe duda de paso que tal fórmula permite saber por qué la Suprema Corte consistentemente se mantuvo como un factor central en el sostenimiento de la esclavitud hasta 1861.

2. *Colaboración con la esclavitud*

Estructuras intrínsecas vs. barreras de cartón

El segundo gran acuerdo —y podemos asumir que para la Unión fue más importante que el logrado por el Senado— tuvo que ver con la esclavitud. En la Constitución se destacan tres aspectos importantes de dicho acuerdo: *a)* la cláusula sobre el esclavo fugitivo; *b)* la protección del comercio internacional de esclavos hasta 1808, y *c)* la cláusula de los 3/5.

Vale la pena detenerse un momento para diferenciar estos tres enfoques. El primero, la cláusula del esclavo fugitivo, hizo que los Estados asumieran el compromiso de devolver cualquier esclavo que de manera “ilegal” escapara de un Estado esclavista hacia otro. Tal como lo hiciera de manera bastante odiosa Madison, podría ser descripta como una suerte de “barrera de cartón o pergamino”. Vale decir, el texto de la Constitución no incluyó ningún mecanismo de coacción, como se sabe, tampoco mencionó las palabras mágicas “esclavo” o “esclavitud”. Los estados que poseían esclavos debían confiar en la buena fe de los otros estados, aún de aquellos que ya mostraban bastantes dudas sobre la legitimidad de la esclavitud. Sin embargo, todos —incluso estos últimos— debieron cumplir la promesa implícita de restitución de esclavos fugitivos. Para mayor seguridad y garantía, en 1793 el Congreso finalmente promulgó la Ley del Esclavo Fugitivo. Más allá de ello, en 1787 no había todavía tales garantías de que el Congreso iba a promulgar la ley, ni tampoco estaba del todo claro que la concesión de poderes a partir de la lectura del artículo uno, sección 8, de la Constitución pudiera ser reputada como constitucional. Dicho sea de paso, es un hecho histórico que, en 1842, en un fallo redactado por el juez Joseph Story, oriundo de Massachusetts, la Suprema Corte de los Estados Unidos *sí* sostuvo que la sanción de la Ley del Esclavo Fugitivo era una facultad que estaba dentro

de los poderes del Congreso. Asimismo, el nombrado advirtió que cualquier otra conclusión podría poner en peligro la Unión.

Pasados veinte años, la protección del comercio internacional de esclavos tomó una forma algo distinta. Recuérdese que, en la materia, según lo establecido por el artículo I, sección 8, había una limitación absoluta a los poderes del Congreso. En este punto, podría llegar a pensarse que el poder del Congreso para regular el comercio interestatal e internacional no involucraba la prohibición del comercio de esclavos. Quizá sí, quizá no. La cuestión fundamental realmente es que ello no tenía importancia. El comercio internacional de esclavos recibió un estatus incorporado durante dos décadas. De hecho, durante este lapso, el Congreso prohibió la participación norteamericana en el comercio internacional de esclavos. ¿Pero qué hubiera sucedido si en 1802, por ejemplo, el Congreso hubiera decidido sancionar una ley prohibitoria? Podría livianamente decirse que tal accionar del Congreso hubiera sido “inconstitucional”; ahora bien, ¿quién habría estado en condiciones de decirlo? Tal vez el presidente, quien más allá de sus propias convicciones en materia de esclavitud, presumiblemente habría sido objeto de una obligación constitucional de vetar tal legislación. Más allá de ello, antes de 1808, es posible imaginar también que alguien involucrado en el comercio internacional de esclavos podría haber ido corriendo al tribunal más cercano para advertir que el Congreso no tenía autoridad alguna para obstaculizar dicho comercio. Naturalmente que, entre otras cosas, esto trae a colación el problema del “control de constitucionalidad”, y a partir de ello, el poder práctico que tienen los tribunales.

Sea como fuere, con respecto a la cláusula de los 3/5 el asunto es completamente diferente. Luego de cumplir con el constitucionalmente ordenado censo poblacional, todo lo que hay que hacer es contar la población y, luego, multiplicar el número de esclavos por 3/5 para finalmente obtener la base de la población sobre la cual se calcula la representación. Lo cierto es que no hay absolutamente ninguna cuestión sobre lo que pudieran entablarse conversaciones acerca del significado constitucional del texto. Lo único que existe es una regla fija cuya violación —por parte del rechazo concertado de, por ejemplo, la mayoría de representantes de “estados libres” que tuvieran representación y que rechazasen otros representados “extras” de estados con esclavitud— habría de desencadenar un verdadero colapso de toda la estructura política de la Unión. Obviamente, producida esta hipótesis, era bien probable una guerra civil. La cláusula de los 3/5 fue pergeñada de una manera diversa a cómo lo fueron las otras dos cláusulas antes aludidas.

III. REFLEXIONES SOBRE EL ACUERDO/CONCESIÓN

Pues bien hemos llegado ahora a una cuestión central: ¿es la voluntad de trabar acuerdos necesariamente una virtud, o puede acaso convertirse en una fuente de incidentes problemáticos? En 1775, más de un año antes de la Declaración de la Independencia Norteamericana, pocas semanas antes del estallido de violencia revolucionaria en Concord y Lexington, un punto de vista al respecto fue bien precisado por Edmund Burke. Lo hizo durante su gran discurso crítico sobre las políticas del rey Jorge III y sus ministros con respecto a las colonias de norteamérica. “Todo gobierno —de hecho, todo beneficio y gozo humano, toda virtud y todo acto prudente— tiene por fundamento acuerdos e intercambios”.² Un libro de texto básico escrito por el extinto científico político Clinton Rossiter (quien es también editor de la edición más utilizada de *El Federalista*), precisamente comenzaba diciendo: “No hay América sin democracia, no hay democracia sin política, no hay partidos sin acuerdos y moderación”.³

Es especialmente iluminador un libro notable sobre este punto: *Constitution by Consensus* (*La Constitución a través del Consenso*). En efecto, este libro versa sobre cómo un grupo de israelíes pasaron más de dos años en intensas reuniones para lograr descifrar cuál era la mejor forma que una Constitución escrita para ese país debía establecerse. En realidad, el grupo no era tan diverso como debió haberlo sido; no incluía, por ejemplo, a árabes israelíes. De todos modos, el grupo ciertamente se nutrió de diversas comunidades judías tanto de las seculares como de las sectarias; de fuertes corrientes nacionalistas como de otras más liberales y más cosmopolitas. La primera sección del libro da cuenta de un conjunto de ensayos titulado “Yo Creo”. En este pasaje, de manera bastante cándida, los participantes volcaron sus dudas y sentimientos encontrados con respecto a este emprendimiento común. Quien presidía el grupo, Arye Carmon, refiere “al acuerdo negociado como elemento integral” para poder resolver “la necesidad existencial que hoy padece Israel”.⁴ No debiera llamar a sorpresa, entonces, que la palabra “acuerdo negociado” reaparezca a menudo en las distintas declaraciones y en la manifestación final colectiva donde se reconoce expresamente que para alcanzar el objetivo, “serán dolorosos los acuerdos y las necesarias

² Burke, Edmund, *Discurso sobre la Conciliación con las Colonias*, 22 de marzo, 1775, cit. en Margalit, Avishai, *On Compromise and Rotten Compromises*, 2009, p. 12.

³ Rossiter, Clinton, *Parties and Politics in America*, Mentor, 1967.

⁴ Carmon, Arye, “Introduction”, *Constitution by Consensus*, 2007, p. 17.

concesiones”.⁵ Ciertamente, empero, porque precisamente son “dolorosos”, no hay garantía alguna de que los acuerdos negociados van a poder ser alcanzados por las partes. Sólo se vislumbra una fuerte convicción acerca de que más allá de todo —aun con un proyecto definido—, si en verdad los acuerdos negociados no fueran logrados, el futuro del proyecto israelí estaría condenado.

La Revolución norteamericana —y quizá la Guerra Civil que tuvo lugar setenta y cinco años después— es claro ejemplo de lo que puede llegar a ocurrir cuando negándose a trabar acuerdos negociados los actores políticos del Estado se plantan en principios inmodificables. De manera similar, por los bienes presuntos traídos consigo, los sucesos de 1787-1790 pueden ser vistos como ejemplos equivalentes añadidos a la disposición de acordar. En realidad, no habría Constitución de no haber existido los dos importantes acuerdos relacionados con la esclavitud y la integración del Senado. Más aún, el agregado de la Declaración de Derechos puede en sí mismo ser visto como un acuerdo fruto de la negociación protagonizada por defensores de la Constitución como Madison, antes bien que como un reflejo de aquellas profundas convicciones que venían a mejorar la mismas por medio de tantas “barreras de pergamino” que, verosímilmente, poca diferencia iban a asegurar con relación al nuevo sistema político creado por la Constitución. Ciertamente, la Declaración de Derechos fue prácticamente irrelevante para el orden constitucional americano hasta bien entrado el siglo XX.

Podríamos inclusive llegar hasta nuestros días: en postrimerías de la “paliza” que sufrieron los demócratas en las elecciones de mitad de término de 2010, cuando el presidente Obama no tuvo más alternativas que negociar un acuerdo con los republicanos del Senado; acuerdo que, entre otras cosas, permitió extender por dos años todas las reducciones de impuestos de la era Bush. Durante una conferencia de prensa, encontrándose castigado incluso por muchos miembros de su propio partido, el presidente argumentó que los Estados Unidos “es un país grande, diverso y el pueblo tiene muchas posiciones complicadas [...] significa que para que las cosas se hagan, no hay más opción que trabar acuerdos negociados. En efecto, advirtió el presidente que el país había sido fundado sobre acuerdos y concesiones. De no continuar haciéndolo, yo no podría pasar por la puerta de entrada de la época de la fundación de este país. Y si realmente estuviéramos pensando en posiciones ideales, la verdad es que no podríamos tener unión”.⁶

⁵ *Ibidem*, p. 104.

⁶ <http://www.whitehouse.gov/blog/2010/12/07/president-obama-middle-class-tax-cuts-and-unemployment-insurance-agreement-a-good-de>.

De tal suerte, este conjunto de eventos narrados, ¿son acaso presentados para reivindicar la necesidad de la negociación y el acuerdo tal como nos lo plantea Burke o, eventualmente, son planteados para mofarnos de aquellas personas “arrogantes” que resistían el acuerdo? ¿Es posible que *todo* pueda ser sometido a negociación, o existen circunstancias donde las personas deben trazar un límite en nombre de ciertos presupuestos “absolutos”? Teniendo en cuenta el temor a la disolución de la Unión y habida cuenta del afianzamiento de la opresión que por caso sufrieron los ancestros de su esposa Michelle, ¿debemos tomar los argumentos del presidente Obama en sintonía con aquellos delegados antiesclavistas que finalmente terminaron aceptando los acuerdos sobre esclavitud?

Pues bien, si mirásemos los argumentos ensayados por el filósofo israelí Avishai Margalit en su reciente libro *Sobre el acuerdo y los acuerdos en descomposición*, quizá podríamos encontrar alguna respuesta.⁷ Margalit hace una nítida distinción entre acuerdos aceptables y aquellos otros que son indefendibles por “degradantes”; siempre que, con relación a estos últimos, condiciones excepcionales marquen otra cosa que, aun así, *tal vez*, tampoco pueda llegar a ser tolerados. Lo que él define como un “acuerdo político degradado” no es otro que aquel consentido para “establecer o mantener un régimen inhumano; un régimen de crueldad y humillación. Vale decir, un régimen donde los humanos no son tratados como humanos”.⁸

En este contexto, no requiere un gran esfuerzo de imaginación asumir la esclavitud y, a partir de ello, puede uno interrogarse si la Constitución de los Estados Unidos no fue acaso un “acuerdo auténticamente degradado”; algo así como “una alianza con la muerte y un convenio con el infierno”, en las palabras del abolicionista William Lloyd Garrison. Y a partir de ello, en aras de preservar la Unión, nuevos “consensos negociados” fueron temerariamente arreglados. Tal es el caso de la ya mencionada Ley del Esclavo Fugitivo de 1793 —parte del “Acuerdo de 1850”—, cuyo fundamento no era otro que la protección de los intereses de los dueños de esclavos. Margalit menciona la declaración de Garrison en tanto que la misma revela que para él “el Norte, la preservación de la Unión está puesta por encima de todas las cosas —por encima del honor, la justicia, la libertad, la integridad del alma”.⁹

En nombre de valores más altos, ¿*existen* oportunidades donde es posible evitar compromisos y negociaciones? ¿Debemos otorgar alguna vali-

⁷ Margalit, Avishai, *On Compromise and Rotten Compromises*, 2009.

⁸ *Ibidem*, p. 2.

⁹ *Ibidem*, p. 56.

dez universal a la máxima *Fiat justitia ruat caelum*, traducida generalmente como “*Que se haga justicia aunque se caigan los cielos*”? O, por el contrario, ¿*todo* debe estar sujeto al sacrificio si ello impediera algún resultado calamitoso? Con relación a la garantía constitucional de un periodo de veinte años de protección al comercio internacional de esclavos antes de que el Congreso pudiera regularlo (y presumiblemente prohibirlo), prestemos atención al debate protagonizado en la Convención Ratificadora de Virginia por George Mason, Patrick Henry —líder opositor en la etapa de ratificación— y James Madison. En realidad, Mason estaba dispuesto a aceptar la alternativa de una Unión sin los “estados del sur”; aludiendo en ello a Georgia y Carolina del Sur, estados éstos que aparentemente no iban a aceptar una Constitución que pudiera dar protección al comercio de esclavos. Tal como Pauline Meier da cuenta de manera magistral en su historia de los debates durante la etapa de ratificación: “A menos que estuvieran de acuerdo en abandonar «este comercio vergonzoso»”, Mason estaba dispuesto a que esos estados quedaran fuera de la Unión ¿Cuál fue la respuesta de Madison? Pues bien: “Por grande que sea ese mal, un desmembramiento de la Unión sería algo aun peor”.¹⁰

Cualquier persona interesada en la política norteamericana contemporánea debería encontrar más que interesante el primer discurso de Rand Paul, senador por Kentucky, ante sus pares. El nombrado, quien en noviembre de 2010 se vio arrastrado por el maremoto del *Tea party* tomó partido de la ocasión para marcar diferencias con su predecesor reconocido como el “gran negociador”: Henry Clay. Paul resaltó que al llegar a Washington “uno de mis nuevos colegas me preguntó con brillo en los ojos y un dejo de ironía, «¿serás un gran componedor?»”.¹¹ Avalando su carácter, Paul tomó la pregunta con total seriedad. Esta es la razón por la cual dedicó su primer discurso a contestarla. Comenzó describiendo la historia de vida de Clay como que, en el mejor de los casos, fue portadora de “un mensaje contradictorio,” ya que muchos de los acuerdos que propició estaban relacionados con la esclavitud. Asimismo, comparó de manera crítica a Clay con otros grandes americanos de la época, incluyendo a William Lloyd Garrison y a Frederick Douglass, el gran abolicionista negro. Por otro lado, dedicó unas cuantas palabras a Cassius Clay, un primo del otro Clay que se convirtió en abolicionista.¹² “Cassius Clay fue un héroe,” dijo Paul, “aun cuando es-

¹⁰ Meier, Pauline, *Ratification: The People Debate the Constitution, 1787-1788*, Simon & Schuster, 2010, p. 284.

¹¹ Disponible en: <http://paul.senate.gov/record.cfm?id=330804>.

¹² Había una razón, después de todo, de que el nombre original de Muhammed Ali era Cassius, y no Henry, Clay.

tuvo separado permanentemente de Henry Clay. Henry Clay no dio lugar a quienes fueron los verdaderos creyentes, los abolicionistas”. Y luego Paul remató su discurso con una la pregunta clave: “¿Quiénes son nuestros héroes?, ¿Estamos fascinados y embelesados por el Gran Componedor o por su primo Cassius Clay?”.

Presumiblemente, no nos sorprende que Paul tenga preferencia por Cassius en contra de Henry como su modelo a seguir.

Mientras esté sentado en el escritorio de Henry Clay, siempre recordaré el deseo de forjar acuerdos que acompañó toda su vida. Sin embargo, guardaré también cerca de mi corazón la posición de principios de su primo Cassius Clay, quien se negó a traicionar la vida de ningún ser humano por el simple propósito de arribar a un acuerdo.

De tal manera, para bien o para mal, la pregunta es si habrían caído los cielos no sólo si hubiera habido el Acuerdo de 1850 sino también si no hubiera habido Constitución en 1787. Si la convención de Filadelfia hubiera fracasado, es muy probable que hubiera al menos dos, posiblemente tres, países separados, diferenciados, entre otros aspectos, por su posición con respecto a la esclavitud. ¿Valió la pena legitimar la esclavitud dentro de la Constitución a través, fundamentalmente, de la cláusula de los 3/5, que daba a los estados con esclavos una enorme ventaja de representación no sólo en la Cámara de Diputados sino también en el colegio electoral? Más directamente, ¿cómo valoramos este “esfuerzo”?

Hay muy buenas razones para creer que nuestra historia colectiva habría sido diferente si la Constitución no hubiera tenido éxito. Como muy bien lo ha argumentado el politólogo David Hendrickson; atento a la experiencia de los países europeos que compartían un mismo continente, los convocados en Filadelfia tenían motivos para albergar poderosos temores de que muchos países en el espacio geográfico de lo que hoy concebimos como los Estados Unidos no iban a tener muchas chances de convivir en paz. De tal suerte, la abrumadora *necesidad* de realizar un “pacto de paz”, como todos sabemos, casi inevitablemente impone la tarea de llegar a acuerdos negociados con quienes a menudo son enemigos muy poco atractivos o, mejor, con quienes, para ser más precisos, deseamos convertir en “antiguos enemigos”. Cuando los acuerdos de paz son en verdad “impuestos” —tal es el caso de Versalles después de la Primera Guerra Mundial—, rara vez son estables y, de hecho, en tanto provocan reacciones violentas en quienes se sienten ostensiblemente “victimizados” suelen terminar desatando otra guerra. Las llamadas “Enmiendas de la Reconstrucción” agregadas inme-

diatamente después de la Guerra Civil —especialmente la Enmienda Catorce—, fueron enmiendas que aún siendo ciertamente “impuestas” sobre los perdedores blancos del Sur, en realidad apenas si tuvieron mínimo efecto sobre el derecho que regulaba las relaciones interraciales. La verdad es que casi durante un siglo ello fue así. Y pudo serlo merced al “Acuerdo de 1877” donde los atribulados intereses de los afroamericanos se vieron básicamente sacrificados para favorecer a aquellos blancos del Sur que por entonces eran mejor recibidos de vuelta a la Unión que habían intentado abandonar.

Como ya se ha remarcado, el acuerdo sobre la esclavitud no fue el único “Gran Acuerdo” que se consideró necesario para lograr la aceptación a la Constitución firmada el 17 de septiembre de 1787. También fue necesario dar cumplimiento a la exigencia extorsiva de Delaware y otros estados pequeños quienes demandaron un poder de voto igual en el Senado. En efecto, como lo resalta Jack Rakove, para Madison esto fue “más una derrota que un acuerdo”.¹³ Y fue así por una razón muy simple: el bicameralismo americano, a diferencia de muchos sistemas bicamerales en el mundo, concede a cada cámara la posibilidad de poner en un punto muerto cualquier legislación aprobada por la otra cámara. Tenemos una Constitución llena de “puntos de veto”, y, como vemos cotidianamente casi todos los días, entre los más importantes de estos, está la potestad de lo que Madison consideraba un Senado indefendiblemente estructurado para poder matar cualquier legislación que estime inaceptable. Como sucede en algunos sistemas bicamerales europeos, otro tipo de “acuerdo”, por ejemplo, podría haber permitido a la Cámara de Representantes —con el apoyo del presidente—, anular el “bloqueo” del Senado con una súper mayoría agravada. Por lo tanto, después de dos siglos, nosotros en los Estados Unidos todos los días estamos pagando los costos de los *dos* Grandes Acuerdos que posibilitaron la Constitución de 1787. Y, por supuesto, dado el estatus de los Estados Unidos como “potencia mundial,” puede decirse que de algún modo el mundo entero está pagando el precio de esos “firmemente instalados acuerdos” conseguidos hace más de dos siglos en la Constitución.

Por más que se considere que el Senado creado por la Constitución es aborrecible —a propósito de ello: lo mejor que pudo hacer Madison fue describir el poder de voto igual en el Senado como un “mal menor” (antes que no tener Constitución)— ¿podría de todos modos ser éste un “acuerdo degradado”, en tanto semejante a la esclavitud, moralmente ofensivo? ¿O consideraríamos eso un buen ejemplo de “horrible exceso” retórico? La política, según los sugirieron tanto Burke como el presidente Obama, es el arte de

¹³ Rakove, p. 372.

aceptar toda clase de “males menores”. De tal modo, nos es posible estar de acuerdo con Madison en que el poder de voto igualitario en el Senado fue un precio que valió la pena ser pagado en 1787. Esto, de ninguna manera implica que en nuestro tiempo no debemos desear tener una Constitución mejor que la que tenemos, pero ese es otro asunto.

Quizá la analogía correcta es el precio que se pagó en 1945 para la creación de las Naciones Unidas, lo cual implicó no sólo el sistema de veto selectivo en el Consejo de Seguridad, sino también, la concesión de facto de una extra representación a la URSS con la concesión de bancas a Ucrania y Bielorrusia. Ahora bien, a partir de las particularidades del sistema de veto, el cual tiene poco sentido después de dos generaciones —y, en efecto, de hecho, el mismo hoy puede causar gran daño a las posibilidades de un orden mundial estable—, no se infiere con ello que aquello fue un error en 1945. *En cambio, el error es sentirnos casados indeleblemente con esas estructuras institucionales mucho tiempo después que sus fundamentos han dejado de tener sentido.*

Una de las diferencias entre estos dos “Grandes Acuerdos” es que bien se puede argumentar que quienes trabajaron el acuerdo con respecto al poder de voto en el Senado luego asumieron los costos de este. Es decir, los estados como Virginia fueron los grandes perdedores en la decisión de otorgar igual poder de voto a Delaware y a Rhode Island, así como los Estados Unidos y el resto de “Occidente” pagaron también un costo marginal al dar de facto una representación adicional a la Unión Soviética en la Asamblea General.

Por definición, toda negociación implica una voluntad de soportar costos personales directos para alcanzar un objetivo deseado, y Madison, como uno de los delegados de Virginia, decidió en definitiva que era un costo que valía la pena pagar por parte de los habitantes de Virginia. Así también lo hizo la convención ratificadora de Virginia cuando aceptó conceder su propia aprobación a la Constitución. Y Virginia fue a su vez el gran beneficiario del otro Gran Acuerdo por el cual este estado logró aumentar su poder en la Cámara de Diputados y en el colegio electoral. En este sentido y de algún modo, en la Casa Blanca y en la Suprema Corte cuyos integrantes son propuestos por el presidente. De todos modos, el paralelismo en realidad no funciona. No procede porque resulta obvio que quienes pagaron los costos primarios del Gran Acuerdo con respecto a la esclavitud, fueron precisamente los mismos esclavos que plausiblemente no estuvieron bajo ningún punto de vista representados en Filadelfia. Ellos no recibieron ningún beneficio de la exitosa fundación del nuevo orden político. La esclavitud al final de cuentas *sí* terminó, pero sólo como consecuencia de una guerra catastrófica cuya matanza, en gran medida, fue causada por varios aspectos de la misma Constitución.

IV. ACUERDOS ESTRUCTURANTES

Vale la pena mencionar que algunas estructuras pueden ser más propensas a promover acuerdos que otras. Pero la pregunta de cómo asegurar “una predisposición para alcanzar acuerdos” estaba en el corazón mismo de la organización de la Convención de Filadelfia. Se tomaron varias decisiones que volvieron más fáciles los acuerdos de lo que hubieran sido de otra manera. Consideremos un hecho notable, casi literalmente incomprensible para quienes vivimos en estos días, por cuanto la promesa de mantener secretas las deliberaciones realizada por todos los delegados, pudo mantenerse a lo largo de toda la Convención. De hecho, esto duró muchos años más. No hubo filtraciones, y punto. Por lo tanto, ello ha llevado al teórico político Jon Elster, estudioso de los procedimientos emprendidos en la redacción de varias Constituciones nacionales, a argumentar que, si se desea llegar a un acuerdo, en muchos aspectos importantes, la característica de “opacidad” protagonizada por los hombres de Filadelfia es preferible a la “transparencia”. Esto sucede precisamente porque la “transparencia” por definición, implica que existen personas que desde afuera pueden tener capacidad de control sobre la oferta y los tratos realizados. Con ello, claro es, intereses vitales, principios y valores morales susceptibles de negociación pueden verse minados cuando existan amenazantes represalias en contra de sus “representantes” verosímiles.¹⁴ Obviamente esta es una aseveración empírica cuyo pleno análisis va más allá del alcance del presente trabajo. De todos modos y a los fines del argumento, por caso, ello resulta una intuición plausiblemente correcta.¹⁵ En consecuencia, ¿sugiere lo dicho que en aras de “producir acuerdos” deberíamos acaso activamente *preferir* incluso a aquellas estructuras que ofrecen escasa transparencia? Suponiendo que se admire el resultado obtenido en Filadelfia, en la medida en que Elster tuviere razón al vincular el éxito de la Convención a la casi completa opacidad de su proceso, ¿tiene esto alguna implicación para con las instituciones que fueron diseñadas en una convención constitucional? Es más, en contra de los productos de un sistema político “transparente”, si la opacidad fuera de ayuda para obtener una Constitución (presumiblemente

¹⁴ Citado por Menkel-Meadow, Carrie, *The Ethics of Compromise*, p. 150. Véase también Elster en el libro Rosenfeld.)

¹⁵ Consideremos en este contexto los posibles costos políticos de la revelación de información filtrada que indicaba que el liderazgo palestino que negociaba con Israel estaba dispuesto a hacer concesiones sustancialmente más grandes que las que previamente habían sido reconocidas (o defendidas ante el pueblo palestino por sus líderes “ostensibles”).

buena), ¿por qué entonces no inferir que ello no sería igualmente propicio para obtener legislación en general más deseable?

En contra de la mayoría de las teorías que reclaman grandes dosis de transparencia para poder obtener un adecuado respaldo de la opinión pública, tal conclusión pondría a la “democracia” como un atributo negativo antes bien que como uno positivo para el sistema político. De igual modo, podría pensarse respecto a los mecanismos de responsabilidad. Aun cuando ello pudiera traer aparejado la casi absoluta incapacidad de tomar decisiones en temas de la vida pública de toda índole, en particular, esto es así cuando en aras de defender intereses sin concesiones, gran parte del electorado se siente proclive a librar batallas a menudo con demonizadas oposiciones. Lo cierto es que la transparencia pudo haber condenado la tarea en Filadelfia y con ello se hubiera producido la inexistencia de la Constitución. Y si así fuera, ¿cuál es el problema?

V. LA PREGUNTA CENTRAL: ¿LA CONSTITUCIÓN VALIÓ LA PENA?

¿Qué pensamos de la Constitución de los Estados Unidos y de los acuerdos que fueron casi imprescindibles para lograrla? ¿La disposición al acuerdo ha reportado reconocimiento a los redactores? En cualquier caso, dada la aceptación de la esclavitud, ¿compartimos la visión de Margalit en cuanto que la prevalencia de ciertos intereses de los dueños de esclavos fue, al final de cuentas, un moralmente indefendible “acuerdo degradado”. Recordemos la definición de lo que es un “acuerdo en descomposición”: “un pacto para establecer o mantener un régimen inhumano, un régimen de crueldad y humillación donde impera un régimen que no trata a los humanos como humanos”. ¿Cabe alguna duda de que esta definición bien describe la esclavitud en norteamérica?

A menudo, con acierto, se argumenta que no puede hacerse un omelette sin romper algunos huevos. Y, para refutar a Burke, rendimos un merecido tributo a quienes han sabido realizar significativas concesiones. A todos aquellos que en aras de alcanzar o preservar la paz, a costa inclusive de sus valores más preciados, han sabido ceder. Naturalmente, no es una coincidencia que desde hace muchos años Margalit sea crítico tanto con respecto a muchas rígidas políticas de Israel frente a los palestinos como así también respecto a la falta de capacidad negociadora del liderazgo palestino con respecto a las posiciones de los israelíes. Así está descrito el objetivo de su propio libro en tanto aboga por “defender con decisión los acuerdos negociados en general, y en particular, aquellos acuerdos negociados en favor de la paz”.

Ahora bien, existen límites, y su idea de “acuerdo degradado” representa justamente ese límite. Vale decir que, en definitiva, es mejor que no haya paz antes que por medio de un “acuerdo degradado” pudiera tener lugar la subyugación cruel de nuestros semejantes.

De modo que, ¿paz o guerra fue el dilema que enfrentaron tanto los protagonistas de Filadelfia como aquellos otros que luego fueron convocados para ratificar la Constitución? Podría creerse que la respuesta es afirmativa si se tiene en cuenta que de hecho los argumentos más sólidos en favor de la ratificación estuvieron concentrados en las más variadas amenazas que por entonces sufría la joven nación. Hoy, quizá, podría hablarse de “intereses de seguridad nacional”. Después de todo, un objetivo básico enunciado en el Preámbulo de la Constitución no es acaso ¿proveer a la “defensa común”?

Alexander Hamilton ofreció una amplia exégesis de este objetivo constitucional básico:

Los “poderes” [que se relacionan con la defensa común] deben existir sin límites, *porque es imposible predecir o definir el grado y variedad de exigencias nacionales, o el correspondiente grado y variedad de medios que pudieren ser necesarios para satisfacerlas*. Las circunstancias que ponen en peligro la seguridad de las naciones son infinitas, y por tal motivo ningún grillete constitucional puede ser impuesto al poder que debe encargarse del cuidado de las personas (*Federalista* 26).

Adoptando una frase moderna, podríamos interrogarnos si en 1787 era racional comprender que Estados Unidos estaba ante una “amenaza existencial” a su mismísima permanencia como tal. Si así fuera, con ello vendría aparejado no sólo la asignación de poderes al nuevo gobierno —esto es, todo lo que sea necesario para enfrentar la amenaza—, sino también los que prohijaran los acuerdos negociados para prioritariamente asegurarse una Constitución. En este contexto y en particular, cuando se toma en consideración una guerra que propone amenazas existenciales a la Nación, piénsese en las alianzas que deben ser realizadas para sortear tales desafíos. Por caso, los Estados Unidos se aliaron con la Unión Soviética de Stalin para luchar y derrotar a la Alemania nazi. Tal como lo ha expresado recientemente el profesor de derecho de Harvard Robert Mnookin, hay momentos en que efectivamente hay que hacer “pactos con el diablo”, aun cuando, obviamente, es necesario evitar las ocasiones para hacerlo.

Quiero concluir, entonces, haciendo dos preguntas para luego proponer lo que podría describirse como una “meta-pregunta”:

- 1) Si se asume que las consecuencias acarreadas por la ausencia de acuerdo en Filadelfia y la no ratificación de la Constitución propues-

ta hubieran significado la disolución de la Unión con la alta probabilidad de una sangrienta guerra que, finalmente, entre otros males, hubiera involucrado a los dos o tres países que se hubieran formado a lo largo de la costa atlántica, ¿justifica *eso* los acuerdos sobre la esclavitud con los consiguientes costos soportados por los mismos esclavos? Pues bien, tendríamos que entender de paso que todos debían adaptarse a un orden social fundado en la propiedad “racializada” y en la subordinación de seres humanos. Si se defienden acuerdos negociados sobre bases tan elementalmente *consecuencialistas*, entonces ¿qué incidencias ello trae consigo sobre quienes tienen a su cargo la redacción de Constituciones en el siglo XXI? Por ejemplo, en aras de la paz (relativa); en pos de evitar una guerra civil que, posiblemente, provocaría un catastrófico derramamiento de sangre interno sin contar otras guerras en países adyacentes como Irán y Pakistán, piénsese en el proceso de redacción de las nuevas Constituciones en Irak o Afganistán. La pregunta con relación a estos países: ¿cuánto sacrificio estaríamos dispuestos a soportar, por caso, con respecto a los derechos de las mujeres o con relación a quienes no comparten una visión particular del Islam?

- 2) ¿Y si optimistamente se cree que el fracaso en el consenso habría probablemente traído aparejado la irrupción de tres países separados—llámese New England, Mid-Atlántica, y Dixie, los cuales hubieran interactuado de la misma manera que, por ejemplo, lo hace Estados Unidos con Canadá y México, a veces de manera torpe, pero rara vez embarcándose en una guerra? ¿El acuerdo sobre la esclavitud podría verse justificado en este último escenario? Con este conjunto de suposiciones, ¿tiene razón Margalit cuando dice que el “Gran Acuerdo” que involucró a la esclavitud fue, y continúa siendo, un “acuerdo en descomposición”, que, aunque sea explicable no puede ser defendible.

Y ahora la “meta-pregunta”: ¿podemos acaso simplemente evitar luchar con tales preguntas declarando que lo que se hizo en 1787 carece de relevancia para nuestro propio mundo y sus preocupaciones?

Antes era antes y ahora es ahora, podría decirse. Pero ¿sobre qué base se decide la relevancia o no del pasado? ¿Existe una “prescripción” para los hechos históricos, en virtud de lo cual resulta “injusto” sacar a relucir lo que pasó “hace tanto tiempo”? Si es así, como sociedad ¿cuándo eso pasa? y, más importante aún, ¿quién decide cuándo y cómo “avanzamos”? Para superar monumentales injusticias cuyas consecuencias retumban todavía en nuestro mundo actual, ¿cómo y cuándo actuar para “dejar el pasado atrás”?

Obviamente, no hace falta que les aclare a académicos —a los argentinos en particular— lo importante que son estas preguntas para enfrentar las exigencias de la política que, a veces, demanda una amnesia colectiva, la cual etimológicamente se relaciona con la “amnistía”, en contraposición a las expectativas del derecho y la justicia.

EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO Y LA SALA DE MÁQUINAS DE LA CONSTITUCIÓN (1980-2010)

Roberto GARGARELLA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El constitucionalismo en el siglo XX: algunas buenas preguntas, sin respuesta definitiva*. III. *Reelección presidencial y cambio estructural*. IV. *Constituciones desestabilizadas por un Poder Ejecutivo dominante*. V. *Presidencialismo vs. participación: Ecuador 2008/Venezuela 1999*. VI. *Política vertical y derechos horizontales. Explotación de recursos naturales vs. derechos indígenas*. VII. *La “sala de máquinas” de la Constitución*.

I. INTRODUCCIÓN

La pregunta a partir de la cual se nos invita a reflexionar se refiere a la relación entre democracia y Constitución. La cuestión es central para la teoría constitucional, y merecedora de los estudios más detallados, por lo que aquí sólo procuraremos acercarnos a un aspecto del problema, vinculado con el análisis del constitucionalismo contemporáneo en América Latina. Nos referiremos a un intento más bien fallido de expandir la democracia a través de la Constitución, y daremos cuenta del porqué de ese parcial fracaso.

La tesis que procuraremos defender es la siguiente: las Constituciones latinoamericanas nacieron, en su mayoría, resultado de un pacto entre liberales y conservadores, y dieron lugar a organizaciones institucionales políticamente muy restrictivas. Conforme a la fórmula alguna vez acuñada por Juan Bautista Alberdi, ellas establecieron libertades políticas limitadas, junto a libertades económicas muy amplias. Desde entonces —mediados del siglo XIX— las Constituciones sufrieron numerosas reformas, destina-

* Profesor de Derecho Constitucional y Filosofía Política en la Universidad Nacional de Buenos Aires y en la Universidad Torcuato Di Tella de Buenos Aires, Argentina.

das a expandir las capacidades políticas de la ciudadanía, en otros términos, ellas vinieron a expandir las libertades antes limitadas, y expandir de ese modo la democracia, a través de la Constitución. Dicha tendencia fue poderosamente acentuada en la última oleada de reformas, comenzada a fines del siglo XX. Sin embargo, según diremos, tales reformas terminaron por reproducir un parámetro habitual en la región —un parámetro dominante desde comienzos del siglo XX al menos— a partir del cual los reformistas se dedican a expandir los derechos existentes, pero sin incorporar las modificaciones acordes y necesarias, en la otra área fundamental de la Constitución —el área de la organización del poder—. Lo que tiende a resultar de allí, según veremos, no son, simplemente, reformas incompletas, que no terminan de expandir la libertad política del modo adecuado. El resultado final nos refiere, más bien, a reformas que conspiran contra sí mismas, porque las libertades que se pretenden expandir desde el área de los derechos terminan siendo puestas en crisis, sino directamente cercenadas, desde la organización del poder, que tiende a permanecer básicamente intacta, y conforme a las pautas definidas en el siglo XIX. Esto es, la matriz del poder definida en el siglo XIX se mantiene en su esencia intocada, por lo cual la organización política limitadora de libertades, concentradora del poder, verticalista, híper presidencialista, organizada desde mediados del siglo XIX, se convierte de inmediato en una de las peores amenazas sobre la pretensión de expandir libertades, que ha solido impulsar a los movimientos reformistas. Lo que es peor: se trata de una amenaza que proviene desde el propio corazón de la Constitución.

II. EL CONSTITUCIONALISMO EN EL SIGLO XX: ALGUNAS BUENAS PREGUNTAS, SIN RESPUESTA DEFINITIVA

Recordemos, aunque sea muy someramente, cómo es que los países americanos llegaron hasta dicho estadio, en su irregular, discontinuo devenir constitucional. Haciendo un breve *racconto* de la historia contemporánea del constitucionalismo regional podríamos decir que el siglo XX comenzó con algunas buenas preguntas, aunque la respuesta haya sido, como sabemos, muy limitada. En efecto, en las primeras décadas del siglo XX, el constitucionalismo reconoció la necesidad de prestar atención a reclamos de tono social que había desatendido y dejado de lado en su etapa fundacional. De esa forma, el derecho advirtió los límites que eran propios del pacto liberal-conservador que había distinguido a la región desde mediados del siglo XIX. Dicho pacto se había concretado a partir de la exclusión de un modelo diferente de

constitucionalismo —uno que ponía énfasis en la dimensión social— y fue, justamente, esta dimensión social la que trató de ser recuperada, ansiosamente, desde la llegada del nuevo siglo. Lo dicho significa que el nuevo siglo comenzó con una buena reflexión interna sobre el estado de la sociedad y el constitucionalismo.

La serie de reformas constitucionales que se llevaron adelante, en toda la región, desde 1917 en México, en adelante, fueron complejas y multidireccionales, pero, en todo caso, parece innegable que en ellas estuvo presente una clara impronta social. Las Constituciones fundacionales, de algún modo, habían fracasado al mostrarse como la expresión de sólo una porción de la sociedad. Las libertades y los derechos que habían consagrado eran las que podían ser reclamadas por los sectores más acomodados de la sociedad. Pero la presencia de tales principios en el texto constitucional era, en todo caso, tan notoria como otras ausencias. Las Constituciones parecían asumir que todos entraban en el pacto constitucional fundacional en un pie de igualdad. Ellas actuaban como si no fuera un hecho que amplios sectores de la sociedad —principalmente indígenas y antiguos esclavos, pero también las mujeres, y los más pobres— se asomaban a las libertades de los demás desde una situación subalterna en la que habían sido colocados y retenidos por uso y abuso de la fuerza estatal. Al ignorar este hecho el constitucionalismo no sólo dejaba de prestar atención a necesidades sociales relevantes, sino que además desconocía el grado de responsabilidad que le tocaba en la formación y consolidación de tales desigualdades.

De allí que, desde los primeros años del siglo XX, las nuevas Constituciones, con sus ya conocidas imperfecciones, intentaron incorporar la dimensión social olvidada por el constitucionalismo fundacional, a través de cada vez más amplias declaraciones de derechos económicos, sociales y culturales. A la vez, procuraron expandir la dimensión política restringida de las primeras Constituciones. Mostraron, de ese modo, una vocación incluyente antes que excluyente. En todos los casos, y como veremos, la pregunta es hasta qué punto tales esfuerzos fueron suficientes; hasta qué punto escaparon del riesgo de ser meramente declarativos, y sobre todo, hasta qué punto tomaron en serio las limitaciones que el pasado —expresado en una estructura socio-legal restrictiva— imponía sobre el presente.

Luego, desde mediados del siglo XX, y durante más de dos décadas, el constitucionalismo pareció perder atractivo, envuelto en un clima de época que tendía a relegar las cuestiones legales a un terreno meramente superestructural. En los peores casos, las iniciativas de reforma constitucional no fueron vistas como inútiles, sino directamente engañosas, susceptibles de distraer la atención del lugar realmente relevante, que era el de la cruda lucha social.

De todos modos, el dramático final de muchos de tales enfrentamientos sociales y de clase volvieron a llevar la atención hacia el reformismo constitucional. En efecto, los largos años de desdén constitucional vinieron de la mano del triunfo de dictaduras y regímenes autoritarios que azolaron toda la región, y que implicaron la muerte de decenas de miles de ciudadanos, cuyos derechos de todo tipo fueron arrasados impiadosamente y del peor modo. De allí que no resultara una sorpresa que, en los años 80, y con el fin del periodo de las peores dictaduras, la región presenciara la poderosa re-emergencia del discurso constitucional, acompañado de un extraordinario renacer del ideario de los derechos humanos.

Constitucionalismo y derechos humanos trazaron, desde entonces, una poderosa alianza que se reflejó en una revitalización democrática de la vida política, que incluyó nuevas y originales reflexiones en materia constitucional. En efecto, una mayoría de países americanos llegaron a finales del siglo XX planteándose una serie de preguntas cruciales, luego de haber identificado un problema constitucional igualmente importante. El problema tenía que ver con la inestabilidad política que los había acuciado durante todo el siglo, favoreciendo la llegada, una y otra vez, de regímenes militares que se convirtieron en graves violadores de derechos humanos. Las preguntas que aparecieron entonces tuvieron que ver, entre otros temas, y de modo decisivo, con la Constitución, y lo que ella podía hacer para poner límites frente a tales desgracias. La principal respuesta tuvo que ver con el hiperpresidencialismo (ahora veremos por qué), y junto con él, de modo más obvio, con la incorporación de tratados de derechos humanos en la Constitución o, más en general, con la apertura del derecho interno al derecho internacional de los derechos humanos.

Vamos a detenernos, de todos modos, en la cuestión del hiperpresidencialismo. La pregunta del caso era importante y la respuesta fue aparentemente extraña, pero en definitiva irreproachable. Fueron muchos los que concluyeron, entonces, que el gran drama de la región —el que, en definitiva, generaba las condiciones para la masiva violación de derechos humanos— era el drama de la *inestabilidad política*. Frente a ella, la respuesta que se propuso entonces fue interesante y, en un primer momento, compartida: el constitucionalismo tenía algo que ver con esa inestabilidad, y por lo tanto podía hacer algo para remediarla. La clave que el constitucionalismo no había acertado a identificar, hasta entonces, era el sistema presidencialista o, más precisamente, hiperpresidencialista, al que se correlacionó directamente (en un debate que siguió durante décadas) con la producción de inestabilidad política.¹

¹ Cheibub, J. y Limongi, F., “Modes of Government Formation and the Survival of

En efecto, el sistema hiperpresidencialista fue considerado correspondiente principal de la grave dificultad de las democracias regionales para mantenerse en el tiempo. El hiperpresidencialismo implicaba concentrar poder, y también responsabilidades y expectativas, en una sola persona, con mandato fijo durante años. Cualquier súbito desencanto con el presidente —cualquier crisis política o económica, cualquier quiebre en su salud, cualquier caída en su popularidad— tendía a traducirse entonces en una crisis del sistema político, que carecía de válvulas de escape con las que remediar los desajustes, impidiendo la puesta en crisis de toda la estructura constitucional. Hubo un extendido acuerdo, entonces, según el cual la fuerte moderación o directa eliminación del sistema hiperpresidencialista iba a permitir amortiguar las crisis, evitar su conversión en crisis sistémicas, y atajar de ese modo la inestabilidad recurrente.

Por diversas razones, que incluyeron una disminuida fe teórica en los hallazgos de los ochenta, y por el renovado brío de los impulsos caudillistas, lo cierto es que se llevaron consigo al movimiento reformista más importante de esos tiempos. Una razón estructural, más poderosa, menos abstracta, resultó fundamental, entonces, para explicar el súbito abandono del embate antipresidencial: las nuevas reformas constitucionales fueron generadas (¿era posible esperar otra cosa?) por gobernantes —presidentes— poco interesados en iniciar un movimiento de cambio constitucional que los tuviera a ellos mismos como principales afectados o víctimas. Ninguno de los gobernantes de entonces se mostraba demasiado entusiasmado con la perspectiva

Democratic Regimes: Presidentialism and Parliamentarism Reconsidered”, *Annual Review of Political Science*, vol. 5, 2002; Eaton, K., “Parliamentarism versus Presidentialism in the Policy Arena”, *Comparative Politics*, 2000; Linz, J. y Valenzuela, A., *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1994; Nino, C. (ed.), *Presidencialismo vs. parlamentarismo*, Buenos Aires, Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1987, y *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992; O’Donnell, G., “Delegative Democracy?”, *Journal of Democracy*, vol. 5, 1994; Przeworski, A. et al., *Democracy and Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; Riggs, F., “El presidencialismo en los Estados Unidos”, en Nino, C. (ed.), *Presidencialismo vs. parlamentarismo*, Buenos Aires, Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1987; Samuels, D. y Eaton, K., “Presidentialism And, Or, and Versus Parliamentarism: The State of the Literature and an Agenda for Future Research”, ponencia presentada en Conference on Consequences of Political Institutions in Democracy, Duke University, abril de 2002; Shugart, M. y Carey, J., *Presidents and Assemblies, Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992; Shugart, M. y Mainwaring, S., “Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate”, en Shugart, M. y Mainwaring, S. (eds.), *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997; Unger, R., “El sistema de gobierno que le conviene a Brasil”, en Nino, C., (ed.), *Presidencialismo vs. parlamentarismo*, Buenos Aires, Consejo para la Consolidación de la Democracia, 1987.

de amputarse los propios pies, y responsabilizarse, de tal manera, de los históricos males políticos de la región. Más bien lo contrario.

III. REELECCIÓN PRESIDENCIAL Y CAMBIO ESTRUCTURAL

Conforme a lo señalado en la sección anterior, la nueva corriente constitucional reformista de los noventa careció por completo de un impulso antipresidencial, aunque entonces fue habitual que se hablara de cambios que llegaban, también, al cargo presidencial. En todo caso, lo cierto es que los cambios anunciados no se dirigieron fundamental ni necesariamente a reducir los poderes del presidente. En verdad, lo que distinguió a las nuevas reformas, en todo caso, fue la introducción de reformas muy distintas de las anunciadas, dirigidas a facilitar reelecciones presidenciales que el viejo constitucionalismo, de modos diversos, limitaba (ya sea denegando la reelección; impidiendo las reelecciones indefinidas; exigiendo el transcurso de un periodo electoral, previo a la reelección, etcétera). Esta nueva oleada de reformas, nacidas hacia finales del siglo XX fueron, en muchos casos, reformas cortoplacistas o miopes, motivadas por razones autointeresadas, normalmente vinculadas con la reelección presidencial.

Así, podemos reconocer que entre 1978 y 2008, se dictaron 15 Constituciones (Bolivia ratificó la suya en 2009), al menos una en cada país de la región, salvo los casos de Costa Rica, México, Panamá, la República Dominicana, y Uruguay (suman 192 en la historia, y 102 en el siglo XX, según Negretto).² En dicho lapso, diez países modificaron las reglas de la reelección presidencial, que en total fueron modificadas 16 veces, en 9 ocasiones para flexibilizar las cláusulas de la reelección, en 7 para restringirlas. Ciclos restrictivos (como el iniciado en 1978), son seguidos luego por otros contrarios, destinados a facilitar las reelecciones (como el iniciado en 1993). En doce países de la región, también, se fortalecieron los poderes presidenciales, y sólo en seis fueron restringidos.³ Según Negretto, las reglas referidas a la reelección presidencial, y a los términos del mandato de los presidentes, han sido las más inestables en la historia de la región.⁴

Lo anterior de ningún modo niega, sin embargo, que habitualmente, y en tren de aprobar reformas autointeresadas, movidas por pretensiones de

² Negretto, Gabriel, “Paradojas de la reforma constitucional en América Latina”, *Journal of Democracy* (edición en español), vol. 1(1), 2009, y “La reforma política en América Latina”, *Desarrollo Económico*, vol. 198, 2011.

³ Negretto, Gabriel, “La reforma política...”, *op. cit.*

⁴ *Idem.*

muy corto plazo, se agreguen —ya sea como escudo para proteger lo anterior, ya sea como oportunidades que la oposición aprovecha— reformas más interesantes, que pueden ser valiosas para el largo plazo.⁵ Como ejemplo, la Constitución argentina de 1994, motivada sustantivamente por las ambiciones reeleccionistas del presidente entonces en ejercicio, terminó por consagrar otras modificaciones de importancia, como el reconocimiento de derechos de las minorías, la novedad de las acciones judiciales colectivas, o la jerarquía constitucional de compromisos relevantes en materia de derechos humanos.

Lo ocurrido en la Argentina representa una pauta generalizable en la región, de allí que las reformas de finales de siglo y comienzos del nuevo, si bien motivadas por un indeseable cortoplacismo, pudieron traer consigo otros cambios más atractivos, que se vinculaban con el aire de los tiempos: preocupaciones multiculturales, derechos de grupos, nuevos derechos ambientales. Estas reformas incluyeron, a su vez, algunas respuestas destinadas a hacer frente a algunos de los peores legados de la más dura etapa hiperpresidencial: poderes judiciales demasiado sometidos a la política; legislativos anémicos; un creciente proceso de desconfianza en la política, y un quiebre de relaciones entre representantes y representados. Y en algunos casos, excepcionalmente, reformas en apariencia muy imperfectas, se articularon claramente en torno a problemas constitucionales fundamentales, bien identificados.⁶

⁵ Uprimny, Rodrigo, “The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges”, *Texas Law Review*, vol. 89(7), 2011.

⁶ Ahora bien, dentro de un panorama como el expuesto, marcado por el cortoplacismo, la Constitución de Bolivia de 2008 destaca por algunas novedades de interés. Ello, a pesar de las recurrentes críticas que ha recibido, tanto en lo aspectos procedimentales como sustanciales. Vale decir, esto es así no obstante los modos en que se llevó a cabo el proceso constituyente, como por los resultados particulares que se derivaron de tal proceso. Desde el punto del análisis que hemos realizado en las páginas anteriores, la Constitución boliviana ofrece al menos dos rasgos por demás salientes. En primer lugar, ella es el resultado de la identificación de un problema social fundamental, cual es la marginación indígena. En segundo lugar, ella se ha animado a abordar, de un modo muy fuerte, y como pocas Constituciones en la región, la cuestión relativa a las bases materiales de la Constitución. Podemos detenernos brevemente en el examen de ambas cuestiones. Sobre lo primero, cabría resaltar que la Constitución de Bolivia difiere de muchas de las Constituciones redactadas en la región, a partir de propósitos cortoplacistas, fundamentalmente vinculados con la consagración del derecho a la reelección presidencial. Contra dicha extendida tendencia, la Constitución de Bolivia nace en buena medida a partir de una pregunta crucial —la pregunta pertinente— la cual puede sintetizarse así: ¿qué es lo que puede hacer la Constitución, para ayudarnos a resolver algunos de los grandes dramas que enfrentamos? Y, lo que es más importante, lo hace identificando de modo apropiado un gravísimo problema —tal vez, el gran problema— que

IV. CONSTITUCIONES DESESTABILIZADAS POR UN PODER EJECUTIVO DOMINANTE

¿Cómo impacta en la Constitución el hecho de consagrar en ella un poder dominante? El punto resulta especialmente importante a la luz de las recientes reformas constitucionales que han tenido lugar en América Latina. Todas ellas han mantenido o reforzado sistemas ya marcados por un presidencialismo fuerte. Sin embargo, al mismo tiempo, tales Constituciones han introducido otros cambios, muchas veces en dirección aparentemente contraria a la iniciativa citada —así, por ejemplo, a través de la inclusión de nuevos organismos de control, o mayores oportunidades para la participación popular—. Alguien podría decir, en tal sentido:

Es cierto que las reformas no han cambiado la naturaleza de los sistemas hiperpresidencialistas tradicionalmente adoptados en la región. Del mismo modo, también es cierto que, en muchos casos, las reformas le han concedido al presidente en ejercicio facultades de las cuales carecía (típicamente, el derecho de reelección). Sin embargo, todo ello se ve compensado por otra serie de reformas que se han impuesto en el resto de la Constitución, y que sirven para contrarrestar y contrabalancear a las modificaciones citadas, más amigables con la organización presidencial. Las nuevas Constituciones, en efecto, han introducido nuevos controles frente al poder; han incorporado nuevas oportunidades para la participación popular; han reconocido formas más directas de democracia. En definitiva, lo que resulta de todos estos cambios está lejos de la descripción habitual que ve en el nuevo constitucionalismo un reforzamiento de la organización tradicional del poder. La resultante que aparece luego del examen de unos cambios y otros nos deja ver Constituciones, finalmente, más balanceadas, menos excesivas, más equilibradas en relación con lo que era propio de la tradición constitucional de la región.

Algunos autores contemporáneos, analistas de los recientes procesos de reforma constitucional en la región, destacan, por caso, “el creciente uso

ha afectado a la comunidad, durante siglos, esto es, el problema de la marginación indígena. Por supuesto, decir lo anterior no es decir demasiado: identificar a un gran problema no dice mucho acerca de la destreza que puedan tener, o no, los Constituyentes para encontrar los mejores medios para enfrentarlo, y los ciudadanos y funcionarios, luego, para resolverlo. Y no hay dudas de que la Constitución de 2008 adolece de cantidad de falencias: es voluntarista, demasiado extensa, innecesariamente detallista, contradictoria, exageradamente aspiracional, a la vez que se funda en visiones teóricas opuestas, contradictorias, en ocasiones simplemente implausibles. A pesar de todo ello, la Constitución es creativa, innova como pocas, y explora áreas y soluciones del modo en que no lo hace prácticamente ninguna de las Constituciones que le son contemporáneas.

de elecciones para la selección de puestos ejecutivos en el nivel subnacional, y la presencia creciente de elementos de democracia directa”, en estas nuevas Constituciones.⁷ Estos estudios han podido concluir que el presidencialismo regional se ha visto, finalmente, debilitado. “Comparando los poderes ejecutivos formales, tal como aparecían al comienzo del más reciente periodo democrático... con los poderes formales corrientes (hacia el 2006), encontramos que la tendencia general nos muestra un cierto movimiento de declive en relación con los poderes del ejecutivo”.⁸ La causa de este declive se debería a “la emergencia de mayores (potenciales) limitaciones sobre la concentración del poder presidencial, en otras áreas (no-legislativas)...”.⁹

Lo dicho presupone una relación pacífica e igualitaria entre las distintas secciones de la Constitución. Se acierta en el análisis, podría decirse, al reconocerse el significativo hecho de que lo que se hace en una sección de la Constitución tiene relevancia frente a la otra —entra en diálogo con ella—. El problema, sin embargo, es el de asumir una lectura sin contexto, sin historia, sin un análisis más cercano, capaz de poner el acento en la forma en que se ha desarrollado la práctica constitucional de la región, y reconocer el peso diferencial de lo viejo frente a lo nuevo. Como ocurre en la metáfora de las hojas cayendo sobre el lago, debe esperarse que el orden dominante, establecido, muestre capacidad para imponerse sobre las novedades que vayan arribando, hasta doblegarlas y adaptarlas a su propio cuerpo. En todo caso, no puede esperarse que el diálogo entre ambas partes sea pacífico, ni debe presumirse que ese diálogo vaya a darse desde un pie de igualdad —como lo puede sugerir un examen de la situación que ponga entre paréntesis la historia y práctica constitucionales vigentes—.

En la mayoría de los países latinoamericanos, tal como sabemos, el Poder Ejecutivo ha quedado situado en una posición de privilegio, como un *primus inter pares* que dispone de herramientas que facilitan su predominio sobre los poderes restantes. Peor aún, la práctica constitucional latinoamericana ha permitido el reforzamiento de esa relación de predominio, a través de decisiones paraconstitucionales, que en muchos casos han conducido a socavar la autoridad de la Legislatura, o a convertir al Poder Judicial en un poder institucionalmente frágil o directamente dependiente.¹⁰ En ese con-

⁷ Véase Hartlyn, J. y Luna, J. P., “Constitutional Reform in Latin America: Intentions and Outcomes”, paper presentado en LASA, Montreal, Canadá, 2007, p. 7.

⁸ *Ibidem*, p. 6.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Domingo, P. y Sieder, R., *Rule of Law in Latin America*, Londres, Institute of Latin American Studies, 2001; Gloppen, S., “Analyzing the Role of Courts in Social Transformation”, en Gargarella, R. et al. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Londres,

texto, el Poder Ejecutivo se ubica en una situación de privilegio que, previsiblemente, le va a permitir imponer su autoridad sobre quienes pretendan obstaculizarlo en el ejercicio de sus funciones. Por caso, el Poder Ejecutivo va a estar en condiciones de vetar aquellas iniciativas que pretendan desafiar su supremacía. Esto es lo que parece haber ocurrido recientemente, en América Latina, cuando los poderes legislativos intentaron poner en práctica algunas de las iniciativas participativas definidas en el ámbito de la Convención Constituyente.

Uno puede llegar a conclusiones similares, en principio, en relación con las capacidades de los demás poderes para cuidarse frente a potenciales injerencias sobre su autoridad. Piénsese, por caso, en las insistentes iniciativas favorables a la democracia directa, introducidas en Constituciones como la de Argentina de 1994. Tales cláusulas constitucionales requerían de la previa intervención legislativa, a los fines de poner en marcha las reformas en cuestión. Sin embargo, previsiblemente, los legisladores obstaculizaron desde un principio la puesta en marcha de cambios amenazadores sobre su propia autoridad. Ello ocurrió de los modos más diversos, que incluyeron la dilación en el tratamiento de la regulación; el establecimiento de fuertes trabas sobre el financiamiento que podría obtener el grupo promotor de la iniciativa, y, sobre todo, la decisión de no prever ninguna sanción, sobre el Congreso, en caso de que éste decidiese, simplemente, no dar tratamiento a la iniciativa en el lapso constitucional de doce meses, establecidos para la misma.¹¹ Finalmente: ¿podía acaso esperarse otra cosa? ¿Por qué creer que los legisladores podrían llegar a protagonizar un suicidio político, hasta infligir una herida mortal a sus propias capacidades? ¿Por qué irían a declinar el control sobre algunas de sus propias facultades? ¿Por qué irían a consagrar la autoridad superior del pueblo soberano?

Algo parecido puede decirse, en principio, en torno al Poder Judicial. El mismo tiene capacidades suficientes para declarar contrarias a derecho las iniciativas legales que se presenten en su contra. ¿Por qué habría de hacer lo contrario, pudiendo defender sus privilegios tradicionales? Piénsese, primero, en la defensa corporativa que han tendido a hacer los jueces frente a toda impugnación dirigida a alguno de sus miembros. Piénsese, también, en fenómenos como el llamado “choque de trenes” que ha caracterizado a la vida constitucional colombiana, desde que fue producida la reforma cons-

Ashgate, 2006; Prillaman, W., *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America*, Nueva York, Praeger, 2000.

¹¹ Zayat, D., “Mecanismos semidirectos de participación”, en Gargarella, R. (ed.), *La Constitución en el nuevo siglo*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011. Algo similar ocurrió con la reglamentación de la cláusula constitucional de la consulta popular.

titucional de 1991, y la introducción de una nueva Corte Constitucional, desafiada permanentemente en su poder por la existente Corte Suprema (de allí la idea de “choque de trenes”). O piénsese, si no, en las permanentes tensiones que se han producido en la Argentina, entre la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura inaugurado por la reforma constitucional de 1994, con la Corte argentina bloqueando cada avance posible del Consejo, sobre su jurisdicción. En definitiva, en este caso, como en los anteriores, nos encontramos con conflictos esperables, derivados del simple hecho de quienes se encuentran en posiciones de poder van a resistir, naturalmente, las medidas que amenacen con recortar los poderes de los que gozan. Son hechos obvios, pero que no parecen serlo tanto cuando se olvida el peso del pasado sobre el presente y se examina a las reformas institucionales, como si ellas pudieran activarse autónomamente, con independencia de la resistencia que puedan imponerle las estructuras establecidas.

V. PRESIDENCIALISMO VS. PARTICIPACIÓN: ECUADOR 2008/VENEZUELA 1999

Son numerosos los ejemplos que uno encuentra en la región para ilustrar las dificultades que surgen a partir de Constituciones que, por un lado, proponen mecanismos generosos de participación popular, mientras mantienen, al mismo tiempo, organizaciones políticas fuertemente verticalizadas.

El caso del Ecuador resulta, en tal sentido, particularmente interesante. Aunque su última reforma estuvo inscrita en el periodo dominado por la oleada antipresidencialista, la Constitución no dirigió sus principales esfuerzos a limitar o atemperar los poderes presidenciales, más bien lo contrario. El gran “drama” que pareció marcar la historia de la nueva Constitución —la de 2008— fue otro, relacionado más bien con alguna de las “tragedias institucionales” más importantes de los años anteriores, esto es, la producción de destituciones presidenciales fuera de regla, a través de juicios políticos disputables en las formas y en la sustancia. De allí que pueda decirse que “en mucho, el constituyente de 2007-2008 se concentra en la idea de evitar juicios políticos irregulares a través de la declaratoria de cesación del Presidente de la República, asunto que se ha repetido en tres ocasiones desde 1997” (un hecho, éste, que va a encontrarse detrás de una de las principales innovaciones aportadas por la Carta de 2008, esto es, la institución de la “muerte cruzada” entre Ejecutivo y Legislativo).

En lo relativo a las facultades presidenciales, se ha dicho con razón, en alguna de las obras más interesantes escritas para analizar la nueva Consti-

tución, que el texto de 2008 no sólo “no reduce el excesivo poder presidencial consagrado en la Carta de 1998, sino que lo aumenta y, correlativamente, disminuye facultades de la legislatura” (sobre todo en el nombramiento de funcionarios).¹² O también, que

la Constitución refuerza sobremanera las funciones del presidencialismo... la planificación del desarrollo, pieza central en la definición de la política pública... aparece... como prerrogativa y responsabilidad exclusiva del Ejecutivo, con ninguna participación de la representación política, y con limitadas funciones de participación de la sociedad en la definición de prioridades y orientaciones de política... la sociedad reduce su participación a una limitada función de observancia o control.¹³

El presidente, en la actualidad, concentra funciones especiales en materia judicial (conceder indultos por delitos comunes). Instituciones autónomas, como el Banco Central, han perdido facultades para definir las políticas cambiaria, crediticia o monetaria. El presidente ha ganado, además, facultades legislativas, que ya no derivan de la delegación del legislador, o que antes pertenecían a ambos poderes. El presidente, en efecto, emite reglamentos de ejecución, delegados y autónomos (artículo 147); tiene la iniciativa de ley, y de enmienda y reforma constitucional (artículos 134 y 442); puede calificar de urgentes los proyectos de ley en materia económica y, frente a la omisión legislativa, consagrar el proyecto como decreto ley (artículo 140). Además, puede objetar las normas aprobadas por la Asamblea Nacional, ya sea por razones de oportunidad o por vicios de inconstitucionalidad (artículos 138, 139, 438).

Para algunos, estas facultades adicionales concedidas al presidente pueden verse compensadas, en definitiva, por una serie de controles e instituciones alternativas. Por un lado, se encuentra la capacidad de la Asamblea Legislativa de pedir la caída del Ejecutivo, llamando a elecciones anticipadas para ambos poderes, la Asamblea y el Ejecutivo (facultad ésta propia de la *muerte cruzada*, y que es paralela a la que tiene el Ejecutivo, para hacer lo propio, con la misma consecuencia, artículos 130 y 148). Por otro lado, vemos una cantidad de mecanismos participativos. De modo también notable, la Constitución ecuatoriana pretende desafiar la tradicional organización

¹² Oyarte Martínez, R., “Relaciones Ejecutivo-Legislativo”, en Andrade, S. *et al.* (eds.), *La nueva Constitución del Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009, p. 45.

¹³ Echeverría, J., “El Estado en la Nueva Constitución”, en Andrade, S. *et al.* (eds.), *La nueva Constitución del Ecuador*, cit.; Ávila Santamaría, *El neoconstitucionalismo transformador. El estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011; Gargarella, R., “Cambiar la letra, cambiar el mundo”, *Ecuador debate*, Quito, vol. 75, 2008.

“tripartita” de poderes, incluyendo una “cuarta” función del Estado, cual es la de la “Transparencia y Control Social”. A través de esta instancia, se coordina a todos los organismos de control, y se promueven formas diversas de la participación popular (que incluyen la facultad popular de revocar un mandato, o las instrucciones obligatorias, la misma Constitución lo es, y puede revocarse el mandato de quien no cumpla con su voluntad).

Sin embargo, y frente a tales posibilidades, habrá que decir, en primer lugar, que la salida de la *muerte cruzada* puede darse una vez; es en extremo dramática; requiere de un altísimo porcentaje de votos (dos tercios de los asambleístas); e involucra la “muerte” en el cargo de sus propios promotores. De modo más extremo, la “cuarta” función estatal puede ser y ha sido sometida a críticas rotundas, por contener o directamente diluir, antes que asegurar y promover, la participación ciudadana, que queda encorsetada en una serie de burocráticos mecanismos estatales. Se ha dicho al respecto, en tal sentido, que “la pretendida participación, el supuesto poder popular, no están pensados para ser ejercidos desde la sociedad, sino para ser asumidos como una función del Estado; la sociedad no controla la actividad pública, sino que es sustituida por la institucionalidad del Estado”.¹⁴

Mucho más interesante que lo que dice la formalidad legal, y los respectivos artículos constitucionales, es lo que la teoría nos había permitido prever, de antemano, y la práctica constitucional nos ha reafirmado. En efecto, y a partir de lo escrito en las páginas anteriores, en torno a la *influencia cruzada* de las reformas, por ejemplo, era dable prever que, en el contexto de un mantenimiento o reforzamiento de amplios poderes presidenciales, todas las cláusulas participativas que se quisieran agregar a la Constitución iban a entrar en crisis, o verse bajo constante amenaza. Contra la idea sostenida por algunos teóricos, según la cual el reforzamiento presidencialista se veía contrapesado o contrabalanceado por mayores controles e instituciones participativas, aquí mantuvimos, desde un comienzo, que ambos lados de la Constitución (el referido a la organización del poder y el referido a los derechos) no peleaban una batalla entre iguales, sino una en donde el fuerte poder (presidencial) ya establecido, y en ejercicio, corría con extraordinaria ventaja. De allí que no pueda haber ninguna sorpresa con desarrollos posteriores pálidos, por parte de las altisonantes, grandilocuentes instituciones participativas entonces creadas.¹⁵

¹⁴ Aguilar Andrade, J. P., “La cuarta función del Estado. Análisis de una ficción”, en Andrade, S. *et al.* (eds.), *La nueva Constitución del Ecuador*, cit., p. 97.

¹⁵ Una anécdota personal puede servir para respaldar estas intuiciones. En tiempos de los debates constituyentes desarrollados en Montecristi, Ecuador, fui invitado a disertar en

La práctica inmediata que siguió a la aprobación de la Constitución reafirmó cada una de las sospechas señaladas. De manera nada sorprendente, fue el propio presidente de la República quien puso límites a la participación popular, desalentando la organización ciudadana que la Constitución alentaba, o directamente vetando las iniciativas legislativas destinadas a poner en marcha los institutos creados en los debates de Montecristi.¹⁶ El testimonio de figuras claves de la Constituyente, como Alberto Acosta, quien fuera presidente, y principal ideólogo de la nueva Constitución, simplemente reafirman lo conocido: la práctica presidencial que siguió al dictado de la Constitución, no ayudó a fortalecer y poner en práctica sus cláusulas participativas, sino a contenerlas.¹⁷

Un ejemplo importante, al respecto, aparece con la Consulta Popular de 2011, promovida por el presidente Correa. De acuerdo con la Consti-

torno a los derechos de participación ciudadana, a la luz de las múltiples reformas que se estaban proponiendo desde la Convención. Examinando el marco de las reformas que se proponían, sostuve que la valiosa preocupación por expandir los derechos políticos y participativos de la ciudadanía debía llevar a los Convencionales a actuar de un modo en que no lo estaban haciendo, es decir, reformando en primera instancia la sección orgánica, en la que se establecían las bases del poder, y que parecía reafirmar el tradicional carácter hiperpresidencialista del sistema político ecuatoriano. Los convencionales con quienes hablé, sin embargo, parecían dividirse entre dos respuestas: ya sea que esas reformas no eran posibles, ya sea que no eran necesarias para concretar el tipo de iniciativas que estaban impulsando. Lamentablemente, y según entiendo, el tiempo no les dio la razón.

¹⁶ Ver, por ejemplo, y de modo especial, el veto presidencial sobre la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, disponible en: <http://www.asambleanacional.gov.ec/201003252802/noticias/boletines/pleno-se-allano-al-veto-presidencial-a-seis-articulos-y-la-disposicion-transitoria-de-la-ley-de-participacion-ciudadana.html>.

¹⁷ Para Acosta, el conflicto más preocupante de la etapa post-constitucional lo representa, justamente, el que se advierte entre “lo que se escribió en la nueva Constitución de Montecristi, con una altísima participación popular, y lo que está haciendo el gobierno de Correa, que también apoyó la Constitución”. En tal sentido, ningún hecho le parece más grave que el que no se hayan creado “las condiciones para una amplia y activa participación de los movimientos sociales” (disponible en: <http://crucesinbarreras.blogspot.com/2011/01/entrevista-ecuadoriano-alberto-acosta.html>; o también <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=91644>). Acosta se refiere, en particular, a algunos de los principales proyectos normativos discutidos desde entonces, con baja participación popular, y que incluyen a “la ley de minería...la ley de soberanía alimentaria”, o “el proyecto de la ley de aguas”, *idem*. En particular, Acosta se muestra sorprendido de que “quienes elaboraron la nueva Constitución no tomen en cuenta lo que se aprobó y más aún del Gobierno”, especialmente en áreas directamente relacionadas con la participación popular (como, por ejemplo, la elección de los miembros de la Comisión de Participación Ciudadana y Control Social, que según Acosta se han manejado de forma irregular). disponible en: [http://www.ciudadaniainformada.com/noticias-politica-ecuador0/noticias-politica-ecuador/browse/66/ir_a/politica/article//alberto-acosta-convoca-a-los-ciudadanos-a-hacer-que-se-respete-la-constitucion.html?tx_ttnews\[calendarYear\]=2008&tx_ttnews\[Hash\]=644813ba86](http://www.ciudadaniainformada.com/noticias-politica-ecuador0/noticias-politica-ecuador/browse/66/ir_a/politica/article//alberto-acosta-convoca-a-los-ciudadanos-a-hacer-que-se-respete-la-constitucion.html?tx_ttnews[calendarYear]=2008&tx_ttnews[Hash]=644813ba86).

tución, las consultas pueden tratar cuestiones constitucionales, siempre que no alteren la estructura fundamental del Estado, su carácter y elementos constitutivos, así como también no restrinja derechos y garantías, y no modifique el debido proceso de reforma constitucional (artículo 441). Sin embargo, dicha convocatoria tuvo como uno de sus objetos principales afectar los mecanismos participativos dispuestos por la misma Constitución, y destinados a garantizar la intervención cívica en el nombramiento de nuevos jueces.¹⁸ A partir de una pregunta de complejidad extraordinaria,¹⁹ el Ejecutivo terminó por suprimir dichos complejos mecanismos de participación popular, y así asegurar que la designación de jueces quedara fundamentalmente bajo el control del oficialismo.²⁰

El caso de Venezuela también nos ofrece un ejemplo importante, en el sentido señalado: otra vez, nos encontramos con un texto amplio en términos de participación popular, pero que preserva amplísimos poderes y

¹⁸ El proceso destinado a hacer posible la participación popular es complejo: Se trata de una intervención a la que se llega a partir de las “funciones de transparencia y control social y electoral” organizadas por la nueva Constitución. Dicha “función de transparencia y control” designa mediante veedurías a los miembros de los organismos de control y de la función judicial; que a su vez organizan la designación de jueces.

¹⁹ Pregunta 4: ¿Está usted de acuerdo en sustituir el actual Pleno del Consejo de la Judicatura por un Consejo de la Judicatura de Transición conformado por tres miembros designados, uno por la Función Ejecutiva, uno por la Función Legislativa y uno por la Función de Transparencia y Control Social, para que en el plazo improrrogable de 18 meses, ejerza las competencias del Consejo de la Judicatura y reestructure la Función Judicial, enmendando la Constitución como lo establece el anexo 4? El Anexo 4 propuesto por el Ejecutivo plantea el texto con el que se cambiará el artículo 20 del Régimen de Transición, que se establece en la Constitución, que es el siguiente: “Art. 20.- Se disuelve el actual Pleno del Consejo de la Judicatura; en su reemplazo se crea un Consejo de la Judicatura de Transición, conformado por tres delegados designados y sus respectivos: uno por el Presidente de la República, uno por la Asamblea Nacional y uno por la Función de Transparencia y Control Social; Todos los delegados y sus alternos estarán sometidos a juicio político. Este Consejo de la Judicatura transitorio tendrá todas las facultades establecidas en la Constitución, así como las dispuestas en el Código Orgánico de la Función Judicial y ejercerá sus funciones por un periodo improrrogable de 18 meses.

²⁰ Fueron numerosas las oportunidades en las que, desde el gobierno, se bloqueó la implementación de medidas participativas dispuestas en la Constitución (por caso, véase por ejemplo las consultas prelegislativas requeridas para leyes capaces de afectar el uso de los recursos naturales; o en lo atinente a la composición de los miembros del Consejo de la Judicatura; o en el régimen de transición de la Constitución, y también, luego, en la misma práctica). Asimismo, no fueron menos las veces en que se demoraron las mismas, de forma tal que deja inexploradas áreas relevantes de la Constitución, destinadas a facilitar la participación popular (por caso, véase el ejemplo de la no implementación, a nivel local, de los mecanismos de “silla vacía”).

márgenes de acción en el órgano ejecutivo. Por caso, el artículo 72 de la Constitución dispone que:

Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables. Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

La práctica desarrollada al respecto, desde entonces, resultó reveladora de los límites reales que se ofrecían, ante una cláusula en principio tan generosa. Cuando la oposición al presidente en ejercicio pretendió llevar adelante la revocación del mandato del mismo, se encontró con dificultades extraordinarias, que sirvieron para poner en cuestión la oportunidad que la Constitución parecía ofrecerles. Así, en primer lugar, las autoridades electorales y judiciales comenzaron a trabar las posibilidades de llevar a cabo la convocatoria realizada. Ante un primer intento al respecto, el Tribunal Supremo de Justicia decidió denegarle su autorización, argumentando que, antes de comenzar la misma, debía renovarse la dirección de la Comisión Nacional Electoral (CNE), cuyos miembros ocupaban tales cargos de manera provisional. Luego, y con la CNE ya instalada, se invalidó una segunda campaña de recolección de firmas, alegando que la misma se había llevado a cabo antes de que el presidente completara la mitad de su mandato. Una tercera campaña, convocada en 2004, no fue aprobada inmediatamente, porque las autoridades electorales sostuvieron que parte de las firmas podían estar falsificadas. La acusación fue seguida por la escandalosa publicación de la llamada *Lista Tascón*, por la cual el diputado oficialista Luis Tascón decidió hacer pública, desde Internet, la nómina con todos los que habían firmado desde la primera campaña. El hecho, que pretendió ser un modo de transparentar el proceso de convocatoria, se convirtió en los hechos en una amenaza real para aquellos que habían decidido aceptar la invitación a participar políticamente.²¹ En todo caso, la historia anterior ilustra las dificultades reales que pueden encerrar las cláusulas participativas, en el contexto de un reforzado hiperpresidencialismo.²²

²¹ Pérez Flores, F. *et al.*, “Participación ampliada y reforma del Estado. Mecanismos constitucionales de democracia participativa en Bolivia, Ecuador y Venezuela”, 2010, disponible en: bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal27/09Perez.pdf; Miguel, E. *et al.*, “The Price of Political Opposition: Evidence from Venezuela’s Mainsanta”, Nber Working Paper, 2009, disponible en: <http://www.nber.org/papers/w14923>.

²² En Pérez Flores, F. *et al.*, “Participación ampliada y reforma del Estado...”, *cit.*, pp. 89 y ss., se da cuenta de otro buen ejemplo, que ilustra la reproducción del mismo fenómeno

VI. POLÍTICA VERTICAL Y DERECHOS HORIZONTALES. EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES VS. DERECHOS INDÍGENAS

La tensión que ilustramos en la sección anterior a través de algunos pocos ejemplos localizados en Ecuador y Venezuela —organización política concentrada vs. derechos de participación ampliados— se repite en toda América Latina. Muy en particular, dicho proceso puede verse reproducido en un área particularmente sensible para la época: la de los derechos indígenas.

En dicha materia, las reformas constitucionales recientes resultaron especialmente activas. Todas las nuevas Constituciones se mostraron sensibles a una cuestión que habían dejado de lado durante décadas, para pasar a hacer mención, en los nuevos ordenamientos, de derechos multiculturales. Como en el notable caso de Bolivia de 2008, arriba referido, estas conquistas constitucionales pusieron el acento en la protección y respeto de la lengua propia de los pueblos originarios; cuidaron de hacer lugar a sus prácticas religiosas alternativas; tomaron nota de sus propias formas de resolución de conflictos, y pretendieron reconocer sus derechos ancestrales al territorio que ocupaban.

La constitucionalización de derechos indígenas de algún tipo encontró su momento decisivo en Nicaragua, luego de un conflicto que enfrentara al gobierno sandinista con el grupo indígena de los Miskitos, en 1987, y desde

descrito, pero al nivel municipal. El caso en cuestión se relaciona, en este caso, con el artículo 70 de la Constitución, que incluye, entre los medios de “participación y protagonismo del pueblo”, a todos los imaginables. Dice el artículo en cuestión: “*Artículo 70.* Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad”. En junio de 2009, y siguiendo al artículo 70, que da carácter vinculante a las asambleas locales, se llevó a cabo una votación, en el municipio caraqueño del Chacao. Allí, 29 asambleas de vecinos se manifestaron a través del sufragio —con un 99% a favor— a favor de un proyecto destinado a construir un centro cívico, y a revitalizar el lugar en el que se encontraba el mercado municipal. Sin embargo, se trataba de un municipio controlado por la oposición, y la decisión del caso era contraria a las pretensiones del gobierno. El resultado fue la movilización de la Guardia Nacional, dependiente del Ejecutivo Nacional, que pasó a ocupar el terreno en donde querían llevarse a cabo las obras. Otra vez, las iniciativas participativas, respaldadas en la Constitución, encontraban limitaciones decisivas en la organización política nacional, fuertemente verticalizada.

allí se extendió prontamente a una diversidad de países: Brasil (1988), Colombia (1991), México (1992), Paraguay (1992) y Bolivia (1994).

Entre tantas novedades constitucionales, hubo algunas que prometían, desde un comienzo, un devenir conflictivo. Se trata de los derechos indígenas que se reconocieron, en relación con la propiedad y explotación de los recursos naturales que existieran en el territorio donde estuvieran asentados, y/o las garantías que se les ofreciera para participar en las decisiones que se tomaran sobre la utilización de tales recursos.

Entre otras disposiciones constitucionales relevantes —disposiciones que encuentran un antecedente fundamental en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989— pueden citarse algunas de las siguientes:

- i) Las Constituciones de Argentina (artículo 75.17), Bolivia (artículos 30-6 y 394 III); Ecuador (artículo 57.4), Nicaragua (artículo 5o.), Panamá (artículo 123), Paraguay (artículo 64), Perú (artículos 88 y 89) y Venezuela (artículo 119), así como la Constitución de Bolivia (artículos 30.6 y 394.III), reconocieron el derecho de los indígenas a la propiedad de la tierra en la que han habitado tradicionalmente. Las de Bolivia (artículos 30.17 y 171.1), Brasil (artículo 231.2), México (artículo 2. A. VI), y Nicaragua (artículos 89 y 180), consagran el derecho de uso y disfrute de los recursos naturales, por parte de los indígenas.
- ii) Las de Argentina (artículo 75.17), Bolivia (artículos 30.16 y 402), Colombia (artículo 330), y Ecuador (artículo 57.6), afirmaron el derecho de estos a participar en la explotación de determinados recursos naturales.
- iii) Finalmente, y, lo que es más interesante para lo que aquí nos interesa, varias Constituciones establecieron el derecho de consulta a los indígenas, en relación con la explotación de recursos naturales. En el caso de Bolivia, para los recursos naturales no renovables (artículo 30.15); en Brasil, para los recursos hidráulicos o minerales (artículo 231.3); en Ecuador, en relación con los recursos naturales no renovables (artículo 57.7), y en Venezuela, para todos los recursos naturales existentes en los hábitats indígenas (artículo 120) (Aguilar *et al.*, 2010).

Por lo demás, las Constituciones de Bolivia y el Ecuador destacan por la adopción que han hecho del concepto de “buen vivir,” proveniente de la cosmovisión indígena. Se trata de recuperar el concepto quechua de *Sumak Kawsay*, o el aymara de *Suma Qamaña*. La idea quechua hace referencia al valor de vivir sin la ansiedad de tener más que quienes nos rodean, ni mejor

ni peor que los demás. La idea aymara se encuentra más vinculada con la idea de vida en comunidad, en armonía con los demás, y de un modo solidario. El constituyente ecuatoriano Alberto Acosta, uno de los responsables de esta novedad jurídica —que en el caso de la Constitución de Ecuador implicó hablar, algo enigmáticamente, de la naturaleza como “sujeto de derechos”— contrasta la cosmovisión propia del “buen vivir” con el paradigma “extractivista” y “neo-desarrollista”, todavía dominante en países como el Ecuador, rico en materias primas.²³

Reconocimientos normativos como los señalados en los párrafos anteriores fueron, en ocasiones, resultado de la presión y movilización de los pueblos indígenas. En muchos otros casos, sin embargo, fue este mismo amparo normativo el que se constituyó como antecedente crucial, para la aparición de prontas demandas indígenas, muy especialmente en relación con el uso de la tierra y la explotación de los recursos naturales.²⁴ Tales demandas estallaron en conflictos que involucraron a las comunidades indígenas con los Estados en cuestión, y aún empresas nacionales y transnacionales. Así, por caso, en la confrontación que se dio en Nicaragua, entre los mayagunas y empresas coreanas, orientadas a la explotación maderera; los conflictos que surgieron entre los Huaorani, Secoya y Cofán, en Ecuador, contra empresas petroleras norteamericanas; las disputas que involucraron al pueblo Mapuche, en la Argentina y Chile, y empresas dedicadas a la explotación minera a cielo abierto; los enfrentamientos que provocaron diversas comunidades indígenas, en Perú, en áreas relacionadas con la explotación petrolífera, hídrica o gasífera, o los encendidos reclamos territoriales de la comunidad U’wa, en Colombia, contra empresas petrolíferas.²⁵

En dicho contexto, fue habitual que se generaran tensiones entre la generosidad de unas cláusulas constitucionales que invitaban a la participación, consulta y decisión de los grupos indígenas, y los concentrados mecanismos de decisión política existentes. De modo habitual, y como sabemos,

²³ Acosta, A., “El buen vivir: una oportunidad para construir”, *Ecuador debate*, Quito, vol. 75, 2008. Véase, también, las reflexiones del intelectual Aymara David Choquehuanca en Svampa, M. et al., *Debatir Bolivia. Perspectivas de un proyecto de descolonización*, Montevideo, Taurus, 2010.

²⁴ Giraudo, L. (ed.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008; Lillo, R., *Resolución de conflictos en el derecho mapuche*, Temuco, Universidad Católica de Temuco, 2003.

²⁵ Ariza, L., *Derecho, saber e identidad indígena*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009; Rodríguez Garavito, C. et al., *Law and Globalization from Below*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; Ramírez, S., *La guerra silenciosa. Despojo y resistencia de los pueblos indígenas*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2006; Svampa, M. y Antonelli, M., *Minería transnacional, narrativas del desarrollo y resistencias sociales*, Buenos Aires, Biblos, 2009.

tales mecanismos diferían la autoridad a un Ejecutivo que podía estar interesado —como pudo ser el caso, habitualmente— en una explotación más agresiva e inconsulta de los recursos naturales. Ello, en particular, dado el extraordinario nivel de prontas ganancias prometido por esa explotación más o menos indiscriminada.

Los grupos indígenas pidieron que se tomaran en serio las cláusulas constitucionales respectivas, que los gobiernos de turno trivializaban (asumiendo, por caso, que la “consulta” quedaba satisfecha con una mera comunicación a las poblaciones involucradas) o directamente desconocían (cabe recordar que, en el caso del Ecuador, se va a producir una ruptura de la alianza entre grupos indigenistas-ecologistas, y el gobierno, luego de que, dentro de la Convención Constituyente de Montecristi, ambas posturas quedaran enfrentadas en torno al tema: para los primeros, debía incorporarse en la Constitución una cláusula explícita, condicionando la explotación de recursos básicos, como la minería o el agua, al consentimiento de las comunidades indígenas; mientras que para el gobierno debía bastar con la consulta a tales grupos).²⁶ En algunos casos más extremos, como el de la comunidad U’wa, las tensiones llegaron a la judicialización del conflicto, involucrando a las más altas instancias políticas y judiciales del país, incluyendo la Corte Constitucional. Cuando se les examina, los resultados de dicho proceso político-judicial resultan ambiguos, ya que ellos incluyeron decisiones judiciales dilatadas, en ocasiones favorables, en ocasiones no, a las demandas indígenas; junto con oleadas de movilización y desmovilización por parte de los U’wa, luego de la intervención judicial.²⁷ Sin embargo, la enseñanza que dejan estos procesos, a nivel más general, parecen más claras.

En definitiva, y más allá del difícil análisis y evaluación concreta de gobiernos que nos son contemporáneos, lo que se intenta decir aquí es otra cosa. Lo que nos interesa es reafirmar la intuición, desarrollada más arriba, según la cual el compromiso con la participación popular requiere de una directa y especial atención a la distribución de poderes vigente, consagrada en la parte orgánica de la Constitución. Resulta imprescindible entonces, por parte de quienes se encuentran genuinamente comprometidos con la promoción de cambios favorables a la participación popular, prestar espe-

²⁶ Ramírez Gallegos, F., “Desencuentros, convergencias, polarización (y viceversa). El gobierno ecuatoriano y los movimientos sociales”, *Nueva Sociedad*, núm. 227, mayo-junio de 2010, p. 95.

²⁷ Rodríguez Garavito, C. *et al.*, “The Struggle of the U’wa People in Colombia”, en Rodríguez Garavito, C. *et al.*, *Law and Globalization from Below*, *cit.*

cial y privilegiada atención a lo que se hace y deja de hacer la “sala de máquinas” de la Constitución.

VII. LA “SALA DE MÁQUINAS” DE LA CONSTITUCIÓN

La difícil y obstaculizada trayectoria de los derechos políticos extendidos en el constitucionalismo americano ilustra bien un problema general. El problema afecta también a otros derechos nuevos, ingresados en las últimas oleadas reformistas que se dieron en América Latina —sobre todo, aquellas capaces de poner en riesgo la organización del poder político o económico vigentes—. Pensemos, por caso, en las reformas orientadas a abrir mayores espacios y oportunidades para la participación popular; reformas en favor del multiculturalismo; reformas destinadas, en definitiva, a consagrar nuevos derechos sociales, políticos, económicos y culturales.

Tales reformas han sido el objeto principal de la atención de los grupos más de avanzada en el constitucionalismo, el centro de su trabajo en las recientes convenciones constituyentes. Ellas nos hablan de lo importante y de lo limitada que ha sido la tarea de tales grupos. Resulta, por un lado, crucial el haber tomado la responsabilidad de atender de modo prioritario las necesidades de los grupos más vulnerables de la sociedad. Es meritorio haber puesto la mirada, muy especialmente, en el área de la Constitución que habla más directamente de los intereses fundamentales y las necesidades de grupos mayoritarios o minoritarios enfrentados a situaciones difíciles.

Sin embargo, al mismo tiempo, reformas como las citadas nos hablan de las restricciones propias de los proyectos emprendidos. Uno de los límites más significativos es, justamente, el de haber concentrado las energías del cambio en la sección de los derechos, sin reconocer la influencia que (tal como examináramos más arriba) se ejerce sobre ellos desde la sección constitucional dedicada a la organización del poder.

Al actuar de este modo, los líderes del reformismo social parecen asumir que la potencia transformativa del derecho es tal, que la mera inclusión de ciertas cláusulas constitucionales resulta *autooperativa*: basta con incorporar ciertos cambios en la Constitución, para que ellos cobren vida, se autoejecuten. Una presunción semejante es contradicha por cantidad de factores, revisados en las páginas anteriores, que nos dicen lo contrario, es decir, que la recepción de ciertas cláusulas nuevas, por parte del derecho viejo, es y suele ser dificultosa, conflictiva. El viejo derecho, según dijéramos —y en particular, la estructura del poder existente— tiende a resistir, más que a habilitar, la presencia de nuevas cláusulas con las que guarde una relación

de tensión. No puede asumirse, entonces, que para tornar exitoso un injerto determinado (*i.e.* uno de contenido “social,” en un ordenamiento liberal-conservador) basta, simplemente, con el añadido de algunos artículos específicos (*i.e.* artículos de contenido social).

En el mismo sentido, corresponde decir que, al actuar de tal modo, los líderes del reformismo social parecen asumir la *autonomía propia de cada una de las secciones de la Constitución*. Esto es, ellos aparecen actuando como si pudiera operarse sobre el territorio propio de cada una de las secciones de la Constitución, ignorando qué es lo que ocurre con, o cuál es estatus de, la sección restante —cómo es que ella está organizada; qué cambios se están imponiendo, o no, sobre la misma—. Sin embargo, el derecho (contra lo que parece asumir o proponer parte de la doctrina liberal —el liberalismo como “el arte de la separación”— no se compone de esferas autónomas, del mismo modo en que el derecho no guarda autonomía en relación con las esferas social o económica de la vida pública.²⁸ Como dijera, en 1892, el notable radical peruano González Prada, en su crítica al liberalismo:

Infunden muy triste idea de su liberalismo los que segregan las cuestiones sociales o las religiosas y se consagran exclusivamente a los negocios políticos... no cabe separar lo social de lo religioso ni lo político de lo moral. Como se ha dicho muy bien... “toda cuestión política se resuelve en una cuestión moral, y toda cuestión moral entraña una cuestión religiosa”. El individuo se emancipa a medias, cuando se liberta del pretoriano para someterse al cura, o sale de la sacristía para encerrarse en el cuartel.²⁹

El “error” cometido por quienes quisieron impulsar la reforma social, con la ayuda de la Constitución, pero sin ingresar efectivamente en la “sala de máquinas” de la misma, se advierte de un modo extraordinario en una cita de Arturo Sampay, que enseguida agregamos. Sampay, conviene recordarlo, fue el gran jurista (peronista) detrás de la Constitución argentina de 1949 (un documento constitucional que fue el primero, en la Argentina, en hacer explícito un fuerte compromiso social). En un escrito de Sampay, muy posterior a aquella colaboración constitucional —hablamos de su li-

²⁸ Walzer, M., “Liberalism and the Art of Separation”, *Political Theory*, vol. 12(3), 1984.

²⁹ Sobrevilla, D., “Introducción”, en Sobrevilla, D. (ed.), *Manuel González Prada. Textos Esenciales*, Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2009, pp. 161 y 162. Fueron pocos los que reconocieron, como Murillo Toro (conforme a la descripción de Gerardo Molina) que “las reformas políticas no son suficientes, por lo cual hay que ir a las de carácter económico y social” (Molina, G., *Las ideas socialistas en Colombia*, Bogotá, Ediciones Tercer Mundo, 1987, p. 124).

bro *Constitución y pueblo*, publicado en 1973, y perteneciente a su etapa más radicalizada— el jurista presenta una honesta autocrítica. En ella, Sampay reconoce que la Constitución de 1949 había estado marcada por una omisión fundamental, que terminaría por herirla de muerte. Esta falta consistía, justamente, en no haber querido abrir la puerta de la “sala de máquinas” de la Constitución, para adecuar la organización del poder al nuevo carácter social que se le quería imprimir al texto. En palabras de Sampay:

La reforma constitucional de 1949 no organizó adecuadamente el predominio y el ejercicio del poder político por los sectores populares, debido, primero, a la confianza que los sectores populares triunfantes tenían en la conducción carismática de Perón, y segundo, al celoso cuidado que el propio Perón ponía para que no se formara paralelamente al gobierno legal un coadyuvante poder real de esos sectores populares, por lo que el nuevo régimen iba a mantenerse hasta que la oligarquía cautivara a los oficiales de las fuerzas armadas. Tal era, entonces, el talón de Aquiles de la mentada reforma y la cual, precisamente como Aquiles, fue muerta por el enemigo en la flor de la juventud a causa de tener vulnerable nada menos que su soporte.³⁰

En otras palabras, con inusual virtud de espíritu, Sampay reconocía el error fatal en el que habían incurrido, al descuidar lo que sin dudas era el talón de Aquiles de la reforma constitucional que impulsaban, inspirados por una vocación de cambio social.

La conclusión que se sigue de lo dicho es importante. Notablemente, al concentrar su esfuerzo en el área de los derechos, los reformistas sociales parecen descuidar o dejar de lado un necesario trabajo sobre el área de la organización del poder. De este modo, ellos dejan intocada la “sala de máquinas” de la Constitución, esto es, el área de la Constitución en la que se define cómo va a ser el proceso de toma de decisiones democrático. Las puertas de la “sala de máquinas” quedan cerradas bajo candado, fuera de su alcance —un hecho que amenaza con poner en cuestión la sustancia del trabajo que ellos llevan adelante—. De esta forma, finalmente, las importantes reformas llevadas adelante en la región, desde finales del siglo XX, quedan amenazadas por ellas mismas: la expansión de la ciudadanía buscada resulta puesta en crisis por la preservación de una organización del poder todavía marcada por rasgos elitistas y conservadores.

Conviene contrastar este notable “olvido” del progresismo constitucional, con la aguda clarividencia de los viejos intelectuales del liberalismo conservador. Recordemos, otra vez, a la generación del 37 argentina, o a los

³⁰ Sampay, A., *Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Cuenca Ediciones, 1973, p. 122.

intelectuales del Porfiriato, en México: *los viejos liberales-conservadores reconocieron sin ninguna duda que, para dar seguridad a los derechos que les interesaban (el derecho de propiedad en particular, las libertades económicas en general), era indispensable operar, ante todo, sobre la “sala de máquinas” de la Constitución (en su caso, a través de la restricción de las libertades políticas):* garantizar los derechos de propiedad requería limitar las capacidades de las mayorías para actuar en política.

La sugerencia que se infiere del análisis realizado en las páginas anteriores es que los reformistas sociales debieran tomar como prioritario el trabajo sobre el área que hoy justamente descuidan. La preocupación especial por los aspectos más sociales de la vida constitucional debiera llevarlos a examinar, ante todo, los modos en que se organiza el poder, en lugar de dejarlos detenidos en la ingeniería de los derechos. La reforma social debiera ser, de forma prioritaria, la reforma de los mecanismos del poder, ya que, sin una vasta apoyatura política, capaz de incluir una amplia movilización social, la vida de los derechos queda bajo una directa amenaza, y la ampliación de la ciudadanía social resulta puesta en crisis por la propia estructura constitucional.³¹

³¹ Ello no quita que, al mismo tiempo, deba bregarse por otra manera de interpretar la Constitución, que reconozca la mutua dependencia entre estas distintas esferas del texto constitucional. Así se pensó la cuestión, por caso, en la decisión T-406, de 1992, que tuvo como ponente al magistrado Ciro Angarita, la Corte Constitucional Colombiana sostuvo que: “La Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma sólo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos... la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales”. Conviene volver a insistir, de todos modos, que este valioso reconocimiento no sirve de mucho sin una práctica de movilización y activismo políticos que aseguren la restricción de los poderes constitucionalmente delegados.

MECANISMOS CONSTITUCIONALES EN LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA: UNA CONJETURA COLECTIVA

Ricardo CHUECA*

SUMARIO: I. *Representar*. II. *Representar políticamente*. III. *La construcción nacional de la representación política*. IV. *La quiebra de la representación política*. V. *Reorganización del proceso representativo*. VI. *Representación política y principio democrático*.

Todo orden constitucional resulta de un compromiso con su tiempo, su sociedad y un conjunto de factores y circunstancias. Hay, por tanto, siempre, un componente colectivo compuesto por ingredientes valorativos y epistemológicos.

En Hobbes, por ejemplo, está la aceptación de la dominación como componente de la convivencia humana y la importancia de los símbolos como instrumentos de aquélla. Y la función del lenguaje en la comunicación humana, así como la existencia de varios lenguajes, es decir, de varios códigos de comunicación entre los humanos. Y así siempre.

La importancia de esto es mayor si cabe cuando hablamos de las características de la construcción del Estado, un modo de ordenación política devenido universal.

Pero el Estado no existe, quiero decir que no existe físicamente, como fenómeno de la naturaleza. No nos es dado percibirlo así. Nos aproximamos a él mediante símbolos y representaciones, porque se trata de una singular construcción colectiva que sólo permite su representación. El Estado es, por tanto, una *forma política*, un modo de configurar el poder político.

Vista así, la historia del Estado es la historia de la representación estatal. La del modo en como ha ido soportando esta singular inconsistencia originaria. Se propone pues ver la secuencia histórica de la forma política estatal como la de la permanente peripecia de la *posibilidad de representar*.

* Universidad de La Rioja, España. E-mail: ricardo.chueca@unirioja.es.

Revisaremos los elementos *permanentes* de la representación que han sobrevivido a sus sucesivas crisis e intentaremos, dada su probada capacidad de resistencia, incluirlos en una eventual *esencia de la representación*. Lo que en ningún caso implica anticipar el futuro, sino sólo identificar los elementos que en todo caso no dejarán de entrar en riesgo con ocasión de las futuras crisis que la representación política, como nodo central de las democracias representativas, deberá seguir afrontando...

I. REPRESENTAR

Representar es un modo de conocer y, por tanto, de transmitir conocimiento. La acción de representar es, por tanto, un *universal* de la especie humana. Los seres humanos nos comunicamos a través de percepciones o de representaciones.

La percepción es necesariamente una acción individual, pero si se desea compartir un conocimiento es preciso recurrir a representaciones cuya eficacia es función o variable dependiente de acierto en el manejo del *código* utilizado (si lo hacemos a través del lenguaje vocal estaremos utilizando un conjunto de códigos fonéticos, si con un dibujo, un conjunto de técnicas pictóricas, etcétera).

Claro que la posibilidad de comunicar conocimientos a través de representaciones requiere que emisor y receptor compartan el código simbólico.

Ahora bien, percepción y representación no son dos opciones cognoscitivas abiertas a la elección del sujeto; la decisión por una u otra viene impuesta por las condiciones de la comunicación.

En concreto, la representación como acción es un *universal cognoscitivo* indispensable cuando pretendemos *hacer presente lo que ni está, ni estará*.¹

II. REPRESENTAR POLÍTICAMENTE

La acción de representar políticamente se construye —según ha quedado acreditado— con base en una lógica compleja y exigente. La *técnica representativa* requiere de unas reglas que *se imponen* al proceso, y cuya eventual transgresión debilita o diluye la *posibilidad de representar*. Y todo ser humano dispone de esa capacidad erigiéndose como *juez de la acción representativa* y de

¹ Chueca, R., “La quiebra de la representación política”, *Fundamentos*, vol. 3, 2004, pp. 204-245.

su eficacia respecto de sí mismo y de terceros: se activa así un juicio colectivo permanente.

Este último dato es capital. Al advertirnos que la representación política no designa por tanto una *subespecie* de la acción genérica de representar, al modo por ejemplo de la representación pictórica, dramática o jurídica.

Representar es una acción dirigida a neutralizar un dato fáctico: a la postre, invocar la acción representativa consiste en *declarar la ausencia de algo que sin embargo se afirma existente* y cuya *presencia* no es posible sino *por representación*. Algo que existe, cognoscible, pero no perceptible. Una especie de comunicación de *lo inefable*.²

Es la identificación del obstáculo que impide su percepción la que *orienta* la textura del proceso representativo. Un icono religioso, una imagen pictórica, un diálogo entre actores en un escenario componen respuestas distintas a *idéntica tesis* o dilema: la *necesidad de comunicar lo inefable*.

Esta circunstancia tan singular fue genialmente advertida por Hobbes, que urdió la primera construcción *creíble* del Estado como forma política de dominación a partir de las prestaciones, limitaciones y exigencias de la técnica representativa.

Representar políticamente será pues poner de manifiesto el Estado, es decir, una forma institucionalizada de poder político.

Una multitud de hombres se hace una persona cuando son representados... pues *es la unidad del mandatario, no la unidad de los representados, lo que hace de la persona una, y es el mandatario el portador de la persona, y de una sola persona. La unidad en multitud no puede entenderse de otra forma*.³

Las tesis de Hobbes podríamos descomponerlas de este modo: el acto representativo acredita la existencia real de un sujeto unificado. Luego el sujeto colectivo sólo existe mediante representación. La persona que representa es capaz de hacer presente el representado. En fin, el representante se identifica —necesariamente— con el sujeto colectivo.

El rey absoluto *crea* el sujeto representado al declarar que su voluntad *es* la del Estado. Y el sujeto colectivo sólo existe en la medida en que es capaz de expresar su voluntad, acto exclusivo y privativo del monarca que *representa*.

² Galli, Carlo, “Imagine e rappresentanza politica”, *Filosofia Política*, vol. I (1), 1997 pp. 9 y ss.; Schmitt, Carl, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols* (edición italiana); Galli, Carlo, *Scritti su Thomas Hobbes*, Milán, 1986.

³ Hobbes, Thomas, *Leviathan*, cap. XVI (énfasis añadido).

Hobbes —absolutista— identifica la voluntad subjetiva de la persona del monarca con la voluntad estatal: *deben serlo* para una concepción absolutista del poder político estatal.

Se trata —como siempre también después— de disipar la molesta alteridad que amenaza siempre el trance representativo. Nuestro teórico inglés del Estado opta por la *respuesta compatible con la concepción de estado y sociedad, de individual y colectivo, de estado y libertad* propia de su tiempo: nos escamotea la escisión de subjetividad palmaria entre persona estatal y persona física del monarca, pues voluntad de la persona física del monarca y voluntad del estado son *distintas, diferentes*. Cuando el monarca francés afirma “L’État c’est moi” está *identificando una alteridad irreductible*. Cuando los códigos compartidos no soporten más esta neutralización de la alteridad, el Estado absoluto y su modo de construirse mediante representación devendrá una reliquia histórica. Pero sólo los códigos entrarán en quiebra. El Estado como forma política sobrevivirá mediante la inserción de otros códigos capaces de *reconducir la alteridad*, una alteridad necesariamente más compleja. Por tanto, unos códigos también más complejos. Al cabo, “la estructura de lo representado condiciona la representación”.⁴

Para que los códigos proporcionen su prestación legitimadora y la dominación sea posible es preciso que sean compartidos, pues los *arquetipos políticos* que componen son colectivamente creados. Los dominados reconocen al Estado al *reconocerse en ellos*.⁵

III. LA CONSTRUCCIÓN NACIONAL DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

Las bases del modelo de representación nacional son un nuevo método científico y la propuesta de individualismo metodológico. Los ciudadanos componen un *cuerpo social*, la Nación. Y acuerdan *escindir* un espacio de decisión, sujeto a la voluntad nacional, que exige construir un *órgano* que tiene como misión *expresar* la voluntad común representativa.

La representación se hace así *nacional, colectiva*. Ello implica que (1) la soberanía *reside* en la Nación y que ésta es capaz de expresar una única voluntad. (2) La voluntad es *nacional*, unitaria, y se expresa al formularla.

⁴ La frase, aquí con otra finalidad, aunque próxima, la tomo de Manuel García Pelayo, *El Estado de Partidos*, Madrid, Alianza, 1986. Su origen, como criterio sociológico general, en Max Weber.

⁵ Será de ayuda al lector, en este punto, asistirse de las páginas de Gadamer, Hans Georg, *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme, 1983, vol. I, pp. 110 y ss.

(3) El momento colectivo se acredita mediante una decisión *orgánica colegiada* de carácter holístico.

La dualidad se inserta así en el mismo órgano. De un lado, *expresa* la voluntad estatal soberana, es decir, *una voluntad para cada decisión*. De otro, *expresa* la voluntad común representativa. Una condición ya presente en el nacimiento de la representación política que permanecía escamoteada bajo la unión/escisión persona física-persona del soberano.

Esta tensión es esencial a la representación política. El órgano *representativo* asume así dos funciones tan contradictorias como inseparables. Los miembros del órgano permanecen sustraídos a cualquier vínculo pues *formulan* la voluntad soberana. Pero de otro lado, deben expresar la *voluntad común representativa* de los ciudadanos.

La representación, ya *formalmente colectiva*, asume con carácter irreversible la tensión *representación-representatividad*.

Y de aquí nacen las *exigencias técnicas* del ejercicio de la representación política por los miembros del órgano representativo. (En especial, irrevocabilidad de *status* del representante e igualdad jurídica de los integrantes del órgano). Ello determinará unos requisitos funcionales progresivamente exigentes:

- 1) La voluntad estatal formalizada es la que la nación adoptaría si tuviera capacidad de expresarla y formularla.
- 2) El órgano representativo se concibe como sistema de reducción de complejidad social a términos políticamente procesables.
- 3) El *método de selección* de sus miembros se asocia al nivel de *congruencia de códigos* entre nación y representantes, como clave de legitimidad del sistema político.
- 4) *Precomprensión* de la voluntad común representativa *adecuada*, que compromete la legitimidad política del sistema, *decisión a decisión*.

La representación política incorpora así una nueva tensión estructural al integrar en un mismo órgano dos funciones contradictorias: tomar una decisión que incluya al todo, debiendo —para poder hacerlo— excluir a una parte.⁶

⁶ D' Arcy, François (ed.), *La représentation*, París, Económica, 1985.

IV. LA QUIEBRA DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

La representación política tal y como hoy la conocemos es, desde un punto de vista técnico, resultado de la ruina del modelo colectivo de representación descrito.

El sistema liberal clásico de representación partía de dos premisas técnicas. Por un lado, el diseño de un órgano colegiado reductor de complejidad social. Por otro, selección de los miembros del órgano mediante una técnica de exclusión. Todo órgano representativo incorpora ciertamente una técnica de esta naturaleza, pues sólo una *razonable complejidad* propicia la toma de decisiones.

De modo que, inexorablemente, el sistema tenía un plazo de duración fijado: el momento en que se produjera un déficit insoportable entre las decisiones del órgano estatal y la *creencia* de los dominados en la *congruencia* de la decisión. Es decir, desde el momento en que la *alteridad dominante-dominado* no fuera eficazmente diluida por los códigos y valores precisos compartidos para el desenvolvimiento de la función representativa. En definitiva, cuando los excluidos *se sintieran* excluidos.

V. REORGANIZACIÓN DEL PROCESO REPRESENTATIVO

La articulación de la representación del sistema político liberal se fundaba en un sistema de cooptación-elección de la cámara representativa fuertemente excluyente, adaptado a su vez a un *Estado mínimo* regulado según la idea liberal burguesa de Estado. Y en clave de réplica política e institucional a un conjunto social esencialmente homogéneo, obtenido mediante la exclusión política de una parte de la población estatal.

La ruptura de estos equilibrios desembocó en dos vías distintas de respuesta a la quiebra del modelo.

De una parte, durante el último cuarto del siglo XIX y primero del XX, mediante una tendencia que concebirá al Parlamento como *órgano del Estado*. La voluntad general resulta de su *formulación* por parte del órgano. La elección de sus miembros no aporta legitimidad política alguna al órgano, más allá de la deducible del cumplimiento de las normas estatales que regulan su selección-elección. De este modo podrá sostenerse que *la elección no transmite poder*. El régimen representativo, recordará Carré de Malberg, *no contiene representación*.⁷ Y, por tanto, el cuerpo representativo *no representa a la*

⁷ Carré de Malberg, R., *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, París, Sirey, 1922, especialmente, caps. I y II, t. II, pp. 232 y ss.

Nación, tan sólo es su órgano. En resumen, un régimen representativo que carece de representación, o, más bien, que *renuncia a la representación política*. Que renuncia al Estado representativo.

Por otra parte, se va a producir el nacimiento de una propuesta alternativa de *organización de la representación*. Este singular proceso resultará de la confluencia parcial de dos vectores que, desde estrategias distintas, pero con un origen teórico y social común en el movimiento obrero, se proponen la toma del Estado.

En ambas estrategias se da un factor común: el nacimiento de una nueva estructura organizativa vertebradora de esta estrategia. En una de las opciones, esta estrategia persigue a través de una organización de facción, es decir, el partido político, utilizar los procedimientos de selección-elección parlamentaria *profundizando en su representatividad*. Y ello a través de la destrucción de los criterios de exclusión y la ampliación progresiva de la participación política, muy especialmente del derecho de sufragio. En la segunda, el partido perseguirá la conquista del Estado para su transformación primero y su desaparición final después. El lector habrá identificado, con la simplificación que estas páginas exigen, las dos grandes corrientes del movimiento obrero: la socialdemócrata y la comunista.

Ambas proponían dos modelos distintos de *organización* política de los grupos sociales políticamente excluidos del sistema representativo para *hacer valer* su concepción alternativa de la sociedad y de la política.

A lo largo de esta lucha política por el Estado la organización en torno a la cual se desarrolla esta estrategia va a desempeñar dos actividades: 1) desempeño de la función de agregación política de grandes masas de población *fuera* del parlamento en torno a un conjunto de mensajes y objetivos contruidos con el fin de lograr aquella agregación; 2) la misma organización *hará presente* estos designios en el seno del órgano parlamentario, de acuerdo con las reglas de debate y toma de acuerdos propia del sistema parlamentario *burgués*.

El resultado del proceso plasmó en la integración del *vector democrático* en los sistemas liberales y parlamentarios a través de la inserción del partido político de masas. Y cristalizó también en la *universalización* del modelo de democracia representativa *con partidos políticos*: los partidos políticos son hoy *condición y consecuencia* del pluralismo político democrático.

De modo que el mantenimiento de la representación política *como posibilidad*, dada su condición crítica según hemos visto, y, por tanto, del Estado como forma política verosímil es, desde el primer tercio del siglo XX, función de un proceso político complejo que incluye estas organizaciones políticas especializadas. Pero no necesariamente de su *colaboración*, pues los

partidos políticos poseen, siguen poseyendo como objetivo, el logro del poder político como consecuencia del respaldo social mayoritario. De modo que su función de *optimización del proceso representativo* es colateral, por más que imprescindible para aquél logro.

Lo que nos sitúa ante una nueva contradicción.

VI. REPRESENTACIÓN POLÍTICA Y *PRINCIPIO* DEMOCRÁTICO

La adopción del principio democrático como criterio de ordenación de la representación política estatal inserta en el núcleo del Estado representativo una tensión, nueva, entre componente representativo y componente plebiscitario.⁸

El nuevo dilema nace de la distinta naturaleza de ambos elementos.

La representación democrática *es* un proceso. Persigue que las decisiones del órgano que realiza la función de expresión de la voluntad soberana (la voluntad del pueblo) sea congruente, comparta los códigos para entendernos, del pueblo que representa. Pero la voluntad que expresa o manifiesta *no es*, ni puede ser, la voluntad de todos (y cada uno) de los ciudadanos. Esto, además de imposible, no es objeto de la representación política.

El *principio* democrático no es, a diferencia de la representación, un proceso institucional de elaboración de una voluntad estatal, sino una *norma de optimización*.

La voluntad popular, en el actual estado democrático, resulta de su formulación a través de los procesos representativos. Dada la naturaleza de la representación política, consistente en *hacer presente* al pueblo como sujeto colectivo, propone siempre un resultado en términos de voluntad popular *hipotética*. O sea, aquélla que expresaría el sujeto soberano, el pueblo, para el caso de poder hacerlo. Pero nadie nos sacará nunca de la duda acerca de si tal voluntad hipotética coincide con la *empírica*. Una duda para cada decisión.

Junto a esta voluntad popular hipotética, el principio democrático siempre puede contraponer la *voluntad empírica*, es decir, la que resulta de la medición —incluso sociométrica— de *lo que realmente piensan los ciudadanos*.

Esta tensión entre representación y participación, entre voluntad general —o común representativa— y voluntad de todos, apela en cada Estado

⁸ Fraenkel, Ernst Fraenkel, *Die repräsentative und die plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat*, Tübingen, JCB Mohr (Paul Siebeck), 1958. Se maneja la versión italiana de Ciaurro, Luigi y Forte, Clemente, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico*, Turín, 1994.

democrático a un compromiso, institucional y político, e inevitable, pues es preciso para impedir la subordinación de uno a otro.

El criterio que propone una relación individuo-Estado según la cual es la voluntad individual de aquél la que confiere o no la legitimidad política al poder político estatal es inadmisibles en el Estado democrático, en la medida en que neutraliza el principio de soberanía popular. La legitimidad en el Estado democrático pasa necesariamente por las condiciones de relación establecidas por el poder constituyente entre sufragio y órgano representativo.

No es posible, por agregación de voluntades individualmente expresadas, construir una voluntad *alternativa* a la expresada por el órgano representativo con pretensiones de legítima. Y no es posible porque se trata de voluntades *de distinta naturaleza*.

La voluntad representativa es, seguirá siendo siempre, *hipotética* en el sentido ya dicho. E incorporará siempre una sospecha de ilegitimidad. Pero nunca será ilegítima porque quepa contraponerle una voluntad *empírica* llamada a suplantarla.⁹

Un equilibrio inestable

La democracia representativa resulta hoy de su convivencia con un proceso representativo dirigido a hacer posible el poder político estatal. Pero este proceso, y la reducción de complejidad social requerida, sólo es posible mediante el papel desarrollado por los partidos políticos. Hoy no hay representación democrática sin partidos.

Pero además este proceso de representación se encuentra permanentemente sometido a la tensión *crítica* del principio democrático, es decir, a la afirmación de que el pueblo es titular, pero también sujeto, de la soberanía.

Esta convivencia, o tensión, resulta finalmente en un equilibrio principal, institucional y funcional. Una descripción, de nuevo sintética, de los componentes que proporcionan una relativa estabilidad del modelo sería quizá la que sigue:

- 1) El representante, como miembro del órgano, es libre en el ejercicio de su función y no representa a nadie, jurídicamente hablando.

⁹ Meaglia, Piero, "Tendenze plebiscitarie nella democrazia rappresentativa", *Teoría Política*, vol. 11(2), 1995. Leibholz, G., *Das Wesen der Repraesentation unter besonderer Berücksichtigung des Repraesentativsystems. Ein Betrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre*, 1929. Edición italiana: *La rappresentazione nella democrazia*, Milán, 1989.

- 2) La libertad jurídica del representante es precondition necesaria para adoptar *una* voluntad por el órgano. Es precondition de decisión. Y garantía —no la única, no segura— de mantenimiento del poder soberano del pueblo. Es tan solo una condición *negativa*: una condición de posibilidad de existencia de *una* voluntad colectiva.
- 3) El representante *puede* desempeñar una función de soporte de una relación de *representatividad*. Y hasta de *responsividad* que canaliza la legitimidad política de la representación. Pero la representatividad sólo existe si la decisión representativa del órgano es precisa y posible. Representación y principio democrático componen así un nexo crucial.
- 4) Sólo la representación electiva es democrática. Pero no toda elección *asegura o garantiza* una representación democrática si por tal entendemos la que establece un nexo elector-elegido. No nos es posible, en el actual estado del conocimiento humano, configurar una relación de representación *diádica* mediante elección. No es posible la identificación intersubjetiva electores-representantes: se trata de una relación asimétrica.

Concluyamos pues que la representación posee una textura crítica irreductible. Y de ahí que siempre bajo sospecha, a medio camino entre tensión y logro, al buen decir de Pitkin.¹⁰ Siempre soportada en enunciados jurídico-constitucionales y siempre necesitada de componentes sociales y políticos como contexto del proceso.

La representación política simula una membrana osmótica por seguir con las tesis de Pitkin. Por un lado, un complejo proceso de reducción de complejidad social. Por otro, un órgano que emite mandatos jurídicos cuya posibilidad de ser obedecidos depende, aunque nunca sabremos a ciencia cierta en qué medida, del funcionamiento satisfactorio de tan sutil membrana.

Esta característica crítica de la representación nos garantiza la zozobra.

No tenemos nuevas respuestas al viejo problema. Sólo poseemos la experiencia deducida de la capacidad de supervivencia de este singular instituto jurídico-político que ha unido su suerte definitivamente a la forma política estatal.

Queda el futuro...

¹⁰ Cualquier aproximación a la representación política deberá cumplir con la exigencia de leer detenidamente la obra de Pitkin, Hanna Fenichel, *The Concept of Representation*, Berkeley-Los Ángeles, Univ. of California Press, 1967-1972. Hay versión española *El concepto de representación*, trad. de Ricardo Montoro Romero, Madrid, CEC, 1985.

¿LA ACCIÓN COMO UN DERECHO POLÍTICO OBLICUO? JUDICIALIZACIÓN, PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN POLÍTICA

Tania BUSCH VENTHUR*

SUMARIO: I. *El derecho a la acción como un derecho político “oblicuo”: la judicialización.* II. *¿Más o menos democracia? La participación directa de los ciudadanos a través de la judicialización y el problema de la elitización.* III. *Representación, deliberación parlamentaria y sufragio universal: su potencial igualador.* IV. *Crisis de representación y falta de canales efectivos de participación: causa de la utilización de estrategias políticas alternativas.*

I. EL DERECHO A LA ACCIÓN COMO UN DERECHO POLÍTICO “OBLICUO”: LA JUDICIALIZACIÓN

En el desarrollo de la vida política actual se ha vuelto corriente que, frente a una resolución de las autoridades públicas que se estima inadecuada, o a una agenda legislativa que no logra ajustarse a los requerimientos de la ciudadanía, temas altamente controvertidos y de la mayor relevancia política, sean llevados por grupos de ciudadanos descontentos, o minorías políticas que han visto frustradas sus posturas en las instituciones representativas, a ser resueltos en sede jurisdiccional.

A través del ejercicio de acciones judiciales se intenta modificar una decisión política que puede ya haberse tomado por las instituciones políticas formales, como es el caso de los recursos de protección que se presentan para detener proyectos medioambientales aprobados por la autoridad ejecutiva y ampliamente rechazados por la ciudadanía,¹ o bien, se intenta ade-

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción; doctoranda en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. E-mail: tvbusch@uc.cl.

¹ Como fueron los recursos de protección interpuestos contra la aprobación del proyecto de la central hidroeléctrica “Hidroaysen”.

lantarse o forzar las decisiones que éstas instituciones pudieran tomar, como es el caso de la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de la norma del Código Civil que establece el matrimonio heterosexual,² estando en discusión en el Congreso variadas iniciativas legislativas que buscan regular las uniones entre personas del mismo sexo, y en un contexto en que la ciudadanía se ha manifestado masivamente por el llamado matrimonio igualitario.

El fenómeno del uso estratégico de las acciones judiciales por parte de particulares y organizaciones de ciudadanos que buscan influir en las políticas públicas, obviando a los canales institucionales y a representantes y actores políticos tradicionales, han hecho del derecho a la acción, lo que caracterizaré en este trabajo como un “derecho político oblicuo”.

Los derechos políticos clásicos —que para estos efectos llamaré “lineales”— son aquellos que permiten que cada uno de nosotros concurra a la formación de la voluntad pública. Los más clásicos de todos, el derecho a elegir a los representantes (el sufragio) y a ser elegido como tal (derecho a optar a cargos públicos), hacen posible en democracia la integración de los órganos políticos.

Estos derechos vinculan teóricamente, de un modo lineal, al ciudadano con la voluntad pública de la forma siguiente:

El ciudadano o ciudadana elige representantes o es elegido tal → Se integra el órgano político por quienes han obtenido la mayor cantidad de sufragios → El órgano toma una decisión política → La decisión política se transforma en norma jurídica.

Al menos a un nivel teórico, como se vio en la concatenación explicada, la regla de la mayoría y el sufragio permite hacer una vinculación “recta” entre cualquiera de los ciudadanos, la decisión pública tomada y la creación de una norma jurídica.

En esta forma de pensar la relación entre los ciudadanos y el Estado, la representación es una pieza clave que permite vincular a todos y todas en una relación político-jurídica con el Estado, pues se otorga a todos los ciudadanos por igual, al menos formalmente, derechos y deberes de participación en la vida pública.

² Actualmente en tramitación ante el Tribunal Constitución en causa rol 1881-2010, caratulada “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto del artículo 102 del Código Civil, en los autos Rol núm. 6787-2010, sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de Oficial de Registro Civil Adjunto”. Se solicitó pronunciamiento respecto de la constitucionalidad del artículo 102 del Código Civil chileno, que sólo permite el matrimonio heterosexual al definirlo como un “contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”.

Ahora, el fenómeno de la judicialización de la política, es decir, el proceso de expansión del poder de las cortes o jueces a expensas de los poderes políticos tradicionales, donde el juez resuelve asuntos de tipo político-valóricos que acorde con la separación de poderes y las teorías democráticas clásicas debieran ser resueltos el parlamento,³ transforma al derecho a la acción judicial, al derecho a ocurrir a tribunales, en un derecho político “oblicuo”.

Digo que lo transforma en derecho político, pues permite concurrir a la formación de una decisión pública, que resuelve un asunto de relevancia política, y así participar en la formación de la voluntad pública. Pero el ejercicio de la acción judicial, utilizada como mecanismo de participación política, no permite hacer una vinculación directa entre cada uno de los ciudadanos y ciudadanas y la voluntad política que se expresa en la decisión que se toma en sede jurisdiccional. Por eso he caracterizado al derecho a ocurrir a tribunales, como un “derecho político oblicuo”. Según la RAE, oblicuo significa “Sesgado, inclinado al través o desviado de la horizontal”. Quiero decir con esto que la acción judicial permite concurrir a un ciudadano o ciudadana (o a una organización de estos, según veremos) a la formación de la voluntad pública, a través de la obtención de una norma jurídica (la sentencia judicial) que hace vinculante esa decisión. Lo “oblicuo” radica en que en este caso no es posible realizar la vinculación teórica “lineal” entre esa decisión y cada uno de los ciudadanos, y al no poder realizarse dicha vinculación, se rompe con la igualdad política que al menos formalmente, se encuentra en la base del sistema democrático.

En un contexto de judicialización, quien opta por participar en la vida política a través de este “derecho político oblicuo”, reformula los problemas políticos como problemas jurídicos. Esto significa que la controversia política es traducida a lenguaje de derechos fundamentales, y así remitida a tribunales vía recurso de protección o presentaciones ante el Tribunal Constitucional. La decisión del caso significará optar por validar o no la interpretación del derecho que ha planteado la parte que ha optado por la litigación estratégica, y definir cuál es la lectura “correcta” de éste, transformando una opción política en normativa.

Si bien esta vía puede ser altamente efectiva para los activistas de una determinada causa para acelerar (o forzar) la agenda pública, lo cierto es que la judicialización, desde el punto de vista institucional, desplaza la decisión de asuntos de la mayor relevancia moral, política y social, desde el

³ Larraín, Beatriz, “La judicialización de la política en Chile y sus factores causales. Análisis a través de un estudio de caso”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. 23, 2005, p. 315.

espacio de deliberación democrática (el legislativo) a un espacio que no posee legitimidad democrática originaria y no responde a lógicas de control de opinión pública ni de deliberación (la jurisdicción). Y desde el punto de vista de los ciudadanos titulares de derechos políticos, quiebra la igualdad política que debe estar en la base de un sistema democrático, pues permite una vía de concurrencia a la formación de la voluntad pública que no otorga a todos por igual la posibilidad de influir sobre el asunto que se decide. Volveré sobre este punto más adelante.

El contexto jurídico político actual en Chile favorece el ejercicio de esto que he dado en denominar derecho político “oblicuo”.

Tate y Vallinder, en una de las obras más relevantes que se han escrito sobre el tema, *The Global Expansion of Judicial Power*, identifican como factores nacionales para el surgimiento de la judicialización los siguientes:

- 1) La existencia de régimen democrático.
- 2) Que individuos y minorías tengan conciencia de ser titulares de derechos que pueden ser defendidos judicialmente.
- 3) El uso de los tribunales por grupos de interés y por la oposición política.
- 4) Existencia de instituciones poco efectivas.
- 5) Una percepción pobre por parte de la ciudadanía de la efectividad de los poderes políticos tradicionales.
- 6) Delegación voluntaria de la toma de decisiones por parte de las instituciones representativas a los tribunales, con el objeto de evitar asumir el costo político de decidir ciertos temas.

Agregando un factor cultural propio del medio chileno, Matías Guillof señala como explicación del creciente número de demandas políticas llevadas a los tribunales, el que la ciudadanía tiene una pobre percepción de la deliberación política, a lo que se suma una visión ciudadana de los tribunales como tribunales de justicia en un sentido hipertrofiado, en que la gente percibe a los jueces como sujetos idóneos para obtener respuestas frente a auténticas y amplias demandas de justicia, y no como aplicadores de normas de derecho. Según Guillof, dentro de nuestra cultura parece más lógico ir a pedir soluciones justas a tribunales que a los actores políticos.⁴

Prácticamente la totalidad de los factores sociopolíticos enunciados se verifican en el sistema chileno.

⁴ Guillof, Matías, “Adjudicación, valores fundamentales y diálogo”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 15, 2008, p. 161.

En relación con los factores jurídico-institucionales, Chile presenta un escenario propicio para la judicialización. La Constitución chilena en su artículo 20 establece el llamado recurso de protección, técnicamente acción de protección, que permite a cualquier persona, frente a una vulneración de los derechos constitucionales que en el artículo se señalan, solicitar a la Corte de Apelación respectiva que adopte las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Esta acción constitucional es ampliamente utilizada, y se ha llegado incluso a proteger mediante este arbitrio derechos que no se encuentran contemplados como justiciables por esa vía, a través de lo que se ha denominado “propietarización de los derechos”, esto es, argumentando que se tiene un derecho de propiedad (sí amparado por el recurso de protección) sobre un determinado derecho que ha sido afectado, pero que no se encuentra bajo el amparo de la acción que comentamos. A lo dicho se suma que hoy el Tribunal Constitucional constituye una importante vía para influir en las decisiones, pues tiene importantes y extendidas facultades de revisión de constitucionalidad, que se consagran en el artículo 93 de la Constitución. Sin extenderme en la descripción de las competencias del tribunal, diré sólo que éste puede llegar a revisar la legislación como control preventivo obligatorio de constitucionalidad, a requerimiento de los órganos constitucionales legitimados, a petición de particulares que sean partes en un litigio, o a solicitud del juez que conoce de éste, y hasta de oficio o a través de acción popular en caso que el Tribunal Constitucional haya ya declarado inaplicable una norma.

Estos factores, culturales e institucionales, se ven acompañados con una transformación de la cultura judicial chilena. La justicia chilena, tradicionalmente reticente a interferir en decisiones políticas, y aislada de la vida política y social, hoy se muestra más dispuesta a desafiar a los poderes electos en orden a proteger los derechos fundamentales a través de las formas de control de constitucionalidad que ofrece el ordenamiento. Couso y Hilbink sostienen que en los últimos años los jueces chilenos han transitado “del quietismo a un incipiente activismo”⁵ e identifican como factores que explican este cambio la realización de reformas institucionales a la judicatura ordinaria y al Tribunal Constitucional, así como un cambio en el contexto ideológico, que hace énfasis en los derechos humanos y el constitucionalismo.

⁵ Couso, Javier y Hilbink, Lisa, “From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideational Roots of Rights Adjudication in Chile”, disponible en: <http://www.juecesypolitics.caenamericalatina.cide.edu/papers/hilbink.pdf> (fecha de consulta: 20 de mayo de 2011).

II. ¿MÁS O MENOS DEMOCRACIA? LA PARTICIPACIÓN DIRECTA DE LOS CIUDADANOS A TRAVÉS DE LA JUDICIALIZACIÓN Y EL PROBLEMA DE LA ELITIZACIÓN

Este contexto favorable a la judicialización de los problemas políticos otorga la posibilidad de que personas que no forman parte de las estructuras formales de toma de decisiones participen de un modo relevante y decisivo en los asuntos públicos.

La estrategia jurídica permite a ciudadanos, movimientos sociales y organizaciones no gubernamentales (ONG) monitorear las políticas públicas a través de estrategias judiciales, ejerciendo *accountability* social.⁶ Se ha llegado a señalar que en tanto la actividad legal permite a los ciudadanos y a las organizaciones de la sociedad civil apelar y eventualmente usar los poderes coactivos del Estado para perseguir sus intereses y proteger sus derechos, la misma constituye la forma paradigmática de participación política ciudadana en democracia.

El sistema legal está obligado a dar algún tipo de respuesta a las controversias, toda vez que está impedido de excusarse de dar un pronunciamiento,⁷ lo que constituye a las demandas judiciales en un mecanismo con el que la ciudadanía cuenta que, en caso de ser invocado, obliga a una decisión de la autoridad pública, en contraste con otros modos de participación o control ciudadano, respecto de los que la autoridad puede escoger hacer oídos sordos, o permiten sólo una sanción “simbólica” y costos en términos de reputación. De esta suerte, la movilización legal puede, eventualmente, permitir a los actores sociales obtener resultados políticos concretos, sin la intervención de los representantes.⁸

Autores como Alec Stone Sweet han señalado que este sistema es más “participatorio”,⁹ pues permite una mayor cantidad de actores en la formación de la voluntad pública, y dado que, según este autor, garantiza de

⁶ Control de tipo vertical, no electoral, de las autoridades políticas.

⁷ El artículo 76, inciso segundo, de la Constitución chilena señala el principio de inexcusabilidad para el Poder Judicial. Respecto del Tribunal Constitucional este principio se contiene el artículo 30., inciso segundo, de la Ley Orgánica Constitucional núm. 17.997 del Tribunal Constitucional.

⁸ Smulovitz, Catalina, “Judicialización y *accountability* social en Argentina”, Washington DC, septiembre de 2001, p. 5, artículo presentado en XXII International Conference de la Latin American Studies Association. Disponible en: <http://lasa.international.pitt.edu/Lasa2001/Smulovitzcatalina.pdf> (fecha de consulta: 30 de mayo de 2011).

⁹ Stone Sweet, Alec, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000, p. 94.

mejor manera la vigencia de los derechos fundamentales, no se justifica cuestionar su legitimidad desde una perspectiva de separación de poderes puesto que este esquema estaría ya obsoleto.¹⁰

No obstante, la utilización de la acción judicial como derecho político oblicuo presenta problemáticas dignas de consideración, no siendo suficiente apelar a su carácter “directo” o facilitador de la “participación ciudadana” para poder deducir una legitimación democrática a raja tabla de esta estrategia política, y celebrar su utilización creciente como un signo de profundización democrática. Como señala Catalina Smulovitz, “si bien la estrategia judicial permite a los actores sortear alguno de los escollos que encuentran para la organización de una acción colectiva, en la misma les exige participar en su carácter de ciudadanos atomizados, su uso recurrente condena a la acción política colectiva a su paulatina desaparición”.¹¹

De las variadas cuestiones que se suscitan frente al fenómeno de la utilización de acciones judiciales como vía oblicua para concurrir a la formación de la voluntad pública, quisiera hacerme cargo en especial de la incidencia que esta vía de participación tiene en lo que yo observo como una progresiva elitización de la democracia, proceso que erosiona la igualdad política que debe estar siempre en el centro de la participación democrática de los ciudadanos, y que no debe ser ignorada al momento del análisis por el solo hecho de estar frente a cuestiones de derechos fundamentales.

La acción judicial como derecho político “oblicuo” incide en este proceso, pues se trata de un mecanismo de participación política que supone una doble elitización.

Por un lado, se trata de una estrategia de participación política sofisticada, que implica un nivel de capital cultural y económico que permita tanto el idear una estrategia a fin de conseguir un resultado político por la vía de los tribunales, como sostener los gastos del litigio. De este modo, si bien es una forma en que la ciudadanía puede influir directamente, no es cualquier

¹⁰ Dice Stone Sweet: “Si conceptualizamos la protección de los derechos como un proceso social extendido, que incorpora a múltiples actores estatales y a particulares litigantes, nos damos cuenta de que los modelos ortodoxos de la autoridad legislativa y judicial, y de la relación entre las normas constitucionales y de otros rangos, no dicen nada de valor sobre el cómo los jueces y legisladores se comportan en los hechos y sobre sus interacciones. Por una parte, la historia reciente revela una creciente capacidad de la judicatura para construir y re-construir el significado mismo de la autoridad legislativa, y para influir directamente respecto de cómo ha de ejercerse el poder de crear la legislación. Por otra parte, los modelos tradicionales de legitimación —doctrina de la separación de poderes, teorías jurídicas del Estado, etc.— aparecen cada vez más insuficientes, si es que no irrelevantes”. *Ibidem*, p. 126, traducción propia.

¹¹ Smulovitz, Catalina, *op. cit.*, p. 19.

ciudadanía, no se trata del ciudadano común y corriente. Lo dicho es particularmente cierto en el caso chileno, donde las condiciones de acceso a la justicia de la población menesterosa son precarias, y las organizaciones y fundaciones que otorgan asesoría jurídica gratuita son bastante reducidas. Por lo general, la litigación de interés público se realiza por asociaciones u ONG que se integran por personas de elite, tanto intelectual como económica.

A mayor abundamiento, las organizaciones que hacen uso esta forma de participación política suelen ser grupos ideológicamente minoritarios o de posturas alejadas del centro, con dificultades para instalar su causa o agenda en la arena política tradicional. Esto puede observarse en la experiencia chilena. Algunos casos bullados de litigación estratégica que han suscitado gran polémica e interés en la opinión pública han sido llevados a tribunales por asociaciones o particulares con posiciones ideológicas marcadas. Como ejemplos podemos poner el caso de la censura a la película “La última tentación de Cristo”,¹² el intento de prohibir la distribución de la anticoncepción de emergencia,¹³ o el caso de la solicitud de declaración

¹² En 1996 el Consejo Nacional de Calificación Cinematográfica resolvió levantar la prohibición, decretada en 1988, de exhibir la película “La última tentación de Cristo”. Esto motivó que siete abogados: Sergio García Valdés, Vicente Torres Irrarázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristián Heerwagen Guzmán y Joel González Castillo, por sí, a nombre de la Iglesia católica y de Jesucristo, recurrieran de protección argumentando que la exhibición de la cinta era atentatoria contra el honor y dignidad de la persona de Jesús. La Corte Suprema, por sentencia rol 519-1997, acogió el recurso, dejando sin efecto la resolución que aprobó la exhibición de la película “La última tentación de Cristo”. Esta sentencia, a su vez, motivó la intervención de la asociación de abogados Libertades Públicas A.G., que interpuso el 3 de septiembre de 1997 una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señalando que el fallo de la Corte Suprema significaba una tentado contra la libertad de expresión. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 5 de febrero de 2001, declaró que se violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, condenado al Estado chileno (Caso Olmedo Bustos y otros).

¹³ La cuestión de la anticoncepción de emergencia o “píldora del día después” fue objeto de una importante y dilatada batalla judicial, primero ante los tribunales del Poder Judicial, y luego ante el Tribunal Constitucional. Esta verdadera “cruzada antipíldora” comenzó el año 2001 con la interposición de una acción de protección presentada por grupos conservadores que querían impedir su comercialización, unidos en una asociación de ONG que agrupaba a organizaciones como el Frente por la Vida y la Acción Solidaria, Centro Juvenil Ages, Movimiento Nacional por la Vida Antukuyen, Movimiento Mundial de Madres, Centro Internacional para la Vida Humana, Organización de Desarrollo par la Investigación, Formación y Estudios sobre la Mujer. Este fue el primero de numerosos procesos judiciales sobre la materia, pronunciándose al respecto la Corte Suprema en diversas ocasiones. Lo mismo se puede decir del Tribunal Constitucional, quien conoció en dos oportunidades de

de inconstitucionalidad del matrimonio heterosexual,¹⁴ ya mencionado al principio de este trabajo.

La elitización es doble, puesto que la estrategia judicial de participación política no sólo es elitista en cuanto a su puesta en marcha, sino que traslada la decisión del asunto a otro grupo que constituye una elite, la de los jueces, quienes deciden sin tener legitimación democrática que provenga directamente del pueblo. Sobre la falta de legitimidad democrática de la judicatura y su carácter contramayoritario la literatura es abundante y sobrepasa el objeto de este trabajo. No obstante, la dificultad que implica legitimar desde la teoría democrática el que asuntos política y valóricamente controvertidos sean decididos en sede judicial ha sido ampliamente tratada,¹⁵ habiéndose llegado a plantear incluso que nos encontramos hoy frente a una “juristocracia”.¹⁶

A estas consideraciones que surgen del ejercicio de la acción judicial, como lo que he denominado derecho político “oblicuo” en cualquier sociedad, se suma un problema particular del medio chileno. No sólo deciden estas controversias políticas (reconvertidas a lenguaje de derechos) jueces que no se encuentran legitimados popularmente para tomar decisiones políticas, sino que en el caso chileno la argumentación de los fallos en estos casos suele ser bastante pobre. Así lo han señalado por ejemplo los trabajos de Eduardo Aldunate, Jorge Contesse y Matías Guillof.¹⁷ De modo que

requerimientos presentados a raíz de este asunto, fallos rol 591 del 11 de enero de 2007 y 740 del 18 de abril de 2008. Finalmente, y luego de una década de batallas judiciales a nivel de judicatura ordinaria y constitucional, la cuestión fue zanjada por el Poder Legislativo a través de la ley núm. 20.418 que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, y además autoriza la entrega de la “píldora del día después” en el sistema público de salud, publicada el 28 de enero de 2010.

¹⁴ Véase nota 2. Esta causa ha sido impulsada desde el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual (Movilh). A la fecha de elaboración de este trabajo el caso no ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional.

¹⁵ Entre los autores que han tratado este tema en el ámbito latinoamericano destacan los trabajos de los argentinos Roberto Gargarella y Sebastián Linares. En la doctrina chilena el punto ha sido tratado lúcidamente por Fernando Atria.

¹⁶ Así lo señala Ran Hirschl en su libro *Towards Juristocracy*, 2004.

¹⁷ La crítica realizada por Aldunate a la argumentación del Tribunal Constitucional se encuentra en variadas publicaciones. Se destaca por reciente y completa la obra *Jurisprudencia Constitucional 2006-2008*, Santiago, Editorial Legal Publishing, 2009. Contesse y Guillof centran sus críticas en la deficiente argumentación que presentan los fallos provenientes de Cortes de Apelaciones y Corte Suprema en la resolución de acciones de protección. Véase Contesse, Jorge, “Las instituciones funcionan. Sobre la ausencia de diálogo constitucional en Chile”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, núm. 26, 2008, pp. 335-374 y Guillof, Matías, *op. cit.*, pp. 159-182.

no sólo hay problemas en torno a la legitimidad de quien decide, sino que tampoco podemos saber porqué decide como decide. Esto tiene relevancia, pues impide que se produzca un “diálogo constitucional” entre los poderes políticos y las cortes, y de este modo, un desarrollo democrático del contenido y alcance de las normas constitucionales y de derechos fundamentales.

Atendidas las cuestiones desarrolladas, que se pueden sintetizar en que se trata de un mecanismo de participación política de elite, puesto que sólo una elite está capacitada para ponerlo en marcha y es una elite la que decide, donde la decisión política es tomada sin legitimación popular y, para el caso chileno, con frecuencia sin justificación suficiente, sostengo que no es posible aplaudir irreflexivamente el ejercicio creciente de la acción judicial como derecho político “oblicuo” como una profundización de la democracia, por la sola razón de que este permite una participación directa.

Creo, además, que cabe hacer una reflexión y algunas advertencias sobre la esperanza desmedida puesta en la participación directa de la ciudadanía como “redentora” de la política. Frente a la crisis de la representación política y de legitimidad de los partidos a la que asistimos, hoy el discurso dominante desprecia el sistema representativo, y pone todas las esperanzas en la participación del “ciudadano de a pie” y en estrategias políticas alternativas, como la del forzamiento de la agenda pública a través de la ocurrencia a tribunales, en vista de que los actores políticos tradicionales no logran asumir los temas con la diligencia, oportunidad o dirección que se esperaría.

La sociedad civil se refiere a las instituciones sociales que están fuera del control directo del Estado, como mercados, asociaciones voluntarias y el mundo de la opinión pública. Como señala Adela Cortina:

Desde la década de los 80 del siglo XX es la sociedad civil la que ha subido al pódium de la consideración social, mientras que el Estado, reverenciado en décadas anteriores, ha perdido muchos puntos en el aprecio de los ciudadanos, porque ha demostrado su incapacidad para llevar adelante proyectos éticos que parecían estarle encomendados en exclusiva.¹⁸

Los grupos que conforman la sociedad civil perciben problemas específicos, los trabajan como “causas” y llevan estos temas al debate público, funcionando como una conciencia moral del poder político. Pero no lo sustituyen: los movimientos “ciudadanos” o de la “sociedad civil”, que son quienes

¹⁸ Cortina, Adela Cortina, “Sociedad Civil”, en Cortina, Adela (dir.), *Diez palabras claves en filosofía política*, Navarra, Verbo Divino, 1998, p. 353.

hacen uso de estrategias políticas “alternativas” como es la litigación de interés público, malamente podrán superar en representatividad y legitimidad a quienes cuentan con el respaldo del sufragio universal.

Es importante, frente a este discurso “redentor”, tener presente que la sociedad civil se organiza en torno a agendas específicas que pueden o no corresponder al interés general de la colectividad: tanto son sociedad civil grupos católicos conservadores, fundamentalistas protestantes, asociaciones vecinales, organizaciones del movimiento de mujeres, ambientalistas o animalistas. Las organizaciones de la sociedad civil se mueven por “causas” y no por el país en su conjunto, por lo que no tienen, ni tendrían por qué tener, en consideración todos los aspectos a evaluar cuando se toma una decisión que afecta a la totalidad del país.

III. REPRESENTACIÓN, DELIBERACIÓN PARLAMENTARIA Y SUFRAGIO UNIVERSAL: SU POTENCIAL IGUALADOR

La falta de confianza que existe hoy en la deliberación política como forma de generar mejoras efectivas en la calidad de vida de las personas, y el *boom* de los derechos fundamentales tanto en el discurso jurídico-académico, como en la justificación ética del discurso político, han dejado de lado la reflexión sobre la importancia de la deliberación y discusión pública.

La discusión política que debe darse en el Parlamento debe estar prece-dida de un equitativo debate en el que todos los potencialmente afectados por un asunto a decidir puedan expresar y confrontar sus puntos de vista con otros ciudadanos.

La participación de la ciudadanía, como las manifestaciones, foros e instituciones intermedias deben ser alentadas y consideradas, en tanto son formas privilegiadas de expresión en el debate público, que permiten a todos informarnos y discutir sobre las distintas posiciones y problemas que existen respecto de un determinado asunto de interés público. Siguiendo una concepción de democracia deliberativa, lo que provee a una mejor democracia no es la mera agregación de actores, ni la sola posibilidad de que más gente participe, o que la participación de esta sea directa y no mediada por los representantes. No se trata de “sumar”, sino de “incorporar” la mayor cantidad de puntos de vista a un debate inclusivo, riguroso y reflexivo.

Ahora, el espacio de la deliberación y decisión privilegiado debe ser el Parlamento, por dos razones esenciales:

Primero, porque es en ese lugar donde se deben presentar las instancias institucionales necesarias para recoger en forma racional todos estos pun-

tos de vista diversos que provienen de la sociedad civil y de los potenciales afectados. Estoy pensando en que el Congreso tiene posibilidad de recibir informes de expertos, invitar a exponer su punto de vista a las organizaciones de la sociedad civil, etcétera.

Y, segundo, y más importante, porque es ahí donde encuentra expresión la condición igualitaria basal de la democracia: el voto. Es este derecho la expresión directa de los ciudadanos, cuyo potencial igualador, del rico con el pobre, del académico con el analfabeto, del joven con el viejo, no encuentra símil en ningún otro derecho político. Sólo el sufragio universal (y obligatorio) tiene ese potencial igualador.

En el ejercicio del sufragio nos podemos reconocer todos en el Estado, pues no sólo manifestamos nuestra voluntad como individuos —la dimensión del voto como derecho— sino que al votar cumplimos con un deber y ejercemos una función pública. Francisco Zúñiga, recordando la idea planteada por Dahl, señala:

La democracia política moderna implantada en un orden capitalista está marcada por la desigualdad, excepto en un plano, la igualdad de derechos políticos en el contexto de una ampliada ciudadanía merced el sufragio universal, importante conquista del movimiento social democrático de los siglos XIX y XX. Así en la construcción del Estado desde el principio democrático cumple un rol toral el sufragio universal, que deviene junto a la amplia participación política en la piedra angular de la democracia constitucional, haciendo efectiva la soberanía del pueblo y la igualdad política de los miembros de una comunidad.¹⁹

El ejercicio de otras formas de derechos políticos, como el que hemos perfilado en este trabajo, no satisfacen a la igualdad de base que supone la democracia, donde todos y todas podemos sentirnos parte de la voluntad pública. Sólo una representación fuerte, material, es capaz de cumplir con el ideal democrático en plenitud. El ejercicio de la política a través de la acción judicial conduce a una elitización del sistema, en la que terminan decidiendo unos pocos privilegiados, provocando que el debate político no se dé entre todos los ciudadanos, sino entre corporaciones, centros de estudios y ONG, pertenecientes a elites intelectuales o económicas, que sirven a sus propias agendas, y no necesariamente al interés general.

Hasta acá lo dicho podría calificarse de ingenuidad. Insistir en la representación, frente a un sistema de partidos con una crisis de legitimidad que

¹⁹ Zúñiga, Francisco, “Derecho de sufragio: la debatida cuestión de su obligatoriedad”, *Estudios Constitucionales*, vol. 7(1), 2009, p. 369.

ralla en la tragedia, y representantes que se perciben como radicalmente desconectados con la ciudadanía, puede parecer intentar tapar el sol con un dedo.

Pero es que como he explicado, la sola multiplicación de las ocasiones de participación no produce necesariamente una ganancia en la calidad del proceso. Las modalidades de la representación política evolucionan y pueden ser complementadas con mecanismos participativos de los más diversos tipos, incluida la litigación estratégica por parte de organizaciones de la sociedad civil, sin embargo, estos mecanismos son suplementos y no reemplazos de las instituciones formales de la democracia moderna. Como señala Greppi:

Es verdad que la participación es imprescindible para asegurar la estabilidad de las instituciones democráticas; pero también que los mecanismos complementarios de participación no surgen por generación espontánea y no se administran solos. Requieren el respaldo de instituciones comprometidas con su desarrollo, y éstas, a su vez, es deseable que estén sujetas a formas efectivas de control. Eso nos devuelve al punto de partida. Más participación, sin precauciones, no es garantía de una mejora en el déficit de legitimidad democrática. Cuando se oye reivindicar con tanto entusiasmo la gran novedad de los experimentos participativos, a veces da la impresión de que se está intentando comenzar la casa por el tejado. Se pretenden reparar las grietas del viejo edificio sin antes haber comprobado si los pilares son bastante sólidos para aguantar la obra.²⁰

Sobre el punto, resulta interesante la reflexión que hace Böckenförde, quien explica que la democracia, como concepto propio de una forma de Estado no puede ser entendido en el sentido de la democracia directa, de la sola participación, pues de cara a este concepto cualquier forma real de democracia se convierte en una mala realidad, en algo deficitario o incluso ilegítimo, permanentemente incumplida.²¹ Debe comprenderse que la participación no puede jamás sustituir a la representación. Y eso no sólo porque es imposible desde un punto de vista fáctico, sino porque los mecanismos de participación directa en sí mismos tampoco son la esencia de la democracia,

²⁰ Greppi, Andrea, “Derechos políticos, constitucionalismo y separación de poderes”, *Arbor*, vol. 186(745), 2010, pp. 809-820. Disponible en: http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/01361620813462839088024/cuaderno6/Doxa6_07.pdf (fecha de consulta: 30 de mayo de 2011).

²¹ Böckenförde, Ernest Wolfgang, “Democracia y representación. Crítica a la discusión actual sobre la democracia”, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 142.

como parece desprenderse del discurso “redentor” de la participación de los “ciudadanos de a pie”.

Explica el autor que el Estado, para actuar, requiere de órganos de dirección que actúen por sí mismos y, en esta medida, necesariamente deben tener un carácter representativo. Estos órganos deben someterse a la legitimización en un proceso abierto de formación de la voluntad democrática, vincularlos a la responsabilidad y a controles, de modo que su acción pueda valer como una acción autorizada por el pueblo y a nombre de éste. Añade que, respecto del significado de la representación para la democracia se distinguen dos conceptos. Un concepto formal de representación, que alude a la autorización, el nexo de legitimación y de imputación que obtienen del pueblo los órganos de dirección. Pero también existiría un concepto material de representación, que se refiere a que la acción de los órganos de dirección, autorizada y legitimada por el pueblo, se configura de tal forma que los individuos y los ciudadanos en su conjunto pueden reconocerse en esa acción. Ambas formas son necesarias pues sólo verificándose la representación material existen las condiciones para que la democracia, a pesar de su estructura representativa formal, no degenera en un dominio individual o de grupos ejercido por delegación, o en un absolutismo cambiante de la mayoría; sólo esta representación material hace que la democracia sea la realización del dominio del pueblo y de la participación política de los individuos.²² La acción se orienta, entonces, desde un punto de referencia que no son las voluntades individuales del representante, sus intereses o ideas particulares, ni son las de grupos que, como se dijo, responden a sus agendas particulares.

Pareciera que el problema al que nos vemos enfrentados hoy es que la representación se ha entendido sólo en su concepto formal, y que existe un importante déficit de representación material, lo que genera la desafección de los “ciudadanos de a pie” de su representante y escinde el nexo que debe existir entre ciudadanía, representantes y voluntad pública.

El representante entonces debe tener presente que la representación no se agota en la autorización que obtiene con el hecho de haber sido electo, no se agota en la representación formal, y aunque no es un mandato directo, tampoco es una suerte de “cheque en blanco” o “mandato libre” que le entrega la ciudadanía.

²² *Ibidem*, p. 147.

IV. CRISIS DE REPRESENTACIÓN Y FALTA DE CANALES EFECTIVOS DE PARTICIPACIÓN: CAUSA DE LA UTILIZACIÓN DE ESTRATEGIAS POLÍTICAS ALTERNATIVAS

El error, a mi entender, está en un discurso que sitúa a la participación ciudadana “informal”, “no militante” o políticamente amateur, como enfrentada a los actores tradicionales o “políticos profesionales”. Una democracia vigorosa requiere de una participación activa de ambos “bandos”, como pareciera entenderlos el discurso dominante.

Por cierto, la sociedad civil debe hacer todos los esfuerzos para poner en la agenda los temas que estima de relevancia, y entre estos esfuerzos está legítimamente la estrategia judicial. Pero se debe tener cuidado con evaluar a estas estrategias políticas “alternativas” como una expresión de una mayor y/o mejor democracia. No puede olvidarse que la decisión de los asuntos que conciernen a todos tiene como lugar privilegiado el parlamento, y jamás los tribunales.

Lo que sucede es que cuando los canales se bloquean, y las diversas posturas existentes sobre un determinado asunto público no logran tener expresión en la discusión, ya sea por asimetrías de información, por exclusión de algunos actores, por falta de apertura a los diversos puntos de vista, por un sistema electoral excluyente o por la sobrerrepresentación a la que ciertos grupos pueden acceder por su capacidad económica (todos vicios que podemos observar en nuestra vida política), el Parlamento falla en su tarea de recoger las diversas visiones, su debate se empobrece y los grupos minoritarios se ven forzados a buscar estrategias alternativas. Pero estas deficiencias no pueden hacernos perder de vista que la representación democrática no es sustituible.

En síntesis, si bien en el escenario político actual y dadas las condiciones político-institucionales, estamos frente a lo que he venido en bosquejar como un nuevo derecho político “oblicuo” que permite a los ciudadanos insertar sus demandas en un sistema representativo que es deficitario, este fenómeno debe ser evaluado con prudencia y en perspectiva democrática, teniendo plena conciencia de que su ejercicio no está exento de riesgos.

DERECHOS CONSTITUCIONALES Y PODER JUDICIAL

PODERES POLÍTICOS VS. ACTIVISMO JUDICIAL

Cesare PINELLI*

SUMARIO: I. *“Activismo judicial” en lo que se refiere a interpretación.* II. *Características específicas de la interpretación constitucional.* III. *Activismo y restricción a la luz de la dificultad “contra-mayoritaria”. El modelo americano de reforma constitucional.* IV. *Los tribunales constitucionales europeos y el problema de su legitimidad.* V. *La dicotomía activismo/restricción y el diálogo institucional.* VI. *Crítica reciente del modelo europeo y el problema de la legitimidad.*

I. “ACTIVISMO JUDICIAL” EN LO QUE SE REFIERE A INTERPRETACIÓN

Los expertos comparten la suposición de que es probable que surjan tensiones entre los tribunales y los poderes políticos cuando los primeros se muestran proclives al “activismo judicial”. Sin embargo, aún queda por verse cómo concebimos dicho activismo, en particular bajo el propósito de un análisis explicativo comparativo tal como el que intentaremos aquí.

El activismo judicial puede estar acotado a cierto enfoque de los tribunales hacia el texto que deben interpretar, cuando el significado de las palabras que lo componen, las intenciones de los autores, o el contexto legal en el cual se inserta se consideran insuficientes para resolver el caso. En el marco de tal hipótesis, los jueces pueden recurrir a una interpretación “teleológica-evaluativa”, la cual, en contraposición a la lingüística y sistémica, nos devuelve al “eterno problema” de la “disputabilidad interpersonal” de los valores y principios que deberían guiarnos”.¹ En tal hipótesis, los jueces son propensos a adoptar un enfoque activista que puede generar tensión con los poderes políticos.

* Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad “La Sapienza”, Roma, Italia.

¹ MacCormick, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, OUP, 2005, p. 139.

De aquí se desprende que el activismo judicial, así como su actitud opuesta, la autorrestricción judicial, están estrechamente relacionados con la tarea de interpretación de normas. Las definiciones más amplias de estos términos se corresponden con actividades adicionales que tienen los jueces. Por caso, sobre si los jueces deben estrictamente discernir las reglas de legitimación procesal, o sobre si algunos jueces no deben avocarse un caso sino hasta que el demandante haya agotado otros remedios; o sobre si los jueces deben evitar resolver “cuestiones políticas”. Pues bien, todas estas, son preguntas que suelen ser entendidas como necesarias a la hora de diferenciar la “autorrestricción judicial” del “activismo judicial”.² Estas definiciones aparecen tan correctas como aquella que se enfoca en la interpretación del texto y sólo el texto en cuanto tal. De todos modos, parecen ser menos adecuadas para un relato comparativo de la revisión constitucional.

Por un lado, debe verse nítido que el activismo judicial no necesariamente significa que la solución final de los desacuerdos sobre derechos —entre los tribunales y los legisladores— debe estar reservada a los primeros. Tal postura, en torno a la misma legitimidad disputada para emprender la revisión judicial de la legislación recientemente ha desatado una fuerte disputa entre estudiosos angloamericanos, y aun cuando la misma vaya a ser probablemente sostenida —más allá de que si los tribunales adoptan un enfoque activista o uno basado en restricciones autoimpuestas—, sin embargo, está claramente afuera del alcance de los objetivos de nuestra investigación.³

Mi contribución, en pocas palabras, se concentra en la interpretación constitucional, tanto porque la misma revela el criterio más importante para reconocer la actitud de un tribunal como activista, como porque ello parece ser particularmente útil a los fines comparativos.

II. CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Se ha apuntado que las palabras individuales adquieren significado real sólo cuando se les ve e interpreta en su contexto. Hay multitud de factores que pueden combinarse en esta tarea. Entre otros elementos, las otras palabras dentro de la oración, las otras oraciones dentro del párrafo, el objetivo del

² Véase Daley, J., “Defining Judicial Restraint”, en Campbell, T. y Goldworthy, J. (eds.), *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, Ashgate, 2000, pp. 280 y ss.

³ Véase Waldron, J., “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, 2006, p. 1360.

texto en general, la identidad del autor y las expectativas que tenemos de él, la identidad del lector, la perspectiva social, cultural o política a partir de la cual encara el texto. De tal suerte, es ingenuo suponer que cualquier texto pueda tener un significado fijo e inamovible. Todo significado atribuido al texto es, al menos en gran medida, producto de los factores externos que influyen en su interpretación. El significado inherente de las palabras que se combinan para formar el texto, apenas si demarcan los parámetros dentro de los cuales se puede asignar al texto un rango específico de significados”.⁴

Hay varias razones que hacen que el presente argumento se vuelva crucial con respecto a la interpretación judicial. En primer lugar, la indeterminación de los enunciados de la Constitución, los que son bastante más amplios que aquellos contenidos en leyes o reglas. Sin duda esto deja una zona más amplia para dicha actividad. Más aún, dado que la Constitución ocupa el más alto peldaño en la jerarquía de normas en un sistema legal, en tanto paradigma final de los reclamos constitucionales, las decisiones de los tribunales en condiciones de ser árbitros finales sólo podrían verse revocadas por medio de una reforma constitucional o, por medio de distintas *rationes decidendi* que pudieran afectar ulteriores decisiones. Finalmente, las pretensiones sobre derechos constitucionales a menudo provocan que temas altamente controvertidos a nivel político afloren en la superficie.⁵

Estas características no deben simplemente hacernos pensar que las Constituciones prohíjan un mayor grado de incertidumbre que las leyes u otras normas inferiores. Se espera que las normas constitucionales perduren en el tiempo. Esta expectativa puede verse frustrada por los acontecimientos, pero es también un elemento más que importante para establecer una distinción entre ellas y demás actos legislativos. El hecho de que las Constituciones puedan admitir cambios de significado en mayor grado que las demás normas jurídicas, en gran medida se debe a la presunción de adaptabilidad a nuevas y diversas circunstancias que la Constitución tiene en el tiempo. Precisamente, es esta clase de desafío lo que se espera que la interpretación constitucional va a encontrar, y es también para lo que los textos constitucionales contemporáneos están preparados en función de la relativa indeterminación de lenguaje. Porque es ese lenguaje el que le da a una Constitución la capacidad de sobrevivir los cambios impuestos por las reformas de la legislación ordinaria. Por otro lado, las demandas de derechos constitucionales hacen surgir temas políticamente controvertidos. A tal

⁴ Elliot, M., *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Hart, 2001, pp. 107 y 108.

⁵ Kumm, M., “Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 3, 2004, p. 574.

punto ello es así que las Constituciones se han vuelto no sólo un reflejo de sociedades pluralistas, sino que son también un cuerpo de premisas que sirven para el propio desarrollo de la libertad. Como lo advierte Michelman, “La forma legal de la pluralidad es la indeterminación —la susceptibilidad del conjunto de materiales normativos recibidos de ser objeto de una pluralidad de variaciones interpretativas que apuntan hacia diversas formas de resolución de casos pendientes y, a través de esto, hacia diversos futuros normativos posibles”.⁶

De manera que, a pesar del hecho de la lectura literal de la regla, y sobre el recurso del descubrimiento de la intención de los redactores, puede todavía verse insuficientes guías de interpretación constitucional; lo que tiene como consecuencia que en tales casos los tribunales tienden a basarse en una interpretación “teleológica” o fundada en el “sentido propuesto”.⁷ Más allá de lo dicho, debe prestarse atención a dos elementos más. En primer lugar, que los tribunales generalmente abrazan criterios teleológicos sólo después de haber demostrado que tanto el lenguaje llano que surge del texto como las intenciones de sus autores han resultado insuficientes para resolver el caso. Esto no es sólo una sugerencia, sino que describe también una práctica judicial actual. Aun cuando el “activismo judicial” a menudo es visto como incapaz de aplicar una regla discernible de acuerdo con su significado, o que el mismo impone una regla que no tiene reconocimiento dentro de los anales materiales existentes,⁸ es pleno que

si se le entiende en estos términos, tal sentido de “activismo” probablemente no nos sea de mucha ayuda. Vale decir, si así fuera, pocos serán los jueces que dejarán de aplicar conscientemente una regla en sintonía con su significado, ni habrá muchos dispuestos a aplicar una regla cuyo punto de vista interpretativo no cuente con respaldo legal concreto.⁹

En segundo lugar, “la interpretación basada en el sentido propuesto” no está completamente separada de la intención de los redactores. Según Barak:

A partir de la variedad de significados semánticos de la constitución, el intérprete debe extraer el significado jurídico que mejor dé cuenta del sentido

⁶ Michelman, F., “Law’s Republic”, *The Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, p. 1528.

⁷ Barak, A., *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, p. 127.

⁸ Campbell, T., “Democratic Aspects of Ethical Positivism”, en Campbell, T. y Goldworthy, J. (eds.), *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, cit., p. 14.

⁹ Glass, A., “The Vice of Judicial Activism”, en Campbell, T. y Goldworthy, J. (eds.), *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, cit., p. 361.

propuesto en la constitución. El sentido propuesto informa principalmente de un equilibrio entre aspectos subjetivos y objetivos, es decir, entre la intención de los redactores de la constitución (en varios niveles de abstracción) y los contemporáneos valores fundamentales. El juez extrae estos aspectos del texto de la constitución, de su historia, y de los precedentes.¹⁰

Estas características parecen estar bien consolidadas tanto en el sistema estadounidense como en el sistema europeo de justicia constitucional. Hasta ahora, empero, parece existir una “falsa dicotomía” que contrapone jueces que utilizan sus propias creencias morales con jueces que siguen el simple significado de las palabras en el texto de la ley.¹¹ La dicotomía activismo/autorrestricción, por lo tanto, hace referencia más bien en la diversa actitud que los tribunales suelen asumir frente a la corriente indeterminación del lenguaje en los textos constitucionales. Contrariamente a las posturas restrictivas, el enfoque activista, luego, tiende a asumir criterios, principalmente teleológicos, que no están directamente fundados en el texto. La dicotomía anteriormente aludida, en consecuencia, representa una cuestión de grados; mejor comprendida en términos cuantitativos y no cualitativos.

III. ACTIVISMO Y RESTRICCIÓN A LA LUZ DE LA DIFICULTAD “CONTRA-MAYORITARIA”. EL MODELO AMERICANO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Resta analizar por qué los jueces *deben* adoptar un enfoque activista, o bien uno basado en la autorrestricción.

Según Posner, puede haber tres puntos de vista detrás de las doctrinas restrictivas: deferencia, reticencia y prudencia. El punto de vista deferencial propone evitar los contrastes con las decisiones que tomen los otros poderes del gobierno; el reticente se basa en la suposición de que los jueces no deben tomar decisiones en cuanto a políticas públicas, y el prudencial sugiere que los jueces deben evitar tomar decisiones que pudieran menoscabar su autoridad en otras decisiones que deben tomar.¹²

Mientras que los dos primeros enfoques parecen directamente relacionados con el tema de la legitimidad democrática de las decisiones judiciales,

¹⁰ Barak, A., *The Judge in a Democracy*, cit., pp. 127 y 128.

¹¹ Sinnott-Armstrong, W., *A Patchwork Quilt Theory of Constitutional Interpretation* en Campbell, T. y Goldworthy, J. (eds.), *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*, cit., p. 316.

¹² Posner, R. A., *The Federal Courts*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, pp. 314 y ss.

el tercero, en cambio, sólo está indirectamente relacionado, sugiriéndose que la prudencia mandaría evitar decisiones que luego puedan acarrear represalias políticas en virtud de las cuales la capacidad del Poder Judicial para tomar ciertas decisiones se viera afectada.¹³ De modo que los enfoques sugeridos por Posner para justificar la restricción judicial, en definitiva, aparecen todos como características diversas que apuntan al tema de la legitimidad.

En la literatura americana, la exposición más importante sobre este tema le pertenece a Alexander Bickel. “La dificultad de raíz”, escribió Bickel, “es que la revisión judicial se corresponde con una fuerza contra-mayoritaria en nuestro sistema”, dado que:

cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo o, ante la acción de un órgano ejecutivo electo, la misma está dañando la voluntad real de los representantes de la gente; de aquí y ahora, al estar ejerciendo un control que no opera a favor de una mayoría prevalente sino por el contrario, en contra de ella.¹⁴

Al mismo tiempo, sin embargo, Bickel estaba convencido de que la tarea fundamental de la Corte era la de dar decisiones basadas en principios normativos. La revisión judicial, recalaba:

Trae principios para apoyar las operaciones del gobierno. Se entiende por principio, proposiciones generales... la organización de ideas cuya validez general está dada dentro de un universo determinado por una cultura y un lugar dados; ideas que a menudo se basan en presupuestos éticos y morales. Principios, ética y moralidad, por lo tanto, son términos evocadores y no definitorios; son intentos por dar asiento al significado; no para encerrarlo.¹⁵

Bickel también advertía que “la Suprema Corte rozada y estaba obligada a inmiscuirse en muchos aspectos de la vida pública norteamericana”, pero estaba convencido también de paso, que “sería intolerable para la Corte imponer sus puntos de vista en todo aquello en lo que se involucraba, toda vez que, de hacerlo, convertiría todo en un reino platónico contrario a la moralidad del autogobierno”.¹⁶ Su solución a la “dificultad contra-mayo-

¹³ Roche, J. P., “Judicial Self-Restraint”, *American Political Science Review*, vol. 49, 1955, pp. 771-772.

¹⁴ Bickel, A., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a. ed., Yale University Press, 1962, p. 17.

¹⁵ *Ibidem*, p. 199.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 199 y 200.

ritaria”, luego, no consistió en recomendar la exclusiva sujeción al texto, o a la intención de los redactores. La solución no podía ser así porque dichos criterios no podían sostener la tarea interpretativa típica de la revisión judicial la cual exigía una lectura fundada en principios normativos. Muy por el contrario, invitaba más bien a la Corte a ejercer y aumentar sus “virtudes pasivas”, las que consistían en una cantidad de técnicas jurisdiccionales bien conocidas y mecanismos de abstención variados para no decidir a menos que estuvieran en juego temas basados en principios. Tomando en cuenta el carácter “empírico” y “evanescente” de la legislación, dicha sugerencia tomaba por fundamento la convicción de que en cambio “los principios debían perdurar aun cuando la formulación de los mismos propusiera un gran manto de dudas sobre el futuro”.¹⁷ Al considerar que la constitución “tiene el objetivo de perdurar por años y enfrentar las variadas crisis de los asuntos humanos” (*McCulloch v. Maryland*, 1819), Bickel estaba en sintonía con Marshall.

La exposición de la “dificultad contra-mayoritaria” por parte de Bickel tenía por sostén una acabada comprensión de las características específicas de la interpretación constitucional. Si se presta atención a su defensa de las opciones de la Corte en los casos de segregación en la escuela,¹⁸ ello resulta plausible aun cuando no desconoce los peligros del “reino platónico”; sin obviar tampoco su conciencia plena sobre el poder fundamental que ya había adquirido por la Suprema Corte frente a las instituciones elegidas democráticamente.

En las décadas siguientes, el debate norteamericano ha ido perdiendo atención sobre este contexto. Mientras los partidarios del enfoque originista¹⁹ temen el activismo judicial al punto de olvidar las características específicas de la interpretación constitucional, los defensores de la idea de que el derecho es un emprendimiento interpretativo guiado por una visión integral de la sociedad política —a la cual tal derecho pertenece— atinan a su vez a soslayar la dificultad contra-mayoritaria como premisa fundamental. La sugerencia de Bickel a favor de las “virtudes pasivas” para poder enfrentar esta dificultad no ha tenido eco al interior de la Corte Suprema de los Estados Unidos.²⁰

¹⁷ *Ibidem*, p. 131.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 244 y ss.

¹⁹ Véase e.g. Scalia, A., “Originalism: The Lesser Evil”, *Cincinnati Law Review*, vol. 57, 1989, p. 849, y Bork, R., *The Tempting of America*, Nueva York, Macmillan, 1990.

²⁰ Para más desarrollo, véase Pinelli, C., “La legittimazione della Corte Suprema”, Relazione al Congresso annuale dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti di Roma, 26-27

IV. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EUROPEOS Y EL PROBLEMA DE SU LEGITIMIDAD

No obstante su escaso impacto en la experiencia norteamericana, la reconstrucción de Bickel continúa siendo un instrumento útil para investigar la legitimidad de los tribunales constitucionales dentro del sistema democrático, lo cual, claro es, está en el centro de la dicotomía activismo/restricción.²¹ Entendido en estos términos, y aun cuando el primero difiere del segundo en varios aspectos, el tema de la legitimidad afecta tanto al modelo de justicia constitucional europeo como al norteamericano por igual.

Entre tantos otros, los tribunales constitucionales europeos se distancian de la Suprema Corte de los Estados Unidos porque la revisión judicial está específicamente expuesta en las respectivas Constituciones y porque dichos tribunales se especializan en la revisión y el control judicial. Esta opción se debió a razones culturales e institucionales. El alto valor otorgado al principio de certeza legal en países que adhieren a la llamada tradición del “derecho civil —*civil law tradition*—”, seguramente ha perseguido asegurarse por medio de un tribunal específico encargado de la revisión constitucional de la legislación. Por otro lado, al otorgársele a un tribunal específico dicha tarea, fue posible adoptar reglas específicas con respecto a la selección y permanencia de los jueces, de manera tal que la objeción democrática, en cuanto los tribunales constitucionales podían derogar legislación sancionada por legislaturas electas popularmente, se vio de tal suerte minimizada. Los jueces de los tribunales constitucionales europeos son frecuentemente elegidos por el Parlamento, mientras que los jueces comunes son seleccionados siguiendo procedimientos más burocráticos. No huelga mencionar que la inamovilidad en el cargo de los jueces de los tribunales constitucionales es limitada, mientras que los jueces ordinarios en general permanecen en sus cargos hasta que se jubilan.²²

Estas características estructurales del modelo europeo desde su aparición en la década de 1920 fueron anticipadas en tanto Constituciones democráticas por Hans Kelsen, el padre del modelo europeo de justicia constitucional. Kelsen no sólo había imaginado las principales características estructurales aludidas, sino que concebía la estructura material de funcio-

ottobre 2006, en *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Jovene, 2010, pp. 21 y ss.

²¹ Ferreres Comella, V., “The European Model of Constitutional Review of Legislation”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, núm. 3, 2004, p. 475.

²² En esto véase *ibidem*, p. 468.

namiento. En particular, cuando un tribunal constitucional sostiene que una ley es inconstitucional, dicha ley —en esta inteligencia— es formalmente una norma expulsada del sistema legal. Así el tribunal actúa como un “legislador negativo”. Vale decir, el tribunal diferencia así la introducción positiva de leyes dentro del sistema legal, lo cual es tarea del Parlamento.²³ El tribunal kelseniano de tal suerte no era ni un juez ni una institución política como el Parlamento. No era un juez por su poder específico de revisar la legislación, y no era una institución política porque el ejercicio de ese poder específico no tenía efecto positivo sobre el sistema legal.

Estas características estructurales parecen ser muy diferentes, si no opuestas a las del modelo americano. Aun sobre cuestiones vinculadas sobre la legitimidad, empero, corresponde tener en cuenta cómo ha jugado la experiencia a la hora de comparar ambos modelos. Es decir, ¿hasta qué punto entonces la experiencia europea tiene puntos de contacto con el modelo norteamericano?

La interpretación constitucional está en el centro de esta cuestión. La definición del tribunal constitucional como legislador negativo según Kelsen presupone que la Constitución tiene por principal objetivo la distribución de poderes entre distintas instituciones fundamentales, en particular, en la adjudicación del poder legislativo en el Parlamento y, eventualmente, en un encuadramiento y enumeración de derechos postulados por medio de un lenguaje suficientemente determinado. Por el contrario, las Constituciones del siglo XX asoman como documentos pletóricos de valores; fundados en principios planteados por medio de un lenguaje relativamente indeterminado. Esta indeterminación allanó el camino a procesos de interpretación mucho más complejos que aquellos imaginados por Kelsen. La tarea fundamental del tribunal, por lo tanto, no sólo consistía en revisar la compatibilidad de las leyes con el texto de la Constitución, sino en dar también significado apropiado a los principios constitucionales. En consecuencia, el fin de la justicia constitucional vino más bien a preservar el sentido de aquellos principios, en vez de perseguir el valor *per-se* de la certeza legal.

Estas circunstancias han afectado la totalidad del modelo europeo de justicia constitucional, incluyendo, por cierto, el rol de los jueces comunes. La elección de un tribunal especializado y centralizado surgió del temor que, dada la ausencia de una doctrina de precedente en la tradición del derecho civil, intuía que los jueces comunes podían poner en peligro el valor de la certeza legal. De todos modos, la evolución de la justicia constitucional

²³ Kelsen, H., *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, Revue de droit public et de la science politique, 1928, pp. 143 y ss.

ha provocado notables cambios en estas suposiciones. Los jueces comunes han abandonado tal deferencia. Desde el momento en que se han involucrado más y más en el proceso de interpretación constitucional, especialmente en aquellos países donde la revisión judicial de la legislación depende de su propio impulso, la actitud judicial hacia las instituciones elegidas democráticamente ha cambiado de manera definitiva. Ciertamente que no es aquella de la Revolución francesa. Por otro lado, es indudable que el valor de la certeza legal ha perdido su peso específico frente a la búsqueda de la preservación del sentido de los principios constitucionales. Aun en este terreno, es evidente, que la experiencia europea aparece mucho más cercana a la americana que en el momento de su fundación.²⁴ Claro, ello es así aun cuando el poder de descartar leyes inconstitucionales permanece en los tribunales constitucionales, y aun cuando las características estructurales como los criterios de nombramiento y la permanencia en el cargo de los jueces constitucionales, todavía siguen reflejando el modelo kelseniano.

V. LA DICOTOMÍA ACTIVISMO/RESTRICCIÓN Y EL DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Así como los sistemas de justicia constitucional americano y europeo muestran crecientes similitudes en su funcionamiento, también pueden ser comparados por la forma en que ambos abordan la legitimidad de los tribunales constitucionales.

Según lo demuestra una encuesta general sobre justicia constitucional en democracias occidentales, “está probado que el control de constitucionalidad se ha convertido en el contrapeso irremplazable a la supremacía del principio de la mayoría”.²⁵ Sin embargo, tal contrapeso no carece de problemas porque, según se ha analizado previamente, la revisión judicial de la legislación requiere criterios de interpretación que dan a los tribunales constitucionales amplios poderes discrecionales. Esto sucede a pesar de

²⁴ Esto es generalmente reconocido por los constitucionalistas. Véase *e.g.* Von Brunneck, A., “Constitutional Review and Legislation in Western Democracies”, en Landfried, C. (ed.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison*, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, pp. 223 y ss.; Fernández Segado, F., “La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano”, en Fernández Segado, F. (ed.), *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 867 y ss.; Verdussen, M., *Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruselas, Labor, 2004, pp. 49 y ss.

²⁵ Von Brunneck, A., “Constitutional Review and Legislation in Western Democracies”, *cit.*, p. 250.

que, contrario a los parlamentos, aquellos tribunales no son elegidos democráticamente. Sobre esta base, entonces, la “dificultad contra-mayoritaria” de corte bickeliana y el dilema autorrestricción/activismo son elementos comunes que afectan tanto al sistema europeo de revisión judicial de la legislación en igual medida que al sistema estadounidense.

La diferencia entre los sistemas se vincula más bien con el hecho de que el problema de la legitimidad del tribunal constitucional ha ido surgiendo en distintas ocasiones. La jurisprudencia de larga data de la Corte Suprema de los Estados Unidos, por ejemplo, está dividida generalmente en periodos que se corresponden con la división autorrestricción/activismo. La era *Lochner*, el periodo que siguió al *New Deal*, aquel de la Corte Warren y, aunque de manera más controvertida, el que tiene lugar durante las décadas recientes, representan hitos que describen distintas actitudes de la Suprema Corte hacia el legislador. Y la diferencia entre las distintas actitudes, esencialmente, viene a reflejar el hecho cierto de si las decisiones de la Corte son deferentes hacia el legislador o, si, por el contrario, son propensas a declarar la nulidad de las leyes.

Aun en Europa, el control de constitucionalidad a menudo ha merecido reproches. Se le endilga que interfiere en el proceso legislativo sin debido sustento; por ejemplo, en Alemania durante los setenta y en Francia en 1986. De todos modos, estas tensiones parecen insuficientes para poder definir diversos periodos de jurisprudencia de acuerdo con la distinción autorrestricción/activismo. En la experiencia europea, tal división surge a partir del establecimiento de criterios positivos de la legislación. Los tribunales constitucionales, en particular los alemanes, italianos y españoles, hace tiempo que han abandonado el modelo kelseniano que los situaba como legislador negativo.²⁶ El establecimiento de criterios positivos para la legislación por parte de los tribunales trae consigo la cuestión de la legitimidad de los jueces para hacerlo. Teniendo en cuenta que este fenómeno anticipa el contenido sustantivo de futuras legislaciones y que con ello de algún modo puede estar liberando al legislador de la carga que significa tomar una decisión al respecto, la pregunta de la legitimidad es central. Todo ello sin soslayar que, tal como sucede en todos los países democráticos —donde los legisladores gozan de una especial legitimidad— la adopción por parte del tribunal de prescripciones demasiado detalladas con respecto al proceso legislativo puede incidentalmente terminar menoscabando la capacidad de actualización de la Constitución que le cabe a las leyes.²⁷

²⁶ Fernández Segado, F., “La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano”, *cit.*, pp. 879 y ss.

²⁷ Haberer, P., *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, *Juristenzeitung*, 1975, p. 297.

Lejos de mostrar nostalgia por el modelo kelseniano, estas recomendaciones se asientan en la suposición de que en los países democráticos es esperable que los tribunales constitucionales que no se encuentren aislados de las otras instituciones ni del público en general. Es necesario que se encuentren abiertos al proceso democrático.²⁸ Esta suposición, tal vez, en sí misma represente el mejor aporte para sobrellevar el peso de la dificultad contra-mayoritaria bickeliana. Un enfoque activista, en particular aquel que otorgue fundamento a decisiones positivas, sólo debería ser considerado correcto si un debate político adicional y la participación del público en el tema en juego, no fuera obstaculizado por tal decisión.

VI. CRÍTICA RECIENTE DEL MODELO EUROPEO Y EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD

Una visión diferente con respecto a la evolución y perspectivas del modelo europeo ha irrumpido en escena en este último tiempo. Dado que por necesidades pragmáticas de las sociedades modernas el fenómeno de la legislación ha dejado de ser específico y categórico, hay un aspecto importante para tener en cuenta. En efecto, a partir del hecho de la centralización de la revisión judicial de la legislación donde se presupone que los jueces comunes están obligados a hacer cumplir las mismas —sin espacio para la “adjudicación” judicial y en el proceso de creación del derecho—, parece que la perspectiva tradicional se ha vuelto problemática si no inconsistente con el tradicional reparto de tareas. Dadas estas condiciones, a través de la interpretación de las leyes por parte de jueces comunes, un proceso de deterioro del modelo ha venido produciéndose ininterrumpidamente. Antes de enviar una cuestión al tribunal constitucional, se espera, los jueces comunes deben buscar una interpretación de la ley que responda a su validez constitucional. De tal suerte, se ha ido consolidando una división de tareas dentro del sistema centralizado. Los jueces comunes deben interpretar las leyes en armonía con la Constitución y el tribunal constitucional es el único órgano con atribuciones legítimas para derogar una ley.²⁹

²⁸ Véase, aunque con diferente matiz, Von Brunneck, A., “Constitutional Review and Legislation in Western Democracies”, *cit.*, p. 250; Michelman, F., “Law’s Republic”, *cit.*, pp. 1529 y ss.; Verdussen, M., *Les douze juges...*, *cit.*, pp. 81 y ss., y, primero y sobre todo, Ely, J. H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980.

²⁹ Ferreres Comella, V., “The European Model of Constitutional Review of Legislation”, *cit.*, p. 472.

Tal división de tareas, según este argumento, debe verse reconsiderada. La distinción fundamental ya no debe ser entre interpretar y dejar de lado las leyes conforme con la Constitución, sino más bien, a la hora de aplicar una cláusula legal bajo examen, se trata de distinguir si el tribunal constitucional ya ha determinado el significado relevante de las normas constitucionales que dominan el caso. Si el tribunal constitucional ya ha emitido opinión, el caso debe considerarse relativamente “fácil” a la luz de los precedentes. Esto, ciertamente, permitiría que ciertas leyes pudieran ser dejadas de lado por los tribunales ordinarios. Sólo cuando surgieran “casos difíciles”, los tribunales ordinarios estarían obligados a remitir la causa ante la Corte, manteniéndose de tal suerte —a diferencia del modelo norteamericano— la centralización del sistema.³⁰

Según el autor, esta propuesta debe darse a través de medios judiciales. De todas formas, ello está claramente rechazado por el derecho constitucional europeo, el cual confía a los tribunales constitucionales el poder exclusivo de control de constitucionalidad de las leyes. Cualquier cambio en la materia sólo podría producirse por medio de una enmienda explícita a los textos constitucionales.

Por otro lado, esta alternativa se basa en una reformulación de la relación entre los jueces comunes y los tribunales constitucionales, la cual no considera debidamente el rol fundamental que la interpretación constitucional posee en el sistema. Se nos dice que la diferencia fundamental radica en que la organización del modelo centralizado de justicia constitucional se sostiene en la división de tareas entre jueces comunes que interpretan la ley en armonía con la Constitución, y el tribunal constitucional, el cual es el único autorizado a dejar de lado leyes inconstitucionales. Esta tesis da cuenta de respectivas tareas de jueces comunes y de aquellos otros en los tribunales constitucionales con respecto a la legislación. Vale decir, el objeto de la revisión constitucional es considerado sin tener en cuenta las tareas de los nombrados con respecto a la misma Constitución, es decir, con relación al parámetro fundamental de la revisión constitucional. Porque, precisamente, por la interpretación constitucional es que los jueces comunes y los tribunales constitucionales están involucrados en un diálogo permanente que, atento la misma Constitución, no sólo no contrasta con sus respectivos roles, sino que, por el contrario, los presupone. Y tal diálogo necesita ser preservado para mantener la primacía de la Constitución sobre la legislación ordinaria.

³⁰ *Ibidem*, p. 476.

Finalmente, algo muy importante. Ferreres Comella propone un “cambio importante en la discusión teórica con respecto al problema de la legitimidad de la revisión constitucional de la legislación”. Lo hace sobre la premisa de que “la literatura sobre la interpretación constitucional en algunos países europeos ha estado demasiado obsesionada con el problema de cómo distinguir entre una interpretación genuina de una ley y la manipulación indebida de su contenido”;³¹ lo que ha derivado como efecto indirecto en el descuido de temas más importantes, por ejemplo, el de los parámetros que deben guiar la interpretación judicial y la asignación concreta de significado a aquellas amplias y moralmente pletóricas normas de la constitución”.³² Según su opinión, “muy a menudo Kelsen ha sido invocado de manera incorrecta para dar apoyo a una errónea postura con relación al problema de la legitimidad”. Advierte que, con respecto a la legitimidad del Tribunal Constitucional, el nombrado nunca defendió la idea del legislador negativo; sugiriendo más bien que la revisión constitucional sólo debería tener lugar respecto a normas bastante específicas de la Constitución, en tanto que corresponde al parlamento la interpretación de las normas abstractas como pueden ser “justicia”, “libertad” o “igualdad”. De manera que Ferreres Comella entiende que es erróneo

utilizar a Kelsen para dar justificación a la idea de que el problema de la legitimidad surge cuando un tribunal constitucional, en vez de simplemente declarar inconstitucional una ley, decide reajustarla parcialmente para salvaguardar su validez. Esto es, cuando el mismo actúa, por así decirlo, como si fuera un “legislador positivo”.³³

La convicción de Kelsen en tanto que la interpretación de normas abstractas debe ser hecha por el Parlamento, de algún modo, es clara demostración del temor que le embarga. En efecto, ello es así toda vez que, en caso contrario, el tribunal habría de correr el riesgo de convertirse en una legislatura con aptitudes positivas o adjudicatorias. Ajeno al modelo donde los jueces sólo pueden cumplir el papel de legisladores negativos, lo cierto es que cuanto más genéricas las cláusulas de la Constitución se nos presenten, tanto más lugar para apreciaciones políticas quedaría en la interpretación judicial. Es un hecho plausible que, en los tiempos de Kelsen, raramente se veían en las Constituciones europeas este tipo de cláusulas generales. Tal

³¹ *Ibidem*, p. 485.

³² *Ibidem*, pp. 486 y 487.

³³ *Ibidem*, p. 487.

vez sea esta la razón por la cual Kelsen entendió que las mismas debían ser dejadas de lado de la esfera del conocimiento jurisdiccional.

Por el contrario, empero, las Constituciones europeas de nuestros días presentan una redacción cuyo lenguaje da cuenta de normas genéricas y principios. Luego de haberse incubado el problema de la legitimidad de los tribunales constitucionales como “legislaturas positivas”, es evidente que el cambio producido ayuda a comprender la distancia que media entre la experiencia de la justicia constitucional europea con el modelo original de Kelsen.

Por último, a pesar de que los problemas europeos son diferentes a los de los Estados Unidos, la suposición de “convergencia progresiva” entre ambos modelos es plenamente justificable.³⁴ Aunque haya habido trasfondos históricos bien diferentes, es pleno que el establecimiento del control de constitucionalidad de la legislación ha dado testimonio de una tensión estructural donde “la tiranía de la mayoría” opera en contra de la “dificultad contra-mayoritaria”. Y, a pesar de los diferentes mecanismos institucionales establecidos para enervar tal tensión —el llamado activismo inclusive—, la verdad es que la interpretación constitucional ha acreditado ser una herramienta insustituible a la hora de fundamentar las decisiones judiciales.

³⁴ Fernández Segado, F, “La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano”, *cit.*, p. 870.

CONTROL JUDICIAL DE LA POLÍTICA. EL CASO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Francisco ZÚÑIGA URBINA*

SUMARIO: I. *A modo de introducción: tesis preliminares.* II. *IX tesis acerca de la posición del tribunal constitucional en la democracia constitucional.* III. *Conclusiones. Quo vadis de la democracia constitucional al activismo judicial.*

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: TESIS PRELIMINARES

Con motivo de este Congreso Internacional de Teoría Constitucional coorganizado por una de las universidades más antiguas, renovadoras y prestigiadas de nuestra América, se nos invita a exponer en el panel: ¿cuánta democracia tolera la Constitución o viceversa?

En el marco del panel hemos abordado la *vexata questio* de la relación política-derecho, a través del control de la política por el Tribunal Constitucional, que conlleva peligros muy evidentes como el activismo judicial, que sea de derechas o de izquierdas, termina debilitando la política y la democracia. El neoconstitucionalismo, una suerte de moda de los tiempos de la “globalización”, es un buen ejemplo de una doctrina-ideología a tono con las patologías que puede sufrir la democracia constitucional.

Ello nos permite hacer una detención obligada en el concepto de democracia constitucional a través de uno de sus más insignes y contemporáneos defensores: Luigi Ferrajoli. Las ideas de este jurista italiano son una buena excusa para dar cuenta de cómo la defensa de un paradigma material o sustancial de “democracia constitucional” con el pretexto de dar garantía

* Profesor en el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile; abogado socio del bufete “Zúñiga, Donoso, Marambio & Campos Abogados”; director de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y presidente de la Asociación por un Nuevo Constitucionalismo. E-mail: zdmc@zdmcabogados.cl.

eficaz del sistema de límites, vínculos de poder político por obra del constitucionalismo, conlleva inevitablemente depositar la defensa de tal modelo de democracia en una nueva clase o estamento: jueces, letrados, abogados y profesores de derecho; reduciendo los márgenes de decisión acerca de qué hacer con la Constitución para la política, el proceso político democrático y la deliberación pública, e incluso la participación directa de la ciudadanía en el proceso político.

Preliminarmente, el control de la política por el sistema judicial nos envía al Estado de derecho y a una concepción de democracia como formas de Estado que poseen una recepción constitucional. En este contexto, los presupuestos del control judicial de la política serían los siguientes:

- 1) El control del poder es un elemento basal del Estado de derecho. Una vieja disputa es si el control es una función más del poder o el resultado del arreglo institucional en el ejercicio del poder, ambas posturas tributarias de una concepción mecanicista-artificial del Estado.¹
- 2) El control es multifuncional: social, político y jurídico, y se encuentra imbricado en un sistema de garantías que desemboca, usualmente, en responsabilidades y sanciones asociadas al poder político estatal y su ejercicio.
- 3) En consecuencia, control y responsabilidad son elementos de una concepción vicarial o fiduciaria del poder; que descansa en la confianza puesta por el pueblo o destinatarios del poder en los detentadores del poder.
- 4) El control judicial de los actos de poder es una especie de control jurídico definido por la naturaleza del órgano de control (tercero independiente e imparcial), por el *iter* formal en que desenvuelve el conflicto y su composición (el proceso), por la naturaleza del acto de control (un acto de conocimiento-voluntad y, por ende, resultado de un exigente concurso de reglas de hermenéutica y razonamiento), por el patrón fundante del acto de control (el derecho) y, finalmente, por el peculiar efecto del acto de control judicial: la autoridad de cosa juzgada de la tutela judicial reintegradora-reparadora del ordenamiento.

¹ Mateucci, Nicola, *El Estado moderno. Léxico y exploración*, trad. de Marcos de la Fuente, Madrid, Unión Editorial, 2010.

- 5) En Chile el control judicial está imbricado en una pluralidad de órdenes jurisdiccionales; sin perjuicio del superviviente control político, a saber:
 - a) Poder Judicial ejerce este control judicial de los actos del poder a través del proceso de amparo ordinario (recurso de protección), verdadero sucedáneo del contencioso administrativo y numerosos procedimientos judiciales especiales contenciosos administrativos de anulación y reparación (cifrados en más de 300).
 - b) La Justicia Electoral tiene competencia en el contencioso electoral de cuestiones políticas: cuestiones electorales.
 - c) El Senado heterocompone conflictos de poder entre autoridades políticas o administrativas y tribunales superiores de justicia (contiendas de competencia) y resuelve el juicio político (*impeachment*) previo a la admisión de la acusación en la cámara baja.
 - d) El Tribunal Constitucional, al cual nos referiremos en nuestra exposición, heterocompone conflictos de poder, conflicto de normas y actos estatales, abriendo así la decisión judicial a la política.
- 6) El control judicial de actos de poder es una consecuencia de la creciente “racionalización” del poder ² en el Estado de derecho, en que la Constitución adquiere el contenido de un sistema de reglas de competencia. El control judicial es el triunfo del derecho, frente al control político que es el triunfo de la política, de la fuerza.
- 7) Sin embargo, *e pur se muove*,³ existe un espacio para la *política*, para la fuerza, para la integración y diálogo, para la deliberación pública de la ciudadanía; espacio en que no tiene cabida el control judicial y el control jurídico; una verdadera válvula de escape del sistema para que la democracia misma no sea una “democracia de los guardianes togados”.

Este espacio para la política adquiere diversas denominaciones: actos políticos, actos de gobierno, actos de Estado, cuestiones políticas, entre otras, que pretenden con mayor o menor éxito un espacio inmune al control judicial.

² Mirkin, Boris, *Las nuevas Constituciones del mundo*, Madrid, Editorial España, 1931.

³ Friedman, Lawrence, *Introducción al derecho norteamericano*, trad. de J. Vergi i Grau, Barcelona, Bosch, 1988.

- 8) Observamos desde posiciones panjudicialistas una suerte de “demonización” del acto político o de las cuestiones políticas. Un buen ejemplo, el debate hispánico en torno a tesis doctoral de Nuria Cuenca entre la Escuela de García Enterría-Fernández y la Escuela de Parejo Alfonso. El panjudicialismo está fundado usualmente en posiciones neoiusnaturalistas y/o principialistas, y una profunda desconfianza en el proceso político y en la democracia deliberativa y participativa.
- 9) Por otra parte, en la defensa de las “cuestiones políticas” y actos políticos no justiciables, subyacen, en ocasiones, posiciones escoriadas hacia la “estatolatría” o el autoritarismo, que niegan o debilitan el Estado de derecho. Por ende, también existe una crítica de derechas al activismo judicial, para reforzar la acción ejecutiva, como es la crítica surgida en la era Reagan en los Estados Unidos de América o como la crítica permanente y desenfadadamente interesada en la era Berlusconi en Italia.
- 10) Por ende, nos desenvolvemos entre un Scila y un Caribdis. El Scila de la judicialización de la política que conlleva el peligro del “gobierno de los jueces”,⁴ la “tiranía de los valores” de la aristocracia togada⁵ y la peligrosa politización de las judicaturas. El Caribdis de la imposición de la lógica política, la de la fuerza, que redundan en la negación o debilitamiento del Estado de derecho como lo hace el “decisionismo”.
- 11) Mi visión preliminar es que el control judicial es una pieza basal del Estado de derecho, pero es una pieza más y, por ende, debe estar encuadrada como un control jurídico del poder sometido a las reglas de un acto de control judicial por jueces independientes e imparciales, en que las judicaturas en que se residen estos controles queden sometidas a controles (autocontroles) y responsabilidades, incluida el *impeachment* como revitalizada válvula de escape del orden republicano.

En suma, el corolario preliminar puede resumirse en una fórmula simple, con raíces en una cratología más bien pesimista: así como *existen sobradas razones para desconfiar del poder y de sus detentadores, también existen las mismas razones para desconfiar de los jueces*. La democracia misma se funda en el par

⁴ Lambert, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contra la législation social aux Etats Unis*, París, Giard Editorial, 1921.

⁵ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, trad. de M. Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1983.

dialéctico confianza-desconfianza; derivada de una concepción vicarial o fiduciaria del poder político.

II. IX TESIS ACERCA DE LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

En nuestro país en 1980 las instituciones contramayoritarias estatuidas por el Poder Constituyente autoritario y neoliberal para conservar un orden constitucional, adquieren o deben adquirir, después del ciclo de reformas coronado por la reforma constitucional de 2005, una posición orientada a darle expansividad al principio democrático y la asunción de una perspectiva garantista de los derechos fundamentales.

La posición o lugar específicamente del Tribunal Constitucional en las instituciones del Estado está ligada estrechamente a la definición básica de un orden político republicano y democrático, y al balance de poder que exige la definición del orden jurídico político como un Estado de derecho.

A través de estas once tesis se plantea la necesidad de definir al Tribunal Constitucional como un “tribunal” que ejerce su competencia a través de un proceso, no un jurado o comisión especial, dotado de autonomía institucional, y carente de legitimidad democrática, poseedor sólo de una legitimidad constitucional y de allí su competencia tasada en el artículo 93 de la Constitución. El tribunal es un órgano colegiado, letrado especializado, y de integración plural, que valiéndose de un techo ideológico abierto de la Constitución tiene un *ethos* ideológico común y mínimo: la República democrática. Esto obliga al tribunal a obtener una legitimidad social a través de sus decisiones alejada de la prisión neoiusnaturalista o principialista. En la posición del tribunal Constitucional la autolimitación de su poder se logra a través de comodines como la deferencia hacia los poderes públicos, en especial los dotados de legitimidad democrática y admitiendo la no justiciabilidad de las “cuestiones políticas” duras. De este modo, la guarda de la Constitución se verifica principalmente mediante un control abstracto de constitucionalidad, destinado a heterocomponer conflictos de poder cuyo derecho material es el derecho de la Constitución, y en tal misión esta Judicatura es un “tribunal”, no la aristocracia togada defensora de una ideología o sistema material de valores.

En este contexto, el Tribunal Constitucional no es un poder moderador o árbitro del sistema político institucional, sino una pieza clave del engranaje de balance de poder de esa gran máquina que es el Estado, poniendo a salvo la separación de poderes y la cesura Estado-sociedad civil. Situado

el Tribunal Constitucional en la república democrática debe ser objeto de controles del poder y de responsabilidades. Para concluir, la “lectura” e interpretación de la Constitución debe ser en clave de techo ideológico abierto, alejada de desvaríos (neo) iusnaturalistas y orientada a realizar en clave evolutiva a hacer realidad las potencialidades democráticas y garantistas de la Constitución reformada, alejándose de esa verdadera patología hermenéutica que es el originalismo que ancla a la Constitución y a los operadores del derecho al pasado autoritario y neoliberal de la Carta.

Las once tesis nos exigen, como invita el célebre texto del filósofo de Treveris, al cierre unir teoría y práctica constitucional desde las coordenadas del constitucionalismo democrático y social, postulando la necesidad que la presencia de instituciones contramayoritarias se desenvuelva en un balance de poder, que permita que esta democracia constitucional sea más democracia y no menos democracia, bajo el pretexto de salvaguardar el “coto vedado” de los derechos fundamentales y de las reglas preliminares o condiciones del sistema democrático.⁶ Esta aproximación teórico-práctica permite salvar la condena hegeliana en orden a que el conocimiento (teoría, filosofía) llega tarde a la realidad, siendo por ende posible la aproximación científica crítica (interna-externa) y prospectiva.

En último término dependerá de la política y de la marcha de las instituciones la cuestión básica de encomendar a la ciudadanía y a los actores políticos o a una aristocracia togada el espacio decisonal público y la defensa de la Constitución.

1. Posición del Tribunal Constitucional en el Estado de derecho

El Tribunal Constitucional tiene una posición institucional, definida por la autonomía y carencia de legitimidad democrática, sólo posee una legitimidad constitucional orientada a un balance de poder, por lo que su poder es tasado o limitado a los conflictos de poder que el artículo 93 de la Constitución singulariza.

En una perspectiva histórica la “revisión judicial de legislación” por el Tribunal Supremo en norteamérica generó un intenso debate en la fundación misma de la república entre “federalistas” y “antifederalistas”, cuyas

⁶ Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, trad. de J. Moreno, Barcelona, Plaza & Janes Editores, 1985; Hegel, G., *Principios de la filosofía del derecho*, Barcelona, Edhasa, 1988.

figuras visibles son J. Marshall y T. Jefferson.⁷ De tal debate perenne podemos extraer la afirmación en orden a que la “democracia constitucional” es una democracia limitada, en la que las reglas preliminares o condiciones⁸ en que se asienta el arreglo institucional, y que son establecidas en la Constitución, operan como reglas necesarias e indisponibles, tales como la regla de mayoría y respeto de las minorías, y el reconocimiento de derechos fundamentales de libertad e igualdad.

A nuestro juicio la justificación última de la democracia constitucional como democracia limitada estriba en que los derechos fundamentales comprenden expectativas o necesidades individuales y sociales que buscan efectivizar la autonomía moral, física, psicológica de los individuos libres e iguales, autonomía que es el vector que hace posible la democracia misma. Esta imbricación de principio democrático y derechos fundamentales permite concebir al sistema jurídico como un sistema autorreferencial y positivo, ligando así política y derecho, sin introducir órdenes metapositivos, para fundar el ordenamiento jurídico.

El Tribunal Constitucional es una institución contramayoritaria,⁹ asilada en un principio de autonomía constitucional (autonomía “institucional”, normativa, financiera y administrativa), superpuesta al tradicional esquema de separación de poderes. El control judicial se funda en conjurar el peligro de “tiranía de las mayorías” como tempranamente subrayan los “federalistas”, abriéndose al peligro de la “tiranía de las minorías” como también subrayan los “antifederalistas”. El debate histórico entre federalistas y antifederalistas en la democracia norteamericana es ejemplo de esto, como también el debate actual entre liberales y republicanos democráticos.

El Tribunal Constitucional en cuanto institución contramayoritaria está abierta en su competencia a la legitimación procesal de las minorías, en el ejercicio de acciones para incoar el proceso constitucional.¹⁰ El mismo vigila la separación de poderes en el Estado, y fractura Estado-sociedad civil (derechos fundamentales), enderezado precisamente a salvar la finalidad de equilibrio y límite de poder.

⁷ Dahl, R., *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, trad. de P. Gianera, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2003 y Beard, Ch., *An Economic Interpretation of The Constitution of the United States*, 22a. ed., Nueva York, Macmillan Co., 1986.

⁸ Bobbio, N., *El futuro de la democracia*, cit.

⁹ Bickel, A., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the bar of Politics*, 2a. ed., New Haven, Yale University Press, 1986.

¹⁰ Friedman, Lawrence, *Introducción al derecho norteamericano*, cit., y Hart Ely, J., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, 11a. ed., USA, Harvard University Press, 1995.

El imperio del derecho de la Constitución se verifica a través de un proceso de constitucionalidad, en que se realiza la tutela judicial del derecho de la Constitución (derecho objetivo o estatuto del poder).

El imperio de los derechos fundamentales se materializa en su tutela judicial a través del proceso de amparo ordinario ante los tribunales superiores de justicia; de suerte que la tutela judicial extraordinaria de estos derechos fundamentales se verifica indirectamente en el juicio de legitimidad de los actos del poder político estatal en el proceso de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional —derecho de la Constitución (derecho subjetivo)—, aunque en ocasiones la acción de inaplicabilidad adopte el carácter de un cuasi amparo.

El Tribunal Constitucional es una judicatura suprema, que coexiste con otros órdenes jurisdiccionales (Poder Judicial y justicia electoral), colegiada, letrada y especializada, independiente (autonomía) e imparcial, integrada por jueces constitucionales, antítesis de los jueces burócratas, jueces “sin agradecimiento”¹¹ a los poderes públicos que los han nombrado.

2. *Un Tribunal Constitucional de integración plural*

El déficit democrático plural de la actual integración del Tribunal Constitucional va de la mano con un déficit democrático indirecto dada la supervivencia de la integración de origen judicial de tres ministros designados por la Corte Suprema. El Tribunal no se compone de jueces asépticos en lo ideológico, jueces de laboratorio, menos aún jueces burócratas o le-giscentristas.¹²

Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional carece de equilibrio político ideológico, la realidad de su funcionamiento y decisiones arroja una mayoría conservadora-confesional, divorciada de una sociedad plural en lo valórico, que nos expone a un peligro adicional de “tiranía de los valores”.

En lo concerniente a este plano, el Tribunal Constitucional debe ser heredero de una concepción secular e ilustrada de derecho, que separa derecho y moral, y a partir de una idea de derecho de raíz kantiana entienda que el orden social de la libertad exige que el derecho sea “mínimo ético” y no máximo ético.

¹¹ Favoreu, L., *Los tribunales constitucionales*, trad. de V. Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994.

¹² Cappelletti, M., *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, México UNAM, 1987 y *Le Pouvoir des Juges*, Économica-Presses, Universitaires d'Aix-Marseille, Paris-Aix-en-Provence, 1990.

La Constitución y la ley orgánica constitucional configuran un estatuto de los jueces constitucionales, letrados especialistas, independientes, con estatuto personal *ad hoc* (insuficiente), pero con una especial “sensibilidad política” dada la naturaleza de los conflictos de poder que resuelven y las pautas hermenéuticas que emplean.

Con todo, la lectura que se puede hacer acerca de la “sensibilidad política” es en rigor en clave opuesta: en términos de Charles de Secondat, barón de Montesquieu, una sensibilidad orientada a la prudencia (propia de una república aristocrática) o una sensibilidad orientada al civismo (propia de una república democrática).

Una “sensibilidad política” de esta Judicatura por los valores histórico-temporales de la modernidad (humanismo), una suerte de “patriotismo de la Constitución” es reponer simplemente en el orden republicano una suerte de “religión civil” (J. J. Rousseau, 2002) o civismo, que es el cemento valórico mínimo dominante en la sociedad presente, y que aquilata en valores superiores y principios recogidos en normas iusfundamentales incompletas, con sumarios contenidos lingüísticos prescriptivos (que importan por ende plurisignificación), y de estructura abierta; todo en armonía con una Constitución vigente merced las 17 reformas iniciadas en 1989 y cerradas el año 2005, reformas que ponen fin a la transición y permiten tener un techo ideológico constitucional abierto.¹³ Ello no significa cerrar el tema cambios constitucionales profundos (enderezados a remover los últimos enclaves autoritarios, revisar la permanencia de instituciones contramayoritarias y a redefinir la relación Estado-sociedad civil y economía, para hacer posible un Estado social y democrático de derecho), se requiere abrir un nuevo ciclo de reformas de segunda generación o una “operación constituyente”, que cuaje en una nueva Constitución.

Tal “sensibilidad política” del Tribunal Constitucional debe ir de la mano de una posición del Tribunal en el cuadro de instituciones fundamentales del Estado, y del empleo de reglas hermenéuticas propias que estén enderezadas a dar cuenta de la Constitución como un “subsistema de normas iusfundamentales” con un techo ideológico abierto.

Además, una lectura de la Constitución de techo ideológico abierto permite pluralmente ganar en legitimidad a la Constitución, y alejarse de una lectura canónica-originalista de ésta, aprisionada en coordenadas iusnaturalistas o neiusnaturalistas, permitiendo la definición-concreción positivo temporal de gran parte del contenido de tales valores superiores y principios a los poderes públicos con legitimidad democrática, en especial al legislador.

¹³ Habermas, J., *La necesidad de la revisión de la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1991.

3. *El Tribunal Constitucional y sus decisiones*

La legitimidad constitucional, y en tal medida siempre precaria, del Tribunal Constitucional y su responsabilidad social se juegan en sus decisiones, es decir, en la calidad, consistencia hermenéutica constitucional y sintonía con la realidad institucional en que se desenvuelven, para preservar a partir de la quiebra de la separación de poderes, un reparto de poder político estatal orientado a la limitación y equilibrio.

La manida distinción entre reglas y principios¹⁴ ha servido de excusa neoconstitucionalista (neo)liberal o (neo)conservadora o neoiusnaturalista (principalismo) para edificar edificios dogmáticos casi de la nada, empleando el de suyo escaso material normativo iusfundamental, todo lo que se traduce en hacer política constitucional de signo ideológico conservador o neoliberal, y con ello activismo judicial.

Tal política constitucional desde una parcial afirmación de la supremacía, valor normativo y eficacia normativa de la Constitución y sobre la base de una ductilidad del derecho (“mitezza” en términos de Zagrebelsky), resta primacía a la ley parlamentaria como fuente formal del ordenamiento jurídico y con ello al principio democrático, basal en la arquitectura del Estado.¹⁵

La referida responsabilidad social del Tribunal Constitucional en sus decisiones supone una comunidad dogmática, una comunidad forense profesional, una comunidad de jueces, una opinión pública y una ciudadanía crítica con la labor jurisprudente del Tribunal.

Además, la responsabilidad social supone la formación de una “opinión pública” acerca de los temas constitucionales, una suerte de “mercado de las ideas” o si se quiere “mercado de las ideas constitucionales”, en que adquiere importancia el pluralismo informativo interno y externo de los medios de comunicación social, en especial de la prensa. La Constitución vivida es letra muerta sin una opinión pública libre e informada y una ciudadanía volcada a los temas constitucionales.

El activismo judicial no sólo es inconciliable con la posición del Tribunal en el Estado, y no sólo va de la mano del peligro de una “tiranía de los valores” por una aristocracia togada, sino que quiebra la separación de poderes ordenadora de los poderes del Estado y de este modo en el control de constitucionalidad de la ley, quiebra la primariedad de la ley, está en pugna con el principio democrático, basal a la arquitectura del Estado.

¹⁴ Alexy, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de E. Garzón V. y R. Zimmerling, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

¹⁵ Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995.

A modo de ironía, un notable ejercicio de *self restraint* judicial se observa en jueces “burócratas”, en una etapa de la larga batalla en torno a la “post-day”, con motivo del contencioso de nulidad de derecho público del registro sanitario otorgado por la administración (Instituto de Salud Pública) a un fármaco (postinor-2) impugnado de ilegalidad del registro, la Corte de Apelaciones de Santiago en sede, casación, forma y apelación, resolviendo acerca de la protección legal del concebido no nacido y cómo afecta dicho fármaco la concepción-implantación, establece ponderando las pruebas la “duda científica” al no estar la resuelta la cuestión en la *lex artis* médica, recogiendo como argumento central para revocar el fallo de primer grado, el siguiente:

16°.- Que esta sola conclusión permite sostener que la jurisdicción no puede intervenir resolviendo el conflicto de intereses propuesto en autos, pues ésta sólo puede hacerlo sobre la base de certezas y no le es posible reconocer derechos u obligaciones derivados de hipótesis científicas en plena discusión. Lo anterior es válido porque sabido es que el derecho constituye un instrumento limitado, que sólo puede solucionar determinados conflictos de la vida humana y no tiene ni puede solucionar determinados conflictos de la vida humana y no tiene ni puede tener la pretensión de resolver todas aquellas disputas que se presentan, sea, por ejemplo, en los ámbitos de la filosofía o de la ciencia y, ciertamente, desde luego, mucho menos aquéllos de significación religiosa. En tal sentido, se ha señalado que si el derecho penetrase por todos lados, el sistema se haría totalitario. Dicho de otro modo, la salud de la sociedad postula una dosis juiciosa de no-derecho (Jestaz Philippe, El Derecho. Editorial Jurídica de Chile. 1966, pág. 83) Es por ello que, tanto el momento en que ocurre la concepción así como los efectos que produce en el organismo humano una píldora con determinados componentes químicos como de la que se trata en estos antecedentes, asunto respecto del cual no hay un veredicto científico indubitado, no puede ser resuelto por una sentencia emanada del órgano jurisdiccional, pues en tal caso se estaría reemplazando o arbitrando la verdad científica o la reflexión filosófica, lo que no es de su incumbencia, sino que materia que compete a otros órganos del Estado y de la sociedad... (S. C.A. de Santiago Rol N° 4200-03 de 10 de diciembre de 2004).

La ironía es que jueces “burócratas” desarrollan una argumentación propia de jueces constitucionales, cuando el conflicto tiene extremos fácticos que ameritan probanzas y una sentencia fundada.

4. Un Tribunal Constitucional “deferente”

El Tribunal Constitucional deber ser “deferente” con los poderes públicos, en especial los que poseen legitimidad democrática y la dirección po-

lítica del Estado, como el gobierno y el Congreso Nacional en un régimen presidencialista.

Un ejemplo de esta deferencia es la sólida presunción de legitimidad constitucional de los actos del poder en general y de la ley en particular, presunción que obliga a ejercer un control de constitucionalidad en que la declaración de inconstitucionalidad se funde en vicios de inconstitucionalidad material, formal y competencial.

Luego, la declaración de inconstitucionalidad de los actos del poder estatal (“legislador negativo”) que generalmente tiene un contenido anulatorio, expulsa las normas inconstitucionales del ordenamiento jurídico, en un efecto similar a la “derogación”. Tal declaración de inconstitucionalidad es un arma de última ratio.

Por ello debemos poner buen cuidado en no dar fácil recibo a la crítica de la deferencia como categoría de la “derecha” o progubernamental, por su origen o despliegue en la jurisprudencia constitucional norteamericana de los últimos veinte años. La deferencia es una actitud que aquilata en pausas hermenéuticas asiladas en un principio de corrección funcional.

La “deferencia” o “cuestiones políticas” no justiciables, como actitudes institucionales del Tribunal, son un comodín que hace posible la autolimitación o *self restraint* del Tribunal Constitucional en orden a resolver conflictos jurídicos y no erigirse en un supra poder.

El Tribunal Constitucional no es un “supra poder” o “poder del Estado”, no tiene injerencia directamente en la dirección política del Estado, se limita a ejercer un control de constitucionalidad concerniente a los “poderes” del Estado, en especial gobierno y Congreso Nacional.

5. *Tribunal Constitucional y no justiciabilidad de “cuestiones políticas”*

Resulta evidente que el Tribunal Constitucional resuelve “conflictos” políticos y por ende la naturaleza del conflicto de poder es “jurídico-política”, pero ello no significa un control de constitucionalidad sin límites.

Luego, ligado a la “deferencia” del Tribunal Constitucional con los poderes públicos, el control de constitucionalidad no puede sustituir al control político y al control social del poder, por lo que excluye o limita severamente la posibilidad de emitir juicios de mérito, oportunidad o conveniencia.

El control de constitucionalidad es inidóneo (en cuanto control objetivado desenvuelto en un proceso) por definición para enjuiciar la constitucionalidad de las “cuestiones políticas”. Una manifestación ejemplar de cómo opera la no justiciabilidad de las “cuestiones políticas” es limitar el

control de constitucionalidad de la reforma constitucional a la constitucionalidad de forma, y no a la constitucionalidad material y competencial.

Tal limitación del Tribunal Constitucional nos pone a salvo del desvarío de hacer justiciables supuestos límites externos e internos (materiales) a la soberanía popular y al principio democrático, expresado en el Poder Constituyente.

Además, la no justiciabilidad de las “cuestiones políticas” guarda relación con una suerte de autolimitación del Tribunal Constitucional, fruto de la ponderación anticipada de los efectos político-institucionales perniciosos o disfuncionales con el sistema político, para lo cual el recurso a la “prudencia” no es sino un efectivo recurso retórico.

Más bien la autolimitación del Tribunal Constitucional debe responder al civismo, y al autorreconocimiento del Tribunal como órgano jurisdiccional y no político, que ejerce su potestad en un proceso y cuyas decisiones son sentencias o resoluciones, y, por ende, la aceptación de los límites del control de constitucionalidad como control jurídico o judicial.

En último término de la relación política-justicia, las dos caras de la moneda son lo mismo: la politización de la Judicatura Constitucional o la judicialización de lo político es el principio del fin de su establecimiento, y está en abierta oposición con el lugar que un Tribunal Constitucional tiene en el Estado que se organiza como una república democrática.

6. *Tribunal Constitucional y tipos de control de constitucionalidad*

La judicatura constitucional actualiza el derecho de la Constitución al conflicto, heterocomponiendo el conflicto a través de sus sentencias, las que están revestidas de cosa juzgada y cualificados efectos temporales y personales. Este derecho de la Constitución no debe conducirnos a una desviación metodológica que hemos denominado “fetichismo constitucional”, que transforma a la Constitución en un demiurgo normativo acicateado por la constitucionalización del derecho.

El Tribunal Constitucional ejerce un control de constitucionalidad (control jurídico ejercido por un órgano no político, sino por un tribunal colegiado, sometido a reglas y estándares que exigen fundar racional y positivamente sus decisiones) en los procesos de constitucionalidad, abstracto y concreto, sin que pueda en estos controles incursionar en cuestiones de hecho, reservada a conflictos del orden temporal encomendados a los tribunales creados por ley que integran el Poder Judicial (artículo 76).

El Tribunal Constitucional tiene un enorme poder como “legislador negativo” en el proceso de constitucionalidad y control abstracto, pero es un tribunal “menesteroso” (F. Rubio Llorente, 1993), carente de imperio. De la anotada menesterosidad del Tribunal nace la necesidad de que sus sentencias hagan doctrina jurisprudencial y sirvan de precedentes para el mismo órgano, así como para los demás tribunales de la nación.¹⁶

Al mismo tiempo, el control de constitucionalidad expresado en sentencias debe poner especial cuidado en técnicas que transformen al Tribunal Constitucional de “legislador negativo” a “legislador positivo”; siendo un límite a no cruzar el empleo de la técnica de la interpretación conforme con la Constitución, con la finalidad de salvar la constitucionalidad del acto del poder político estatal enjuiciado.

El control concreto de constitucionalidad permite establecer un nexo funcional entre el Tribunal Constitucional y los demás órdenes jurisdiccionales.

Luego, el indirecto efecto “revocatorio” o “casatorio” o “supercasatorio” de las sentencias del Tribunal Constitucional queda entregado a tribunales que integran el Poder Judicial o la Justicia Electoral, llamados a aplicar a los conflictos el derecho material (objetivo o subjetivo). Lo propio ocurre con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la interpretación que los tribunales y demás órganos del Estado hagan de la Constitución.

7. Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional de derecho

El Tribunal Constitucional no es un tribunal político o arbitral moderador del balance de poder, ni un tribunal de la justicia del cadí sin competencia tasada y sin derecho adjetivo y sustantivo, ni un tribunal del “Santo Oficio” inquisitorial de un máximo ético jurídico de una sociedad.

Nuevamente la separación derecho-moral es clave como conquista de la modernidad y de la cultura jurídica.

Lo que es más importante, el Tribunal Constitucional no es un “jurado” en que los jueces constitucionales fallan en conciencia o según libre convicción con aderezos jurídicos, es un tribunal colegiado, letrado especializado y sometido a pautas o hábitos hermenéuticos sólidos.

El Tribunal Constitucional es un tribunal de derecho, cuya competencia tasada es desplegada en un proceso y resultado del ejercicio de acciones

¹⁶ Rubio Llorente, F., *La forma del poder (Estudio sobre la Constitución)*, Madrid, CEC, 1993.

constitucionales, nunca actuando de oficio; salvo en el tránsito del control concreto al control abstracto.

La Constitución no es la positivación de un sistema material-objetivo de valores, de una “filosofía perenne” o “moral objetiva”, sino la positivación histórico-temporal abierta de valores y principios, de suyo plurisignificativos, con un techo ideológico abierto.

Una tiranía valórica judicial es “insostenible” (juicio en que coinciden paradójicamente tanto C. Schmitt como H. Kelsen), inadmisibles en una sociedad democrática y plural que descansa en la afirmación de las libertades negativas y positivas de las personas.¹⁷

Una expresión del sistema material de valores es una concepción naturalista o metafísica de los derechos fundamentales afincada en el artículo 5o., inciso segundo, de la Constitución y en el pasado (originalismo); lo que contrasta con la evidente modernidad y positividad de los derechos fundamentales, como enunciados normativos de expectativas o necesidades individuales y sociales conectadas a caros valores del humanismo moderno y recepcionadas por el Poder Constituyente en normas iusfundamentales con niveles de garantía no uniforme. Un ejemplo es la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional que acepta una modalidad de “bloque constitucional de derechos”, por infracción del artículo 5o., inciso 2, de la Constitución.

Con esta doctrina jurisprudencial, acorde al activismo dominante, el Tribunal Constitucional hace tabula rasa de que los derechos fundamentales tienen como única fuente la Constitución y la vinculación de los poderes públicos es compleja. Efectivamente los derechos fundamentales en su positividad —normas de conducta— pueden asumir la forma de reglas y normas de principio, que operan como reglas de competencia positiva y más usualmente negativa, fijando directrices a los poderes públicos, sin mayor densidad normativa de contenido, llamadas a ser cumplidas en distinto grado (nivel de justiciabilidad) y confiriéndole al legislador un importante margen de desarrollo normativo infraconstitucional. Pues bien, también se usa también la distinción reglas-principios para degradar la protección constitucional de derechos económicos, sociales y culturales frente a los derechos “verdaderos” (derechos civiles, en especial los de contenido patrimonial) o directamente para negar su entidad de derechos.

Colofón del tratamiento de los derechos fundamentales como reflejo de un sistema material de valores es la afirmación de una dimensión subjetiva

¹⁷ Kelsen, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995; *Esencia y valor de la democracia*, trad. de R. Luengo T. y Luis Legaz, Barcelona, Labor, 1977 y Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, cit.

y una objetiva de éstos, que permite la irradiación de los derechos en las tres funciones tradicionales del poder del Estado: los bienes jurídico constitucionales adquieren una entidad objetiva y propia frente al legislador, vincula a la actuación del gobierno y de la administración, y también vincula la interpretación y aplicación judicial del derecho material.

La mentada irradiación y constitucionalización del derecho, sin los debidos matices, refuerza esta disposición metodológica que hemos denominado “fetichismo constitucional” y el escoramiento (neo) iusnaturalista, y también contribuye a cuestionar la primariedad de la ley como fuente formal del derecho e instrumento idóneo para el desarrollo infraconstitucional de los derechos fundamentales.

8. El Tribunal Constitucional es pieza clave del balance de poder

El Tribunal Constitucional por carecer de legitimidad democrática debe deferencia a los poderes públicos democráticos, y por ende, debe contribuir a la legitimidad constitucional: al *checks and balances* del sistema político institucional.

El Tribunal Constitucional no es un “poder moderador” o árbitro del sistema político institucional como se ha sostenido erradamente en nuestro medio; la democracia constitucional no conoce de un árbitro, sino solamente del autogobierno del pueblo.

La doctrina del “poder moderador” (intermediario o arbitral) de Constant y los “liberales doctrinarios” pertenece al arsenal teórico-ideológico de las monarquías limitadas del siglo XIX post Santa Alianza que intentan conciliar el principio monárquico y el principio democrático-burgués y al arsenal más contemporáneo de las autocracias como lo demuestra Schmitt al depositar la guarda de la Constitución en el presidente primero y en el canciller del Reich alemán más tarde, “fundado” en el artículo 48 de la Constitución de Weimar de 1919.

Por ello, en clave democrático-republicana se hace urgente reformar la Constitución y la ley orgánica del Tribunal Constitucional para hacer responsables jurídicamente, aunque limitadamente, a los jueces constitucionales que integran el órgano del poder que ejercen.

En las antípodas de un Tribunal Constitucional deferente y autolimitado, que reconoce su precaria legitimidad y tasa su competencia en función del balance de poder, hay que desarrollar un activismo judicial basado en un modelo de “juez constitucional” comprometido con la democracia constitucional y sus valores o filosofía perennes (derecho natural), un juez-

tribunal de reciedumbre hercúlea frente a los conflictos y las presiones. Tal “juez constitucional” no existe, es una mera construcción ideológica para enmascarar un activismo judicial valórico bajo el pretexto de defender la Constitución y sus “valores”.

9. *El Tribunal Constitucional es parte basal de una decisión básica acerca de la forma de Estado: una República democrática, y no sólo pieza del moderno Estado del derecho*

El Tribunal Constitucional debe tener un lugar en el orden republicano democrático, no sólo debe ser responsable por la vía de someter sus decisiones a estándares político-constitucionales, dogmáticos y hermenéuticos sólidos y aceptados, sino debe estar sometido a un sistemático control social y político.

Con motivo del estudio en el Congreso Nacional de la “ley adecuatoria” a la reforma constitucional de la ley orgánica del tribunal Constitucional (Ley núm. 17.997), se perdió una oportunidad para incorporar algunas ideas acerca de la inserción de esta Judicatura en el cuadro institucional; *verbi gratia* informar al Congreso Nacional una vez al año acerca del balance (cuenta pública) de su labor institucional, así como informar efectivamente a la sociedad toda de su labor. Sin perjuicio de ello, en la perspectiva de *lege ferenda* la ley orgánica debería prever un nexo institucional permanente del Congreso Nacional y sus comisiones (Comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Nacionalidad, Ciudadanía y Derechos Humanos) con el Tribunal Constitucional, como ocurre con otras instituciones contramayoritarias y autónomas como el Banco Central.

En efecto, la citada “ley adecuatoria” (Ley núm. 20.381), ley de reforma de la ley orgánica de la Judicatura Constitucional centra su preceptiva en los procedimientos y adecuaciones a la reforma constitucional de 2005, más preceptiva acerca de materias de personal y remuneraciones, cuando resulta toral abordar el estatuto de los jueces constitucionales actualizando sus prohibiciones y régimen de inhabilidades, posibilitando promover las incidencias en éstas a las partes, precisamente a la luz del control concreto de constitucionalidad, que por definición concierne a los extremos fácticos de la “gestión” que le sirve de hipótesis o presupuesto procesal.

También en materia de estatuto de los jueces constitucionales, con sujeción a las normas iusfundamentales acerca del nombramiento de éstos, se pueden fijar reglas de procedimiento que permitan dotar de transparencia a la decisión y contribuir a asegurar la especialidad letrada, e incluso se puede

abrir este procedimiento a un mecanismo de audiencias públicas para que asociaciones científicas, asociaciones gremiales, universidades y organismos no gubernamentales puedan dar su opinión acerca de las nominaciones o propuestas de candidatos a integrar el Tribunal Constitucional. Ello permite corregir los claroscuros de la votación de la Corte Suprema, los claroscuros de la negociación parlamentaria y la oscuridad del nombramiento presidencial, según las reglas del artículo 92 de la Constitución.

Un símil a este mecanismo de publicidad, transparencia y mérito se produce con la suerte de *hearings* o audiciones abiertas a instituciones y sociedad civil, que hoy se emplea con motivo del derecho de confirmación senatorial de nominaciones de ministros y fiscales judiciales de la Corte Suprema y de Fiscal Nacional, o de directores del Banco Central (artículo 53 núms. 5 y 9).

En otro orden de materias se hace necesario establecer un completo sistema de implicancias y prohibiciones enjuiciables para los jueces constitucionales.

10. *El Tribunal Constitucional es el custodio e intérprete supremo de la Constitución*

El Tribunal Constitucional debe ser el “custodio” o guardián de una Constitución democrática y supremo, aunque no único ni exclusivo, intérprete de la Constitución; poniendo en la “lectura” de las normas iusfundamentales de relieve el valor democratizador y de apertura ideológica de las 17 reformas a la Carta desde 1989 a 2005, y por ende no ser guardián de una Constitución otorgada, autoritaria y neoliberal como la de 1980.

El anclaje hermenéutico de la Constitución en el pasado no es neutro, no sólo es inconsistente con las reglas hermenéuticas decantadas por la doctrina y jurisprudencia, sino que permite anclar a la judicatura constitucional en una interpretación originalista (sea en clave “textualista” o “intencionalista”) que edifica una inexistente historia fidedigna de la Constitución, transformando la opinión de los juristas de época (como el archicitado J. Guzmán E.), adictos al autoritarismo, en una suerte de sucedáneo de las “tablas de la ley”, de autorizada opinión de los “quirites” o de los “juristas imperiales”.¹⁸

El mencionado anclaje en el pasado y en el originalismo va de la mano de la mano de un iusnaturalismo o neoiusnaturalismo, que adopta la apariencia de una lectura de la Constitución desde su “filosofía” o “doctrina”, desde sus valores y principios, es decir, el sustrato ideológico autoritario y neoliberal.

¹⁸ Hart Ely, J., *Democracy and Distrust...*, cit.

Otro desvarío en la lectura de la Constitución, con propósitos garantistas, es aquel que pretende insuflar la Constitución formal de una materia iusfundamental denominada “bloque constitucional de derechos” al asilo del artículo 5o., inciso segundo, de la Constitución, pretendiendo así que el Tribunal Constitucional se erija en un tribunal de amparo de derechos fundamentales y derechos humanos establecidos en tratados internacionales ratificados y vigentes, ensanchando el derecho de la Constitución casi sin límites, y de este modo quebrando definitivamente el sistema de fuentes del derecho, la primariedad de la ley y el principio democrático.

11. *Teoría y práctica del constitucionalismo democrático y social para una Constitución del siglo XXI y una jurisdicción constitucional orgánica y de la libertad*

El Tribunal Constitucional, desde una Constitución abierta en su techo ideológico, debe admitir también una lectura de la Constitución democrática, progresiva y evolutiva y de cara a las instituciones y la sociedad.

La teoría y práctica del constitucionalismo democrático y social debe hacer un aporte a una lectura abierta de la Constitución desde el Tribunal Constitucional y desde la “sociedad abierta de los intérpretes” de la Constitución, una suerte de pluralismo constitucional.¹⁹ Un aporte del constitucionalismo democrático y social, que con rigor teórico-metodológico no renuncie a la crítica y al análisis prospectivo, no claudique frente a la condena en orden a que el conocimiento llega tarde a la realidad, cuando “el búho de Minerva sólo alza su vuelo en el ocaso” (Hegel); un aporte de esta variante del constitucionalismo capaz de sostener una práctica a partir de una buena teoría.

El constitucionalismo democrático y social debe rescatar del republicanismo democrático la edificación de una democracia constitucional basada efectivamente en el ideal de autogobierno del pueblo, y los derechos fundamentales (todos contramayoritarios) deben reforzar la autonomía de individuos libres e iguales, únicos que pueden ser ciudadanos plenos en una sociedad política moderna. El ideal de autogobierno aleja al Estado de un simple sistema de dominación política que monopoliza la fuerza legítima, expresión alienada de la forma política, y permite abrir caminos a la política democrática, no subordinándola a la economía, y somete a los partidos a un régimen de competencia pluralista por el voto popular, obligándolos a

¹⁹ Haberle, P., *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, IVAP, 1996; Breyer, S., *Active Liberty. Interpreting Our democratic Constitution*, USA, Alfred A. Knopf, 2005.

mejorar la calidad de la política y al personal profesional de la política. Ello permite reivindicar la política democrática para los cambios y emplear al Estado como un actor y promotor del bienestar social proveyendo o asegurando bienes-servicios públicos.

Dos peligros reales soporta la democracia constitucional, al incrustar una institución contramayoritaria con la misión de custodiar la Constitución (y sus contenidos contramayoritarios): el peligro de la “tiranía de los valores” a cargo de una aristocracia togada o el peligro del “gobierno de los jueces”. No hay que olvidar que la tiranía de las mayorías que se quiere corregir con instituciones contramayoritarias y se amolda a una democracia plural hoy abierta a la protección de las minorías, tiene un origen histórico muy preciso de salvaguarda de intereses de clase en la democracia norteamericana.²⁰

El peligro de la “tiranía de los valores” por la casta de los jueces se amortigua en su vinculación a la Constitución, a la integración plural y de excelencia del Tribunal Constitucional, a su autolimitación y a la sujeción a los estándares del control jurídico.

El peligro del “gobierno de los jueces” o del Estado judicial de derecho es un peligro real, más allá de la epocal literatura gala de entreguerras (E. Lambert, 1921) acerca del Tribunal Supremo norteamericano y la legislación del New Deal de Roosevelt, que tanto pesó en Francia en materia de control de constitucionalidad en el periodo de entreguerras y posguerra y también en el resto de Europa, todo lo que contribuyó a preferir el modelo kelseniano de Tribunal Constitucional.²¹

Este “gobierno de los jueces” también puede ser resultado de un sistema político disfuncional o de una deficiente clase política, que pretende soluciones judiciales a problemas políticos. El peligro del “gobierno de los jueces” se amortigua con la deferencia frente a los poderes públicos y con el comodín de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas.

Finalmente, cabe anotar que el modelo kelseniano resulta más apropiado para los sistemas jurídicos de origen románico-germánico o de codificación,²² por lo que la convergencia de modelos (concentrado-difuso) que se observa comparadamente, debe salvar a favor un sistema de monopolio del contencioso constitucional. Ello a pesar o a riesgo de que el control

²⁰ Ross, A., *¿Por qué democracia?*, trad. de R. J. Vernengo, Madrid, CEC, 1989.

²¹ Favoreu, L., *Los tribunales constitucionales*, trad. de V. Villacampa, Barcelona, Ariel, 1988 y Rousseau, D., *La justicia constitucional en Europa*, trad. de I. Ortiz Pica, Madrid, CEP, 2002.

²² Cappelletti, M., *La justicia constitucional...*, cit.

concreto de constitucionalidad o con mayor razón el amparo constitucional extraordinario, contamine a la judicatura constitucional con los intereses y extremos fácticos del juicio o “gestión” seguido ante los jueces del fondo, como bien anotaba críticamente P. Calamandrei al comentar la “cuestión de inconstitucionalidad” italiana.²³

Con todo, la convergencia de modelos y el influjo de ésta en la configuración de nuestro sistema de jurisdicción constitucional es una realidad que nos exige cuidar la posición del Tribunal Constitucional en el Estado y en el balance de poder.

En último término en la posición del Tribunal Constitucional en el balance de poder y en los espacios públicos para la política, se juega si nuestra democracia constitucional va a más o menos democracia. Esto significa que la democracia constitucional no se define por su sistema de jurisdicción constitucional (más aún algunas sólidas y viejas democracias no poseen tal sistema), sino que tal sistema define los límites de la democracia constitucional.

III. CONCLUSIONES. *QUO VADIS* DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL AL ACTIVISMO JUDICIAL

Como decíamos al abrir esta ponencia, la contemporánea defensa de un paradigma de democracia material o sustancial denominada democracia constitucional por el ilustre maestro italiano Luigi Ferrajoli, en debate con su maestro Norberto Bobbio, es un botón de muestra o pretexto para dar cuenta de las paradojas envueltas en la pregunta acerca de cuánta democracia soporta la Constitución. Este paradigma, defendido por Ferrajoli, a pesar de su definición positivista, tiene un fuerte componente ideológico y le asigna un desmesurado rol a los jueces, abriendo paso a un activismo judicial, y a la negación o tensión con el principio democrático, reflejo en último término de una paradójica desconfianza de izquierdas en la soberanía popular.

Ferrajoli nos recuerda en una obra reciente: “En el sentido común la democracia se concibe habitualmente, según el significado etimológico de la palabra, como el poder del pueblo y asumir las decisiones públicas, directamente o a través de representantes. Esta noción de democracia puede llamarse *formal* o *procedimental*, dado que identifica la democracia atendiendo exclusivamente a las *formas* y los *procedimientos* idóneos para legitimar

²³ Calamandrei, P., *Derecho procesal civil*, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1973, t. 3.

las decisiones como expresión, directa o indirecta, de la voluntad popular. Porque, en otras palabras, la identifica a tenor del *quién* (el pueblo o sus representantes) y *cómo* de las decisiones (de sufragio universal y la regla de la mayoría), con independencia de sus contenidos, es decir, del *qué* se decide. Por lo demás, esta tesis es también compartida por la mayor parte de los teóricos de la democracia.

La tesis que voy a sostener —dice Ferrajoli— es que esta noción formal de democracia expresa un rasgo ciertamente necesario —una *conditio sine qua non*— en ausencia de la cual no cabe hablar de democracia, pero no una condición suficiente para identificar todos los elementos cuya presencia permite calificar a un sistema político de “democrático” y, especialmente, de “democracia constitucional”. Por dos razones, correspondientes a otras tantas aporías, que exigen la integración de los rasgos formales de la democracia con límites y vínculos *sustanciales* o de *contenido*, es decir, relativos al *qué* no es lícito decidir o no decidir, como son los impuestos en las Constituciones actuales por los derechos fundamentales que las mismas establecen.

En primer lugar, esa noción se puede valer para definir la dimensión *política* o *formal* de la democracia, no permite dar cuenta de las actuales democracias constitucionales, que no entrarían en tal concepto, ya que en ellas el respaldo popular ya no es suficiente para legitimar cualquier decisión la misma carece por ello de alcance empírico y de la capacidad explicativa. En efecto, en virtud del cambio de paradigma generado por el constitucionalismo rígido en la estructura de las democracias, también los poderes legislativos y los de gobierno están jurídicamente limitados, no sólo en relación con las *formas*, sino igualmente en lo relativo a la sustancia de su ejercicio. Estos límites y estos vínculos son impuestos a tales poderes por lo derechos constitucionalmente establecidos, que se identifican con lo que se puede llamar la esfera de lo indecible: la esfera de lo *no decidible* que integrada por los derechos de libertad, que prohíben como inválidas las decisiones que los contradicen, y la esfera de lo *no decidible que no*, formada por los derechos sociales, que imponen como debidas las decisiones dirigidas a satisfacerlos. Por consiguiente, ya que estos límites y vínculos de contenido contradicen la noción puramente política de la democracia, basada en reglas exclusivamente formales que hacen posible la virtual omnipotencia de las mayorías, habremos de admitir que, de atenernos a tal noción, las actuales democracias constitucionales no son democracias.

En segundo lugar, esa noción puramente formal ignora el nexo conceptual que liga la democracia política y todos los derechos constitucionalmente estipulados que operan como límites o vínculos de contenido a la voluntad de las mayorías, que de otro modo sería absoluta. Es por lo que ta-

les derechos conforman la *dimensión constitucional* de la democracia, que, con una expresión gastada por los USIS ideológicos de que ha sido objeto, *puede* muy bien llamarse *sustancial*, en cuanto referida a la *sustancia*, es decir, al *qué* prohíben u obligan a decidir las Constituciones. Se trata de un doble nexo. Por una parte, el ejercicio consciente e informado de los derechos políticos supone la garantía de los clásicos derechos de libertad —de expresión, de información de asociación y de reunión— y también de los derechos sociales, como los de la salud y la educación. Por otra, en ausencia de cualquier límite sustancial relativo a los contenidos de las decisiones legítimas, una democracia *no puede* —o, cuando menos, *puede no*— *sobrevivir* al ser siempre posible en principio la supresión por mayoría, con métodos democráticos, de los métodos democráticos mismos: no sólo los derechos de libertad y los derechos sociales, sino también los propios derechos políticos, el pluralismo, la separación de poderes, la representación, en suma, todo el sistema de reglas en que consiste la democracia política. No es hipótesis de escuela: en el siglo pasado, fascismo y nazismo se apoderaron del poder por vías legales y luego se lo entregaron “democrática” y trágicamente a un jefe que suprimió la democracia.²⁴

En este enfoque de democracia sustancial-democracia constitucional, la Constitución y sus custodios pretenden encadenar a la democracia. Ferrajoli en su enfoque reduce el concepto mínimo de democracia de Bobbio a puras reglas de procedimiento, y su rechazo a las reglas desprovistas de sustancia o a la apelación a la soberanía está lastrada inocultablemente por la difícil experiencia italiana reciente en la era Berlusconi, régimen caracterizado por una indisimulada hostilidad a la Constitución de la república de la posguerra obra de la cultura de la resistencia antifascista. La defensa de la democracia constitucional de Ferrajoli está fuertemente influida por su contexto histórico político, desde Tangentopoli hasta hoy.

Sin embargo, la democracia constitucional-sustancial termina confiando en los jueces, letrados, abogados y profesores, como lo hace el neoconstitucionalismo contemporáneo, la defensa de la Constitución y del sistema democrático, aún a costa del régimen político diseñado y al esquema de poderes instituido. Tal confianza, de *more* itálico, en la aristocracia togada, es reflejo de un elitismo epistemológico y negación de los resultados decisivos del proceso político democrático, de la deliberación pública y de la participación política de la ciudadanía.

²⁴ Ferrajoli, L., *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 27-30 (3 volúmenes, en especial t. 1 “Teoría del derecho” y t. 2 “Teoría de la democracia”).

Con todo, el garantismo no debería ser una excusa teórico-metodológica para acoplar la democracia constitucional a la suerte de sus guardianes togados, pretiriendo al pueblo, al proceso político y a las instituciones representativas y participativas.

En el caso de Chile la aristocracia togada (Tribunal Constitucional) a través de su jurisprudencia y toma de posición neoiusnaturalista busca reducir el campo de la política democrática, y se erige en un buen caleidoscopio de ejemplos acerca de los peligros que el control judicial de la política puede representar para el sistema político democrático.

EL CONTROL JUDICIAL DE LAS POLÍTICAS SOCIALES

Lucas S. GROSMAÑ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El costo de los derechos (y su relevancia para los jueces)*. III. *Contra la tentación redistributiva*. IV. *Ante la escasez*. V. *Ningún derecho es absoluto (ni siquiera la salud)*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

En sistemas como el argentino, la Constitución impone límites a las decisiones de los poderes elegidos democráticamente. Estos límites se efectivizan a través de las eventuales declaraciones de inconstitucionalidad dictadas por jueces en casos concretos. No parece discutible que este sistema indefectiblemente generará algún nivel de estrés institucional, en particular porque el contenido de la Constitución no es obvio ni transparente y, por ende, distintos órganos del Estado pueden interpretarlo de manera diferente.

Este estrés puede ser especialmente agudo en los casos concernientes a derechos sociales, tales como el derecho a la salud, educación, vivienda, seguridad social o alimentación. Los poderes democráticos deciden en qué medida satisfacer las necesidades sociales a través de una serie de actos que van desde el diseño general del presupuesto hasta su ejecución en casos concretos. Al adoptar estas decisiones, nuestros gobernantes eligen priorizar ciertas necesidades sobre otras y, por ende, dejan algunas carencias sociales sin recursos públicos que las remedien. Podemos estar más o menos de acuerdo con alguna asignación en particular, y los poderes políticos podrán ser más o menos conscientes de sus precisas implicaciones en situaciones concretas, pero resulta innegable que las decisiones involucradas son, en un sentido relevante, democráticas.

Ahora bien, cabe preguntarse si tales decisiones están sujetas al control judicial, y si lo están, en qué medida. En este sentido, ¿podría un juez obli-

* Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Andrés, Buenos Aires, Argentina.

gar al Estado a gastar recursos de una manera distinta a la que democráticamente han elegido sus poderes políticos? Cabe recordar que no es otra cosa lo que la justiciabilidad de los derechos sociales implica. Si sostenemos que un juez está habilitado para decidir, en un caso concreto, que el derecho constitucional a la salud exige que el Estado gaste dinero allí donde no lo planeaba gastar —por ejemplo, que cubra un tratamiento médico no previsto en el presupuesto del área—, ello implica que ese juez tiene la potestad de decidir cómo se deben gastar los recursos públicos.

Por esta razón, Carlos Nino era reacio a aceptar la justiciabilidad de los derechos sociales. Según Nino:¹

Si “ejecutividad” [de los derechos sociales] quiere decir control judicial de constitucionalidad, incluso por omisión, esto llevaría a un inmenso desplazamiento de facultades de los órganos democráticos a los jueces; un juez... podría perfectamente torcer las conclusiones a que se ha llegado en el proceso político democrático acerca de la política social y económica preferible, acerca de la distribución de recursos y de los mecanismos e instituciones para proceder a esa distribución, ordenando que el gobierno proceda a tal o cual prestación.

En alguna medida, esta preocupación de Nino es no sólo cronológica sino conceptualmente previa a la reforma de 1994. En un sistema en el cual los jueces tienen la facultad —más aún, el deber— de controlar la constitucionalidad de las leyes, la incorporación de nuevos derechos en la Constitución implica la expansión del poder de los jueces a cuestiones que antes excedían su competencia. Cuando el “nuevo” derecho en cuestión se vincula con políticas sociales, esta expansión del poder de los jueces trae aparejada una correlativa reducción del poder del Congreso y del presidente, que son quienes tradicionalmente se encargan del diseño y la implementación de tales políticas.

En este sentido, el reconocimiento de los derechos sociales como derechos constitucionales —un fenómeno que ha caracterizado las reformas constitucionales recientes en buena parte del mundo, no sólo en Argentina— debe entenderse como una transferencia de poder desde los poderes políticos hacia el Poder Judicial. Cuestiones tales como el acceso a una vivienda digna o a un servicio de salud razonable, que antes se consideraban

¹ En la misma línea de Nino, Sunstein desaconsejaba a las nuevas democracias de Europa Oriental que incluyeran derechos sociales en sus Constituciones. Cabe señalar, sin embargo, que Sunstein más adelante reconsideró al menos parcialmente esta posición. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 687 y 688.

eminentemente políticas —es decir, libradas al juicio y arbitrio de los poderes políticos— han pasado a ser un deber estatal ejecutable judicialmente.

Puede decirse, en consecuencia, que la institución del control constitucional de las leyes por parte de los jueces tiene hoy una extensión que no tenía en sus inicios.² El argumento de Nino puede poner en duda la conveniencia de incluir derechos sociales en la Constitución, pero no, en principio, la justiciabilidad de estos derechos una vez que han adquirido estatus constitucional.

Sin embargo, sería un grave error ignorar que la justiciabilidad de los derechos sociales impone a los jueces desafíos particulares, distintos de los que habitualmente enfrentan. Estos desafíos se derivan de la particular conexión que existe entre los derechos sociales y la escasez de recursos.

II. EL COSTO DE LOS DERECHOS (Y SU RELEVANCIA PARA LOS JUECES)

Todos los derechos son caros: todos dependen de partidas presupuestarias para hacerse efectivos. Sin presupuesto que financie un cuerpo de policías eficiente, de nada vale que se reconozca el derecho a la propiedad, a la integridad física o a la vida. Sin un sistema judicial adecuadamente dotado de fondos, ningún derecho valdrá más que el papel en el que está escrito. Sin los millones de pesos que cuesta cada elección, el derecho a elegir y ser elegido sería meramente nominal.³

En este punto, derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos sociales,⁴ por el otro, no parecen ser diferentes. Hacen falta recursos para otorgar vivienda digna o salud pública, pero también para que la ciudadanía vote, goce de su propiedad o pueda caminar por la calle sin ser asesinada por los más fuertes, numerosos o decididos. Éste ha sido precisamente el argumento que los defensores de los derechos sociales, como Van Hoof,⁵ Eide⁶

² Saba, Roberto, “Las decisiones constitucionales de Ulises. Acerca de las dificultades para la construcción colectiva de una práctica constitucional”, en varios autores, *Los límites de la democracia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

³ Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, Nueva York-Londres, W. W. Norton & Company, 1999.

⁴ Usaré el término “derechos sociales” para referirme de manera general a los derechos económicos, sociales y culturales.

⁵ Van Hoof, Godefridus J. H., “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views”, en Alston, P. y Tomasevski, K. (eds.), *The Right to Food*, Utrecht, 1984.

⁶ Eide, Asbjorn, “The International Human Rights System”, en Eide, Asbjorn *et al.* (eds.), *Food as a Human Right*, Tokio, The United Nations University, 1984.

y Abramovich y Courtis⁷ han esgrimido para resistir los embates de quienes insistían en que estos derechos resultaban meramente programáticos y, por ende, no justiciables.⁸

Sin embargo, que todos los derechos necesiten de fondos no significa que los jueces siempre deban enfrentar la cuestión de la escasez de recursos de igual manera. En efecto, por más costosos que sean los derechos civiles y políticos, ellos en general no enfrentan a los jueces a problemas de escasez, ya que la cuestión presupuestaria no es relevante para la decisión del pleito. En cambio, en un típico caso de derechos sociales, la cuestión presupuestaria es precisamente el punto por decidir. Por ejemplo, si una persona exige que el sistema público de salud cubra un tratamiento particularmente costoso que no está en el presupuesto del área respectiva, para decidir el caso el juez no puede evitar pronunciarse, implícita o explícitamente, sobre la constitucionalidad o legalidad de tal asignación presupuestaria.

Esto, claro está, no se aplica a todos los casos concernientes a derechos sociales. En algunos casos, el problema que enfrenta el juez no se vincula con cómo se asignaron los recursos presupuestarios, sino que es de otra índole. Así, si el Estado omite prestar un servicio médico a una persona por negligencia, el problema no es que el sistema de salud no tenga recursos, sino que se les usó mal. En tal caso, el juez no necesita introducirse en la cuestión presupuestaria para concluir que los derechos de la persona en cuestión han sido violados. Del mismo modo, si no fue por negligencia sino por discriminación que determinada persona fue excluida del sistema de salud, nuevamente el juez podrá condenar al Estado sin que ello implique, ni explícita ni implícitamente, juzgar el modo en que el presupuesto fue diseñado.

Para dar cuenta de la anterior distinción, he planteado⁹ que la justiciabilidad de los derechos sociales debe entenderse a partir de dos paradigmas de control judicial: el de la inclusión y el de la escasez.¹⁰ Bajo el paradigma

⁷ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

⁸ Para una versión clásica del argumento de la no justiciabilidad, véase Bossuyt, Marc, “La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels”, *Human Rights Journal*, vol. 18 4, 1975.

⁹ Grosman, Lucas, *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Buenos Aires, Librería, 2008.

¹⁰ *Idem*, en donde trato también otro paradigma de control judicial: el paradigma del abuso, que se refiere a aquellos casos en los cuales el Estado viola derechos mediante sus propios actos —tortura policial, allanamiento de domicilio, privación ilegítima de la libertad, etcétera—. Por las razones que doy allí, no creo que este paradigma sea relevante para la justiciabilidad de los derechos sociales. En todo caso, cabe señalar que en los casos propios del paradigma del abuso, la escasez nunca puede constituir una defensa válida del gobierno.

de la inclusión, que presupone la existencia de recursos suficientes para lidiar con la carencia social cuya satisfacción se reclama, lo que el juez debe analizar es si la razón por la cual el individuo no recibe el servicio que necesita —un tratamiento médico, vivienda, educación, o lo que fuere— es constitucionalmente válida. Bajo el paradigma de la escasez, en cambio, el juez enfrenta casos en los que el gobierno no ha previsto recursos presupuestarios para satisfacer la necesidad social reclamada; la pregunta, entonces, es si debió hacerlo. Supongamos, por ejemplo, que no hay presupuesto previsto para que una persona reciba el costoso tratamiento médico que necesita para vivir, ¿es esto, en sí mismo, una violación de su derecho constitucional a la salud o a la vida? Analizaré esta pregunta con más detalle más adelante. Por el momento, quiero dejar en claro que el análisis del juez deberá ser muy diferente según se trate de reclamos que involucren recursos escasos o no.

Resulta muy problemático que los jueces encaren un caso propio del paradigma de la escasez como si perteneciera al de la inclusión; es decir, que presupongan que los recursos son suficientes cuando en realidad no lo son. La consecuencia de tal equivocación es que los recursos se reasignen privilegiando el orden de llegada o la habilidad para acceder a un tribunal. Tales criterios, claro está, no son necesariamente los mejores para distribuir recursos escasos, y el juez que así actuase estaría desplazando decisiones democráticas sin aportar una justificación suficiente.

De lo anterior no debería inferirse que el juez nunca puede ordenar que se cubra una prestación no prevista presupuestariamente. Tal tesitura extrema implicaría exceptuar a una ley en particular —la de presupuesto— del control judicial de constitucionalidad. Sin embargo, lo que resulta inaceptable es que el juez se aparte del presupuesto sin dar razones suficientes al respecto, y eso es precisamente lo que ocurre si presupone que los recursos son suficientes cuando no lo son. La escasez de recursos impone una particular carga argumentativa a los tribunales; si no la cumplen, no están tratando a los poderes democráticos con la deferencia que se merecen. Del otro lado, si tratan al presupuesto como sagrado y dan por sentado que donde no hay recursos asignados, no hay derecho, es la Constitución la que no es tratada con suficiente respeto. Es entre estos dos extremos —ignorar el presupuesto o considerarlo sagrado— donde debemos hallar el punto de equilibrio propio de una democracia constitucional. Aunque no creo que haya un único modo de encontrar este punto, en la siguiente sección procuraré trazar las

Véase Grosman, Lucas, *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Buenos Aires, Librería, 2008.

coordinadas generales que los jueces deberían seguir en su tarea de hacer efectivos los derechos sociales.

III. CONTRA LA TENTACIÓN REDISTRIBUTIVA

El presupuesto asignado a la cobertura de las distintas necesidades sociales representa un juicio por parte de los poderes políticos acerca de la importancia relativa de cada necesidad. Es imposible que todos estemos de acuerdo con la particular asignación de recursos que el presupuesto representa. De hecho, muchas veces las decisiones políticas en la materia nos parecerán no sólo incorrectas, sino aberrantes, o consideraremos que algunos destinos de los fondos públicos no sólo no son prioritarios, sino que resultan prohibidos por las leyes —estoy pensando, por ejemplo, en fondos públicos destinados a financiar campañas partidarias—.

Tales juicios reprobatorios son más probables cuando tomamos conciencia de situaciones de necesidades insatisfechas. Tal vez no nos moleste especialmente, o incluso nos parezca simpático, que el gobierno dilapide cientos de millones de pesos en subsidiar el acceso a la televisión de partidos de fútbol, hasta que notamos las importantes necesidades que los fondos públicos omiten satisfacer. El costo de los recursos, bien entendido, es su costo de oportunidad: lo que dejamos de hacer, las necesidades que omitimos satisfacer por darles un destino alternativo.¹¹

Esa es precisamente la situación que enfrenta un juez en los casos vinculados con derechos sociales. En ellos, le toca lidiar con el reclamo de personas que no tienen suficiente dinero para pagar tratamientos médicos, acceder a una vivienda digna o alimentos suficientes, y le parece obvio que tales necesidades son más importantes que, por decir algo, financiar una vasta comitiva presidencial en viajes protocolares o el ya mencionado subsidio al acceso a la televisión del fútbol. En tales circunstancias, ¿cómo resistir el reclamo?

Sin embargo, tal aproximación al tema no es correcta. No es función del juez decidir cómo asignar recursos presupuestarios. Bien o mal, son los poderes políticos los encargados de hacerlo. Más aun, el solo hecho de que cuantiosos recursos se destinen a financiar emprendimientos que nos parezcan obviamente superfluos o socialmente innecesarios no nos debería

¹¹ Para ilustrar este punto de manera provocativa, mi colega Iván Reidel sugiere que las leyes (y decretos) podrían consignar el costo de oportunidad de los fondos cuya utilización disponen en términos de vidas humanas.

llevar a perder de vista que la escasez de recursos es un problema estructural, no meramente circunstancial, en los casos de derechos sociales. En efecto, incluso en los países más ricos y en los que un mayor porcentaje de los recursos públicos se gasta en fines sociales, nos encontraremos con que los recursos resultan insuficientes para cubrir la totalidad de los reclamos o necesidades sociales existentes. Esta condición de escasez estructural resulta especialmente clara en el caso de la salud, según analizaré más adelante, pero el punto es generalizable a otras necesidades sociales. Por eso, no deberíamos pensar que la escasez de recursos como circunstancia que afecta el goce de beneficios sociales es privativa de los países más pobres, corruptos o populistas; también los otros, los más ricos, solidarios e ilustrados se enfrentan a restricciones económicas y a la necesidad imperiosa de priorizar, elegir y sacrificar.

Con esta generalización no pretendo sugerir que todo es lo mismo ni que todas las sociedades deben meterse en una misma bolsa: las diferencias son de grado, pero no por eso menores, y ellas pueden ser suficientemente importantes como para determinar que un país sea decente y otro vergonzante. Pero necesitamos entender los derechos sociales y su justiciabilidad en un contexto en el que más temprano que tarde nos enfrentaremos a la escasez de recursos, y es por eso que nuestra conceptualización y ejecución de tales derechos debe ser sensible a esta circunstancia, en lugar de pretender circunvalarla so pretexto de que el Gobierno no gasta el dinero como corresponde.

Ahora bien, como dije antes, tomarse al presupuesto en serio —ser deferente con las decisiones democráticas que él refleja— y entender la escasez como una condición estructural no significa que los jueces deban rechazar automáticamente todo reclamo que exceda el presupuesto. El paradigma de la inclusión no es la única manera de hacer efectivos los derechos sociales. Dicho de otra manera, no es sólo por subejecución presupuestaria que se violan los derechos sociales. Al fin y al cabo, la ley de presupuesto no puede modificar la Constitución; es, en todo caso, una reglamentación de los derechos sociales constitucionalmente consagrados. Pero cabe preguntarse, entonces, si esa reglamentación altera el espíritu de la norma fundamental. Es esa, precisamente, la tarea de los jueces en los casos pertenecientes al paradigma de la escasez. Deben analizar si el hecho de que determinada necesidad social carezca de fondos asignados para su satisfacción constituye una violación de la Constitución. Cuando lo sea, nos encontraremos frente a la violación de un derecho social.

Si es inevitable que haya más necesidades que fondos, el mero hecho de que una necesidad resulte insatisfecha no basta para concluir que la Consti-

tución se ha visto vulnerada. Por eso, del hecho de que el Estado no solvente un costoso tratamiento médico que una persona precisa para preservar su salud no se sigue, necesariamente, que el derecho a la salud de esa persona está siendo vulnerado. El gobierno inexorablemente debe elegir qué necesidades sociales priorizará, ya que no puede satisfacerlas todas, y no es posible que esa decisión, sea cual fuere la dirección que tome, siempre viole la Constitución. Para decirlo de manera esquemática, si tengo necesidad de A y B, pero el dinero sólo me alcanza para pagar una de estas necesidades, puede ser que lo correcto (constitucional) sea elegir A, o elegir B, o que sea igualmente correcto (constitucional) elegir A o B; pero no puede ser que, elija lo que elija, siempre haga algo incorrecto (inconstitucional).

Por ende, el análisis del juez acerca de la constitucionalidad de determinada necesidad social no puede partir de la base de que la mera existencia de esa necesidad viola la Constitución. Su análisis debe ser más profundo y sofisticado; debe determinar en qué casos nos hallamos frente a necesidades suficientemente importantes desde el punto de vista de la Constitución como para que se justifique ordenar al gobierno que destine fondos a un beneficio que éste, democráticamente, prefirió postergar.

Como el anterior planteamiento sugiere, la resolución de un caso bajo el paradigma de la escasez requiere que el juez determine qué necesidades son prioritarias o impostergables según criterios constitucionales. Lo que el juez está haciendo, en definitiva, es controlar la constitucionalidad de la falta de asignación de recursos a una necesidad concreta, no analizando si tal o cual forma de distribuir el presupuesto es la mejor posible. Una cosa es considerar que determinada forma de asignar recursos es *desacertada*, y otra, muy distinta, que es *inconstitucional*. La división de poderes exige que sólo en el segundo caso el juez intervenga conminando al gobierno a prestar determinado servicio social carente de fondos presupuestarios.

IV. ANTE LA ESCASEZ

Cuando una empresa quiebra, sus recursos escasos se distribuyen ordenando jerárquicamente los distintos créditos en función de las disposiciones de la ley concursal. De esta jerarquización se sigue que algunos acreedores del fallido cobren y otros no. Podría pensarse que la escasez de recursos sociales nos plantea una situación similar: no todas las necesidades sociales pueden ser satisfechas y, en consecuencia, debemos ordenarlas jerárquicamente de acuerdo con el criterio impuesto por la Constitución; por ende, cuando el presupuesto omite satisfacer una necesidad social con rango superior a otras

que sí satisface, los jueces deben considerar que tal omisión viola la Constitución.

Este esquema “concursal”, sin embargo, no es adecuado para encarar casos de derechos sociales. En primer lugar, la Constitución no tiene nada análogo a un orden de prelación de necesidades sociales al que podamos recurrir sin más. En segundo lugar, incluso si existiera tal orden jerárquico, el juez debería conocer a la perfección no sólo el presupuesto, sino también la totalidad de las necesidades sociales que previsiblemente existirán en un año determinado. Ningún juez —de hecho, ninguna institución— estaría en posición de hacer tal análisis. Por eso, la tarea de los jueces en los casos del paradigma de la escasez no es análoga a la de un juez concursal. Las reglas que la guían no son tan precisas —se podría decir, siguiendo a Dworkin,¹² que no son reglas sino principios— y es por eso que la faz interpretativa de la función judicial cobra un papel preeminente. Más aún, el juez se mueve dentro de un marco de conocimiento limitado, y ello lo obliga, en ocasiones, a dar pasos tentativos.

Con esto en mente, creo conveniente que, para juzgar si la omisión de cubrir presupuestariamente una necesidad social contradice la Constitución, el juez apele al estándar de razonabilidad. Este estándar ha jugado un papel central en la judicialización de los derechos sociales en Sudáfrica, un país que ha sido tomado como modelo en materia de justiciabilidad de derechos sociales. La Constitución sudafricana posapartheid declara que “el Estado debe tomar medidas legislativas y de otra índole razonables para alcanzar la realización progresiva de los [derechos a la vivienda, la salud, la comida, el agua y la seguridad social]”. (Constitución de Sudáfrica, §26 y §27). El mismo estándar se aplica a la educación (*id.*, §29). A la hora de hacer efectivos estos derechos, la Corte Suprema sudafricana ha ido construyendo, a través de su jurisprudencia, el contenido de este estándar.¹³

¹² Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977.

¹³ Lo hizo, en particular, en tres casos seminales: *Soobramoney v. Minister of Health* (12 BCLR 1696, 1997), *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* (11 BCLR 1169 (CC), 2000) y *Minister of Health v. Treatment Action Campaign* (10 BCLR 1033, 2002). En *Soobramoney*, la Corte consideró razonable que un hospital público negara un tratamiento vital de diálisis a un paciente. Tal negativa resultaba de la aplicación de un criterio hospitalario tendiente a maximizar la utilización de recursos médicos escasos y de esa forma salvar la mayor cantidad de vidas posible. En *Grootboom*, la Corte emplazó al Gobierno a aliviar de manera urgente la situación de extrema precariedad habitacional de 900 personas. Según la Corte, el Estado no había cumplido con su deber de tomar medidas razonables para garantizar la realización progresiva del derecho, pero no reconoció un derecho incondicional a la vivienda, sino a que el Estado adoptara medidas razonables que protegieran a los necesitados. En *Treatment Action Campaign*, el gobierno se negaba a proveer

La experiencia sudafricana indica que el estándar de razonabilidad puede resultar de utilidad para lidiar con el tipo de dificultades y restricciones ínsitas en los casos de escasez. Por eso, creo que también en países como Argentina, los jueces deberían echar mano a este estándar a la hora de interpretar lo que cabe exigirle al Estado en materia de políticas sociales; es decir, a la hora de juzgar cuándo la omisión de satisfacer una necesidad social implica la violación de un derecho constitucional. La escasez de recursos determina que no todos los reclamos podrán ser satisfechos, que ninguna política social, por ambiciosa que sea, podrá erradicar las necesidades sociales. Le pregunta, entonces, es qué resulta razonable exigirle al Estado.

Sin embargo, el estándar de razonabilidad no es más que una cáscara vacía si no lo dotamos de contenido mediante criterios rectores. Por ello, debemos preguntarnos de qué criterios debe valerse el juez para juzgar la razonabilidad de una política social. Entiendo que la respuesta surge de la interacción de dos factores. En primer lugar, la importancia de la necesidad social en cuestión a la luz de la Constitución. En segundo lugar, el costo de satisfacer esa necesidad.

El primer factor, a su vez, comprende distintas variables. Para empezar, algunas necesidades son más intensas que otras, y por ende ameritan un esfuerzo mayor por parte del gobierno. En este sentido, no es equiparable la situación de quien necesita un tratamiento médico para no morir a la de quien lo necesita para mejorar su calidad de vida; ni la carencia habitacional de quien vive en la calle a la de quien vive en casa de un familiar. No planteo estos casos en pares para sugerir que el gobierno o el juez debería elegir entre uno y otro —no es así como se presenta la cuestión, como una alternativa entre dos o más necesidades concretas—, sino que lo hago simplemente para enfatizar que no todas las necesidades son igualmente importantes.

En otros casos, la mayor o menor importancia de la necesidad se deriva de la cantidad de personas afectadas. Por ejemplo, la provisión de una vacuna que salvaría la vida de miles de personas al año es más importante, desde esta óptica, que la de otra que sólo salvaría a unos pocos en igual lapso. Nuevamente, no planteo estas necesidades en pareja para sugerir que el gobierno debe elegir entre una u otra, ya que bien podría ser el caso que la Constitución exija que satisfaga ambas, sino para poner el acento en la diferente importancia de estas necesidades, y en consecuencia en el grado de esfuerzo que cabe demandar del gobierno en cada caso.

un medicamento que disminuía el contagio de VIH-sida madre-hijo. La Corte consideró que tal negativa resultaba irrazonable.

Una tercera cuestión para tener en cuenta a la hora de ponderar la importancia de una necesidad social es la vinculación entre ella y los ideales sociales con reconocimiento constitucional. Así, por ejemplo, a la hora de justificar la especial importancia de la educación pública, el juez Thurgood Marshall, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, destacó la estrecha conexión entre la educación y la democracia.¹⁴ En el mismo país, el constitucionalista Owen Fiss consideró que resulta inconstitucional excluir a los inmigrantes ilegales de los programas de asistencia social porque ello llevaría a profundizar una estructura social de castas, contrariamente a lo que el ideal constitucional de la igualdad —en palabras de Fiss, el principio anti-subordinación— exige.¹⁵

Como ya sostuve,¹⁶ en la Constitución argentina, un ideal constitucional que resulta fundamental a la hora de definir la razonabilidad de las políticas sociales es la igualdad estructural de oportunidades (en el texto constitucional, la igualdad *real* de oportunidades). Este ideal aspira a que los individuos efectivamente tengan posibilidades de desarrollarse social y económicamente en un plano de igualdad; es decir, que nuestra riqueza o condición social no determine de manera inexorable tales posibilidades. El papel de este ideal en la Constitución argentina es central; ella lo conecta con instituciones tan importantes como el sistema electoral (artículo 37), los impuestos (artículo 75, inciso 2), el goce de los derechos (artículo 75, inciso 23) y la educación (artículo 75, inciso 19).

El peso de esta tercera variable será mayor cuanto más importante sea el ideal en cuestión y más estrecha resulte la conexión entre la necesidad social de la que se trate y la frustración de tal ideal. Para ilustrar este punto, lo analizaré en relación con la educación. Mencione más arriba el ejemplo de la conexión entre la educación pública y la democracia, que fue analizada en el caso *San Antonio v. Rodriguez* por el juez Thurgood Marshall de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En relación con tal caso, cabe observar que, en primer lugar, la democracia es un ideal de máxima importancia en el orden constitucional estadounidense, y también lo es en el nuestro.¹⁷ En segundo lugar, la conexión entre la dificultad de acceder a una educación

¹⁴ Voto del juez Thurgood Marshall en *San Antonio v. Rodriguez*, 411 U.S. 1 (1973).

¹⁵ Fiss, Owen, *A Community of Equals. The Constitutional Protection of New Americans*, Boston, Beacon Press, 1999.

¹⁶ Grosman, Lucas, *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*, Buenos Aires, Librería, 2008.

¹⁷ Véase en especial artículos 36, 37 y 38 de la Constitución Nacional. También, los fallos de la Corte Suprema Patitó (2008), Fallos 331:1530, sobre la importancia de proteger la libertad de expresión por su conexión instrumental con la democracia, y Arenzón (1984),

pública de calidad y la frustración del ideal democrático es estrecha: el autogobierno presupone que el soberano cuente con información adecuada y capacidad de procesarla, y en esto la educación juega un rol central.

Al menos en el contexto argentino, no menos importante será el riesgo de que la falta de acceso a una educación adecuada frustre el ideal de la igualdad estructural de oportunidades antes mencionado. En efecto, a la hora de garantizar que todo individuo pueda desarrollarse y progresar socialmente sin importar el lugar donde nació, ninguna institución tendrá un impacto comparable al de la educación. Por eso, si los niños de clase baja no acceden a una educación de calidad, este ideal se verá profundamente afectado. Nuevamente, tanto la importancia del ideal involucrado como su conexión con la necesidad social analizada resultan particularmente fuertes.

Podemos advertir, en consecuencia, que si la posición económica resulta determinante para acceder a una educación de calidad al menos dos ideales constitucionales —la democracia y la igualdad estructural de oportunidades— se verían seriamente comprometidos. Más aún, estos ideales, y especialmente la igualdad estructural de oportunidades, exigen que la educación accesible sea adecuada a la luz de estándares no absolutos, sino relativos. En este sentido, cuando se evalúa la razonabilidad de una política de provisión de servicios sociales, es común que se lo haga bajo la guía de estándares mínimos. Tal criterio no sería satisfactorio en este caso. Para que la educación accesible para todos tenga un nivel constitucionalmente aceptable, debe ser comparable con aquella a la que los más ricos pueden acceder. Si no es así, como señaló Marshall en el caso ya mencionado, de poco sirve a los niños que habitan barrios pobres recibir una educación “suficiente” si los niños de barrios más ricos reciben una educación que es más que “suficiente”.

Vale la pena aclarar un par de cosas. En primer lugar, la democracia y la igualdad estructural de oportunidades exigen que el Estado garantice el acceso a una educación de calidad adecuada más allá de la condición económica, pero de manera alguna presuponen que tal acceso debe ser independiente de la capacidad intelectual del estudiante en instancias superiores de enseñanza. En otras palabras, no es éste un argumento a favor del ingreso irrestricto a la universidad, según se lo ha entendido en nuestro país —es decir, como un ingreso sin examen de aptitudes. De hecho, se me ocurre más de un contexto en el que la implicación bien podría ser precisamente la opuesta.¹⁸ En segundo lugar, tampoco debería inferirse de este argumento

Fallos 306:400, en particular el voto de Petracchi y Belluscio, sobre la aspiración de consolidar la democracia.

¹⁸ Desarrollar este punto excedería el marco de este trabajo, pero la idea es que si la

que la igualdad estructural de oportunidades o la democracia exigen que la educación de calidad competitiva sea necesariamente pública y gratuita. Lo que sí exigen es que, si no lo es, el gobierno se esfuerce por promover un sistema de ayuda financiera (público y/o privado) que garantice que el acceso a las universidades de mayor calidad no dependa de la capacidad económica del estudiante y su familia.

En definitiva, cuando la prestación de beneficios sociales se vincula estrechamente con ciertos valores centrales para el orden constitucional, su consecución demanda esfuerzos mayores. Por ende, los jueces, en tales casos, deberán ser más exigentes con el gobierno a la hora de determinar si su política social en la materia resulta razonable.

Finalmente, la cuarta variable que debemos tener en cuenta para determinar la importancia de la necesidad social se vincula con la categoría de persona que la padece. Si bien en un principio las necesidades de todos deberían contar de igual manera, no debemos descartar la posibilidad de que la Constitución priorice algunos grupos en particular. De hecho, la Constitución argentina parece especialmente preocupada por el bienestar social de los grupos más vulnerables.¹⁹

En resumen, el primer factor —esto es, la importancia de la necesidad social— depende en principio de cuatro variables: *a*) la intensidad de la necesidad; *b*) la cantidad de personas afectadas; *c*) cuán estrecha es la conexión entre la necesidad en cuestión y la frustración de ideales constitucionales, y *d*) el tipo de personas afectadas.

Cuanto más importante sea la necesidad, más deberemos exigir al Estado en su satisfacción, al punto de que ello no podrá depender de que exista una partida presupuestaria prevista a tal fin. En tales casos, los jueces deben trascender los límites presupuestarios. Al hacerlo, pueden presumir que el Estado tiene algún espacio para maniobrar, para reorganizar partidas presupuestarias, aumentar ingresos o reducir gastos. Sin embargo, este espacio de maniobra es limitado. Por ello, la presunción de “maniobrabilidad” se debilita a medida que aumenta el costo del beneficio social en cuestión. Es aquí donde entra a jugar el segundo factor, el costo de satisfacer la necesidad social. Según indiqué, ambos factores —importancia y costo de la necesidad— interactúan. Lo razonable, frente a cada caso concreto, dependerá

educación pública no es competitiva frente a cierta educación privada porque ésta involucra un examen de admisión y aquella no, tal condición contribuiría a frustrar la consecución del ideal democrático e igualitario señalado.

¹⁹ Véase artículo 75, inciso 23, que menciona expresamente a los niños, las mujeres, los ancianos y los discapacitados, y luego a los niños desamparados y las mujeres embarazadas.

del resultado de tal interacción. Por eso, el juez deberá tener el ojo puesto no sólo en la importancia de la necesidad, sino también en el costo de su satisfacción, a la hora de juzgar si la política pública en la materia es razonable o no. Cuando no lo sea, se podrá afirmar que la omisión del Estado resulta inconstitucional y que un derecho social ha sido violado.

Huelga decir que el juez no podrá dimensionar con precisión métrica cada una de las variables descritas ni habrá una única manera de resolver la tensión entre la importancia de una necesidad y su costo para determinar la razonabilidad de la política pública. Es inevitable, por ello, que el tribunal tenga un amplio margen de apreciación en estas cuestiones. Sin embargo, es importante que seamos conscientes de cuáles son los lineamientos generales que una decisión debería seguir para constituir un legítimo ejercicio del control de constitucionalidad en casos signados por la escasez. Es eso, precisamente, lo que el esquema propuesto aspira a lograr.

Sin perjuicio de ello, las particularidades de este tipo de casos necesariamente deben impactar en la forma de los remedios judiciales. En este sentido, no deberíamos esperar que los jueces pronuncien una sentencia que, de manera precisa, disponga lo que el Estado debe hacer. En muchos casos, no cabrá esperar tal exactitud, sino que los jueces deberán valerse de estándares más generales y flexibles. Más aún, en general no habrá una única política que resulte razonable exigirle al Estado, por lo cual deben ser los poderes políticos los que determinen de qué manera concreta se satisfará la necesidad en cuestión.

Obviamente, no existe una sola manera de llevar adelante este proceso. La idea general es que el juez dé el primer paso, espere que el gobierno reaccione, luego dé otro paso, y así sucesivamente. Idealmente, a cada paso el juez podrá darle más precisión a su orden. Siguiendo a Fiss,²⁰ podemos pensar en un “remedio en espiral”. Así, por ejemplo, supongamos que como primer paso el juez decide que resulta inconstitucional que el gobierno no garantice la provisión de determinado tratamiento en hospitales públicos ya que, en atención a la importancia de la necesidad involucrada y su costo, es razonable que el gobierno haga más de lo que hace. El gobierno, luego, propone determinada solución, cuya razonabilidad el juez debe evaluar, posiblemente con el aporte de expertos, de los actores, de *amici curiae* o de otros interlocutores relevantes. Así, poco a poco, irá hilando más fino hasta darle a su sentencia la forma de un remedio concreto que el gobierno deba cumplir.

Esta forma de diseñar el remedio no es muy diferente a la utilizada por la Corte Suprema argentina en casos como *Mendoza*, de 2008, relativo

²⁰ Fiss, Owen, *The Civil Rights Injunction*, Indiana, University Press, Bloomington, 1978.

al saneamiento del Riachuelo,²¹ o por la Corte Suprema colombiana en el caso de los desplazados (la famosa sentencia T-025). También se podría encuadrar en este modelo el caso *Brown v. Board of Education*, acaso el caso constitucional más famoso de nuestra era, en el que la Corte en un primer fallo²² declaró el principio aplicable (el sistema de educación “separados pero iguales” es inconstitucional) y luego, en un segundo fallo,²³ convocó a las partes a que presentaran argumentos adicionales, valiéndose un estándar vago (*with all deliberate speed*).²⁴ Por eso, podemos confiar en que si los jueces tienen claro el encuadre de fondo y las consideraciones relevantes para juzgar las políticas gubernamentales en la materia, existen procedimientos idóneos para adaptarse a las particulares circunstancias que rodean los casos de escasez.

V. NINGÚN DERECHO ES ABSOLUTO (NI SIQUIERA LA SALUD)

En nuestro país, el derecho a la salud ha sido la estrella de los derechos sociales en términos de justiciabilidad. Por ello, vale la pena dedicarle una sección específica y aplicar el esquema aquí propuesto a un puñado de casos reales.

Por lo dicho hasta aquí, no hay un derecho a la salud en abstracto; hay un derecho a que el Estado haga lo razonable para proteger la salud, donde lo razonable está determinado por la importancia de la necesidad y el costo de su satisfacción. Sin embargo, no ha sido éste el enfoque predominante en nuestros tribunales. Por el contrario, el derecho a la salud muchas veces aparece presentado como un derecho absoluto cuya efectividad no debería depender de consideraciones presupuestarias.

No es sorprendente que así sea. Resulta muy tentador pretender que, como sociedad, estamos comprometidos con lo que Dworkin²⁵ llama “el principio de rescate”. Este principio consta de dos premisas. La primera, que la vida y la salud son los bienes más importantes; que todo lo demás es menos importante y debe ser sacrificado en pos de tales bienes. La segunda, que aunque en nuestra sociedad existan diferencias de riqueza importantes, ninguna persona debería verse privada de acceder a un tratamiento médico sólo porque no puede pagarlo.

²¹ Fallos 331:1622.

²² 347 US 483.

²³ 349 US 294.

²⁴ “Con la máxima velocidad posible”.

²⁵ Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2000, p. 309.

Como dice Dworkin,²⁶ este principio sólo se puede sostener de la boca para afuera; en la práctica es totalmente inútil como guía para las políticas sanitarias. En efecto, por más importantes que sean la vida y la salud, no es verdad que su preservación siempre deba ser prioritaria en materia de gasto público. De hecho, no es así como conducimos nuestras vidas: gastamos en salud, claro está, pero no destinamos cada peso al cuidado de nuestra salud por el solo hecho de que ello tenga un impacto marginal beneficioso, en desmedro de cualquier otro uso de ese dinero. En este sentido, nadie contrata la mejor medicina prepagada, el mejor médico, el mejor hospital que pueda pagar con sus ingresos, porque si lo hiciera no tendría dinero para gastar en ninguna otra cosa. Lo que hacemos es algo distinto: destinamos una parte de nuestros ingresos a solventar gastos médicos, pero gastamos el resto en educación, vivienda, recreación, etcétera. Sin duda podríamos mejorar marginalmente el cuidado de nuestra salud gastando menos en vivienda o movilidad y más en salud, hasta el punto en el que el beneficio marginal de trasladar gasto de otras cosas a salud sea cero; pero, razonablemente, no lo hacemos; creemos que una vida plena exige que nuestro dinero se distribuya de otra manera. En definitiva, si gastáramos todo nuestro dinero en el cuidado de la salud, probablemente mejoraríamos nuestras perspectivas de vida, pero el precio que pagaríamos por ello sería el de vivir una vida que nos resultaría menos satisfactoria.

Lo mismo se aplica a la sociedad en general. Es muy discutible que gastemos en salud pública todo lo que deberíamos gastar, pero no lo es que no podríamos gastar todos los fondos públicos en salud. La salud es importante, pero eso no significa que cada peso que gastamos en otra cosa tenga mejor destino si se gasta en salud.

Tampoco podemos aspirar a que todos los individuos tengan acceso a los servicios de salud que sólo los más ricos pueden pagar, al menos en la medida en que mantengamos el sector privado de prestadores de servicios de salud.²⁷ Parece inevitable que, en un país en el que existen diferencias importantes de riqueza y un mercado de servicios de salud, no toda la población esté en condiciones de acceder a servicios de salud de igual calidad. No todos podremos atendernos en la Clínica Mayo.

Si esto es así, debemos preguntarnos qué servicios de salud debe garantizar el Estado para cumplir con el estándar de razonabilidad. En otras

²⁶ *Idem.*

²⁷ En realidad, ni siquiera en los países en los que la medicina es casi totalmente pública, como Canadá, se puede evitar que los más ricos accedan a servicios exclusivos para ellos; para eso, Canadá debería cerrar las fronteras con Estados Unidos, y esto, obviamente, sería inaceptable.

palabras: ¿cuándo un individuo tiene derecho a que el Estado financie con fondos públicos un tratamiento médico o un medicamento? La respuesta, claro está, no puede ser “siempre”.

Trataré de anclar esta cuestión en casos más concretos. No pretendo indicar de manera precisa cómo deberían resolverse estos casos —algunos judicializados, otros no— porque carezco de la información cuantitativa relevante, y discutir cuestiones empíricas con alguna seriedad excedería en mucho el marco de este trabajo. No obstante, aspiro a presentar el esquema general para encarar estos casos y, con el margen de imprecisión señalado, sugerir el camino que debería seguir su solución.

Empezaré por un caso en el que creo que los fondos públicos destinados a la salud son claramente insuficientes: el combate del mal de chagas. Esta es una enfermedad endémica presente en toda América Latina. En el Norte argentino, está especialmente extendida; en algunos lugares, la mayor parte de la población está infectada. El mal de chagas es una enfermedad social: una enfermedad de pobres. Afecta ante todo a quienes conviven con animales de granja en viviendas precarias, donde anida la vinchuca, el insecto vector del mal. Dado que el mal de chagas es no sólo consecuencia sino causa de pobreza —sus víctimas ven disminuida su capacidad productiva a raíz de la enfermedad, y se retroalimenta así un círculo vicioso de pobreza— este mal es especialmente preocupante desde el punto de vista de la igualdad estructural de oportunidades. Además, su impacto en la salud es muy serio y afecta a cientos de miles de personas. Por ende, la necesidad de políticas públicas que la combatan de manera efectiva es verdaderamente importante. En cuanto al segundo factor —el costo de tales medidas—, si bien no estoy en condiciones de brindar cantidades precisas, cabe recordar que no estamos hablando de traslados masivos a la Clínica Mayo, sino de fumigaciones, mejoras edilicias y campañas de concientización. En consecuencia, no parece arriesgado afirmar que lo que el Estado argentino hace para erradicar la enfermedad dista mucho de satisfacer el estándar de razonabilidad tal como lo definí. En esas condiciones, el derecho a la salud de las personas afectadas está siendo vulnerado.²⁸

Pasemos ahora a otro caso. Recientemente se decidió que el derecho a la salud incluye el derecho a que el Estado solvente los tratamientos de fer-

²⁸ Creo que el hecho mismo de que no sea éste un caso judicializado es significativo. Muchas veces, los problemas de salud más graves no son los que llegan a los estrados judiciales, ya que quienes los padecen con frecuencia carecen de las herramientas para actuar eficazmente en ese ámbito; de hecho, posiblemente ni siquiera logren visualizar este camino como una alternativa posible.

tilización asistida de parejas que no pueden tener hijos de otra manera.²⁹ Según se estableció en ese caso, los tratamientos en cuestión costaban, a valores de 2007, entre \$7,000 y \$14,000 cada uno. En promedio, se requieren varios tratamientos para llegar a un embarazo exitoso, y la sentencia estableció que se debían brindar hasta cinco tratamientos en la institución que los actores eligieran. Dado que esta dificultad de procrear afecta, según se consigna en el fallo, a entre el 10% y el 15% de todas las parejas, parece claro que estamos hablando de una erogación realmente importante para el Estado. El segundo factor, entonces, tiene un peso muy significativo en este caso.

¿Qué ocurre con el primero? ¿Cuán importante es esta necesidad? Sin dudas tener hijos puede constituir un aspecto central en el plan de vida de la mayoría de las parejas, no obstante, no es ésta una cuestión de vida o muerte, como sí lo son muchas de las necesidades médicas que el limitado presupuesto estatal debe solventar. Además, existen alternativas razonables distintas del embarazo, como la adopción. Se dirá que no es lo mismo, que las parejas prefieren el tratamiento *in vitro* a la adopción; pero ese no es el punto. No es cuestión de analizar qué es lo que las parejas prefieren, sino de entender si la necesidad en cuestión es suficientemente importante como para justificar el enorme peso de este tratamiento en las arcas públicas. Como el anterior análisis sugiere, me inclino por pensar que no resulta irrazonable que el Estado omita la cobertura de este servicio.

Obviamente, esta conclusión no se ve alterada por el hecho de que la Provincia de Buenos Aires, posteriormente, haya optado por garantizar que el tratamiento en cuestión sea financiado con fondos públicos. La pregunta es si ello es constitucionalmente obligatorio, no si es facultativo. Sobre esto, no me cabe duda alguna; es lo primero lo que cuestiono.

Si la anterior sugerencia resulta antipática, con el siguiente caso redoblo la apuesta. Muy recientemente, la justicia decidió que el derecho a la salud incluye el derecho a que el Estado financie costosas intervenciones quirúrgicas en el extranjero.³⁰ Creo que tal conclusión es imposible de generalizar y, por ende, insostenible.

Puede parecer que el caso de una persona que sólo salvará su vida si es operada en el extranjero es verdaderamente excepcional. Si así fuera, la

²⁹ *A., M. R. y otros c. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires*, Juzgado en lo Contencioso-administrativo y Tributario núm. 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 20/11/2007, LL 2008-A-148.

³⁰ *Bello c. OSECAC*, Cámara Federal de Córdoba, 21/10/2011. Si bien en el caso el Estado debía cubrir la parte que no fuera solventada por otros medios, eso no limita la premisa general de la sentencia: cuando el dinero no alcanza, es el Estado el que debe cubrir el costo del tratamiento en el exterior.

decisión no sería cuestionable, ya que el costo, a lo largo del tiempo, posiblemente sea insignificante: si la operación en cuestión cuesta cien mil dólares, pero estos casos aparecen, estadísticamente, una vez cada diez años, el costo ciertamente no sería alarmante. Lamentablemente, esto no es así. Las vidas que podríamos salvar si sistemáticamente enviáramos pacientes a sofisticados sanatorios del exterior son verdaderamente muy numerosas.

Permítaseme ilustrar el punto. Imaginemos que en determinado hospital público de la Provincia de Buenos Aires se realizan cien intervenciones quirúrgicas complejas por año, y que estadísticamente el 5% de los pacientes muere. Supongamos que esta tasa es bastante decente y nadie se escandaliza por ella. Ahora bien, supongamos también que en un sanatorio de máximo nivel internacional —nuevamente, la Clínica Mayo— la tasa de muertes en operaciones equivalentes no es 5%, sino 2%, como resultado de una combinación de mejores cirujanos, mejores anestesistas, mejor instrumental, mejores controles, etcétera. Esto quiere decir que, si derivásemos a la Clínica Mayo todos los pacientes del hospital público en cuestión que tienen que ser sometidos a cirugías complejas, salvaríamos la vida de tres personas al año. Esto, claro está, debería extenderse a todos los hospitales públicos del país, y la cantidad de vidas que salvaríamos será verdaderamente importante.

¿Por qué no hacerlo? ¿Por qué condenar a muerte a un número tan importante de personas? La respuesta, como el lector imaginará, es bastante obvia: no enviamos sistemáticamente pacientes a la Clínica Mayo porque ello sería demasiado caro. El dinero no nos alcanzaría o, en todo caso, invertirlo de esa manera nos condenaría a no gastar en ninguna otra cosa.

El hecho de que estas personas cuyas vidas omitimos salvar sean anónimas —que *ex ante* sólo sean una estadística, no una persona con nombre y apellido— no debería cambiar nuestro análisis en frío, más allá de que resulte emocionalmente determinante. Vidas son vidas, conozcamos o no el nombre de las personas concretas involucradas. Nuestra decisión de no derivar sistemáticamente pacientes al extranjero tiene un impacto predecible y sustancial en la salud de la población. Por ello, si de salvar vidas se trata, no creo que esta situación hipotética pueda ser distinguida exitosamente del caso real citado. Si ninguna consideración económica debiera interferir con nuestro afán de preservar la vida como bien supremo, la Clínica Mayo sería el inevitable destino de los pacientes argentinos. Que no lo sea —que no lo pueda ser— sugiere con alguna contundencia que algo está mal en la premisa.

En definitiva, creo que es muy difícil sostener la política de financiar costosas intervenciones en el extranjero, y que por ende los jueces deberían interpretar que el Estado cumple razonablemente con su obligación de ve-

lar por la salud con menos que eso. En principio, los tratamientos disponibles en el país parecen ser el techo de lo que razonablemente se puede exigir. No digo que no pueda haber excepciones; pero ellas, por lo que vengo sosteniendo, requieren una muy sólida justificación.

V. CONCLUSIÓN

Si bien en la anterior sección defendí una postura que, para los estándares argentinos, puede parecer antipática y restrictiva, quiero dejar en claro que, a mi juicio, ni el Estado argentino en general ni los jueces en particular están pecando por exceso de generosidad. Más bien, creo que el énfasis no se pone en el lugar correcto. Las carencias sociales más importantes son muchas veces las menos visibles: aquellas que padecen quienes difícilmente llegan a los tribunales o a las primeras planas de los diarios. Por eso, los fondos públicos, siempre escasos, no deberían asignarse por orden de llegada ni en función de la visibilidad pública o el impacto político de las necesidades involucradas, sino con el ojo puesto en la importancia de la necesidad a la luz de la Constitución.

El papel de los jueces es central en este esquema. De ellos depende controlar que la omisión de proveer un beneficio social sea razonable en términos constitucionales. Sólo cuando no lo sea se justificará que la política pública adoptada democráticamente se deje de lado y que el juez ordene que el gobierno destine fondos allí donde el presupuesto no los previó. La justificación, en tales casos, es insoslayable: la Constitución no tolera que ciertas carencias sociales sean desatendidas, y los poderes democráticos deben ser compelidos a actuar en consecuencia.

LA JUSTIFICACIÓN MIXTA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

José Sebastián ELÍAS*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La participación política, el derecho a ser oído y la justificación estatal*. III. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Podría decirse, tal vez, que *Marbury v. Madison* es una de las decisiones judiciales más trascendentes de la historia moderna, en cuanto a su alcance en la cultura jurídica y política mundial. John Marshall ciertamente no inventó el control judicial de constitucionalidad,¹ pero la agudeza de su pluma y el fuerte atractivo inicial de la lógica de su argumento permitieron la transformación de *Marbury* en la autoridad fundacional de la práctica en su país de

* Profesor de derecho, Universidad de San Andrés. Agradezco especialmente a Lucas Grosman, Santiago Legarre, Micaela Alterio, Pablo Riberi, Julio C. Rivera (h) y Roberto Gargarella. Sus observaciones, críticas y preguntas me salvaron de varios errores y contribuyeron, de distintas maneras, a una mejor presentación del argumento que defiendo aquí. Una versión anterior de este texto aparecería en el volumen 38 de la revista *Direito, Estado e Sociedade* (2012).

¹ Tushnet, Mark, “Marbury v. Madison and the Theory of Judicial Supremacy”, en George, Robert P. (ed.), *Great Cases in Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2000, p. 20; Ahumada Ruiz, Marian, “Marbury versus Madison, doscientos años (y más) después”, *Fundamentos*, vol. 4, 2006, pp. 111, 125 y 126. Ocho años antes de *Marbury*, en 1795, el juez de la Corte Suprema Patterson, actuando como juez de circuito, afirmaba lo siguiente: “Considero que se trata de un principio claro: si un acto legislativo se opone a un principio constitucional, el primero debe ceder y ser rechazado como consecuencia de esa oposición. Sostengo que se trata de una posición igualmente clara que, en un caso tal, será deber de esta Corte adherir a la Constitución y declarar nulo y sin efecto el acto legislativo”, “*Vanhorne’s Lessee v. Dorrance*”, Circuit Court, Pennsylvania District, April Term, 1795, en 2 U.S. 304, 309 (1795). Para un análisis detallado de los antecedentes de “Marbury”, véase Treanor, William M., “Judicial Review Before Marbury”, *Stanford Law Review*, vol. 55, 2005, p. 455.

origen.² La originalidad constitucional del modelo estadounidense y el peso específico que adquiriría ese país hicieron el resto, transformando a aquella sentencia en fuente de inspiración constitucional para muchas otras naciones.³ Sin embargo, y a pesar del carácter establecido del control judicial como un rasgo del sistema constitucional de los Estados Unidos, su aceptación social no implica la ausencia de debate a su alrededor. Todo lo contrario.

Desde las primeras décadas del siglo XX, los teóricos constitucionales del mundo estadounidense han discutido fervientemente sobre la legitimidad del control judicial de constitucionalidad.⁴ La discusión, por cierto, ha trascendido las fronteras de aquel país. ¿Cuál es la razón, si es que hay alguna, que justifica que, en un sistema democrático, un grupo de jueces no elegidos por el pueblo y sin responsabilidad política directa, puedan invalidar decisiones tomadas por los representantes del pueblo, democráticamente elegidos? Esta es la pregunta a la que se han dedicado incontables horas de reflexión intelectual y ríos de tinta en idioma inglés. Responder a —o, alternativamente, reforzar— la “dificultad contramayoritaria” se transformó en una verdadera obsesión académica.⁵

² Sobre el proceso de consolidación de *Marbury* como base del control judicial de constitucionalidad, y el progresivo reemplazo del *Marbury* histórico por uno simbólico, véase Ahumada Ruiz, Marian, “*Marbury versus Madison...*”, *cit.*

³ Véase Ahumada Ruiz, Marian, “¿Hay alternativas a la *judicial review*?”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Édgar (coords.), “*Instrumentos de tutela y justicia constitucional*”, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 3, 11-12, disponible en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/344/3.pdf> (fecha de consulta: 30 de marzo de 2011).

⁴ Friedman, Barry, “The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part V”, *Yale Law Journal*, vol. 112, 2000, pp. 157 y 167. El *locus classicus* es, por supuesto, Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1986, p. 16.

⁵ La literatura sobre el punto es prácticamente inagotable. A modo de mera referencia, entre incontables piezas de interés, pueden señalarse Ely, John Hart, *Democracy and Distrust*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1980; Dworkin, Ronald M., *Law's Empire*, Cambridge-Londres, Belknap Press of Harvard University Press, 1986; Dworkin, Ronald M., *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1997; Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Cambridge-Londres, Harvard University Press, 2011; Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999; Kramer, Larry, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Nueva York, Oxford University Press, 2004; Alexander, Larry y Solum, Lawrence, “Popular? Constitutionalism?”, *Harvard Law Review*, vol. 118, 2005; Friedman, Barry, *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, Nueva York, Farrar, Strauss and Giroux, 2009; Waldron, Jeremy, “A Rights-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Stud.*, vol. 13, 1993; Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Nueva York,

Argentina es uno de los países que adoptó la idea de *Marbury* y, probablemente, también uno de los que guardó mayor fidelidad al modelo. Sin embargo, y tal vez con buenas razones, no importó la discusión.⁶ Ciertamente, no importó la obsesión.⁷ Las críticas basadas en la “dificultad contramayoritaria” tampoco parecen haber encontrado el mismo eco en el ámbito europeo. A diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos, en muchos países europeos la atribución judicial de controlar la constitucionalidad de las leyes surge del propio texto constitucional. Así ocurre, por ejemplo, en el caso español con los artículos 53.2, 161 y concordantes de la Constitución de 1978. Esta es, seguramente, una buena razón para explicar, siquiera parcialmente,⁸ por qué los debates sobre la justificación (o falta de

Oxford University Press, 1999; Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006. Dos aportes recientes de interés, también entre muchos otros, son Bassok, Or (2011), “The Sociological-Legitimacy Difficulty”, *Journal of Law and Politics*, vol. 26, 2011, y González Bertomeu, Juan F., “Against the Core of the Case: Structuring the Evaluation of Judicial Review”, *Legal Theory*, vol. 17, 2011.

⁶ Véase, por ejemplo, Grosman, Lucas S., *Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución*, Buenos Aires, Librería, 2008, pp. 134-138, quien señala que si bien la dificultad contramayoritaria es un problema teórico, ella ha sido concebida con el telón de fondo de realidades institucionales muy concretas, propias de la experiencia estadounidense, y que no se repiten en el contexto argentino; en similar sentido, García-Mansilla, Manuel J., *Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos*, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2008, pp. 9, 42 y 43. A su vez, Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 687, pensaba que la objeción democrática al control judicial de constitucionalidad no había recibido atención “probablemente por el presupuesto de que el Poder Judicial es el más democrático de los poderes del Estado. La razón para pensar eso seguramente estaba basada en el hecho de que el poder político no contó, durante buena parte de la historia del país, con una mínima legitimidad democrática”. Para un análisis profundo acerca de por qué la “dificultad contramayoritaria” sería escasamente relevante en el contexto latinoamericano, véase González Bertomeu, Juan F., “Cómo aprendí a odiar (y a amar) la discusión sobre control judicial”, manuscrito no publicado, 2010, disponible en: <http://igualitaria.org/wp-content/uploads/2009/11/Bertomeu-C%27C3%B3mo-aprendi-14-4-Final.pdf> (fecha de consulta: 20 de julio de 2011). Para una argumentación sobre el carácter necesariamente contextual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad, véase Seidman, Louis Michael, “Acontextual Judicial Review”, *Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper*, núm. 10-48, julio de 2010, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1651300> (fecha de consulta: 20 de septiembre de 2010).

⁷ No obstante, pueden verse Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional...*, cit., pp. 673-706; Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996; Nino, Carlos S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 258-293; como serios intentos de plantear la discusión en el ámbito argentino.

⁸ Por supuesto, el mero hecho de que una Constitución democráticamente aprobada prevea una institución como el control judicial de constitucionalidad no desplaza de manera

ella) de dicha práctica institucional tienen menos resonancia de un lado del Atlántico que del otro,⁹ y por qué los académicos europeos tampoco han caído presos de aquella obsesión estadounidense.

Ciertamente, la deseabilidad de una práctica institucional como el control judicial de constitucionalidad depende en buena medida de diversas cuestiones contextuales,¹⁰ que pueden explicar por qué en ciertos momentos y lugares parece imponerse casi como una necesidad lógica, y en otros, se nos presenta como una característica más o menos problemática del diseño institucional. Sin embargo, más allá de razones pragmáticas que puedan justificar la existencia del control judicial en uno u otro país, la discusión de principio no deja de ser importante, a los fines de configurar la práctica, si es que hemos concluido que es deseable tenerla o, tal vez, que es inevitable que la tengamos —por buenas o malas razones—.

Algunos críticos recientes sostienen,¹¹ básicamente, que es dudoso que el control judicial permita mejorar los resultados que produce el sistema político y que, en todo caso, es manifiestamente ilegítimo desde una perspectiva de principio. En efecto, por cada sentencia judicial protectora de

total la fuerza de una objeción basada en que esa institución está en tensión con el principio democrático. Como señala Ferreres Comella, refiriéndose al caso español, “no puede decirse... que la apelación al principio democrático es irrelevante, irrelevancia que vendría dada por el hecho de que el Tribunal Constitucional debe su existencia a una norma aprobada democráticamente. Este último dato acerca de la génesis del Tribunal es importante, pero no debe bloquear la indagación teórica acerca de qué límites debe respetar ese Tribunal para no hacerse acreedor a la objeción democrática”. Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 48 y 49.

⁹ Kumm, Mattias, “La institucionalización de la contestación socrática: el paradigma racionalista de los derechos humanos, la autoridad legítima y el propósito de la revisión judicial”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, núm. 2, 2007, pp. 1 y 2. Otra razón de importancia es la diferente estructura y conformación de los órganos europeos encargados del control de constitucionalidad (tribunales constitucionales, en sus diversas formas y denominaciones) respecto del Poder Judicial estadounidense y, en muchos casos, la mayor flexibilidad de los textos constitucionales europeos, frente al extremadamente rígido proceso de reforma del artículo V de la Constitución estadounidense.

¹⁰ En este sentido, Dworkin, Ronald. M., *Justice for Hedgehogs*, cit., pp. 398 y 399. Para una justificación teórica de esta afirmación, véase Seidman, *op. cit.*, y, desde una perspectiva parcialmente distinta —de bienestar social—, Grossman, Peter Z. y Cole, Daniel H., “Protecting Private Property with Constitutional Judicial Review: A Social Welfare Approach”, *Review of Law and Economics*, vol. 5, núm. 1, 2009, pp. 234 y 235. Véase también Ahumada Ruiz, *op. cit.*, p. 19, explicando que fueron las circunstancias las que volvieron justificable, en la Europa de la segunda mitad del siglo XX, el establecimiento del control de constitucionalidad, un poder “perfectamente incómodo en otro caso”.

¹¹ Me concentraré, básicamente, en el argumento ofrecido por Jeremy Waldron a través de sus diversas publicaciones sobre el tema, pero especialmente en Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, cit.

derechos puede mencionarse un contraejemplo de desprotección. Y como la validez de las decisiones judiciales en materia constitucional no está subordinada a su corrección última,¹² el control judicial consiste simplemente en el desplazamiento de las mayorías legislativas por las mayorías judiciales. El control judicial es una forma de decisión procedimental, tan falible como la decisión mayoritaria en órganos electivos, pero de menor legitimidad desde el punto de vista democrático.¹³ La regla de la mayoría, en asambleas representativas, sería el procedimiento de decisión adecuado para resolver controversias sobre la existencia o contenido de los derechos, en tanto ella respetaría el igual valor de los individuos¹⁴ y crearía el sistema de libertades políticas más extensas posibles.¹⁵

La cuestión, así planteada, no puede dejar de incomodar a quienes sostenemos que, al menos en ciertas circunstancias, se trata de una práctica deseable. No pretendo, como imaginará el lector, brindar una alternativa completa que se haga cargo de las críticas centrales. Más modestamente, me propongo simplemente sugerir que el control judicial puede ser concebido como un mecanismo que aumenta la legitimidad del sistema político, en tanto garantiza a las personas ser oídas, individualmente, cuando sus derechos están en juego, y a la vez obliga al gobierno a brindar razones específicas que justifiquen las restricciones (o denegaciones) de derechos. Además del valor intrínseco que ello implica, podría pensarse que una práctica tal nos acerca al ideal de la democracia deliberativa que requiere que todas las personas sobre cuyos intereses tengan efectos las decisiones colectivas, sean parte —en este caso, parte efectiva y no meramente por representación— de la toma de la decisión¹⁶ y que el proceso de control judicial *tiende* a mejorar la calidad final de las decisiones.

¹² Como sostuvo célebremente el juez Jackson, “siempre que las decisiones de un tribunal son revisadas por otro, un porcentaje de ellas son revocadas. Esto refleja una diferencia de perspectivas que existe normalmente entre las personas que integran distintos tribunales. Sin embargo, *la revocación [de una decisión] por parte de un tribunal superior no prueba que se haya hecho mejor justicia... No somos los jueces últimos porque seamos infalibles, sino que somos infalibles porque somos los jueces últimos*”, Supreme Court of the United States, *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953), énfasis agregado.

¹³ Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *cit.*, pp. 1353, 1372.

¹⁴ Waldron, “A Rights-Based Critique of Constitutional Rights”, *cit.*, pp. 36-38.

¹⁵ Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Belknap-Harvard, 1999, p. 197.

¹⁶ Véase Nino, *op. cit.*, p. 184. Una justificación en esta línea es sugerida en Spector, Horacio, “Democracia y control de constitucionalidad: una tensión aparente”, en Alegre, Marcelo *et al.* (eds.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley-Facultad de Derecho UBA, 2008, pp. 232-238.

Adicionalmente, vale la pena explorar la posibilidad de que, en cierta medida, el control judicial disminuya los costos de acceso al proceso político y atenúe la influencia de la riqueza individual en los resultados de ese proceso, todo lo cual parece ser valioso.¹⁷

Pienso que desde estas perspectivas puede esbozarse un camino que sortee las objeciones esgrimidas por los críticos del control judicial. Quedará para otro momento, sin embargo, la tarea de corroborar si en un sistema jurídico dado el control judicial de constitucionalidad efectivamente satisface las aspiraciones que mi argumento sugiere.

II. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA, EL DERECHO A SER OÍDO Y LA JUSTIFICACIÓN ESTATAL

Es interesante la diferente preocupación teórica que genera el control judicial de constitucionalidad si se le compara con la actuación de los órganos electivos en la democracia representativa. El hecho de que aquél implica decisiones por funcionarios que solamente guardan una vinculación mediata con la voluntad política de los ciudadanos —con la consiguiente posibilidad de que las decisiones adoptadas no resulten conformes con los deseos, preferencias o juicios de estos— parece generar un escozor mayor que el hecho de que frecuentemente las decisiones tomadas por órganos electivos guardan un bajo nivel de correlación con las posturas preferidas por sus representados —a veces, no mayor que la que generaría un procedimiento aleatorio—, aun en democracias desarrolladas y consideradas habitualmente como funcionales.¹⁸

¹⁷ Walzer, Michael, *Spheres of Justice*, U.S.A., Basic Books, 1983, p. 20 (“Ningún bien social ‘x’ debería ser distribuido a hombres y mujeres que poseen algún otro bien ‘y’ meramente porque posean ‘y’, y sin referencia al significado de ‘x’”); Rawls, *A Theory of Justice*, cit., p. 198 (“Las libertades protegidas por el principio de participación pierden mucho de su valor siempre que quienes tienen mayores medios privados pueden usar sus ventajas para controlar el curso del debate público”).

¹⁸ Rothstein, Bo, “Creating Political Legitimacy: Electoral Democracy versus Quality of Government”, *QoG Working Paper Series*, vol. 2, 2008, pp. 8-10. En cualquier caso, difícilmente los miembros de tales órganos electivos podrían articular de manera totalmente satisfactoria las preferencias de sus mandantes, aun si desearan genuinamente hacerlo y las conocieran perfectamente. Sobre el punto, véase Mashaw, Jerry L., *Greed, Chaos, and Governance*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1997, p. 15. Ferreres Comella, por su parte, no ve un problema insalvable en el hecho de que los representantes puedan decidir en contra de los deseos de sus representados. Ello sería una mera consecuencia de la (aceptable) división del trabajo entre representantes y representados. En suma, no habría nada particularmente llamativo en que el control judicial genere preocupación teórica por su falta de vinculación directa con la voluntad popular y que la posible existencia de importantes brechas entre la

A pesar de ello, la crítica sostiene que las cuestiones relativas a los derechos constitucionales deben ser resueltas por los legisladores y no por los jueces. La diferencia que sustenta esta posición es, claro, el origen electoral de los legisladores, y su responsabilidad política directa frente a sus representados.

Dejando de lado el hecho no menor de que en la práctica constitucional de numerosos países —Argentina entre ellos— es bastante frecuente que decisiones que afectan derechos se tomen por decreto del Poder Ejecutivo y no por leyes del Congreso, el argumento no deja de llamar la atención. En efecto, lo que parece decirles a los individuos es algo así como “usted tiene derecho a votar por un legislador que lo representará *libremente* y que, sin estar obligado a tener en cuenta sus verdaderas opiniones, preferencias y circunstancias, ni frecuentemente poder de hecho conocerlas, votará en una decisión *final* sobre sus derechos”. Parece demasiado poco cuando lo que está en juego son cuestiones centrales para la vida de los individuos, como suelen ser muchos derechos.

La crítica al control judicial se asienta en la idea de que la participación política es un derecho en algún sentido prioritario, aunque más no sea porque —como propone Waldron— es un mecanismo que parece apropiado para decidir los desacuerdos sobre el contenido del resto de los derechos.¹⁹ Sin duda, se trata de un tipo de derecho fundamental en la construcción de la legitimidad de un sistema político. Pero no es suficiente. Los indivi-

opinión pública y el accionar de representantes elegidos, no. “Si se hiciera una encuesta fiable y resultara que, en relación con una ley en particular, la mayoría de los representados opina de manera diferente que la mayoría de los representantes, ello no constituiría necesariamente una razón para tachar de antidemocrática la ley aprobada. Es cierto que la opinión de la mayoría de una pequeña minoría (los representantes) se impondría a la opinión de la mayoría de una inmensa mayoría (los representados). Pero ello sería compatible con la idea de igual dignidad. Los representados... podrían aceptar que sus representantes (o una minoría de ellos, a cuya opinión han deferido los demás) han deliberado acerca de la materia regulada por la ley de modo más intenso, con más información, y con una mayor variedad de puntos de vista. Esta división del trabajo... es aceptable desde el momento en que la participación en el debate público genera importantes costes de oportunidad que la inmensa mayoría de los ciudadanos no están dispuestos a asumir... El principio regulativo es que si la totalidad de los representados hubiera deliberado en las mismas condiciones bajo las cuales han deliberado sus representantes, la mayoría habría aceptado la misma decisión”, Ferreres Comella, *Justicia constitucional...*, cit., pp. 191-193. En la parte final de la transcripción está la clave y, a mi ver, también un punto débil, del argumento. No puedo elaborar más aquí, pero algunas de las reflexiones que esbozo en el texto principal son aplicables a un argumento como el que Ferreres Comella acepta. Debe destacarse que el autor analiza este argumento en el contexto de su discusión de la presunción de constitucionalidad de la ley, y no propiciando la supresión del control judicial.

¹⁹ Waldron, *Law and Disagreement*, cit., p. 232.

duos suelen estar mucho más preocupados por lo que ocurre en el “extremo de salida” del proceso político que por lo que sucede en el “extremo de entrada”.²⁰ Votar a un representante es relevante para mucha gente, pero bastante más suele serlo qué tipo de decisiones toman los representantes sobre aspectos centrales de las vidas de las personas y qué nivel de participación real puede tener cada individuo en las decisiones sobre sus derechos. A este respecto, quienes proponen la supresión del control judicial tienen poco para ofrecer al individuo.

La idea de que, si estamos disconformes con las decisiones que adoptan nuestros representantes, tenemos la posibilidad de votar en su contra y, previo convencer a un número suficiente de nuestros conciudadanos, lograr que pierdan sus puestos es demasiado pobre, por —al menos— tres motivos. Primero, porque frecuentemente lo que las personas quieren es obtener determinado tipo de tratamiento sustantivo que estiman justo y no castigar a un representante “infel”.²¹ Que cierto representante pierda su posición política es usualmente una reparación insatisfactoria frente a la denegación de un derecho. Y lograr que un representante que comparte las posiciones del ciudadano acceda a esa posición puede no ser demasiado relevante, en tanto frecuentemente no podrá reparar el daño sufrido mediante la restricción o denegación de derechos ocurrida bastante tiempo atrás. Segundo, porque existen numerosos mecanismos y situaciones que dificultan notoriamente el hacer efectiva esta responsabilidad política. Los obstáculos van desde el ínfimo poder decisorio de un voto individual —que puede ser relevante cuando la denegación o el recorte de derechos afecta a muy pocas personas—, pasando por los problemas propios de la acción colectiva —que dificultan la organización política de los afectados, aun cuando fueran muchos—, hasta llegar incluso a maniobras que pueden utilizar los representantes para desviar la atención sobre su conducta o confundir al ciudadano.²² Tercero,

²⁰ Y esto parece tener un rol importante en la creación de legitimidad del sistema. Véase Rothstein, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

²¹ Por supuesto, el control judicial de constitucionalidad, en tanto no asegura un resultado determinado tampoco le garantiza recibir el tratamiento que el individuo estima justo. Más allá de las especulaciones plausibles que pueden hacerse respecto de la posibilidad de que el control judicial efectivamente contribuya a mejorar la calidad de los resultados del proceso político, lo cierto es que el control judicial le permite al individuo mismo tomar parte en la discusión sobre sus derechos, dar sus razones, y recibir las explicaciones circunstanciadas que sean del caso.

²² Es posible también pensar el caso en el cual, aun cuando las alternativas de evasión de responsabilidad política no se encuentran directamente al alcance del representante, a este le conviene sacrificar su imagen frente al electorado a cambio de los beneficios que obtiene de decidir en sentido contrario al preferido por sus representados. Puede imaginarse,

porque solamente los ciudadanos votan,²³ y las Constituciones suelen conceder derechos a los habitantes, aun cuando no sean ciudadanos y no puedan estar jamás representados en el Congreso.²⁴

A la vez, los críticos sostienen que el mayoritarismo que proponen no sólo maximiza las libertades políticas, sino que también trata igualitariamente a los individuos. Esto, sin embargo, no parece ser decisivo. En primer lugar, porque en tanto el control judicial —como restricción a las decisiones simplemente mayoritarias en el Congreso— alcanza igualmente a todos los miembros de la sociedad, es consistente con un sistema igual de libertades para todos.²⁵ En segundo lugar, porque es posible admitir como justificable un sistema de libertad política ligeramente menos extenso, a cambio de mejoras en otras libertades (en el caso, la de cuestionar individualmente las decisiones colectivas que infringen derechos).²⁶ En tercer lugar, porque todos gozan del derecho a cuestionar las decisiones que afectan derechos y pedir explicaciones al gobierno, en el contexto de sus propios casos individuales.

Una comunidad que se toma en serio los derechos debe proveer a cada individuo *el derecho a ser oído* respecto de las injusticias o males de los que creen haber sido objeto al determinarse colectivamente el contenido (o la simple existencia) de un derecho individual.²⁷ Un derecho de este tipo parece requerir una institución tal como los tribunales de justicia y se basa en la

por ejemplo, la promesa de una designación en un puesto no electivo y muy atractivo por parte del jefe político interesado en una decisión contraria a las preferencias del electorado. En cierto sentido, esto implicaría la sujeción del representante a la responsabilidad política frente a sus representados, que podrían no elegirlo nuevamente, pero no constituiría incentivo suficiente para que el representante respete los deseos de sus representados y, en consecuencia, resultaría un tipo de responsabilidad política inocua a los fines del argumento.

²³ Salvo excepciones, en general relativas a elecciones municipales, los extranjeros no gozan de derechos políticos.

²⁴ Podría agregarse que las Constituciones en general (y cualquier Constitución que sea digna de valoración) reconocen derechos a personas que se hallan privadas de participar en el proceso político, como quienes se encuentran privados de su libertad debido a una condena penal firme. Pienso que es posible argumentar que tales restricciones pueden ser, en ciertas circunstancias, inconstitucionales. Pero más allá de esa discusión, lo cierto es que estas personas gozan de derechos constitucionales respecto de cuya determinación en el proceso político se encuentran, en principio, aisladas. Desde otra perspectiva, las Constituciones suelen reconocer derechos a personas que no son siquiera habitantes, salvo en un sentido laxo del término.

²⁵ Rawls, *A Theory of Justice*, cit., p. 197.

²⁶ Rawls admite la posibilidad de construir un argumento sobre este punto. *Ibid.*, pp. 201 y 202.

²⁷ Véase Eylon, Yuval y Harel, Alon, “The Right to Judicial Review”, *Virginia Law Review*, vol. 92, 2006, p. 1020; Harel, Alon y Kahana, Tsvi, “The Easy Core Case for Judicial Review”, *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, núm. 1, 2010, pp. 241, 244 y 245.

especial posición que los titulares de derechos (reales o potenciales) tienen cuando sus derechos están en juego: deben ser parte en el proceso de toma de decisiones, poder expresarse y recibir las justificaciones del caso. Tener un derecho implica tener dominio sobre la situación contemplada por el derecho en cuestión, incluso cuando haya razones legítimas para restringirlo.²⁸

El derecho a ser oído se descompone en tres partes: la oportunidad de presentar agravios individuales basados en derechos constitucionales,²⁹ la oportunidad de recibir una justificación circunstanciada³⁰ y basada en buenas razones para la decisión que puede restringir (o negar) el derecho individual³¹ y el deber estatal de reconsiderar la decisión inicial que dio origen al planteamiento, sobre la base de las razones y circunstancias expuestas por el individuo.³²

Uno podría cuestionar al menos dos cosas: que un argumento de este tipo justifique el control *judicial* de constitucionalidad, y que sea deseable que las minorías puedan determinar el resultado del proceso de determinación de derechos.³³

²⁸ Eylon, Yuval y Harel, Alon, “The Right to Judicial Review”, *cit.*, pp. 1001 y 1002; Harel, Alon y Kahana, Tsvi, “The Easy Core Case...”, *cit.*, pp. 242, 244.

²⁹ Eylon, Yuval y Harel, Alon, “The Right to Judicial Review”, *cit.*, pp. 1002-1003; Harel, Alon y Kahana, Tsvi, “The Easy Core Case for Judicial Review”, *cit.*, p. 238.

³⁰ Eylon, Yuval y Harel, Alon, “The Right to Judicial Review”, *cit.*, pp. 1002 y 1003; Harel, Alon y Kahana, Tsvi, “The Easy Core Case...”, *cit.*, pp. 241 y 242.

³¹ Kumm, *op. cit.*, pp. 3 y 4. En similar sentido, Spector, “Democracia y control...”, *cit.*, p. 245. No es necesario, por supuesto, compartir la idea de Kumm respecto de qué constituyen buenas razones. Pero no hay espacio aquí para desarrollar este problema.

³² Eylon y Harel, nota 27, p. 1004; Harel y Kahana, nota 27, pp. 243, 246 y 247.

³³ Waldron hace precisamente esta crítica, cuando trata al pasar un argumento como el que ensayo en este artículo. Señala que “se trata de un modo de participación ciudadana que no está sujeto a la disciplina de los principios de igualdad política que usualmente se consideran cruciales para una democracia. *La gente tiende a recurrir al control judicial cuando desea que sus opiniones reciban un peso mayor que el que la política electoral les daría*”. Véase Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *cit.*, pp. 1394 y 1395, énfasis agregado. Más allá de los argumentos de tipo instrumental que esbozaré enseguida en el texto principal, creo que Waldron equivoca el foco de su crítica: la gente recurre al control judicial no simplemente para lograr que sus opiniones reciban un peso desproporcionado en la toma de una decisión *general*, sino para que *sus circunstancias concretas* (su “caso”) sean consideradas y *sus* propios argumentos (no los que podría eventualmente hacer un representante en el Congreso) tratados, en la toma de una decisión *particular*. Por supuesto, Waldron podría replicar que este argumento no logra salir de la encerrona que le plantea la igualdad: si creemos que casos iguales deben ser tratados de igual manera, entonces es una trampa argumental enfatizar el carácter singular de las decisiones judiciales (en los sistemas de control concreto): el efecto de la decisión judicial debería expandirse a innumerables casos. A mi ver, algo que no puede perderse de vista al encarar esta cuestión es que, en muchas ocasiones, los casos traen a la luz circunstancias que no pudieron haber sido previstas ni consideradas en una asamblea

En cuanto a lo primero, uno podría preguntarse: ¿por qué no garantizar el derecho a ser oído a través de jurados populares constitucionales,³⁴ a la manera de los procedimientos de la antigua Atenas,³⁵ o de algún otro arreglo institucional —como por ejemplo una revisión legislativa de las leyes, en casos concretos—?³⁶

La idea de los jurados populares es problemática por varias razones, pero basta señalar que los jurados no brindan razones para sus decisiones, lo que deja insatisfecho el ideal según el cual los titulares de derechos deben recibir una justificación circunstanciada y basada en buenas razones.³⁷ Podría exigírseles que lo hicieran, pero en ese caso, el jurado adoptaría uno de los aspectos característicos de los tribunales.³⁸ Una revisión legislativa de las leyes que atendiera casos concretos difícilmente podría satisfacer los requisitos del derecho a ser oído:³⁹ muchos representantes estarían naturalmente predispuestos a sostener las posturas con las que se comprometieron en el debate legislativo, habrían adquirido compromisos al respecto y —más generalmente— todos ellos se verían impedidos de dar una audiencia justa a los reclamos individuales que se efectuaran. Su propio rol institucional, en tanto representantes de ciertos intereses o posiciones debido a los cuales fueron elegidos, les impediría desempeñar el rol imparcial requerido por el derecho a ser oído.⁴⁰

En cualquier caso, el punto parece ser que mientras más adaptamos los arreglos institucionales alternativos para satisfacer el derecho a ser oído, más se parecen en su funcionamiento a tribunales de justicia. Y es que tal vez el derecho a ser oído se constituya por procedimientos y modos de razonamiento que resultan indistinguibles de los propios de los tribunales.⁴¹

legislativa. Las dos decisiones, legislativa y judicial, no versan, siempre, sobre exactamente lo mismo.

³⁴ Spector, *op. cit.*, pp. 244 y 245.

³⁵ Lanni, Adriaan, “*Judicial Review and the Athenian ‘Constitution’*” en Mogens Hansen, ed, *Demokratia--Ancient and Modern*, Fondation Hardt, en prensa. Puede compulsarse una versión preliminar en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1555858 (fecha de consulta: 22 de abril de 2010).

³⁶ Eylon, Yuval y Harel, Alon, “The Right to Judicial Review”, *cit.*, pp. 1007-1010; Harel, Alon y Kahana, Tsvi, “The Easy Core Case for Judicial Review”, *cit.*, p. 248.

³⁷ Spector, *op. cit.*, p. 245.

³⁸ *Idem.*

³⁹ Eylon, Yuval y Harel, Alon, “The Right to Judicial Review”, *cit.*, pp. 1011 y 1012.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ Eylon, Yuval y Harel, Alon, “The Right to Judicial Review”, *cit.*, p. 1013; Harel, Alon y Kahana, Tsvi, “The Easy Core Case...”, *cit.*, p. 250.

Por supuesto, el control judicial no garantiza a los individuos ningún tipo de resultado sustantivo. Pero les brinda la oportunidad concreta y efectiva de ser partícipes en las decisiones que se toman sobre *sus* derechos y en *sus* circunstancias particulares, tratándolos como exige su calidad de titulares del derecho.⁴² Esto es valioso independientemente de los resultados que se obtengan. Una justificación de este tipo no depende de ninguna verificación empírica respecto de si el control judicial efectivamente promueve otros valores (por ejemplo, la protección efectiva de los derechos individuales), ni de la relativa aptitud institucional de los tribunales, comparados con otros actores, respecto de los mismos fines.

Hay quienes sostienen que cualquier justificación plausible del control judicial debe descansar exclusivamente en razones instrumentales,⁴³ porque si tuviéramos evidencia concluyente de que las decisiones mayoritarias tomadas en cuerpos representativos —como el Congreso— protegen mejor los derechos que los tribunales, sería inaceptable sostener una práctica como la del control judicial. No estaríamos dispuestos a pagar un precio en la moneda de violaciones de derechos para garantizar únicamente el derecho a ser oído. Sí, acaso, podríamos estarlo respecto del derecho a participar a través del voto.⁴⁴

Creo que esta manera de presentar la cuestión no es la mejor. En realidad, parece ser que nuestras evaluaciones acerca de los esquemas institucionales combinan ambos aspectos, intrínseco e instrumental.⁴⁵ No parece que la pregunta comparativa acerca de la deseabilidad del control judicial frente a las decisiones legislativas mayoritarias en cuestiones de derechos sea del tipo “todo o nada” en una sola de estas dimensiones (intrínseca o instru-

⁴² Esto no necesariamente ocurre en todos los sistemas de control judicial de constitucionalidad, por ejemplo, en sistemas de tipo abstracto. Por eso, el argumento, tal como está expuesto, está limitado a sistemas de control en casos concretos, o que permiten, aunque sea de modo indirecto, la consideración de circunstancias y argumentos propios de los individuos en la decisión de las cuestiones de constitucionalidad.

⁴³ En este sentido, véase Ahumada Ruiz, *op. cit.*, pp. 5 y 6, quien refiriéndose a los Estados Unidos señala que a partir de 1937 “se reconoce abiertamente que la *judicial review* es un poder «contramayoritario» y, en esa medida, un poder que en una democracia necesita justificarse por sus logros, en todo caso, por sus resultados: por lo que aporta «de bueno» al funcionamiento más adecuado o más correcto del gobierno constitucional”.

⁴⁴ Un argumento de este tipo puede verse en Enoch, David, “Comment on Mattias Kumm’s «Rights-Based Proportionality as the Test of Public Reason»”, artículo presentado en las jornadas internacionales “Rights, Balancing, and Proportionality”, 5 de enero de 2009, *The Human Rights Program of the Academic Center of Law and Business*, Israel, Ramat Gan, 2009, disponible en: <http://www.clb.ac.il/workshops/2009/articles/enoch.pdf> (fecha de consulta: 25 de abril de 2010).

⁴⁵ Un ejemplo de evaluación del control judicial de constitucionalidad que se apoya en aspectos de ambas dimensiones puede verse en Ferreres Comella, *op. cit.*, pp. 197-199.

mental). La cuestión no es si los resultados importan —por supuesto que importan—, sino si hay algo, además de los resultados, que justifique preferir un determinado diseño institucional. Cuando los tribunales son deferentes hacia el Poder Legislativo, no lo hacen porque piensen que, simplemente, los resultados serán mejores.⁴⁶ De igual manera, parece haber una cuestión de principios involucrada en la admisión del control judicial. Si esto fuera cierto, podríamos responder a quienes piensan que el control judicial podría ser justificable únicamente en supuestos de funcionamiento patológico de las instituciones o de falta de compromiso de la comunidad política con la idea de derechos,⁴⁷ y que la mera “introducción de un sistema de jurisdicción constitucional es un indicador de «mala salud democrática»”.⁴⁸ Tal vez sea todo lo contrario, al menos en términos de democracias legítimas posibles. Exploremos, brevemente, esta posibilidad.

Aun cuando tuviéramos razones para pensar que, en líneas generales, el Congreso defiende ligeramente mejor los derechos que los tribunales, podríamos sostener que es deseable el control judicial, para escuchar efectivamente las razones y circunstancias de quienes tienen sus derechos en juego en cada decisión. Solamente si siempre, si en todos y cada uno de los casos, el Congreso fuera claramente mejor que los tribunales en garantizar los derechos de cada individuo, tal vez cobraría fuerza el argumento puramente instrumental —que tomaría, además, algún tinte paternalista—.⁴⁹ En un caso tal, debe notarse, la justificación de la preeminencia legislativa sería igualmente instrumental y no intrínseca, como pretende la crítica al control judicial.

Pero el valor intrínseco de la igual participación política no parece bastarnos para excluir el derecho a ser oído. Queremos que, por ejemplo, quien está expuesto a recibir una condena penal por injurias pueda dar sus razones particulares y circunstanciadas por las que cree que una sanción penal viola su derecho constitucional a la libertad de expresión, aun cuando las mayorías legislativas hayan pensado, en abstracto, distinto.⁵⁰ O que quien es descu-

⁴⁶ Aunque ocasionalmente esa pueda ser una de las razones, tal vez central, para la deferencia.

⁴⁷ Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *cit.*, pp. 1401-1405.

⁴⁸ Ahumada Ruiz, *op. cit.*, pp. 12-13.

⁴⁹ En efecto, en una situación tal uno podría preguntarse: ¿para qué escuchar al afectado en sus derechos si, más allá de lo que diga, sus derechos estarán mejor protegidos por la decisión del Congreso que por la que eventualmente se dicte por el órgano encargado de oír la queja individual? Algo así como “el Congreso ya sabe qué quiere usted y cuáles son sus intereses, y sabe cómo realizarlos mejor que usted mismo. No hace falta escucharlo”.

⁵⁰ Véase, por ejemplo, CS, *Morales Solá*, Fallos 319:2741 (1996).

bierto en posesión de una sustancia ilícita tenga la posibilidad de argumentar que, en sus circunstancias particulares, tal conducta se encuentra más allá del ámbito legítimo de regulación estatal prometido por la Constitución, aun cuando una mayoría del Congreso esté, en líneas generales, en desacuerdo.⁵¹ O que quien va a ser obligado a recibir bonos estatales de largo plazo de amortización en sustitución de una indemnización por daños físicos,⁵² o por el fallecimiento de un familiar,⁵³ o en cancelación de una deuda previsional⁵⁴ pueda expresarse respecto de cómo impacta eso en sus derechos y recibir las explicaciones del caso. Y así sucesivamente. No pensamos que la mera representación en el Congreso, por valiosa que fuere, sea suficiente. Tampoco parece que pensemos que el valor de la práctica se agota en la eventual posibilidad de mejorar la decisión.⁵⁵ Por el contrario, esta participación individual que posibilita el derecho a ser oído presenta un valor intrínseco, y contribuye a aumentar la legitimidad del sistema político. Veamos.

En el control judicial de constitucionalidad, concebido como efectivizando el derecho a ser oído, desaparece el ciudadano abstracto, destinatario de normas generales, quien es reemplazado por personas de carne y hueso, individuos con nombres e historias vitales distintas y peculiares, situados de manera diversa frente a la vida y a la norma, quienes reclaman a través del Poder Judicial una consideración de sus razones y circunstancias y una justificación que dé cuenta de ellas. Esta consideración de las circunstancias concretas, que solamente se muestran con toda nitidez en el marco de casos concretos, permite la creación de normas individuales que el legislador no pudo considerar. En cierto sentido, la aplicación de una norma podría ser la única ocasión de crear ciertas normas específicas.⁵⁶ Un crítico podría responder

⁵¹ Véanse, por ejemplo, CS, *Bazterrica*, Fallos 308:1392 (1986); CS, *Von Wernich*, Fallos 310:2836 (1987); CS, *Arriola*, Fallos 332:1963 (2009).

⁵² Véanse, por ejemplo, CS, D. 640. XLIV, 15/11/2011, *Dupuy*; CS, *Gómez*, Fallos 327:4067 (2004); CS, *Escobar*, Fallos 318:1593 (1995).

⁵³ Véanse, por ejemplo, CS, *Mesquida*, Fallos 329:5382 (2006); CS, *Petryszyn*, Fallos 331:2745 (2008).

⁵⁴ Véase, por ejemplo, CS, *Iachemet*, Fallos 316:779 (1993).

⁵⁵ Una cuestión adicional, vinculada al eventual valor instrumental del control judicial, pero que no es posible analizar aquí, es que los casos que comúnmente vemos de decisiones judiciales “erróneas” —aquellas de cuyos resultados discrepamos— suelen implicar la convalidación de decisiones políticas restrictivas de los derechos y no la invalidación de decisiones políticas que amplían derechos. Si ello es relevante o no a los fines de evaluar la práctica (si restringir derechos es más grave que ampliarlos) es algo que no puedo analizar en estas páginas.

⁵⁶ Uno podría preguntarse si alguna razón de este tipo, entre otras por supuesto, subyace a la transformación experimentada por los tribunales constitucionales europeos, que han ido

que eso puede ser así ocasionalmente, pero que a menudo lo que ocurre es que los jueces invalidan normas que regulan situaciones que sí fueron previstas. No obstante, en la concepción que aquí defiendo, el destinatario de la norma está mucho más cerca de ser partícipe de su creación, en lo que respecta a la norma individual que regirá su caso, que en la concepción que rechaza todo control judicial. La identificación entre autor y destinatario de la norma cuenta como una buena razón para justificar la legitimidad del derecho, y la mayor cercanía que existe en un sistema que reconoce el derecho a ser oído comparado con uno que no lo hace, simplemente aumenta la legitimidad de aquél. Este tipo de razones es independiente del estado de funcionamiento de un sistema legislativo representativo.

Desde una perspectiva ligeramente distinta, y concediendo *ad arguendo*, que idealmente las cuestiones de derechos deberían ser resueltas mediante una decisión colectiva simplemente mayoritaria, podría sostenerse que ello sería así únicamente si todos y cada uno de los individuos pudieran tomar parte efectiva de la discusión y decisión. La representación política parece ser un mal necesario, una circunstancia inevitable de las condiciones políticas modernas,⁵⁷ mas no la realización del ideal democrático que, entre otras cosas, requeriría la participación directa de los ciudadanos.⁵⁸ Dado que ese ideal regulativo no es alcanzable, es posible complementar las imperfec-

virando “del control de constitucionalidad al de «microconstitucionalidad», del control de la ley al control de la aplicación de la ley, de la preocupación por la constitucionalidad de la ley en abstracto, a la prioridad del examen de su constitucionalidad en relación con supuestos concretos de aplicación”, Ahumada Ruiz, *op. cit.*, p. 18. La autora citada analiza esta transformación desde otras perspectivas y brinda algunas otras razones para este proceso.

⁵⁷ De manera más extrema, podría sostenerse la imposibilidad absoluta de una democracia pura y estricta: “En un sentido estricto del término, nunca ha habido, y nunca habrá, una verdadera democracia. Es contra el orden de la naturaleza que la mayoría gobierne y la minoría sea gobernada. Es imposible imaginar un pueblo permaneciendo constantemente reunido en asamblea para atender los asuntos públicos... Si existiera una nación de dioses, se gobernaría a sí misma democráticamente. Una forma de gobierno tan perfecta no es para los hombres”, Rousseau, Jean Jacques, *Political Writings*, trad. y ed. de Frederick Watkins, Madison-Wisconsin, The University of Wisconsin Press, 1986, pp. 71-73.

⁵⁸ “La soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser transferida. Consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no puede ser representada; la voluntad es propia de cada uno, o no lo es; no hay posibilidad intermedia. Entonces, los diputados del pueblo no son, y no pueden ser, sus representantes; son meramente sus agentes, y no pueden tomar decisiones finales. Toda ley que no ha sido ratificada por el pueblo en persona es nula; no es una ley. Los ingleses creen que son libres; están sumamente equivocados. Son libres únicamente cuando están eligiendo los miembros del parlamento; tan pronto como han sido elegidos, el pueblo inglés es esclavizado y reducido a la nada... Dado que la ley es solamente una declaración de la voluntad general, está claro que el pueblo no puede estar representado en el poder legislativo...”, *ibidem*, pp. 103 y 104.

ciones y defectos de legitimidad del sistema representativo, a través de un mecanismo que permita efectivamente a los individuos tomar parte y tener voz en las decisiones que, en definitiva, afectarán sus derechos concretos. Ese mecanismo complementario puede requerir apartarse de algunas de las condiciones que, si fuera posible el ideal, serían necesarias para su obtención.⁵⁹ Admitir el control judicial, como medio para hacer efectivo el derecho individual a ser oído puede restringir en alguna medida la extensión del sistema de iguales libertades políticas, de manera que podría ser juzgada por algunos como incompatible con una situación ideal. Otras condiciones de realización del ideal podrían tal vez verse afectadas. Pero dado que el ideal no es alcanzable, la situación óptima es aquella donde los individuos pueden ser oídos de manera real y efectiva.

Desde cualquiera de las dos perspectivas esbozadas, la legitimación democrática a través de razones procedimentales se extiende del proceso de creación de la norma al de su aplicación, y la deliberación mediante representantes en la fase de creación encuentra su contrapunto en la posibilidad de efectiva contradicción en la fase de aplicación, fase en la que —en última instancia— se determina el derecho concreto de un individuo.⁶⁰ Es allí donde, finalmente, el ordenamiento jurídico, en tanto producto del sistema político, toca la realidad vital de cada persona.

¿Es posible que, además, haya buenas razones instrumentales que puedan esgrimirse a favor del control judicial? Ciertamente. En primer lugar, es plausible creer que un diseño institucional que fuerza al Estado a justificar sus decisiones sobre derechos, mediante un proceso de deliberación en el que se escuchan las razones de los individuos, se consideran sus circunstancias y se escudriñan —tal vez con diferentes niveles de intensidad— las razones estatales, tenderá a mejorar los resultados sustantivos obtenidos. Kumm sostiene que el control judicial jugaría el rol de un interrogatorio de tipo socrático, donde el Estado debe dar razones que todos podrían razo-

⁵⁹ Podría entenderse esta parte del argumento como emparentada con la idea del “segundo mejor”. La teoría general del “segundo mejor” sugiere que, si hay una restricción cualquiera que impide el logro de una situación óptima en términos de Pareto, entonces las restantes condiciones necesarias, aunque alcanzables, no resultan ya deseables; en otras palabras, dado que una de las condiciones de la situación óptima no es alcanzable, entonces una situación óptima solamente puede ser alcanzable abandonando otras condiciones propias del óptimo original. La situación a la que se llega es la “segunda mejor”, porque es obtenida sujeta a una restricción que impide el logro del óptimo de Pareto. Véase Lipsey, R. G. y Lancaster, Kelvin, “The General Theory of Second Best”, *The Review of Economic Studies*, vol. 24, 1956-1957, p. 12.

⁶⁰ Agradezco especialmente a un lector anónimo de un borrador anterior el haberme llamado la atención sobre esta manera de condensar el argumento.

nablemente aceptar, y que —frecuentemente— permitiría descubrir ciertas patologías del sistema político, como las decisiones irreflexivas basadas simplemente en la tradición, convenciones, o aquellas basadas en concepciones del bien fuera de los límites de la razón pública —si uno acepta tal modo de concebir el debate público—, o las que resultan simplemente irrazonables bajo un test de adecuación de medios a fines.⁶¹ Es difícil creer que, en líneas generales, tal tipo de procedimiento no tienda a mejorar los resultados que produce el sistema político.⁶²

Una línea de exploración adicional que puede sugerirse es la vinculada con el potencial efecto nivelador de posibilidades de influencia que el control judicial parece tener.⁶³ Este efecto se basaría en dos características —contingentes, claro está— que el proceso judicial parece típicamente tener comparado con el proceso legislativo. En primer lugar, el “umbral de visibilidad” de un reclamo de derechos parece ser más bajo en el proceso judicial que en el proceso legislativo. Los tribunales parecen detectar casos de violaciones de derechos que, por su insignificancia social relativa —aunque puedan ser sumamente significativas respecto de los individuos involucrados—, por desidia general, o por cualesquiera otras razones, resultan invisibles en el ámbito legislativo. Para lograr que el sistema judicial detecte, en un sentido laxo, una violación de derechos se requiere, en principio, movilizar menos recursos que para lograr un efecto similar a nivel legislativo, al menos en los casos que no son extremadamente salientes.⁶⁴ Basta con conseguir un abogado, que en ocasiones puede ser incluso gratuito, y poco más, y al menos el planteamiento será oído con seriedad. En segundo lugar, el dinero parece tener un menor margen de influencia en la capacidad de afectar los resultados del proceso, si asumimos que no hay corrupción en ninguno de

⁶¹ Kumm, *op. cit.*, pp. 23 y 24.

⁶² El argumento, como está expuesto aquí, es compatible con un sistema de control judicial débil, es decir, sin supremacía judicial. Para un análisis de la relación entre sistemas de control judicial sin supremacía y la línea argumental de defensa basada en el derecho a ser oído, véase Harel, Alon y Shinar, Adam, “Between Judicial and Legislative Supremacy: A Cautious Defense of Constrained Judicial Review”, *International Journal of Constitutional Law*, 2011.

⁶³ Tomo las ideas básicas de Merrill, Thomas W., “Does Public Choice Justify Judicial Activism After All?”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 21, 1997, pp. 224-228, quien argumenta que es una “hipótesis razonable” que el “umbral de costos” es más alto en el ámbito legislativo que en el judicial, y que “la curva de oferta [de cambio legal] judicial se vuelve inelástica a precios mucho más bajos que la curva de oferta [de cambio legal] legislativa”.

⁶⁴ En igual sentido, Walen, Alec, “Judicial Review in Review: A Four-Part Defense of Legal Constitutionalism. A Review Essay on *Political Constitutionalism*”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, 2009, pp. 341 y 342.

los dos ámbitos. Esta característica presenta dos aspectos, a su vez: por un lado, se requiere bastante menos dinero para interponer una acción judicial con posibilidades de éxito, que para hacer un planteamiento ante el Poder Legislativo con iguales posibilidades y, por otro lado, la utilidad marginal del dinero, en relación con las posibilidades de que un reclamo sea atendido, parece decrecer mucho más rápidamente en el proceso judicial que en el legislativo. Hablando en términos de dinero, tanto el “piso” como el “techo” parecen ser más bajos en la arena judicial que en la legislativa.

En general, para presentar un caso judicial con posibilidades de ganar no se requieren demasiados medios. Por cierto, disfrutar de recursos adicionales no perjudicará la causa. Con más dinero se pueden contratar más y mejores abogados, expertos que provean datos ciertos relevantes para la resolución del planteamiento, efectuar investigaciones más profundas relativas a cuestiones fácticas involucradas o a temas legales, entre otros aportes. Pero pasado cierto punto, más dinero no mejorará las posibilidades de ganar un juicio.

En el ámbito legislativo, la situación parece ser distinta. Para hacer un planteamiento con posibilidades de ser atendido, con frecuencia es necesario contar con un importante nivel de organización, que permita que el reclamo sea detectado por los legisladores e ingrese en la agenda legislativa. Los legisladores no están obligados a atender a los particulares, ni —lógicamente— a incluir sus pedidos en su agenda. Para lograr que lo hagan, un mayor nivel de organización y despliegue de recursos que el requerido en la arena judicial parece ser necesario. A la vez, el margen de influencia del dinero parece ser mayor. Uno puede pensar en una variedad de recursos que mejorarán la posición relativa del reclamo, cuya disponibilidad requiere dinero y organización. Pueden efectuarse donaciones a las campañas de los legisladores, ponerse a disposición espacios publicitarios, publicarse artículos de opinión o “noticias” que muestren al legislador bajo una luz favorable ante el público general, movilizarse grupos de personas que apoyen las medidas solicitadas con base en razones diferentes a su propia convicción sobre el asunto de fondo, efectuarse medidas de acción directa —cortes de rutas o calles, por ejemplo— poniendo a disposición recursos legales para defender a quienes sean eventualmente detenidos por razones vinculadas con la medida, entre muchos otros.⁶⁵ Esto no significa que no haya límites en cuanto a la efectividad del dinero como factor de influencia, pero sí pa-

⁶⁵ Por supuesto, algunos de estos recursos podrían ser utilizados también en el ámbito judicial, pero los jueces, por su posición institucional (no necesitan ser reelegidos, ni se encuentran directamente expuestos a las consecuencias inmediatas de un juicio negativo por

rece que ellos se encuentran en un nivel sustancialmente más alto que en el proceso judicial.

Un argumento de este tipo podría servir para despejar las dudas acerca de si efectivamente el control judicial permite que sean minorías las que deciden el contenido de los derechos. En realidad, desde esta perspectiva el control judicial aparece como potencial factor de nivelación de influencia política,⁶⁶ dando posibilidades a quienes se encuentran relativamente desarmados en el proceso legislativo.

A modo de simple ejemplo, puede tomarse el caso de la crisis económica argentina de 2001-2002. Se trata de un caso donde el diferencial de acceso al proceso político determina que ciertas minorías controlen la determinación de la extensión de los derechos constitucionales a través del proceso político, y donde el proceso judicial se constituye en una importante vía de participación de colectivos numerosos, pero con influencia muy relativa.

La salida de la convertibilidad de la moneda nacional con el dólar estadounidense que había imperado durante diez años,⁶⁷ superpuesta a una profunda dolarización de la economía, supuso un grave problema para el gobierno nacional. La solución a la que se llegó fue “pesificar” (esto es, transformar a pesos) todas las obligaciones en moneda extranjera. La “pesificación” final fue asimétrica: quienes tenían depósitos en dólares recibieron 1.40 pesos por cada dólar del depósito original, más un ajuste por inflación, mientras que quienes debían dólares al sistema financiero vieron convertida su deuda a pesos, a la relación 1 peso por dólar, más un ajuste por inflación.⁶⁸ Durante los primeros años posconvertibilidad, el dólar libre se disparó por encima de la inflación. Ello, sumado a otras restricciones a la libre disponibilidad de los fondos depositados en los bancos, generó que los depositantes enfurecieran ante lo que consideraban un despojo de sus derechos. Las discusiones sobre la extensión de la protección de ciertos derechos constitucionales (en el caso, primariamente los derechos de propiedad) eran ciertamente salientes. El reclamo de quienes entendían vulnerados sus derechos patrimoniales como consecuencia de las medidas de emergencia tenía indudable visibilidad política. A pesar de ello, la distribución de los

parte de la opinión pública, entre otros factores), parecen ser menos sensibles que los legisladores a los incentivos creados a través de estos medios.

⁶⁶ Más allá de lo que pueda sostenerse respecto de si el objetivo central de la democracia es o no la implementación de la igualdad política plena, como se plantea en Spector, *op. cit.*, p. 244.

⁶⁷ La llamada “convertibilidad” rigió desde abril de 1991 (Ley 23.928) hasta enero de 2002 (Ley 25.561).

⁶⁸ Véanse Ley 25.561 (especialmente artículos 6o. y 11) y Decreto 214/02.

costos del plan de superación de la crisis fue condicionada fuertemente por la presencia de los lobbies de otros sectores interesados. Concretamente, el sector financiero y el autodenominado “Grupo Productivo” (conformado por el sector industrial, de la construcción y agrario), quienes más allá de su dispar grado de afinidad con el gobierno de transición encabezado por Eduardo Duhalde, lograron que las medidas de emergencia los beneficiaran, a costa de los ahorristas y de la sociedad entera. La distribución de los costos de reorganizar el sistema financiero fue claramente regresiva,⁶⁹ y el lobby financiero-productivo fue eficaz en orientar la política en el sentido de sus intereses.⁷⁰ Los ahorristas atrapados por la normativa de emergencia, a pesar de constituir un colectivo numéricamente significativo, no tenían acceso a los cenáculos del poder ni participaban de las reuniones en las que se decidía el destino de sus derechos. Obviamente, sus intereses no recibieron el mismo grado de consideración en el campo político. Su reclamo encontró algún eco, sin embargo, en la justicia. El Poder Judicial se constituyó en un canal a través del cual los ahorristas pudieron discutir la extensión de sus derechos en una situación de crisis, y adicionalmente consiguieron resultados que morigeraron en alguna medida la extensión de sus daños.⁷¹

Es sumamente relevante tener en cuenta que el perfil del ahorrista medio que recurrió a la justicia en procura de defensa de sus derechos es el de un pequeño o mediano ahorrista, o de un ahorrista en situación de vulnerabilidad. El cuarenta y ocho por ciento de los depósitos atrapados por las normas de emergencia correspondían a sumas de cinco mil o menos dólares, y existe evidencia de que alrededor del setenta por ciento de los litigios involucraron sumas inferiores a treinta mil dólares.⁷² También hay indicios relativos a la significativa proporción de litigantes en estado de necesidad individual.⁷³ Es decir, colectivos relativamente vulnerables y políticamente poco influyentes fueron los principales usuarios de la justicia en la crisis.

Los depositantes de sumas verdaderamente importantes no necesitaron recurrir a la justicia: ellos se habían anticipado a la emergencia y, a través

⁶⁹ He analizado el tema en Elías, José Sebastián, “Against Regressive Redistribution: The Case of Argentina as the Basis for a Qualified Defense of the Judicial Defense of Property Rights”, manuscrito, 2012. Para un análisis similar, desde una perspectiva sociopolítica, véase Cobe, Lorena, *La salida de la convertibilidad. Los bancos y la pesificación*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2009.

⁷⁰ Cobe, *op. cit.*, pp. 47-96.

⁷¹ Elías, “Against Regressive...”, *cit.*; Elías, José Sebastián, “«Massa» y la saga de la pesificación: lo bueno, lo malo y lo feo”, *Jurisprudencia Argentina*, t. II, 2008.

⁷² Elías, “Against Regressive...”, *cit.*

⁷³ *Idem.*

del retiro de sus fondos, habían contribuido a su causación.⁷⁴ Los grandes deudores del sistema, que en muchos casos eran también ahorristas informados y con estrategias sofisticadas de manejo de riesgo que se anticiparon a las medidas de emergencia,⁷⁵ tampoco necesitaron de la justicia para esgrimir sus razones. Se hicieron escuchar a través de su propia fuerza política, y lograron determinar la extensión de los derechos en beneficio propio. Huelga decir que grandes ahorristas y grandes deudores no constituyen mayorías políticas, y su poder e influencia excede largamente su relativa insignificancia numérica.⁷⁶ En el caso, el Poder Judicial parece haber actuado como un canal que amplió, antes que redujo, la participación ciudadana en el proceso de determinación de derechos.

No hay espacio aquí para desarrollar otros casos, pero no sería difícil pensar numerosas situaciones adicionales donde se presenta un fenómeno similar al analizado rápidamente en las líneas anteriores. O donde, en cambio, el problema pasa por la falta de visibilidad política de los reclamos relativos a los derechos constitucionales.

III. CONCLUSIÓN

Creo que la justificación del control judicial ha de discurrir por dos carriles distintos, de tipo intrínseco e instrumental, y que hay buenas líneas argumentales para intentar su defensa sobre esa base mixta. Aquí no he intentado más que esbozar algunas de las ideas que pueden utilizarse en aquella empresa. El derecho a participar a través del voto es central en la construcción de la legitimidad del orden político, pero seguramente es insuficiente. La legitimidad pasa también por cierta calidad de los resultados del proceso político y por la posibilidad de tener una participación efectiva en las decisiones que

⁷⁴ *Idem*. Para un análisis detallado de las cifras involucradas en el proceso, véase Comisión Especial de la Cámara de Diputados 2001, *Fuga de Divisas en la Argentina. Informe Final*, Buenos Aires, Flasco-Siglo XXI Editores Argentina, 2005.

⁷⁵ A modo de simple ejemplo, el deudor más grande del sistema financiero en diciembre de 2001 era “Pecom Energy S.A.”, con una deuda de trescientos catorce millones de dólares, y fue al mismo tiempo la entidad que realizó las mayores transferencias de capitales al exterior durante 2001, con un monto total transferido de casi mil novecientos millones de dólares. Véanse Banco Central De La República Argentina, *Publicación de Información de Entidades Financieras*, p. 2, Diciembre de 2001, disponible en <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/entfinan/200112c.pdf> (fecha de consulta: 8 de marzo de 2012) y Comisión Especial de la Cámara de Diputados 2001, *Fuga de Divisas en la Argentina...*, *cit.*, p. 141.

⁷⁶ El 48% del total de stock de deuda “pesificada” correspondía a unos 1.220 grandes deudores. Véase Elías, “Against Regressive...”, *cit.*

involucran los derechos de cada uno. El control judicial, si bien no garantiza *per se* buenos resultados, sí permite que los individuos sean oídos en lo que a sus derechos respecta, y exige al Estado la justificación circunstanciada de las medidas que restringen (o deniegan) derechos, generando al mismo tiempo la posibilidad de que las decisiones que se tomen sean efectivamente mejores. A la vez, puede ser concebido como un mecanismo de igualación relativa de la influencia individual o grupal en el proceso político.⁷⁷ Tal vez nada de ello sea absolutamente concluyente, pero —pienso— dista mucho de ser poco, y vale la pena examinar esas posibilidades con atención.

⁷⁷ Si esto último ocurre efectivamente en un sistema político dado, es algo que debería ser objeto de adecuada demostración empírica, pero mi intuición es que efectivamente es así en muchos casos.

TRIBUNALES ESTATALES Y EL “ESTADO DE DERECHO”

M. E. LIBONATI*

Mirando la estructura y función de los tribunales de los estados al interior de los Estados Unidos, el presente trabajo tiene el objetivo de explorar aquello que un gran jurista y estadista caracterizó como “la notable distancia entre el derecho de reglas y la realidad”.¹ Como ustedes deben saber, el mayor volumen de decisiones legales en los Estados Unidos es decidido por los tribunales a nivel subnacional y no por los tribunales federales de la Unión. De tal modo, entonces, los tribunales estatales son los más importantes garantes de la llamativa abstracción reconocida como “Estado de derecho”.

Analicemos en primer lugar la estructura. Con ánimo de simplificar, sólo he de referirme a la selección y a la permanencia en el cargo de los jueces de los más altos tribunales en los cincuenta estados. De entre estos cincuenta, sólo uno, Rhode Island, sigue el modelo federal de nominación por parte del Poder Ejecutivo, confirmación por parte del Poder Legislativo y permanencia en el cargo de por vida.²

En siete estados, los jueces son elegidos por medio de elecciones partidarias. En trece estados, los magistrados son elegidos por medio de elecciones no partidarias.³ Y en Michigan y Ohio, reciben nominación partidaria en una instancia primaria aun cuando luego, entre los nominados que tuvieron éxito, el cargo depende de una elección no partidaria. Mientras que en los otros estados, los jueces en general —con los integrantes de los más altos tribunales inclusive—, deben superar un concurso para asegurarse una reelección. En algunos casos, deban afrontar un referéndum —*retention vote*—, para la permanencia.

* Carnell Professor en la Temple University de Filadelfia.

¹ Hernandez, Antonio Maria, “Argentina Sub-National Constitutional Law”, en Alan, Andre et al. (eds.), *Sub-National Constitutional Law*, 2005, p. 100.

² American Judicature Society, *Methods of Judicial Selection* (*Judicatura Americana, Métodos de Selección Judicial*), pp. 51 y 52, disponible en: www.judicialselection.us (fecha de consulta: 15 julio, 2011).

³ *Ibidem*, pp. 1-66.

El periodo más largo de duración en el cargo de estos jueces es de 14 años. En quince estados, la permanencia más común en ejercicio de la actividad jurisdiccional antes de enfrentar al electorado es de seis años.⁴

De acuerdo con la aspiración regulatoria de “orden jurídico” expresada por el constitucionalismo, estos hechos sobre selección y duración en el cargo son bastante incongruentes. Al menos ello es así de acuerdo con la práctica que caracteriza a países con tradición en el derecho continental europeo y a países de Latinoamérica también.

De modo que los acotados periodos de permanencia y estabilidad en el cargo y la sujeción de virtualmente casi todos los altos tribunales estatales a un *referendum* para mantenerse en funciones, de algún modo, ha venido a desdibujar ciertas diferencias y límites entre las posiciones judiciales y legislativas.

A su vez, estos límites han ido volviéndose aún más opacos por el rango de actividad judicial permitida. Tomemos el caso de Pennsylvania como ejemplo. Además de la reconocida atribución para adjudicar derechos conforme el *common law*, los jueces de Pennsylvania deciden sobre asuntos atinentes a la creación de municipalidades; a las tarifas que pueden llegar a cobrarse por los servicios públicos rendidos por ellas; sobre la administración de los fondos fiduciarios Benjamín Franklin. La Suprema Corte de Pennsylvania goza también de la competencia para crear reglas de práctica y procedimiento sin el consentimiento de la Legislatura. De tal suerte, los códigos de procedimiento civil y comercial son creados por el Poder Judicial. La Suprema Corte de manera repetida ha invalidado toda legislación que pudiera afectar tanto la autonomía estatal para crear tales códigos como aquella que afecte políticas de empleo de sus empleados; sin desconocer las normas que pudieran regular la práctica profesional en ejercicio de la abogacía. La Suprema Corte del estado ha llegado inclusive a dictar legislación que le permita acceder a suficientes asignaciones presupuestarias de dinero para asegurar el financiamiento apropiado de la actividad de los tribunales locales. Como consecuencia de ello y a diferencia de la tradición continental, en Pennsylvania, parecen poco marcadas las diferencias entre las funciones de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Analicemos ahora el impacto que tiene la “tradición del *common law*” llevada adelante por jueces de tribunales superiores cuyos mandatos son breves; teniendo en cuenta además que los mismos son directamente responsables ante los electores. La tarea más importante que tienen estos ma-

⁴ *Idem*.

gistrados es la de estar a cargo de la interpretación del derecho ajustándose a la aplicación de los textos legales y a las normas constitucionales.

En particular, el siguiente comentario de la Conferencia Nacional de Comisionados por las Leyes Estadales Uniformes, acabadamente da testimonio del estado actual de la interpretación de las leyes emanadas de las legislaturas. Se ha dicho:

Los tribunales Norteamericanos no tienen ni una genéricamente aceptada teoría inteligible ni una consistente práctica de interpretación de las normas producidas por las legislaturas... Un repaso cuidadoso de las opiniones de los tribunales estatales acerca de la interpretación sobre las normas de legislación permite advertir que las mismas no son iguales a otras reglas existentes en el Derecho... No está claro si este estado del derecho es el resultado de una deficiencia básica o se desprende de la naturaleza contradictoria que las diversas y a menudo inconsistentes reglas de interpretación legislativa poseen; o si se debe a la imprecisión del lenguaje, o a la inclinación que tienen algunos operadores a intentar comenzar con la respuesta en lugar de mirar la pregunta, o tal vez, por factores, o por una combinación de todos.⁵

Vale decir, en el centro mismo del anhelado ideal, “Estado de derecho”, se observa una plausible contradicción.⁶ En un escenario crecientemente dominado por la codificación del derecho privado, por ejemplo, para un Código Comercial uniforme; donde a su vez la promulgación de legislación programática autoriza la elaboración administrativa de normas, en verdad no es posible discernir un modo de interpretación que dé cuerpo al concepto de Estado de derecho.⁷ Más aún, una importante parte del discurso constitucional contemporáneo, tanto a nivel estatal como federal, se encuentra definida por una heterogénea caja de herramientas interpretativas que han sido legadas por la doctrina judicial en materia de interpretación legislativa.

Es bien conocida la dificultad que la interpretación del lenguaje normativo entraña cuando los textos tienen que ser abordados “autoritativamente”. La indeterminación de las fuentes del derecho, por caso, fueron reconocidas por James Madison en *El Federalista* 37, por ejemplo: “La indistinción del objeto, la imperfección del órgano que las concibe, la inadecuación del vehículo de las ideas”.⁸ Madison añade inclusive otros factores endémicos

⁵ 14 *Uniform Laws Annotated*, Pocket Part, 1999, p. 83.

⁶ Grad, Frank P., “The Ascendancy of Legislation: Legal Problem Solving in our Time”, *Dalhousie L. J.*, t. 9, 1958, pp. 228, 233-234, 251-253.

⁷ Véase, en general, Calabresi, Guido, *A Common Law for the Age of Statutes*, 1982.

⁸ Madison, James, *The Federalist* n° 37, Rossiter, Clinton, 1961, p. 229.

en el tira y afloje del proceso creativo de leyes.⁹ Y así, en *El Federalista 51*, asume que para invadir competencias de otros poderes, el Poder Judicial suele verse llevado por la “ambición” de la misma manera que los otros poderes suelen querer cercenar las del Poder Judicial.¹⁰

La postura de Madison guarda familiares similitudes con aquellas críticas al modelo de toma de decisiones del agente racional producido por Herbert Simon sobre “racionalidad encadenada”.¹¹ Madison, ciertamente, asevera que es la pasión de la ambición y no la voz de la razón la que desata la mayoría las decisiones. La frase “indistinción del objeto”, por lo tanto, estimula la pregunta acerca de si la “ciencia del gobierno” puede resolver temas normativos esenciales. Más aún, la observación de Madison sobre cómo la jurisdicción entre tribunales británicos es definida por cuestiones “...de derecho, equidad, almirantazgo, etc.”, precisamente denota “...la indeterminación de los respectivos límites que circunscriben la actividad de los mismos”.¹² La descripción de normatividad y complejidad mezclada en el concepto de “jurisdicción” en palabras de Madison es compatible con las reflexiones de Gallie con respecto a los “conceptos esencialmente controvertibles”.¹³ Naturalmente luego, la noción de “Estado de derecho” en sí misma es también un concepto esencialmente controvertible.¹⁴

En este contexto de análisis, la gran pregunta es: “¿debemos tener fe en la virtud del Poder Judicial estatal para definir la práctica de la interpretación legal?”. En los Estados Unidos hay importantes filósofos legales que apoyan el modelo del agente racional que protagoniza la interpretación judicial. Ronald Dworkin propone una tarea “interpretativa” al exigir al juez Hércules el último ideal.¹⁵ Pero este modelo no responde a la realidad institucional y estatal de un alto tribunal multimiembro, con mandatos cortos y responsabilidad directa hacia el electorado, ni tampoco tiene en cuenta las vinculadas capacidades racionales de los miembros individuales del tribunal.¹⁶ De todos modos, aún el juez Richard Posner, un crítico formidable de

⁹ *Ibidem*, p. 230.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 321 y 322.

¹¹ Véase, en general, Simon, Herbert A., *Reason in Human Affairs*, 1983; Jones, Bryan D., *Ann. Rev. Pol. Sci.*, 1999, pp. 297-311.

¹² Madison, *supra* n. 8, p. 228.

¹³ Véase Gallie, W. B., “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, t. 56, 1956, pp. 167-198.

¹⁴ Véase Waldron, Jeremy, “Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?”, *Law and Philosophy*, t. 21, 2002, pp. 137-164.

¹⁵ Véase Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, 1986.

¹⁶ Para una crítica minuciosa del teorizar de Dworkin, véase Posner, Richard A., *The Problematics of Moral and Legal Theory*, 1999.

Dworkin, abona el compromiso racional del pragmatismo legal que, con relación a las conductas humanas, requiere una base minuciosa en economía y una capacidad de un agencia racional para predecir las consecuencias a largo plazo de las decisiones judiciales.¹⁷

Del lado del derecho continental, Robert Alexy ha concebido un detallado y cuidadoso análisis en torno a la interpretación legal¹⁸ y constitucional.¹⁹ Sin embargo, al igual que Dworkin y Posner, el equipo de herramientas de Alexy es similar al arco de Ulises. El manejo de la caja de herramientas interpretativas que él recomienda se encuentra mucho más allá de la capacidad de los pretendientes de Penélope —los que trabajan en los altos tribunales estatales—. En particular, estos pueden ser los casos de los derechos socioeconómicos de segunda generación presentes en muchas Constituciones de los estados a nivel subnacional.²⁰

En vez de dar un enfoque claro, coherente, y sistemático de la tarea interpretativa, para alcanzar resultados satisfactorios, el pragmatismo del *common law* suele intentar una manipulación estratégica como puede ser “el arte de cambiar las cargas de la prueba”.²¹

Bourdieu considera la lucha entre teóricos profesionales y pragmáticos judiciales como endémica, y constitutiva, del campo judicial.²² Identificó el capital simbólico al que se refiere la frase “Estado de derecho” con un producto del trabajo del campo judicial.²³ Como ciudadano de un estado unitario con un Poder Judicial y un “professoriat” arraigados, Bourdieu, empero, no ha sabido tener en cuenta el particularismo funcional y estructural que exhibe una república federal. Menos perdonable es la falta de atención al particularismo estatal en la profesión legal académica en los Estados Unidos. Allí, se inventan sofisticadas aproximaciones a los problemas en torno a la interpretación legislativa y constitucional sobre la base de un paradigma institucional donde el Poder Judicial es designado con cargos vitalicios. Entonces, cayendo en lo que los retóricos llaman sinécdoque, mucho del

¹⁷ Posner, Richard A., *How Judges Think*, 2008; Posner, Richard A., *Law, Pragmatism and Democracy*, 2003.

¹⁸ Alexy, Robert, *A Theory of Legal Argumentation*, trad. de Ruth Adler y Neil MacCormick, 1989, pp. 177-295.

¹⁹ Véase Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. de Julian Rivers, 2001.

²⁰ *Ibidem*, pp. 334-338.

²¹ Gaskins, Richard H., *Burdens of Proof in Modern Discourse XIX*, 1993.

²² Bourdieu, Pierre, “The Force of Law: Toward a Sociology of the Judicial Field”, *Hastings L. J.*, t. 38, 1987, pp. 814, 821 y 822 (trad. de Richard Terdiman).

²³ *Ibidem*, p. 833.

elaborado aparato teórico diseñado por los principales académicos norteamericanos propone una auténtica falacia al confundir la parte con el todo.²⁴

En mi opinión, tomar en serio la labor de los tribunales a nivel subnacional, serviría para ampliar de manera significativa los horizontes que hoy tienen los estudiosos del derecho público, quienes, dicho sea de paso, se muestran sumidos en la indiferencia, si no su animosidad contra de “todo lo particular”.²⁵ Por caso, rompiendo sus límites, la competencia de la Corte Suprema de Pennsylvania podría ser reconceptualizada en tanto ejemplo de una ley pública transformada que contradiciendo muchos discursos jurídicos y académicos “rechaza la clara distinción entre derecho y política”.²⁶ Y yo, como académico que ha pasado la mayor parte de su vida profesional leyendo opiniones de tribunales en el campo del derecho público,²⁷ puedo dar fe de que la exposición prolongada a la jurisprudencia —a dicho cuerpo de derecho extraído de los casos— imperiosamente necesita una revaluación de las capacidades reales que tiene el Poder Judicial.

²⁴ Nate, Richard, “Synecdoche”, en Sloane, Thomas O. (ed.), *Encyclopedia of Rhetoric*, 2001, pp. 763 y 764.

²⁵ Hegel, G.W.F., *Philosophy of Right* 35A (trad. de T. M. Knox, 1952) citado por Loughlin, Martin, *Foundations of Public Law*, 2010, p. 355.

²⁶ *Ibidem*, p. 456.

²⁷ Véase, en general, Dallas Sands, C. y Libonati, Michael E., *Local Government Law*, 4 vols., 1982.

LA EMERGENCIA FRENTE A LOS LÍMITES JURÍDICOS DE LA CONSTITUCIÓN

EMERGENCIAS CONSTITUCIONALES EN ARGENTINA: LOS ROMANOS (NO LOS JUECES) TIENEN LA SOLUCIÓN

Carlos ROSENKRANTZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El historial judicial*. III. *La explicación del historial jurídico*. IV. *El objetivo del derecho*. V. *Los romanos tenían la solución*. VI. *Problemas teóricos resueltos*. VII. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

En una emergencia constitucional, la protección de las aspiraciones de la Constitución puede requerir o bien decisiones públicas que restrinjan los derechos constitucionales o la suspensión temporal de procedimientos constitucionales a favor de alternativas más expeditas. Las emergencias constitucionales presentan problemas prácticos que son difíciles de resolver. En efecto, las emergencias constitucionales requieren que pensemos en los mecanismos institucionales que nos permiten ganar agilidad sin que por ello tengamos que caer en la arbitrariedad o la concentración del poder de manera irreversible. Pero las emergencias constitucionales son también interesantes desde un punto de vista teórico. Las emergencias constitucionales desafían las nociones liberales acerca de que adecuadamente el poder no deriva de la fuerza o las amenazas, sino de reglas predeterminadas a las que el *demos* presta

* Rector de la Universidad de San Andrés (Argentina). Gracias a la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas y a la *Texas Law Review* por organizar un Simposio fantástico. Agradecimientos especiales también a los editores de la *Texas Law Review* por los comentarios detallados y extremadamente agudos; también por sus sugerencias editoriales que mejoraron enormemente el presente artículo. Estoy muy agradecido a Sebastián Elías por sus valiosos comentarios a lo largo de todo el artículo; a Santiago Mollis, Mario Posse y Manuel Rogiano —alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Andrés— por su excelente ayuda para esta investigación. Todas las traducciones en el artículo son del autor, a menos que se indique lo contrario.

consentimiento.¹ La agilidad que los tiempos de crisis imponen, sugiere que la idea de la derivación del poder a partir de consentimientos previos debe verse revertida. Lo primero que parece ser necesario durante las emergencias es “decisión” oportuna, y más que cualquier otra cosa ello requiere poder. Tal como lo querían los liberales, durante las emergencias, la autoridad no puede ser la fuente del poder. En cambio, es el poder la fuente de la autoridad.

Pocos autores contemporáneos han intentado dar respuestas a los problemas teóricos y prácticos que presentan las emergencias constitucionales. Algunos han sugerido que, cuando el Poder Ejecutivo declara un estado de emergencia, podemos evitar que el mismo actúe arbitrariamente y asegurarnos la prioridad de la ley por sobre el poder sólo si los jueces resisten cualquier intento del Ejecutivo por restringir los derechos individuales o cualquier artimaña para eludir los procedimientos ordinarios de legislación.² Yo disiento. Debemos resolver los desafíos de las emergencias constitucionales por medio de elaborados diseños institucionales que: 1) proporcionen incentivos adecuados para que el ejecutivo se abstenga del uso caprichoso de los poderes de emergencia, utilizando esos poderes extraordinarios sólo cuando fuere estrictamente necesario para el bien común, y 2) protejan el valor de la obligación de cumplir el derecho, por parte de la sociedad. En la Parte II revisaré la jurisprudencia judicial de Argentina para demostrar que, al menos en este país, los jueces han sido incapaces de restringir de manera adecuada y consistente el uso de poderes extraordinarios por parte del Ejecutivo. En la parte III intentaré explicar los repertorios de jurisprudencia mencionados para demostrar que ciertas competencias del Poder Judicial ponen a los jueces en una posición muy difícil o incómoda para poder vigilar el uso de poderes extraordinarios por parte del ejecutivo. En la parte IV presentaré mi visión sobre el valor de la obediencia al derecho para demostrar por qué la propuesta institucional que propongo en la parte V no vuelve al mismo servil del poder. En la parte VI mostraré que mi propuesta no debilita el valor del derecho y, por lo tanto, no debiera ser rechazada por ser opuesta a éste. Finalmente, en la parte VII ofreceré sucintas observaciones de cierre.

¹ Véase Locke, John, *Two Treatises of Government*, 1960, Peter Laslett (ed.), Cambridge Univ. Press, 1988, p. 278 (“todos los hombres están naturalmente en estado natural, y así permanecen, hasta que por su propio consentimiento se convierten en miembros de alguna Sociedad Política”).

² Véase Parte IV *infra*.

II. EL HISTORIAL JUDICIAL

1. *El Estado de sitio*

Fuertemente influidos por pensadores liberales,³ muchos redactores de Constituciones en América Latina rechazaban la creación de cláusulas que reglamentaran las emergencias.⁴ En Argentina, el poder del gobierno para suspender los derechos y las libertades individuales fue incluido explícitamente en casi todos los ensayos y antecedentes constitucionales. Las Constituciones de 1819 y 1826 permitían al gobierno restringir derechos por medio de medidas de emergencia.⁵ La Constitución de 1853 recibió la influencia de treinta años de anarquía precedentes, como así también las provisiones de la Constitución chilena de 1833; una de las primeras Constituciones latinoamericanas que concedió al congreso la facultad de declarar el estado de sitio.⁶ Para la hipótesis de que la Constitución o las autoridades creadas por ésta pudieran estar en peligro, la Constitución de 1853 autorizaba al Congreso —en caso de conmoción interna—, y al Senado —a instancias del PEN: en caso de ataque extranjero—, a declarar el estado de sitio para con ello enervar los derechos individuales.⁷

Desde 1854 y hasta 2001 el estado de sitio se declaró cincuenta y siete veces.⁸ Durante las primeras décadas de su historia institucional, los tribunales argentinos lograron empero controlar al gobierno y restringieron de tal suerte la lista de derechos que podían ser suspendidos durante los estados

³ Véase, *e. g.*, Pizarro Pretch, Jorge, “Laity and Laicism: Are These Catholic Categories of Any Use in Analyzing Chilean Church–State Relations?”, *Byu L. Rev.*, pp. 697 y 698, 2009 (“Como todas las naciones latinoamericanas, el desarrollo constitucional de Chile recibió una fuerte influencia de las tendencias liberales”).

⁴ La Constitución venezolana de 1811, la Constitución colombiana de 1818, y la carta mexicana de 1824, todas carecían de poderes de emergencia amplios. Negretto, Gabriel L. y Aguilar Rivera, José Antonio, “Liberalism and Emergency Powers in Latin America: Reflections on Carl Schmitt and the Theory of Constitutional Dictatorship”, *Cardozo L. Rev.*, t. 21, 2000, pp. 1797, 1803.

⁵ La Constitución de 1819 permitía a las autoridades restringir las libertades individuales en circunstancias extraordinarias. Artículo 122, Constitución de las Provincias Unidas en Sudamérica [Const. Prov. UN.] (1819). La Constitución de 1826 daba al congreso este poder. Art. 174, Constitución de la República Argentina (1826).

⁶ Negretto, Gabriel L. y Aguilar Rivera, José Antonio, “Liberalism and Emergency Powers in Latin America...”, *cit.*, p. 1805.

⁷ Artículos 23, 53, 67(26), Constitución Nacional (1853).

⁸ Serrafiero, Mario D., *Exceptocracia: ¿confín de la democracia? intervención federal, Estado de sitio y decretos de necesidad y urgencia*, 2005, p. 75.

de sitio. En 1893, por ejemplo, en *Alem*,⁹ la Suprema Corte decidió que el presidente no podía emitir una orden de detención en contra de un senador recién electo porque la inmunidad parlamentaria del senador lo protegía aun después de que el estado de sitio fuese declarado.¹⁰ La Corte razonaba que el estado de sitio tenía como objetivo preservar el sistema constitucional.¹¹ El encarcelamiento de un senador, al cambiar el equilibrio de poderes al interior del Senado nunca podría ser concebido como una medida a favor de la Constitución.¹² Dado que el estado de sitio siempre fue considerado una medida excepcional, en *Alvear*,¹³ la Suprema Corte estableció que los poderes otorgados al Ejecutivo deben ser interpretados de manera restrictiva.¹⁴

En 1931, cambió esta tendencia interpretativa. Ese año, en *Bertotto*,¹⁵ resuelto sólo unos meses después del primer golpe de Estado en la historia argentina, la Suprema Corte sostuvo que, además de la libertad física, también era posible establecer restricciones a la libertad de prensa.¹⁶ En 1959, en *Sofía*,¹⁷ un caso iniciado cuando la policía prohibió un mitin político convocado por la situación de los detenidos políticos en Paraguay, la Suprema Corte sostuvo que el derecho a realizar asambleas políticas sólo podía ser suspendido en tiempos de emergencia.¹⁸ Añadió que los tribunales no pueden revisar las aseveraciones factuales que el ejecutivo ensayara para justificar la declaración misma de la emergencia.¹⁹ En 1970, en *Primera Plana*,²⁰ la corte convalidó decisiones emanadas del gobierno sobre que los decretos del Ejecutivo y los actos institucionales adoptados durante estados de sitio eran constitucionales siempre y cuando hubiera un verdadero estado de emergencia.²¹ En marzo de 1976, los militares derrocaron al gobierno de-

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15/12/1893, *Leandro N. Alem / recurso interpuesto*, Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [Fallos] (1895-54-432).

¹⁰ *Ibidem*, p. 463.

¹¹ *Ibidem*, p. 455.

¹² *Ibidem*, pp. 455-56.

¹³ CSJN, 3/3/1933, *Alvear, Marcelo T. de/recurso de hábeas corpus*, Fallos (1933-167-267).

¹⁴ *Ibidem*, p. 317.

¹⁵ CSJN, 11/3/1931, *Bertotto, José Guillermo/recurso de hábeas corpus*, Fallos (1931-160-104).

¹⁶ *Ibidem*, p. 113.

¹⁷ CSJN, 22/5/1959, *Sofía, Antonio y otro/recurso extraordinario*, Fallos (1959-243-504).

¹⁸ *Ibidem*, p. 520.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ CSJN, 3/3/1970, *Primera Plana c. la Nación (Poder Ejecutivo Nacional)/demanda de amparo*, Fallos (1970-276-72).

²¹ *Ibidem*, p. 82.

mocrático comandado por la viuda de Perón.²² En 1977, el gobierno militar sostuvo que el movimiento guerrillero, cuya fuerza se citaba como la razón más importante del golpe, había perdido energía y estaba, según el gobierno, totalmente destruida.²³

En 1978, en la cima del poder político militar, y en respuesta a casos anteriores de violación de la libertad, la Suprema Corte cambió nuevamente su línea doctrinal. Así, en *Zamorano*,²⁴ la Suprema Corte falló en contra de la decisión del gobierno de mantener a un detenido en arresto domiciliario y defendió su derecho constitucional de abandonar el país, según el mandato del artículo 23 de la Constitución.²⁵ La Corte estableció que las acciones del gobierno durante estados de sitio siempre eran revisables, que las razones dadas por el Ejecutivo al ordenar una detención estaban sujetas a “escrutinio estricto” por parte de los tribunales, y finalmente, que el gobierno debía proporcionar un conjunto detallado de razones para justificar sus acciones durante el estado de sitio.²⁶ Además, la Suprema Corte estableció que la mera invocación de declaraciones generales sobre estados de emergencia sería insuficiente (por ejemplo, que una asociación con el objetivo de organizar una oposición no violenta a una política oficial pueda facilitar la movilización de violencia revolucionaria).²⁷ Más aún, en 1979, la Corte Suprema, en *Timerman*,²⁸ sostuvo que la detención de un periodista conocido mundialmente era claramente arbitraria porque no había ningún tipo de relación entre las causas del estado de sitio y el razonamiento del gobierno al justificar la detención de Timerman.²⁹ Finalmente, en 1985, la Suprema Corte resolvió *Granada*,³⁰ fallando que durante una emergencia el ejecutivo podía restringir las libertades de manera limitada y por un periodo corto de tiempo.³¹ La corte también resaltó en un tono muy fuerte que las medidas de emergencia que restringían la libertad personal siempre eran constitu-

²² Mendez, Juan E., “Significance of the Fujimori Trial”, *Am. U. Int’l L. Rev.*, vol. 25, 2010, pp. 649, 650 y 651.

²³ Osiel, Mark J., “Dialogue with Dictators: Judicial Resistance in Argentina and Brazil”, *Law & Soc. Inquiry*, vol. 20, 1995, pp. 481, 521.

²⁴ CSJN, 9/8/1977, *Zamorano, Carlos Mariano/recurso de hábeas corpus*, Fallos (1977-298-441).

²⁵ *Ibidem*, pp. 443, 445 y 446.

²⁶ *Ibidem*, pp. 444 y 445.

²⁷ *Ibidem*, p. 445.

²⁸ CSJN, 17/9/1979, *Timerman, Jacobo/recurso de hábeas corpus*, Fallos (1979-301-771).

²⁹ *Ibidem*, pp. 781-7883.

³⁰ CSJN, 3/12/1985, *Granada, Jorge Horacio/recurso de hábeas corpus en su favor*, Fallos (1985-307-2284).

³¹ *Ibidem*, pp. 2311-12.

cionalmente sospechosas y su validez estaba completamente condicionada a su brevedad.³²

2. *El Poder del Congreso*

Concomitantemente al aumento del poder del presidente durante un estado de sitio —a pesar de la progresiva y fuerte oposición de la Suprema Corte, especialmente en los casos donde estaba involucrada la libertad personal—; la Corte Suprema terminó empero aceptando crecientes poderes del Congreso para regular derechos económicos durante emergencias constitucionales.

Hasta 1922, los tribunales argentinos compartían un enfoque libertario de tipo *Lochner*.³³ En 1903, en *Hileret & Rodríguez c. Provincia de Tucumán*,³⁴ la Suprema Corte rechazó una ley aprobada por una legislatura provincial cuyo objetivo era regular el precio y la producción de azúcar.³⁵ La Suprema Corte sostuvo que la regulación de la producción llevaría a la regulación de toda la actividad industrial de la nación, socavando los derechos individuales y haciendo del gobierno “el regente de la industria y el comercio, [y] el árbitro del capital y la propiedad privada”.³⁶ En *Ercolano c. Lanteri Renshaw*,³⁷ invocando la función social de la propiedad, la Corte Suprema convalidó una ley que establecía precios máximos para los alquileres urbanos.³⁸ Sin embargo, en *Horta c. Harguindeguy*,³⁹ la Suprema Corte rechazó la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley,⁴⁰ y en *Mango c. Traba*,⁴¹ argumentando que una restricción de los derechos de propiedad sólo podía justificarse en momentos de extrema necesidad, explícitamente impidió el establecimiento de precios máximos.⁴²

³² *Ibidem*, p. 2309.

³³ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

³⁴ CSJN, 5/9/1903, *Hileret y Rodríguez c. la Provincia de Tucumán/inconstitucionalidad de la ley provincial*, Fallos (1907-98-20).

³⁵ *Ibidem*, pp. 25, 26, 31, 35 y 36.

³⁶ *Ibidem*, p. 51.

³⁷ CSJN, 28/4/1922, *Ercolano, Agustín c. Lanteri Renshaw, Julieta/consignación*, Fallos (1922-136-161).

³⁸ *Ibidem*, p. 170.

³⁹ CSJN, 21/8/1922, *Horta, José c. Harguindeguy, Ernesto/consignación de alquileres*, Fallos (1922-137-47).

⁴⁰ *Ibidem*, p. 61.

⁴¹ CSJN, 26/8/1925, *Mango, Leonardo c. Traba, Ernesto/recurso extraordinario interpuesto por desalojo*, Fallos (1925-144-219).

⁴² *Ibidem*, pp. 223 y 224.

Esta visión algo restringida de los poderes de emergencia cambió cuando el país enfrentó su primera gran crisis económica sistémica luego del colapso económico de 1930. En 1934, la Suprema Corte cambió el precedente y resolvió *Avico c. de la Pesa*,⁴³ citando el caso americano de *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*,⁴⁴ al sostener que una ley que imponía a las hipotecas una moratoria de tres años sobre los pagos y las ejecuciones y ponía un tope de 6% anual a las tasas de interés era perfectamente constitucional.⁴⁵ La Suprema Corte afirmó que la ley era constitucional toda vez que (1) había una emergencia, (2) los derechos en cuestión estaban restringidos por una ley válida, (3) había proporcionalidad entre la emergencia y las medidas tomadas para superarla, (4) la restricción era momentánea, y (5) la misma no atacaba la propiedad en sí misma sino que sólo dilataba la aplicación de remedios legales a disposición del titular.⁴⁶

No obstante los casos previos, el Poder Judicial revirtió el rumbo en la década de 1980 poniendo límites a las medidas de emergencia adoptadas por el Congreso. En 1986, la Suprema Corte resolvió *Rolón Zappa*,⁴⁷ un caso protagonizado por una maestra que atenta a las Leyes 18.037 y 21.864, reclamaba la protección de las jubilaciones frente a la inflación de acuerdo con las previsiones de la Ley del Docente y con los artículos 14 *bis* y 17 de la Constitución.⁴⁸ El órgano de gobierno encargado de administrar las jubilaciones argumentó que el sistema de jubilaciones estaba en emergencia y que, en tales condiciones, si las jubilaciones se incrementaban según la pretensión del demandante, todo el sistema de jubilaciones caería en bancarrota afectando a todos los demás jubilados.⁴⁹ La Corte Suprema sostuvo que era responsabilidad del Congreso adoptar soluciones para evitar la

⁴³ CSJN, 7/12/1934, *Avico, Oscar Agustín c. de la Pesa, Saúl C./recurso extraordinario*, Fallos (1935-172-21).

⁴⁴ 290 U.S. 398 (1934).

⁴⁵ *Avico*, Fallos (1935-172-21, 41, 77).

⁴⁶ Opinión del procurador general de la nación, *Avico, Oscar Agustín c. de la Pesa, Saúl C. / recurso extraordinario*, 6/9/1934, Fallos (1935-172-21, 33-35), adoptado por *Avico*, Fallos (1935-172-21, 77-78); véase también Spector, Horacio, “Constitutional Transplants and the Mutation Effect”, *Chi.-Kent L. Rev.*, vol. 83, 2008, pp. 129 y 135, donde se refiere a *Avico* como un “transplante constitucional” de *Blaisdell*, y expone los requisitos de *Blaisdell* para que una moratoria sea constitucional.

⁴⁷ CSJN, 30/9/1986, *Rolón Zappa, Víctor Francisco/jubilación*, Fallos (1986-308-1848).

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 1850, 1851 y 1853.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 1853. El reclamo era real. Unos días después del fallo, el presidente promulgó un decreto de emergencia que suspendía temporariamente la ejecución de fallos en contra del sistema de jubilaciones. Decreto No. 2196/86, Nov. 28, 1986, [26041] B.O. 5.

bancarrota del sistema provisional, y que ello no podía adoptar una decisión que afectara los derechos de los jubilados.⁵⁰

En 2003, Hugo Ávalos demandó a Alejandro Czumadewski por daños ocasionados por un accidente de autos que causó la muerte del padre del primero.⁵¹ Ávalos también demandó a la aseguradora del acusado, la Caja Nacional de Ahorro y Seguro (CNAS), una compañía de seguros de propiedad del Estado, cuya liquidación, según los términos de un régimen de emergencia aprobado por el Congreso, protegía los activos de la empresa mientras imponía restricciones a los acreedores.⁵² El tribunal de apelación falló a favor del demandante.⁵³ Czumadewski luego apeló a la Suprema Corte, argumentando que el artículo 61 de la Ley 25.565 había extendido la protección anteriormente aprobada por el Congreso a quienes, como él mismo, habían comprado pólizas de seguro a la CNAS.⁵⁴ En 2007, la Suprema Corte confirmó el fallo.⁵⁵ Esta adoptó expresamente la opinión del procurador general, la cual declaraba que para justificar restricciones a los acreedores de la CNAS, aun cuando hubieren razones de emergencia derivadas de las limitaciones financieras del Estado, no era, empero, plausible que dichas consideraciones debían ser aplicadas también al demandante.⁵⁶ La Suprema Corte sostuvo que la invocación por parte del Congreso de consideraciones de emergencia no alcanzaba para justificar la liberación de las obligaciones del acusado; toda vez que los beneficios de dicha liberación no recaerían al público en general sino más bien a un grupo en particular.⁵⁷

⁵⁰ Rolón Zappa, Fallos (1986-308-1848, 1855-56).

⁵¹ Opinión del procurador general de la nación, *Ávalos, Hugo Mariano c. Czumadewski, Alejandro / ejecución de sentencia-incidente civil*, 31/10/2006, pt. II, disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=275748&fori=REA01125-401, adoptado por CSJN, 11/7/2007, *Ávalos, Hugo Mariano c. Czumadewski, Alejandro / ejecución de sentencia-incidente civil*, Fallos (2007-330-2981), slip op., p. 1, disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=270084&fori=REA01125-400.

⁵² *Ibidem*, pts. I, II, IV.

⁵³ *Ibidem*, pt. I.

⁵⁴ *Ibidem*, pt. II.

⁵⁵ *Ávalos*, Fallos (2007-330-2981), slip op. p. 1.

⁵⁶ Opinión del Procurador General de la Nación, *Ávalos, Hugo Mariano c. Czumadewski, Alejandro / ejecución de sentencia-incidente civil*, 31/10/2006, pt. V, disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=275748&fori=REA01125-401, adoptado por Ávalos, Fallos (2007-330-2981), slip op. p. 1.

⁵⁷ *Ibidem*, pt. IV.

3. *Decretos de emergencia*

Finalmente, la tercera área donde las emergencias constitucionales tuvieron un fuerte impacto fue con respecto a la atribución del presidente para promulgar decretos con contenido legislativo. La Constitución argentina de 1853, si bien estipula una presidencia fuerte, fue enfática en la división de poderes y, salvo en circunstancias que fueran de estado de sitio declarado, no autorizaba al presidente a invadir las competencias privativas del Congreso.⁵⁸ Durante un tiempo, los tribunales fueron grandes defensores del principio de división de poderes. Por ejemplo, en 1863, en *Ramón Ríos*,⁵⁹ la Corte Suprema reglamentó que un decreto del Poder Ejecutivo que invadía facultades del Congreso era constitucionalmente inválido puesto que cada uno de los tres poderes del gobierno es “independiente y soberano” en su esfera y, por lo tanto, sus competencias son “peculiares y exclusivas”.⁶⁰

Durante los años que siguieron, la Suprema Corte se fue alejando de los límites impuestos en el modelo de división de poderes y giró hacia una habilitación más bien bastante laxa al presidente para que en casos de emergencia, éste pueda invadir esferas del Congreso.⁶¹ Algunos académicos se opusieron fuertemente a la constitucionalidad de estos decretos de emergencia, mientras otros, basándose en una interpretación del artículo 23 de la Constitución, argumentaron que, en tanto jefe de la administración y del gobierno, el presidente tenía competencias para sancionar decretos de emergencia cuando “la supervivencia del estado” lo impusiera.⁶² En 1990, la Suprema Corte tuvo la oportunidad de fallar en un caso donde se cuestionaba precisamente un decreto que establecía una emergencia económica. En *Peralta*,⁶³ durante la administración del presidente Menem, en medio de una terrible crisis económica, la Suprema Corte convalidó la alteración

⁵⁸ Véase artículo 86(19), Constitución Nacional (1853) (autoriza al presidente a declarar un estado de sitio con el consentimiento del senado o en caso de ataque extranjero). Para ver una discusión de cuándo puede declararse un estado de sitio, véase la nota 7 *supra* y el texto que la acompaña.

⁵⁹ CSJN, 4/12/1863, *Ramón Ríos y otros / sentencia criminal*, Fallos (1864-1-32).

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 36 y 37.

⁶¹ Véase, e.g., Bidart Campos, German J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, 1986, t. 1, pp. 206-207; allí, se explican los cambios en el equilibrio de poderes a fines del siglo diecinueve y los intentos relacionados para limitar los derechos individuales bajo esas circunstancias, y que caracteriza la declaración de una emergencia como un acto político sin control judicial.

⁶² Véase, e.g., *ibidem*, p. 202 (que reconoce el uso de los poderes de emergencia en casos de disturbios internos normas constitucionales relacionadas bajo el artículo 23).

⁶³ CSJN, 27/12/1990, *Peralta, Luis Arcenio y otro c. Estado Nacional (Mrio. de Economía - B.C.R.A.) / amparo*, Fallos (1990-313-1513).

de los plazos para los pagos de depósitos bancarios que propuso el Decreto 36/90.⁶⁴ Si bien se inmiscuía en las competencias del Congreso, la Suprema Corte afirmó que el Decreto 36/90 era constitucional; toda vez que: (1) había un riesgo real y grave que ponía en peligro la supervivencia del Estado, (2) había una necesidad urgente de tomar medidas para contrarrestar ese riesgo, las que requerían una celeridad difícil de lograr a través de un cuerpo complejo y plural como es el Congreso, y (3) que el Congreso no había legislado en contrario.⁶⁵

En el año 2000 hubo un alejamiento del caso *Peralta* y de otros casos que habían autorizado al presidente a promulgar decretos sobre consideraciones de emergencia. A comienzos de ese año, en *Risolia de Ocampo c. Rojas*,⁶⁶ la Suprema Corte declaró inconstitucional un decreto de emergencia que tenía como objetivo proteger el sistema de transporte público de Buenos Aires.⁶⁷ El decreto suspendía la ejecución de las decisiones de los tribunales en contra de las empresas de colectivos y sus aseguradoras, determinando que las sumas de dinero que en concepto de daños debían pagarse a los demandantes, podían ser hechas en sesenta cuotas mensuales.⁶⁸ Reconociendo que el sistema de transporte público y el mercado asegurador se encontraba en crisis y advirtiendo que el colapso del sistema de transporte público impactaría negativamente en el bienestar general. La Suprema Corte entendió, en consecuencia, que la adopción inmediata de tales medidas extraordinarias fue necesaria y justificada.⁶⁹ Sin embargo, dado que no había riesgo de desorden económico general ni peligro para la supervivencia de la nación, la Suprema Corte sostuvo también que la crisis económica no era en sí misma justificativo para la restricción de los derechos constitucionales de los demandantes.⁷⁰ Para fines de 2001, la Suprema Corte tuvo un nuevo cambio de rumbo. Argentina enfrentaba una crisis económica catastrófica con tasas de interés en pesos que se disparaban más allá del 600% y una corrida bancaria sobre los depósitos que amenazaban colapsar al sistema

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 1521, 1556; véase Spector, *op. cit.*, p. 136 (notar que el Decreto 36/90 “convirtió los depósitos a plazo en títulos públicos” para reducir la deuda pública).

⁶⁵ *Peralta*, Fallos (1990-313-1513, 1539, 1541).

⁶⁶ CSJN, 2/8/2000, *Risolia de Ocampo, María José c. Rojas, Julio César y otros / ejecución de sentencia (incidente)*, Fallos (2000-323-1934), slip op., disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=118247&fori=RER00094.341.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 5 y 6.

⁶⁸ Decreto No. 260/97, Mar. 20, 1997, [28611] B.O. 1.

⁶⁹ *Risolia de Ocampo*, Fallos (2000-323-1934), slip op., pp. 4 y 5.

⁷⁰ *Idem*.

financiero.⁷¹ Para pacificar al país asolado por una profunda crisis social, el presidente promulgó el Decreto 1570/01 con el objetivo de reordenar la economía y así evitar el quebranto generalizado del sistema financiero.⁷²

Posteriormente, en enero de 2002, el Congreso sancionó la Ley 25.561 cuyo texto declaraba una emergencia pública en “asuntos sociales, económicos, administrativos, financieros y de tipo de cambio”.⁷³ De tal suerte, el Congreso terminó con la convertibilidad del peso, la cual, desde 1991, había garantizado a todos los tenedores de moneda argentina su conversión al dólar en una base de uno a uno.⁷⁴ Poco tiempo después, el presidente promulgó el Decreto 214/02, el que adoptaba medidas para lidiar con la emergencia.⁷⁵ Entre otras cosas, se ordenó “pesificar” los depósitos en los bancos, mientras que lo propio sucedió con todas las deudas en dólares que debían ser pagadas en pesos a su vencimiento de acuerdo con una tasa de cambio de 1.40 pesos por dólar depositado, más una corrección inflacionaria que dependía de si el deudor era una institución financiera o un particular.⁷⁶ En ese momento la tasa de cambio fluctuaba en alrededor de 2.80 pesos por dólar, lo que significaba que la pesificación de deudas les costaba a los acreedores —la mayoría de la nación, dado que la mayoría de las transacciones económicas a largo plazo eran realizadas en dólares—, entre la mitad y hasta dos tercios de su riqueza financiera.⁷⁷

En 2002, el fiscal general reveló que se habían presentado más de 200,000 amparos judiciales en contra de las medidas de emergencia tomadas por el gobierno.⁷⁸ Los tribunales inferiores en general observaron la inconstitucionalidad del Decreto 214/02 y por ello ordenaron a los bancos pagar a sus acreedores en dólares. Sin embargo, la Suprema Corte, luego

⁷¹ Véase Spector, Horacio, “Don’t Cry for me Argentina: Economic Crises and the Restructuring of Financial Property”, *Fordham J. Corp. & Fin. L.*, vol. 14, 2009, pp. 771, 777 y 778. En este texto, el autor, compara la crisis económica de Argentina en 2001 con la gran depresión americana, y resalta que las tasas de interés en pesos llegaron al 689% de un día para otro.

⁷² Decreto No. 1570/01, Dic. 1, 2001, [29787] B.O. 1.

⁷³ Ley No. 25561, Enero. 6, 2002, [29810] B.O. 1.

⁷⁴ Véase Spector, Horacio, “Don’t Cry for me Argentina...”, *cit.*, p. 778; explica que el congreso argentino promulgó la Ley 25,561 de Emergencia Pública y Reforma en las Reglamentaciones del Tipo de Cambio para solucionar la crisis económica y terminar con el sistema de convertibilidad.

⁷⁵ Decreto No. 214/02, Febr. 3, 2002, [29830] B.O.

⁷⁶ *Ibidem*, artículos 2o. y 3o.

⁷⁷ Spector, Horacio, “Don’t Cry for me Argentina...”, *cit.*, pp. 778 y 779.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 773.

de haber cambiado la composición de varios de sus integrantes,⁷⁹ en *Bustos c. Estado Nacional*,⁸⁰ reconoció que la emergencia económica justificaba los costos impuestos a los acreedores y decidió por ello que el decreto no estaba constitucionalmente prohibido, aunque dicho decreto hubiera restringido los recursos judiciales para reivindicar los derechos de propiedad —lo que fuera el límite exterior a anteriores reglamentaciones de emergencia— y la naturaleza misma de esos derechos.⁸¹

⁷⁹ CSJN, 26/10/2004, *Bustos, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional y otros / amparo*, Fallos (2004-327-4495), slip op., disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=209491&fori=REB00139.391.

⁸⁰ Véase Spector, Horacio, “Constitutional Transplants and the Mutation Effect”, *cit.*, p. 142 (que resalta que el tribunal de *Bustos* incluía nuevos miembros). En dos casos fallados antes que *Bustos*, *Smith* y *Provincia de San Luis*, la Suprema Corte falló en contra del esquema de la pesificación. CSJN, 5/3/2003, *San Luis, Provincia de c. Estado Nacional / acción de amparo*, Fallos (2003-326-417), slip op. at 38, disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=175125&fori=ORS00173-385; CSJN, 1/2/2002, *Smith, Carlos Antonio c. Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional / sumarísimo*, Fallos (2002-325-28), slip op. at 10, disponible en http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=154700&fori=PB00032.381; ver también Spector, Horacio, “Constitutional Transplants and the Mutation Effect”, *cit.*, pp. 141 y 142 (donde describe las acciones de la corte). Algunos comentaristas han especulado que estos fallos pueden haber estado motivados por el deseo de los jueces de evitar juicios políticos. Véase, e.g., Spector, Horacio, “Don’t Cry for me Argentina...”, *cit.*, p. 786 (que explica que el fallo *Smith* fue un “aparente golpe adelantado de parte de los jueces de la corte para evitar su propio juicio político”).

⁸¹ Opinión del Procuración General de la Nación, *Bustos, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional / amparo*, 22/10/2004, pts. X to XI, disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=209490&fori=REB00139.390, adoptado por CSJN, 26/10/2004, *Bustos, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional / amparo*, Fallos (2004-327-4495), slip op. pp. 3, 15, disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=209491&fori=REB00139.391; *Bustos*, (2004-327-4495), slip op., pp. 4 y 5. Sebastián Elías, en el mejor artículo probablemente escrito sobre la crisis financiera en Argentina y la manera en que el Poder Judicial reaccionó ante ella, argumenta que *Bustos* fue revocado en *Massa*. Elías, José S., “«Massa» y la saga de la pesificación: lo bueno, lo malo y lo feo”, *Jurisprudencia Argentina* [J.A.], 2008-II-1326 (que cita a CSJN, 27/12/2006 *Massa, Juan Agustín c. Poder Ejecutivo Nacional – dto. 1570/01 y otro / amparo ley 16.986*, Fallos, (2006-329-5913)). La visión de Elías es que aun cuando en *Massa* la Suprema Corte no declaró inconstitucional al Decreto 214/02 de manera explícita, esa inconstitucionalidad estaba necesariamente implícita porque el argumento de *Massa* —según Elías la corte ordenó a la institución financiera pagar a los depositantes una suma cercana a la cantidad total— contradecía el argumento en *Bustos*. *Id.*, pp. 1330, 1339, 1346–47. Yo no estoy de acuerdo. Mi opinión es que *Massa* no contradice a *Bustos* porque tanto *Massa* como *Bustos* posibilitaron que la institución financiera pagara sustancialmente menos de lo que se debía (y por ello mucho menos de lo que la suprema Corte había autorizado a pagar al deudor en *Avico*). Como lo admite Elías, sin embargo, aun en *Massa* el demandado no tuvo que pagar la cantidad total del depósito (aunque se ordenó pagar al demandante una suma similar a eso) porque no se tomaron en cuenta para el cálculo de la deuda los intereses contractuales acumulados durante los años de intervalo. *Ibidem*,

Curiosamente, en 2008, en *Benedetti c. P.E.N.*,⁸² la Corte Suprema se alejó de *Bustos*.⁸³ El esposo de la demandante había adquirido un plan de jubilación en dólares, y, después de su fallecimiento, la demandante y única heredera pidió a la compañía de seguros que le pagara la pensión en dólares.⁸⁴ La compañía de seguros argumentó que el Decreto 214/02 había pesificado todas las deudas y, por lo tanto, que la pensión debía pagarse en pesos; todo lo cual representaba un recorte sustancial en la pensión.⁸⁵ La Suprema Corte sostuvo que las compañías de seguros estaban robustamente reguladas; que el derecho a cobrar la pensión estaba protegido por el artículo 14 *bis* de la Constitución; que el pensionado había realizado su plan de retiro en dólares para proteger su poder adquisitivo, y que, en consecuencia, no era posible evitar los costos de la pesificación a la compañía de seguros, toda vez que ésta iba a necesitar más pesos para pagar a la beneficiada la pensión cotizada en dólares porque la compañía de seguros voluntariamente había asumido los riesgos de un contrato de esta naturaleza a largo plazo.⁸⁶ La Suprema Corte tomó partido a favor de la demandante declarando inconstitucional el Decreto 214/02.⁸⁷

En marzo de 2009, en la misma línea de *Benedetti*, la Suprema Corte falló *Álvarez c. Siembra Seguros*.⁸⁸ La demandante había comprado un plan privado de jubilación en dólares y pidió que una vez que alcanzara la edad para jubilarse, la compañía de seguros le abonara su dinero en dicha moneda.⁸⁹

La compañía de seguros, al igual que en *Benedetti*, argumentó que el Decreto 214/02 había “pesificado” todas las deudas y que por eso, traducido en pesos, el pago ya estaba satisfecho.⁹⁰ Al no encontrar diferencias entre un

pp. 1339, 1346 y 1347. El no pago de los intereses al demandante, los que en ese momento eran tan grandes como la misma prima, sólo puede explicarse si se considera que el Decreto 214/02 era constitucional.

⁸² CSJN, 16/9/2008, *Benedetti, Estela Sara c. Poder Ejecutivo Nacional / amparo*, Fallos (2008-331-2006), slip op., disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=294135&fori=REB01694-391.

⁸³ Véase *ibidem*, p. 10 (que declara inconstitucional el Decreto 214/02).

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 1 y 2.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 2.

⁸⁶ *Ibidem*, pp. 2 y 10.

⁸⁷ *Ibidem*, p.10.

⁸⁸ CSJN, 3/3/2009, *Álvarez, Raquel c. Siembra Seguros de Retiro S.A. / ordinario*, Fallos (2009-332-253), slip op., disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=307851&fori=REA00858-420.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 20 (Fayt, J., en concurrencia).

⁹⁰ *Ibidem*, p. 20 (Fayt, J., en concurrencia).

plan de jubilación y un plan privado de retiro, la Suprema Corte no tuvo razones para apartarse del precedente *Benedetti*, lo que la llevó a declarar inconstitucional al Decreto 214/02 y en consecuencia, a condenar al demandado a pagar el plan de retiros completamente en dólares.⁹¹

III. LA EXPLICACIÓN DEL HISTORIAL JURÍDICO

1. *Las tres líneas*

¿Cuáles son las líneas de dirección, si las hay, del bastante inconsistente historial de los tribunales argentinos con respecto a casos en los que el gobierno ha intentado restringir los derechos individuales o evitar procedimientos constitucionales? ¿Es posible que esta historia aparentemente contradictoria tenga sentido? Estas son preguntas importantes en sí mismas, pero son particularmente importantes para nosotros porque sus respuestas nos pueden ayudar a comprender lo que podemos esperar de los jueces; si es que los jueces son la solución a los problemas empíricos y teóricos que presentan las emergencias constitucionales.

Podemos agrupar las decisiones y argumentos de los tribunales en tres líneas diferentes de razonamiento que podrían sostener buen derecho en los años siguientes.⁹² Estas líneas no fueron nunca explícitamente formuladas por ningún tribunal interviniente. En cambio, surgen como principios rectores en varios fallos. Las tres líneas son:

- 1) Debe concederse mayor deferencia al gobierno en emergencias económicas que en emergencias de seguridad.
- 2) Debe concederse mayor deferencia al gobierno cuando la emergencia es sistémica que cuando la emergencia es local.
- 3) Debe concederse mayor deferencia al gobierno cuando la emergencia recién empieza que cuando la emergencia viene aconteciendo desde un periodo prolongado de tiempo.

La primera línea no es más que una manera compacta de expresar los tratamientos diversos que los jueces y la Suprema Corte han dado a las

⁹¹ *Ibidem*, p. 1; véase también *ibidem*, p. 20 (Fayt, J., en concurrencia).

⁹² Aquí hablo de manera deliberada de “líneas” porque las decisiones tomadas por la Suprema Corte requerían especificidad para constituir doctrinas jurídicas en el sentido más estricto.

emergencias causadas por razones de seguridad frente a las emergencias causadas por razones económicas. Como lo mencioné en la subparte II(2), en *Avico*, la Suprema Corte convalidó una moratoria de pagos de hipoteca por tres años con un techo del 6% de tasas de interés.⁹³ En *Peralta*, la Suprema Corte consideró constitucionalmente admisible la reestructuración de todos los créditos financieros por hasta diez años y con una sustitución del deudor financiero original para el Estado.⁹⁴ Y, finalmente, en *Bustos*, la Suprema Corte sostuvo (por medio de la pesificación de todos los créditos), una reducción del capital adeudado.⁹⁵

En cada uno de estos tres casos, las circunstancias de fondo —al menos para la descripción de la Suprema Corte— fueron más problemáticas y, de tal manera, justificaron restricciones cada vez más fuertes. En *Avico*, la Suprema Corte advirtió que para evitar “consecuencias desastrosas para la economía y su estabilidad financiera”, eran necesarias medidas de emergencia.⁹⁶ En *Peralta*, la Suprema Corte entendió que las medidas de emergencia eran imprescindibles no sólo por las necesidades de la economía, sino también para “evitar una situación que se estaba tornando en un serio riesgo social.”⁹⁷ La Suprema Corte, en *Bustos*, advirtió sobre “primitivismo y rusticidad” en el futuro del país si se permitía que los bancos quebraran.⁹⁸ El uso de los poderes económicos de emergencia ha llegado a constituir un mecanismo permanente de gobierno, no sólo en los países del tercer mundo sino también en países ya desarrollados.⁹⁹ Se toleran grandes pérdidas para los acreedores en países con una fuerte tradición de respeto por los derechos

⁹³ Véase notas 45 y 46 *supra* y el texto que las acompaña.

⁹⁴ Véase notas 63-65 *supra* y el texto que las acompaña.

⁹⁵ Véase notas 75-81 *supra* y el texto que las acompaña.

⁹⁶ CSJN, 7/12/1934, *Avico*, *Oscar Agustín c. de la Pesa, Saúl C. / recurso extraordinario*, Fallos (1935-172-21, 77).

⁹⁷ CSJN, 27/12/1990, *Peralta, Luis Arcenio y otro c. Estado Nacional (Mrio. de Economía -B.C.R.A.) / amparo*, Fallos (1990-313-1513, 1539). Fallos (2004-327-4495), slip op. p. 14, disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=209491&fori=R EB00139.391.

⁹⁸ CSJN, 26/10/2004, *Bustos, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional y otros / amparo*.

⁹⁹ Véase, e.g., Crisp, Brian F., “Presidential Decree Authority in Venezuela”, en Carey, John M. y Shugart, Matthew Soberg (eds.), *Executive Decree Authority*, 1998, pp. 142, 161-164; donde se expone la suspensión “casi permanente” de las libertades económicas en Venezuela entre las décadas de 1960 y 1990; Roots, Roger I., “Government by Permanent Emergency: The Forgotten History of the New Deal”, *Suffolk U. L. Rev.*, vol. 33, 2000, pp. 259; argumenta que las expansiones del poder federal en los Estados Unidos después del *New Deal* eran extensiones permanentes de las medidas “originalmente promocionadas como temporarias” y tenían la intención de combatir la Gran Depresión.

de propiedad,¹⁰⁰ pero más allá de eso, la progenie de casos de emergencia económica en Argentina muestra que la Suprema Corte progresivamente ha convalidado legalmente cercenamientos más profundos a los derechos de propiedad cuando ha habido emergencias económicas. Esto resulta bastante curioso toda vez que en el ámbito de las emergencias derivadas por razones de seguridad, los tribunales se han desplazado hacia menores violaciones a la libertad.¹⁰¹ En efecto, a partir de *Granada*, parece claro que la Suprema Corte no va a permitir restricciones a la libertad que no cumplan con el requisito de “brevedad”.¹⁰² A partir de *Bustos* está claro también que si las circunstancias son suficientemente acuciantes, el tribunal va a permitir que los titulares de propiedad sufran pérdidas sin compensación suficiente.¹⁰³

Con respecto a la segunda línea, las decisiones de casos como *Rolón Zappa*, *Risolia de Ocampo*, y *Ávalos* muestran cómo, para la Suprema Corte, las consideraciones de emergencias económicas tienen menos celo cuando se les invoca para reparar daños que son locales y no sistémicos. En efecto, en *Rolón Zappa*, *Risolia de Ocampo*, y *Ávalos*, la Suprema Corte invalidó leyes que eran beneficiosas sólo para ciertos individuos o grupos, pero no para el público en general.¹⁰⁴

En la tercera línea se explican *Benedetti* y *Álvarez*. Tanto *Benedetti* como *Álvarez* fueron fallos en claro conflicto con *Bustos*. En estos tres casos, los demandados eran instituciones financieras —bancos en *Bustos* y compañías de seguros *Benedetti* y *Álvarez*— y por ello, el razonamiento invocado por la Corte en *Bustos* para convalidar el Decreto 214/02 debió haber sido utilizado para fallar a favor de los demandados en *Benedetti* y también en *Álvarez*.

¹⁰⁰ Cfr. *Norman v. Balt. & Ohio R.R.*, 294 U.S. 240, 291–92, 313–16 (1935) (que descubre que las pérdidas para los acreedores que poseían títulos con denominación en oro eran aceptables y apoyaban una ley que prohibía cláusulas en los contratos privados que requirieran el pago en oro).

¹⁰¹ Véase, e.g., notas 30-32 *supra* y el texto que las acompaña.

¹⁰² Véase CSJN, 3/12/1985, *Granada*, *Jorge Horacio / recurso de hábeas corpus en su favor*, Fallos (1985-307-2284, 2309). En este fallo, la CSJN declara que para que una acción que suspende la suspensión de derechos sea válida se requiere que dicha suspensión sea temporaria.

¹⁰³ Véase notas 79-81 *supra*.

¹⁰⁴ El tribunal de *Rolón Zappa* invalidó las leyes 18,037 y 21,864 porque el razonamiento de estas leyes era preservar el sistema de jubilación de los maestros en oposición a, por ejemplo, el funcionamiento general del sistema económico. Véase notas 47-50 *supra* y el texto que las acompaña. De manera similar, el tribunal de *Ávalos* invalidó el artículo 61 de la Ley 25,565 porque no proporcionaba los beneficios públicos que justificaban la protección del asegurador. Véase notas 51-57 *supra* y el texto que las acompaña. El tribunal de *Risolia de Ocampo* rechazó el Decreto 260/97 porque la emergencia a la que se refería no amenazaba causar un desorden económico general. Véase notas 66-70 *supra* y el texto que las acompaña.

En lo que se conoció como “pesificación asimétrica”, los decretos de emergencia sancionados en 2001 y 2002 habían permitido pesificar no sólo las deudas sino también los créditos del sistema financiero.¹⁰⁵ Los créditos del sistema financiero habían sido pesificados y el gobierno argumentó que esta medida era la única manera de evitar el colapso de todo el sistema financiero.¹⁰⁶ En *Bustos*, la Suprema Corte se hizo cargo el argumento y consideró que si las deudas del sistema financiero no hubieran sido pesificadas según lo ordenaba el Decreto 214/02, con la quiebra de los bancos, se habría llegado a un futuro de “primitivismo y rusticidad”.¹⁰⁷ Ahora bien, al igual que los bancos, las compañías de seguro fueron meros intermediarios financieros: sólo podían pagar sus deudas siempre que pudieran cobrar sus créditos. Además, la Suprema Corte en *Rinaldi c. Guzmán Toledo*¹⁰⁸ decidió pesificar la deuda privada, aun cuando eran de aplicación las razones sistémicas que habían definido la pesificación del crédito.¹⁰⁹ No obstante las poderosas semejanzas entre *Bustos*, *Rinaldi*, *Benedetti*, y *Alvarez*, el tribunal declaró inconstitucional el Decreto 214/02.¹¹⁰ Aun cuando la Suprema Corte no

¹⁰⁵ Véase Spector, Horacio, “Don’t Cry for me Argentina...”, *cit.*, p. 778. Ahí detenidamente se describe la “pesificación asimétrica” que tenía por objeto restringir el valor del cambio de la divisa muy por debajo que la que establecía el mercado libre. Lo hacía porque tal situación era una amenaza para los bancos, aunque era también una bendición para las empresas locales y extranjeras.

¹⁰⁶ Véase notas 75-76 *supra* y el texto que las acompaña.

¹⁰⁷ Véase notas 79-81, 98 *supra* y el texto que las acompaña.

¹⁰⁸ CSJN, 15/03/2007, *Rinaldi, Francisco Augusto y otro c. Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra / ejecución hipotecaria*, Fallos (2007-330-855), slip op., disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=251060&fori=RHR00320-420.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 1, 2 y 25. En *Rinaldi*, la Suprema Corte argumentó que el prestamista se habría enriquecido injustamente si se le pagaba en dólares. *Ibidem*, p. 20. El argumento es problemático tanto fáctica como normativamente, porque, como resultado del decreciente poder adquisitivo en pesos, muchos activos como bienes inmuebles se negociaban en dólares. Véase *ibidem*, p. 45 (Argibay, J., en disenso) (recalcando que la hipoteca en cuestión se negociaba en dólares). Además, no había indicación de que el enriquecimiento del prestamista habría sido injusto porque había un mercado de préstamos con denominación pesos, y entonces, si las partes habían acordado un préstamo en dólares, el riesgo de devaluación del peso era un riesgo asumido por el deudor. Véase *ibidem*, p. 45 (Argibay, J., en disenso) (afirmando que un acuerdo de préstamo contenía cláusulas que mostraban que el deudor tenía conocimiento de la posibilidad de devaluación del peso).

¹¹⁰ CSJN, 16/9/2008, *Benedetti, Estela Sara c. Poder Ejecutivo Nacional / amparo*, Fallos (2008-331-2006), slip op. p. 10, disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=294135&fori=REB01694-391; véase también CSJN, 3/3/2009, *Álvarez, Raquel c. Siembra Seguros de Retiro S.A. / ordinario*, Fallos (2009-332-253), slip op. p. 1, disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=307851&fori=REA00858-420 (que aplica la posición de *Benedetti*).

llegó a tanto, mi impresión es que esta medida estuvo motivada por el hecho cierto de que las crisis en cuestión había pasado hace siete años y que la economía había luego crecido sólidamente por otros cinco años seguidos. La Suprema Corte no se puso del lado de los agraviados. Lo hizo simplemente porque la emergencia se había declarado muchos años antes y el colapso del sistema financiero que se temía en el 2002, en verdad no tuvo lugar.

2. *¿La teoría legal puede explicar estas decisiones?*

Las tres líneas aparecen como direcciones tomadas por los jueces en sus fallos. Pero más allá de la manera en que han decidido los jueces, ¿qué puede mejor explicar sus decisiones? ¿Por qué los tribunales, como regla general, han acatado al gobierno de la manera en que lo hicieron en los casos expuestos en el acápite anterior? ¿Cómo explicar los casos donde los tribunales fueron en contra del gobierno?

David Dyzenhaus afirma que es el “positivismo constitucional” —tal como lo denomina—, la visión que dice que la única fuente de derecho debe ser la legislatura.¹¹¹ Esto es, al interior del Poder Legislativo es donde mejor se hacen juicios colectivos sobre el bien común.¹¹² La resistencia a identificar lo que es vinculante como ley en referencia a consideraciones más amplias que las que podrían ser aceptable para los autores de las normas en cuestión es, según Dyzenhaus, una idea central positivista que uno se ve obligado a mantener si, según afirma el positivismo, las reglamentaciones legales sólo pueden ser reconocidas por su fuente.¹¹³

En un minucioso estudio del Poder Judicial durante los oscuros años del régimen militar en la Argentina y de la manera en la que reaccionó dicho poder a las justificaciones de emergencia que invocaron las juntas militares para restringir derechos y libertades, Mark Osiel argumentó que los jueces (en particular los jueces de la Suprema Corte de Justicia) estaban inspirados por el realismo legal.¹¹⁴ Afirmaba que aun cuando era cierto que el tribunal

¹¹¹ Además de la legislatura, podríamos agregar la convención constitucional como otra fuente de derecho sin traicionar las ideas de Dyzenhaus.

¹¹² Dyzenhaus, David, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, 2006, p. 68.

¹¹³ Véase *ibidem*, p. 95 (que describe la lógica del juez McHugh de la Suprema Corte australiana en *Al-Kateb v. Godwin* (2004) 208 ALR 124).

¹¹⁴ Véase Osiel, Mark J., “Dialogue with Dictators: Judicial Resistance in Argentina and Brazil”, *cit.*, p. 519: “La característica más significativa de esta recalcitrancia judicial es el punto hasta el cual operó casi en su totalidad dentro de la propia forma jurisprudencial preferida del régimen— el realismo legal.”.

expresaba sus opiniones con retórica positivista, lo hacía para de alguna manera favorecer la libertad simplemente porque tal retórica ayudaba a sostener derechos preexistentes bajo el derecho positivista argentino.¹¹⁵ Osiel afirma que mientras que el Poder Judicial tenía algunas pequeñas victorias, eventualmente fallaba precisamente porque sus decisiones estaban formuladas con una retórica positivista que las privaba de la base teórica para desarrollar resiliencia en contra de la intimidación del Ejecutivo.¹¹⁶

Además, Osiel argumenta que el positivismo reducía el alcance de la mala conducta del régimen y la hacía “parecer como mucho más estrecha de lo que habría permitido la crítica del derecho natural”.¹¹⁷ Si la resistencia a la ley opresiva debía tener algún efecto significativo, argumenta Osiel, era necesario que el tribunal favoreciera “una crítica más exhaustiva de los principios originales del régimen, la cual... habría requerido una invocación de principios morales generales, de derecho natural”.¹¹⁸

Es lógicamente posible que a veces las ideas positivistas puedan explicar la capitulación judicial ante regímenes jurídicos perversos. Robert Cover puede haber tenido razón cuando culpó al positivismo legal de hacer posible que los jueces del norte se abstuvieran de hacer cumplir las Leyes del Esclavo Fugitivo,¹¹⁹ y puede suceder que en Argentina la retórica positivista limitara la eficacia de los tribunales. Sin embargo, es también lógicamente posible que, según lo explican muchos filósofos del derecho, el positivismo

¹¹⁵ Véase *ibidem*, p. 523: “La Corte fue llevada a sostener los derechos de los ciudadanos bajo Fuentes de derecho positivo que antedataban a la toma del poder por parte de los militares, aun cuando el propósito aparente de una medida militar era precisamente eliminar tales derechos”.

¹¹⁶ Véase *ibidem*, pp. 524-526; se puede encontrar las razones por las cuales el Poder Judicial enmarcó sus decisiones en contra de la junta a la luz del positivismo jurídico y no desde la perspectiva del derecho natural, dando lugar a críticas sobre que las mismas fueron más aceptables para la junta. Lon Fuller también afirma que es razonable sugerir que el positivismo ayudó al impulso del Partido Nazi hacia una dictadura en Alemania. Fuller, Lon L., “Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart”, *Harv. L. Rev.*, vol. 71, 1958, pp. 630, 657-659. Según Osiel, los historiadores han demostrado repetidamente que la sugerencia de que las filosofías legales particulares son más o menos propensas a apoyar gobiernos autoritarios son “empíricamente falsas”. Osiel, Mark J., “Dialogue with Dictators: Judicial Resistance in Argentina and Brazil”, *cit.*, p. 495.

¹¹⁷ Osiel, Mark J., “Dialogue with Dictators: Judicial Resistance in Argentina and Brazil”, *cit.*, p. 525.

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 551 y 552.

¹¹⁹ Véase Cover, Robert M., *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process*, 1975, pp. 121 y 122 (que describe cómo la prevalencia del pensamiento legal positivista en los Estados Unidos restringió las posibilidades para una respuesta judicial liberal a la Ley del Esclavo Fugitivo de 1850).

puede a la larga ser más útil a la democracia y a los derechos humanos que sus contendientes filosóficos,¹²⁰ debido a que disociar el derecho de toda conexión moral puede evitar que los gobernantes justifiquen sus actos en referencia a las leyes que ellos mismos promulgan y, de esta manera, hacer más difícil que ellos narcoticen a sus pueblos.¹²¹

3. *¿Los hechos sobre el Poder Judicial pueden explicar estas decisiones?*

A partir de la exposición anterior de los casos argentinos, se sigue casi obviamente que la jurisprudencia argentina no se ha comportado con los fundamentos conceptuales del positivismo. Ni las explicaciones de Dyzenhaus ni las de Osiel tienen matices suficientes para dar un informe del registro judicial en situaciones de emergencia.

Esto no sorprende porque parece muy improbable que una realidad compleja pueda explicarse solamente por medio de ideales jurídicos. La formación y la actividad de los jueces está enderezada a mediar y resolver demandas donde el Estado intenta tomar decisiones que pueden violar los derechos individuales o, también, cuando el Estado pretende llevar a cabo políticas que afectan los derechos individuales. De acuerdo con circunstancias particulares, la actividad de los jueces está pensada asimismo para poder mediar y resolver en las disputas entre individuos cuando sus respectivos derechos entran en conflicto. Como consecuencia de su entrenamiento institucional, los jueces elaboran un determinado punto de vista, que por razones de simplicidad llamaremos el “punto de vista a partir de los derechos”. El principio fundamental del punto de vista a partir de los derechos es que todos los conflictos judiciales se pueden arbitrar sobre la base de los derechos. Este principio se basa en dos suposiciones. La primera es que cada derecho individual puede ser interpretado con éxito, utilizando las herramientas de análisis de texto, intención del redactor, y formas tradicionales

¹²⁰ Véase, e.g., Scalia, Antonin, “The Rule of Law as a Law of Rules”, *U. Chi. L. Rev.*, vol. 56, 1989, pp. 1175, 1180. En este texto, el juez de la Corte Suprema de Estados Unidos afirma que establecer una regla de decisión firme puede animar a los jueces a proteger los derechos individuales; Schauer, Frederick, “Rules and the Rule of Law”, *Harv. J.L. & Pub. Pol’y*, vol. 14, 1991, pp. 645, 688-691; este autor argumenta que las reglas y su cumplimiento suprimen impulsos autoritarios y son importantes para mantener la división de poderes.

¹²¹ Véase, e.g., Murphy, Liam, “The Political Question of the Concept of Law”, en Coleman, Jules (ed.), *Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law de Hart*, 2001, pp. 371, 389-392; donde afirma que los ciudadanos que viven bajo un sistema legal en el cual el derecho está abiertamente asociado con la moralidad son más propensos a cumplir con cualquier regla que se promulgue, aun cuando las reglas sean en realidad inmorales.

de interpretación. La segunda es que estos derechos pueden ordenarse dentro de un todo coherente sobre las bases de su importancia relativa. Ahora, una emergencia constitucional es una circunstancia en la cual la misma naturaleza del problema que enfrentamos parece desplazar al punto de vista a partir de los derechos. Estamos en una emergencia precisamente cuando encontramos que el razonamiento limitado por el punto de vista a partir de los derechos puede poner en peligro, si no los mismos derechos, otras importantes aspiraciones explícitas o subyacentes del texto constitucional.

Obviamente, hay casos en los que la afirmación de que estamos en una emergencia constitucional puede ser fraudulenta o puede tratarse de un intento de legitimar el poder total. Además, puede pensarse que las emergencias constitucionales son una categoría vacía. Pero, si se cree, como yo, que las emergencias constitucionales existen,¹²² es porque se sospecha que el punto de vista desde los derechos no es suficientemente fértil para resolver todos los problemas que podemos enfrentar o que las aspiraciones explícitas o subyacentes de una Constitución pueden estar en peligro en algunas situaciones. El Poder Judicial no es el lugar para encontrar destreza. Los jueces no son propensos a considerar los conflictos sobre los que deben arbitrar desde lo que podríamos llamar un “punto de vista fundacional”. El punto de vista fundacional es más abarcador que el punto de vista de los derechos. Además de involucrar la percepción del propósito subyacente de cada uno de los derechos individuales comprometidos —y sobre las reglas que ordenan a los derechos según su importancia relativa; o en tanto éstas puedan acomodarse dentro de un todo coherente—, esta visión nos proporciona la más alta visibilidad de la ambición fundacional de la Constitución. Con mayor precisión, de tal suerte es posible tomar nota de la aspiración de constituir un *demos* comprometido con el cumplimiento de los objetivos colectivos más esenciales. En el caso argentino, los mismos están consagrados en el preámbulo de la Constitución. La dificultad que enfrentan los jueces que trabajan desde un “punto de vista fundacional”, por lo tanto, no está condicionada por el producto, ni por una posible deficiencia en la filosofía legal

¹²² Sanford Levinson y Jack Balkin identifican tres tipos de crisis constitucionales: Las crisis de tipo uno surgen cuando los líderes políticos creen que las exigencias requieren una violación pública de la Constitución. Las crisis de tipo dos son situaciones donde la fidelidad a las formas constitucionales lleva a la ruina o el desastre. Las crisis de tipo tres implican situaciones donde desacuerdos sobre la Constitución articulados públicamente llevan a los autores a involucrarse en formas extraordinarias de protesta más allá del mero desacuerdo y protestas políticas: la gente sale a las calles se movilizan ejércitos y se usa, o se amenaza con usar la fuerza bruta para imponerse. Levinson, Sanford y Balkin, Jack M., “Constitutional Crises”, *U. PA. L. Rev.*, 707, 714, vol. 157, 2009.

escogida, ni tiene nada que ver con sus propias debilidades o limitaciones personales. En cambio, está subdeterminada por un conjunto de factores institucionales más profundos. Entiéndase, factores que se encuentran condicionados por la manera en la que están equipados los tribunales y con el modelo de funcionamiento que los mismos han tenido hasta nuestros días.

Las limitaciones epistémicas de los jueces, entre las dificultades más importantes que afectan al Poder Judicial, es lo más importante. En efecto, en la mayoría de los casos, los jueces simplemente carecen de la información o del tiempo necesario para hacer un juicio adecuado en este tipo de casos. Los elementos involucrados desbordan a menudo las destrezas que utilizan en su trabajo diario.¹²³ Según lo reconoce el disenso planteado en *Provincia de San Luis*, los jueces son realmente incapaces de hacer justicia en casos donde estén expuestos a casos con una “gran complejidad técnica o fáctica” o donde se les pida manejar la “revisión de complicados problemas financieros y bancarios”. Eso es precisamente lo que se le planteó a la Suprema Corte Argentina, por ejemplo, en el caso *Bustos*.¹²⁴ Más aún, abonando la tesis de las restricciones epistémicas de los jueces, es habitual notar que los jueces intervienen en casos que son canónicamente binarios, en los cuales un demandante inicia acciones contra un demandado para obtener una solución a sus reclamos y quiere obtener una solución que mantenga la integridad de sus pretensiones. Este modo binario de trabajar ha preparado mal a los jueces que no pueden lidiar con situaciones en las que la misma naturaleza del problema impide al demandado dar la solución que se persigue. Sencillamente eso no es posible. En efecto, en casos como *Bustos*, donde la causa de la incapacidad del demandante de honrar su obligación “trascendía la situación económica particular del demandado, suponía ingresar en un debate de razones cuyas consecuencias adquieren la dimensión de una crisis sistémica”.¹²⁵ Por lo tanto, a los jueces se les hace muy difícil encontrar la solución correcta porque, en realidad, la misma depende de un cambio de

¹²³ Véase Osiel, Mark J., “Dialogue with Dictators: Judicial Resistance in Argentina and Brazil”, *cit.*, p. 547, n. 238: “Porque tiene tiempo, energía e imaginación limitados, el juez promedio es simplemente incapaz de derivar un argumento de buena fe de regla, principio o política social para cada resultado concebible en la mayoría de las disputas que se presentan ante él”.

¹²⁴ CSJN, 5/3/2003, *San Luis, Provincia de c. Estado Nacional / acción de amparo*, Fallos (2003-326-417), slip op., p. 162 (Belluscio, Boggiano, & Maqueda, JJ., en disidencia), disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=175125&fori=ORS00173-385.

¹²⁵ CSJN, 26/10/2004, *Bustos, Alberto Roque y otros c. Estado Nacional y otros / amparo*, Fallos (2004-327-4495), slip op., p. 12, disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=209491&fori=REB00139.391.

las circunstancias generales del entorno o de la administración de soluciones integrales que están muy fuera del alcance de cualquier demandado.¹²⁶

Los jueces son conscientes de los impedimentos creados por su aprieto funcional y epistémico. Así, la Suprema Corte argentina dijo en *Peralta*, haciéndose eco de Holmes en *Lochner*, que los jueces son llamados para arbitrar, no para administrar o arreglar las políticas económicas de los poderes públicos.¹²⁷ Los jueces también saben que cuando el gobierno invoca consideraciones de emergencia, mucho depende del resultado.¹²⁸ En una emergencia, como lo ha dicho la Suprema Corte, los jueces deben decidir en una “situación extraordinaria que se cierne sobre el orden social económico, con su carga de problemas acumulados, en la forma de escasez, pobreza, penuria o indigencia, y crea un estado de necesidad que debe ser finalizado”.¹²⁹ En efecto, en casos de emergencia, los jueces soportan una presión adicional para decidir dada la magnitud de las cuestiones en juego. Esto se reconoció en el caso *Galli*,¹³⁰ en el cual se decidió que la pesifica-

¹²⁶ Límites a la reparación judicial que surge de la incapacidad de los tribunales para formular una solución holística a los problemas de la degradación del medio ambiente y la incapacidad del demandado para desarrollar por su propia cuenta métodos más limpios en la industria del cemento).

¹²⁷ Véase CSJN 27/12/1990, *Peralta, Luis Arcenio y otro c. Estado Nacional (Mrio. de Economía - B.C.R.A.)/amparo*, Fallos (1990-313-1513, 1552) (que reconoce que había una necesidad de una acción del gobierno para tratar la condición económica, pero establece que la función del tribunal no era decidir sobre el recurso sino en cambio determinar su necesidad y razonabilidad); *acuerdo Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 75-76 (1905) (Holmes, J., en disidencia) (“No es la intención de una constitución expresar una teoría económica en particular... El accidente de que encontremos ciertas opiniones naturales y familiares, o novedosas, y aun impactantes, no debe concluir nuestro juicio sobre la cuestión de si las leyes que sí la expresan están en conflicto con la Constitución...”). Véase, e.g., Magliocca, Gerard D., *The Gold Clause Cases and Constitutional Necessity*, pp. 5 y 6, 19 de enero de 2011 (manuscrito inédito), disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1707175 (que declara que la Suprema Corte en *Perry v. United States*, 294 U.S. 330 (1935), “luchó con qué hacer cuando su mejor interpretación de la Constitución —que los Estados Unidos no podían devaluar su propia deuda— llevaría al caos”).

¹²⁸ Véase, e.g., Magliocca, Gerard D., *The Gold Clause Cases and Constitutional Necessity*, pp. 5 y 6, 19 de enero de 2011 (manuscrito inédito), disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1707175 (que declara que la Suprema Corte en *Perry v. United States*, 294 U.S. 330 (1935), “luchó con qué hacer cuando su mejor interpretación de la Constitución —que los Estados Unidos no podían devaluar su propia deuda— llevaría al caos”).

¹²⁹ Spector, Horacio, “Constitutional Transplants and the Mutation Effect”, *cit.*, p. 137 (que cita a *Peralta*, Fallos (1990-313-1513, 1549)).

¹³⁰ CSJN, 5/4/2005, *Galli, Hugo Gabriel y otro c. PEN ley 25.561 -dtos. 1570/01 y 214/02/amparo sobre ley 25.561*, Fallos (2005-328-690), slip op., disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal/ver_fallos.jsp?id=221850&fori=REG02181.391.

ción de la deuda pública era constitucional.¹³¹ En *Galli*, los jueces Zaffaroni y Lorenzetti, en una decisión conjunta, argumentaron que el decreto de emergencia “debilita el compromiso con la ley y los contratos” y “destruye todo cálculo de riesgos y restringe el funcionamiento económico”.¹³² Sin embargo, ellos apoyaron los decretos de emergencia de pesificación, con el argumento de que “la prudencia evita la revisión del razonamiento ofrecido por el gobierno”.¹³³

El tercer factor es más localista que los dos anteriores. Los jueces en Argentina carecen de una cultura legal de apoyo que podría servir como un punto de Arquímedes para sostener su resistencia al gobierno.¹³⁴ Además, en la historia argentina no hay muchos ejemplos de jueces que lograron convencer a otros jueces de que sus opiniones son constitucionalmente correctas y de que esas opiniones merecen, por lo tanto, ser adoptadas como precedentes sólidos.¹³⁵ Ciertamente tenemos grandes disensos,¹³⁶ pero (desafortunadamente) éstos rara vez logran convertirse en la narrativa oficial de nuestro derecho o de lo que nuestro derecho es. En pocas palabras, los

¹³¹ Opinión del Procuración General de la Nación, *Galli, Hugo Gabriel y otro c. PEN ley 25.561 -dts. 1570/01 y 214/02 / amparo sobre ley 25.561*, 16/2/2005, pt. VII, disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=221849&fori=REG02181.390, adoptado por Galli, Fallos (2005-328-690), slip op., p. 1.

¹³² *Galli*, Fallos (2005-328-690), slip op., pp. 28 y 29 (Zaffaroni & Lorenzetti, JJ., en concurrencia).

¹³³ *Ibidem*, p. 28.

¹³⁴ Por ejemplo, las decisiones de la Corte Suprema de Argentina entre 1976 y 1995 muestran una fuerte evidencia de defección estratégica —en la cual “el carácter de las decisiones depende no de la lectura sincera de la ley de parte de los jueces, sino en su capacidad para ajustar su interpretación de la ley a la luz de los valores y preferencias del gobierno que viene”. Helmke, Gretchen, “The Logic of Strategic Defection: Court–Executive Relations in Argentina Under Dictatorship and Democracy”, *Am. Pol. Sci. Rev.*, vol. 96, 2002, pp. 291, 296-98, 302.

¹³⁵ La incapacidad de los jueces para convencer a sus colegas está ejemplificada en las decisiones de la Suprema Corte con respecto a la constitucionalidad del castigo a la tenencia de drogas para consumo personal. En 1978 en *Colavini* la Suprema Corte declaró al castigo constitucional, en 1986 en *Bazterrica* inconstitucional, en 1990 en *Montalvo* constitucional nuevamente, y en 2009 en *Arriola* inconstitucional nuevamente. CSJN, 25/8/2009, *Arriola, Sebastian y otros / causa no. 9080*, Fallos (2009-332-1963), slip op. p. 24, disponible en http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=318764&fori=RHA00891-440; CSJN, 11/12/1990, *Montalvo, Ernesto Alfredo p.s.a inf ley 20.771*, Fallos (1990-313-1333, 1356–57); CSJN, 29/8/1986, *Bazterrica, Gustavo Mario / tenencia de estupefacientes*, Fallos (1986-308-1392, 1462); CSJN, 28/3/1978, *Colavini, Ariel Omar / inf. ley 20.711 (Estupefacientes)*, Fallos (1978-300-254, 269-70).

¹³⁶ E.g., CSJN, 7/12/1934, *Avico, Oscar Agustín c. de la Pesa, Saúl C./recurso extraordinario*, Fallos (1935-172-21, 79–97) (Repetto, J., dissenting); CSJN, 28/4/1922, *Ercolano, Agustín c. Lanteri Renshaw, Julieta / consignación*, Fallos (1922-136-161, 180–93) (Bermejo, J., en disidencia).

jueces no tienen incentivos para adoptar la difícil alternativa de resistencia al gobierno. Finalmente, los jueces saben que son incapaces de resolver problemas. La máxima aspiración es que los tribunales puedan ser capaces de evitar que el gobierno tenga vía libre para hacer lo que quiera o, tal vez, que pueda exhortar al gobierno para que tome algunas medidas que los tribunales consideran legalmente necesarias. Generalmente, sin embargo, los tribunales carecen de la autoridad y de los recursos necesarios para proponer y llevar adelante políticas públicas. Efectivamente, según se demuestra en *Verbitsky*,¹³⁷ los tribunales no pueden pedir que el gobierno utilice “estrategias específicas” para solucionar el problema en ciernes, sino que sólo pueden requerir que el gobierno tenga en cuenta ciertas necesidades o que elabore algún mecanismo para proteger ciertos derechos individuales afectados por la acción del gobierno. En *Verbitsky*, el demandante presentó un recurso de hábeas corpus en nombre de todos los detenidos en las comisarias provinciales superpobladas y pidió al tribunal que tomara medidas para mejorar las condiciones de detención.¹³⁸ La Suprema Corte ordenó que la provincia de Buenos Aires le informara sobre todas las medidas tomadas para mejorar las condiciones de detención.¹³⁹ La Corte además exhortó a la provincia a llevar a cabo un diálogo donde todos los involucrados en el caso cooperaran en la búsqueda de una solución con respecto a los derechos de los detenidos.¹⁴⁰

Estos cuatro hechos sobre el Poder Judicial explican las tres líneas que los tribunales han adoptado en casos en los que el gobierno invocó consideraciones de emergencia para restringir derechos o sortear los procedimientos constitucionales. Obviamente, no debemos esperar encontrar partes de discursos judiciales que confirmen esta afirmación, porque el razonamiento judicial queda a menudo tácito. Sin embargo, no es difícil demostrar que estos cuatro hechos explican la manera en que han fallado los jueces. Los jueces serán más obsequiosos con el gobierno durante emergencias económicas que durante emergencias de seguridad simplemente porque las emergencias de seguridad (1) presentan conflictos con derechos otorgados para un bien mayor —la propiedad, por ejemplo— que son menos manejables desde el punto de vista a partir de los derechos,¹⁴¹ (2) abren problemas de

¹³⁷ CSJN, 3/5/2005, *Verbitsky, Horacio / hábeas corpus*, Fallos (2005-328-1146), slip op., disponible en: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp?id=222651&fori=RHV00856-381.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 1.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 54.

¹⁴⁰ *Idem*.

¹⁴¹ Estoy presuponiendo la plausibilidad del poder explicativo de una distinción entre

alcance más amplio que aquellos que abren las emergencias de seguridad, y por ello, más depende del resultado en los casos de emergencias económicas, (3) tienen una línea de precedentes más débil con la cual restringir el poder del gobierno, y (4) requieren de la organización de alternativas inmediatas para evitar la frustración de los ideales constitucionales en juego que los jueces están incapacitados para proporcionar.

La segunda línea, según la cual se debe otorgar más deferencia al gobierno cuando la emergencia es sistémica y menos cuando la emergencia es local, también puede explicarse por medio de los hechos sobre el Poder Judicial mencionados anteriormente. Las emergencias locales abren problemas de un alcance menor que los problemas que presentan las emergencias sistémicas y, en consecuencia, la intervención en el primer tipo de emergencias es menos exigente para los jueces que en el segundo tipo (emergencias sistémicas). Además, dado el menor alcance de las emergencias locales, menos depende del resultado de las maneras en que los jueces fallan.

Finalmente, la tercera línea, según la cual debe otorgarse más deferencia al gobierno cuando la emergencia recién empieza que cuando está por finalizar, parece ser un corolario natural de la manera en la que los tribunales están estructurados y la manera en la que los jueces desarrollan sus trabajos. Efectivamente, las emergencias recientes abren problemas de mayor alcance con incertidumbres epistémicas más grandes e imponen cargas más pesadas a los jueces porque más depende del resultado.

IV. EL OBJETIVO DEL DERECHO

Si el único objetivo del derecho fuera su contribución a los derechos individuales, las explicaciones anteriores de por qué los jueces defienden decisiones de emergencia serían bastante molestas. Un historial judicial determinado por consideraciones estructurales hará la contribución del derecho a la justicia menos significativa de lo que podría ser de otra manera porque, aparen-

derechos que se otorgan completa o casi completamente por el bien del individuo —la libertad y el derecho a la libertad personal, por ejemplo— y derechos que se otorgan al individuo por el bien mayor —la propiedad, por ejemplo—. Puede resistirse la idea de que los derechos de propiedad se otorgan al individuo por un bien mayor. Puede argumentarse que el derecho a la propiedad es un derecho natural. Yo me inclino a pensar que tal reclamo sólo puede ser verdadero en casos de propiedad personal, pero encuentro difícil considerar que el derecho a usar nuestra riqueza financiera, por ejemplo, es categóricamente idéntico a nuestro derecho a participar en la elección de nuestro gobierno, de publicar nuestras ideas en la prensa o de reunirnos.

temente, los jueces y los tribunales son el mejor foro para el cumplimiento de los derechos.¹⁴² Efectivamente, si las decisiones de los jueces fueran consecuencias causales de la manera en la que funciona el Poder Judicial, no sería muy realista esperar que los jueces fueran más militantes en su defensa de los derechos individuales cuando se invocan consideraciones de emergencia, al menos cuando las emergencias en cuestión son económicas, sistémicas y nuevas.

Dyzenhaus, el autor con el cual discrepo en este trabajo piensa que el valor del derecho es servil al valor de los derechos y la justicia. Él asegura que “el estado de derecho”, entendido como “el estado de principios fundamentales”, tiene prioridad normativa sobre “el estado por derecho”, entendido como la visión de que la acción del gobierno es “conforme al estado de derecho” siempre que haya una “garantía legal” para la acción.¹⁴³ Dyzenhaus acepta el dictado de Hobbes de que la autoridad, no la verdad, hace el derecho.¹⁴⁴ Entonces, debe sentirse que se lo describe incorrectamente como alguien cuya concepción del derecho se reduce a su contribución al cumplimiento de derechos y justicia.

Dyzenhaus afirma que, por un lado, la autoridad legal, para ser tal, debe aceptar las restricciones morales y constitutivas del estado de derecho, y, por otro lado, el contenido del estado de derecho debe ser capaz de ser cumplido respetando, entre otras cosas, “la igualdad de todos los que están sujetos a la ley”.¹⁴⁵ Ambas visiones son síntomas claros de que, para Dyzenhaus, el ideal encarnado en el derecho, “la legalidad” como él la llama, es por naturaleza fundamental (en contraposición al procedimiento) y como tal presupone que el valor del derecho está principalmente relacionado con los derechos y la justicia.¹⁴⁶

¹⁴² Véase, e.g., *Demings v. City of Ecorse*, 377 N.W.2d 275, 278-279 (Mich. 1985) “Los tribunales son los mejores protectores de los derechos individuales incluyendo el cumplimiento del derecho a justa representación” (que cita a *Vaca v. Sipes*, 386 U.S. 171, 182 (1967)); Bandes, Susan, “The Idea of a Case”, *Stan. L. Rev.*, vol. 42, 1990, pp. 227, 318 (“El Tribunal efectúa su rol de la mejor manera al hacer cumplir derechos compartidos que corren riesgo de sufrir acciones erróneas del gobierno, extendidas y recurrentes”); “Nota de Libro, *Natural Law and the Constitution*”, *Harv. L. Rev.*, vol. 101, 1988, pp. 874, 878 (que revisa Jacobsohn, Gary J., *The Supreme Court and the Decline of Constitutional Aspiration*, 1986. “El Poder Judicial es lógicamente el poder más adecuado para proteger derechos y llevar a cabo ideales...”).

¹⁴³ Véase Dyzenhaus, David, “Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?”, *Cardozo L. Rev.*, vol. 27, 2006, pp. 2005, 2011, 2018 (que define al estado de derecho y el estado por derecho, y que afirma que “no se puede tener un estado de derecho sin el estado por derecho”).

¹⁴⁴ Dyzenhaus, David, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, cit., en 12.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 12 y 13.

¹⁴⁶ Véase *ibidem*, pp. 7, 12-14 “Toda concepción plausible del estado de derecho es la

¿El valor del derecho se agota en su contribución contingente a los derechos y a la justicia y, por ello, debemos preocuparnos por la resistencia de los jueces a impedir que el gobierno infrinja nuestros derechos? O, dado que el derecho también es valioso porque nos permite conseguir otros deseos importantes, ¿no deberíamos consternarnos ante la falta de resistencia de los jueces si podemos encontrar arreglos institucionales alternativos que también contribuyen a la realización de dichos deseos valiosos? Si este es el caso, ¿qué otros deseos nos ayuda a conseguir el derecho? En otros trabajos he defendido la idea de que el valor del derecho es asociativo.¹⁴⁷ Es decir, valoramos el derecho (y le otorgamos autoridad normativa independientemente de su contribución contingente a los derechos y la justicia) porque valoramos la clase especial de relación que surge entre los que están unidos por el derecho.¹⁴⁸ La relación entre los que están unidos por el derecho que confiere valor al derecho podría ser una de procedimiento; más precisamente, es la relación que existe entre sujetos del derecho cuando son capaces de cooperar juntos en la común empresa del autogobierno colectivo.¹⁴⁹ Otros pueden defender la idea de que la relación en cuestión es sustancial y pueden afirmar que existe entre aquellos que están unidos por el derecho si sus intereses cuentan de igual manera bajo la ley.¹⁵⁰ Yo he sugerido que ambos puntos de vista, el primero completamente de procedimiento y el segundo completamente sustancial, de alguna manera son insuficientes y necesitan complementarse entre sí.¹⁵¹ Dado que una comunidad legal es una

que asocia las restricciones de procedimiento con valores sustanciales y requiere que los tres poderes del gobierno se consideren como participantes de un proyecto común para cumplir esos valores”.

¹⁴⁷ Véase Rosenkrantz, Carlos, “La autoridad del derecho y la injusticia económica y social”, *Revista Discusiones*, vol. 6, 2006, pp. 17, 31-41, disponible en: http://bibliotecadigital.uns.edu.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=SI51573262006000100003&lng=es&nrm=iso. Aquí argumento que derecho tiene valor al permitir que los individuos se asocien como comunidad y que promulguen un cambio sistémico mutuamente aceptable a pesar de sus puntos de vista diferentes sobre qué obligaciones morales existen y qué le da valor a la vida.

¹⁴⁸ *Idem*.

¹⁴⁹ Véase Habermas, Jürgen, “Multiculturalism and the Liberal State”, *Stan. L. Rev.*, vol. 47, 1995, pp. 849, 852. El autor alemán resalta la prioridad de la soberanía popular sobre los derechos individuales fundamentales porque “los destinatarios del derecho deben estar en una posición de verse a sí mismos al mismo tiempo como autores de las leyes a las que están sujetos”.

¹⁵⁰ Véase, e.g., Soper, Philip, “The Moral Value of Law”, *Mich. L. Rev.* 63, 64, vol. 84, 1985; quien caracteriza a los sistemas legales como que implican “un intento de buena fe” de parte de los legisladores para promulgar leyes que ellos consideran justas o para el bien común.

¹⁵¹ Véase Rosenkrantz, Carlos, “La autoridad del derecho y la injusticia económica y

asociación particular unida tanto por la aspiración de construir un destino común, como lo sugiere el primer punto de vista, como por la aspiración de proveer a los intereses de todos sus miembros, como lo sugiere el segundo punto de vista, la clase de relación que debe sostener el valor del derecho no debe ser sólo de procedimiento o sólo sustancial, sino una combinación de principios de ambos. El valor del derecho debe residir en su capacidad para crear la relación que existe, justamente, entre los que están unidos por el derecho de dos modos diversos —en primer lugar, como “hacedores” o autores del derecho y, en segundo lugar, como “materia” o beneficiarios de él—.

No debemos desesperarnos, como lo hace Dyzenhaus,¹⁵² si los jueces fueren deferentes con las autoridades políticas en casos de emergencia. Cualesquiera sean los riesgos para el derecho o la justicia que pudieran consentir los jueces menos activistas —lo cual es debatible—siempre puede haber acuerdos institucionales distintos que permitan incrementar el valor de este. Por caso, permitiendo que fluyan soluciones expeditivas (algo de gran importancia en emergencias constitucionales), para dar protección a los individuos. Teniendo en cuenta todo lo expuesto, paso a abordar la teoría legal el proyecto institucional y político.

V. LOS ROMANOS TENÍAN LA SOLUCIÓN

Bruce Ackerman ha ofrecido un ingenioso mecanismo institucional de división de poderes para tiempos de crisis que no depende del activismo de los jueces al trabajar.¹⁵³ Su idea básica es fortalecer la supervisión legislativa de los poderes de emergencia inherentes del presidente (fuera de algunas aisladas zonas de libertades protegidas —la tortura es tabú, afirma—¹⁵⁴ donde el presidente no puede actuar bajo ninguna circunstancia), requiriendo que las medidas de emergencia sean aprobadas en tiempos que se acortan de forma

social”, *cit.*, p. 36 (que teoriza que una comunidad política resulta de una combinación del deseo de procedimiento de formar un destino común y la convicción de que la comunidad proporciona de manera más fácil satisfacción fundamental de los intereses individuales).

¹⁵² Dyzenhaus, David, “The Puzzle of Martial Law”, *U. Toronto L. J.*, vol. 59, 2009, pp. 1, 56, 57 y 61 (que argumenta que, dado que el objeto de un estado es el trato digno a los individuos sujetos al derecho, los jueces que en épocas de emergencia minimizan la protección de derechos fundamentales a la vez que enfatizan formalidades de procedimiento vacías incurrir en “la legitimización de una farsa”).

¹⁵³ Ackerman, Bruce, “The Emergency Constitution”, *Yale L. J.*, vol. 113, 2004, pp. 1029, 1047-1053.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 1073.

creciente por una creciente cascada de supermayorías en el Congreso.¹⁵⁵ El “ajuste proporcional supermayoritario” parece evitar el peligro de un decisionismo excesivo, porque separa los obstáculos que debe atravesar el presidente de Estados Unidos para que sus visiones de cómo resolver la emergencia constitucional se vean promulgadas en una ley válida.¹⁵⁶

No obstante los méritos que tenga para los Estados Unidos, el ajuste proporcional supermayoritario no es una buena receta para un país como la Argentina. La propuesta de Ackerman tiene un aspecto muy disfuncional porque intenta reducir la arbitrariedad a costa de ofrecer a las minorías oportunidades para una conducta estratégica. Efectivamente, el ajuste proporcional supermayoritario permite a las minorías bloquear al presidente, aun cuando estén animadas por razones de naturaleza dudosa: por ejemplo, la incapacidad del presidente y del partido gobernante para resolver la emergencia constitucional podría mejorar las chances de la minoría para una mejor actuación electoral. Las oportunidades para conducta estratégica que el ajuste proporcional supermayoritario les otorga a distintos grupos puede no ser relevante en un país con una fuerte cultura política de consenso donde cada actor político importante prioriza el acuerdo sobre sus propias aspiraciones o ideales políticos. Pero la conducta estratégica es muy significativa en un país divisivo como Argentina, donde hay partidos políticos muy beligerantes y un amplio y profundo desacuerdo programático,¹⁵⁷ lo cual dificulta a los actores políticos unirse en un curso de acción común. En realidad, deberíamos copiar a los romanos. Esto es, deberíamos intentar —tal como ellos lo hicieron— reducir los incentivos para el abuso de los poderes de emergencia. ¿Cómo? Pues bien, ello es posible creando instituciones que impongan costosos controles posteriores al funcionario que cuente con dichos poderes excepcionales durante la emergencia.¹⁵⁸

En el debate contemporáneo sobre los poderes de emergencia, muchos han prestado especial atención a la figura del dictador romano. Los dictadores eran nombrados por un cónsul siempre que el Senado ya hubiera

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 1047-1053.

¹⁵⁶ Véase *ibidem* en 1048, que describe cómo el requisito para aumento de las supermayorías legislativas evitaría que una mayoría simple normalizara poderes de emergencia.

¹⁵⁷ Véase Anderson, Leslie F., “Of Wild and Cultivated Politics: Conflict and Democracy in Argentina”, *16 Int’l J. Pol., Culture & Soc’y*, pp. 99, 100, vol. 16, 2002 “En la política argentina, todavía pueden verse vestigios salvajes de autoritarismo que luchan codo a codo con nuevas variantes de conducta social y política...”.

¹⁵⁸ Véase, e.g., Ackerman, Bruce, “The Emergency Constitution”, *cit.*, en 1046, quien resalta que los cónsules romanos encargados de nombrar un dictador provisorio en tiempos de crisis no estaban autorizados a elegirse a sí mismos como dictadores.

reconocido la necesidad de nombrar un dictador, y estaba perfectamente claro que la autoridad¹⁵⁹ de este finalizaba cuando cumplía su tarea o había transcurrido el tiempo que se fijaba en su nombramiento.¹⁶⁰ De tal suerte, los dictadores fueron utilizados por la República Romana para combatir a los enemigos externos, sofocar insurrecciones civiles, y, a partir del año 376 a.C., para cumplir algunas funciones cuando las soluciones habituales eran insuficientes.¹⁶¹ Por ejemplo, los dictadores asumieron algunas obligaciones consulares, como celebrar elecciones y juegos ceremoniales, leer los auspicios, y otras.¹⁶² En general, el dictador no podía promulgar legislación aunque hubo algunos dictadores que lo hicieron.¹⁶³

Se ha prestado mucho menos atención a otra práctica romana, el *senatus consultum ultimum*. Maquiavelo y Rousseau lo mencionan en sus estudios sobre la dictadura¹⁶⁴ pero son pocos los autores dedicados al estudio de la emergencia que se han detenido a investigar las fortalezas y las debilidades de esta institución. El *senatus consultum ultimum* era una decisión del Senado que autorizaba al cónsul a hacer lo que considerara necesario para proteger a la república y para erradicar la amenaza que se cernía sobre ella.¹⁶⁵ El cónsul, entonces, tendría poderes amplios para resolver la emergencia, pero estaría sujeto a una evaluación posterior de su actuación¹⁶⁶ que, en algunos casos, terminaba en acusaciones penales, como cuando Cicerón fue hallado culpable de violar el debido proceso al ordenar la ejecución de algunos de los conspiradores de Catilinas.¹⁶⁷

¹⁵⁹ Véase Lazar, Nomi Claire, *States of Emergency in Liberal Democracies*, 2009, pp. 125 y 126 (que explica el proceso de nombramiento de un dictador romano).

¹⁶⁰ Véase *ibidem*, pp. 120, 121, 126 y 27 (que indica que no se entendía históricamente que el dictador romano tuviera el poder de cambiar la constitución).

¹⁶¹ Véase *ibidem*, pp. 124 y 125 (que describe los distintos roles del dictador romano).

¹⁶² *Ibidem*, p. 125.

¹⁶³ Véase *ibidem*, pp. 120, 121, 126 y 127 (que elucida la comprensión histórica del alcance del poder del dictador romano y cita ejemplos de dictadores que promulgaron legislación).

¹⁶⁴ Véase Machiavelli, Niccolò, “Discourses on the First Ten Books of Titus Livius”, en *The Prince and the Discourses*, trad. de Christian E. Detmold, Random House, 1950, c. 1517, pp. 99, 204 (que describe la práctica romana de otorgar poder de emergencia al cónsul en vez de al dictador); Rousseau, Jean-Jacques, *The Social Contract*, trad. de Maurice Cranston, Penguin Books, 1968 [1762], pp. 171 y 173 (que resalta que dar poderes de emergencia al cónsul era uno de los métodos de dictadura en Roma, y da el ejemplo de cuando se le concedieron dichos poderes a Cicerón).

¹⁶⁵ Lazar, Nomi Claire, *States of Emergency in Liberal Democracies*, cit., p.147.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 148.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

La manera romana de tratar las emergencias —tanto el dictador como el *senatus consultum ultimum*— ha sido elogiada por reducir los incentivos para que los funcionarios que tienen poder para declarar emergencias abusen luego de estos poderes de emergencia en su propio beneficio.¹⁶⁸ En efecto, lo que Ferejohn y Pasquino han denominado la “heteroinvestidura” —es decir, el hecho de que el funcionario a cargo de la emergencia no pudiera declarar la emergencia por sí mismo y de que fuera nombrado por otra persona— evitó la declaración interesada de una emergencia.¹⁶⁹ Pero la institución del *senatus consultum ultimum* tuvo una virtud adicional. Someter al cónsul a una evaluación posterior de su labor reducía el riesgo de que el dictador actuara arbitrariamente sin brindar a actores políticos estratégicos la capacidad de obstaculizar la solución a la crisis.

Volvamos a la Argentina. La actual Constitución argentina permite al presidente promulgar decretos de emergencia durante circunstancias excepcionales si es imposible para el congreso cumplir con el procedimiento establecido para promulgar leyes, siempre que el presidente no promulgue decretos que regulen a los partidos políticos o a asuntos penales, impositivos, o electorales.¹⁷⁰ El artículo 99(3) requiere que los decretos de emergencia sean firmados por todos los miembros del gabinete y por el jefe de gabinete,¹⁷¹ un funcionario no-electo nombrado por el presidente y removable por medio de la decisión conjunta de la mayoría de ambas cámaras del congreso.¹⁷² Además, la Constitución ordena al jefe de gabinete enviar al Comité Conjunto Permanente del Congreso los decretos de emergencia promulgados por el presidente para su revisión.¹⁷³ El Comité Conjunto Permanente del Congreso, a su vez, debe presentar dentro de diez días los decretos a ambas cámaras del Congreso para que sean debatidos y votados.¹⁷⁴

La manera en la que la Constitución argentina regula los decretos de emergencia es probablemente la peor en Latinoamérica. Así como el ajuste proporcional supermayoritario,¹⁷⁵ la reglamentación argentina tiene el potencial de crear puntos muertos porque, según el artículo 99(3), los decretos

¹⁶⁸ Véase *ibidem*, pp. 128 y 129 (“De manera diferente, la estructura de los incentivos informales favoreció de gran manera la buena conducta de parte de los dictadores.”).

¹⁶⁹ Ferejohn, John y Pasquino, Pasquale, “The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers”, *Int. L. J. Const. L.*, vol. 2, 2004, pp. 210, 227.

¹⁷⁰ Artículo 99(3), Constitución Nacional.

¹⁷¹ *Idem*.

¹⁷² *Ibidem*, artículos 99(7), 101.

¹⁷³ *Ibidem*, artículos 99(3), 100(13).

¹⁷⁴ *Ibidem*, artículo 99(3).

¹⁷⁵ Véase notas 153-56 *supra* y el texto que las acompaña.

de emergencia no pueden sobrevivir sin la cooperación del Congreso.¹⁷⁶ Además, el artículo 99(3) no tiene siquiera los aspectos positivos del ajuste proporcional supermayoritario porque de ninguna manera evita que el presidente utilice caprichosamente los poderes de emergencia.¹⁷⁷ De hecho, nada en la Constitución impide que el presidente utilice los poderes de emergencia de manera injustificada si tiene la mayoría necesaria en una de las cámaras del Congreso.

Aun más, la reglamentación argentina es particularmente miope porque el Congreso ha tenido que controlar al presidente. A causa de características particulares de la política argentina, el Congreso tuvo enormes dificultades en hacer que el presidente cumpliera con la ley.¹⁷⁸ Debido a la fuerte disciplina partidaria que caracteriza a la política argentina, y al fuerte poder político e institucional de la presidencia en nuestro régimen constitucional, es ilusorio pensar que el presidente será controlado por sus propios aliados políticos en el Congreso.

Hay mucho que aprender de la manera en que los romanos trataban las emergencias. Efectivamente, inspirados en sus enseñanzas, podríamos por caso ofrecer un modelo institucional que impida, o al menos minimice, la arbitrariedad y el *decisionismo* sin abrir nuevas oportunidades para la acción estratégica de parte de los partidos políticos. Consideremos la siguiente variante del artículo 99(3): el jefe de gabinete, quien según la Constitución argentina debe firmar todos decretos de emergencia promulgados por el presidente, podría ser censurado y reemplazado por un nuevo candidato nombrado por la mayoría de la cámara baja por un periodo igual a la duración del decreto de emergencia o hasta la próxima elección general, lo que sea más breve.

Esta propuesta sometería al presidente a un control posterior costoso. En efecto, el presidente pagaría un precio bastante alto si se viera privado del jefe de gabinete que él mismo eligió. Dadas las responsabilidades consti-

¹⁷⁶ Artículo 99.3, Constitución Nacional.

¹⁷⁷ Comparar *idem* (que codifica un procedimiento para que el presidente dicte decretos de emergencia que carece de incentivos posteriores para la buena conducta del presidente al dictar decretos de emergencia), con Lazar, Nomi Claire, *States of Emergency in Liberal Democracies*, cit., pp. 147 y 148 (que describe el *senatus consultum ultimum* y concluye que el mecanismo se basaba en la responsabilidad después del hecho”).

¹⁷⁸ Véase Nino, Carlos Santiago, “Hyperpresidentialism and Constitutional Reform in Argentina”, en Liphart, Arend y Waisman, Carlos H. (eds.), *Institutional Design in New Democracies: Eastern Europe and Latin America*, 1996, pp. 161, 165 y 166 (que explican porqué los presidentes argentinos no necesitan la confirmación legislativa de los nombramientos y pueden dictar decretos de manera unilateral, entre otras cosas, el poder de la legislatura es limitado).

tucionales del jefe de gabinete desde entonces, el presidente tendría que negociar todas sus decisiones políticas importantes, incluyendo el presupuesto, con alguien que muy probablemente no comparte su agenda política.

Ahora, el control posterior que yo propongo aquí —que debería minimizar el riesgo de arbitrariedad y decisionismo— no viene con los problemas del ajuste proporcional supermayoritario. Mi propuesta impide claramente la conducta estratégica de la oposición. De hecho, la mayoría en la cámara baja, el grupo que según mi propuesta tiene la capacidad de censurar al jefe de gabinete, sólo tiene derecho a censurar al jefe de gabinete si propone un reemplazante. Este “veto constructivo” del jefe de gabinete tiene un gran aspecto disciplinario, porque fuerza a la mayoría de la cámara baja a convertirse en parte del gobierno y, con él, a asumir responsabilidades gubernamentales y a compartir la suerte del gobierno y del presidente. La mayoría de la cámara baja gobernará a través del jefe de gabinete nombrado por ellos, y tendrá un mayor incentivo para alcanzar acuerdos productivos con el presidente y su partido—al menos incentivos más fuertes que los que tiene bajo el ajuste proporcional supermayoritario, donde el Congreso podía vetar todas las iniciativas presidenciales sin pagar ningún precio por hacerlo. El veto constructivo hará muy improbable que la mayoría en la cámara baja actúe sólo guiada por sus motivos más siniestros, ya que corre el riesgo de morir a causa de su propia medicina.

Además, mi propuesta de un control posterior costoso podría suplementarse para lograr la aspiración más importante detrás del ajuste proporcional supermayoritario de Ackerman. Efectivamente, el atractivo del ajuste proporcional supermayoritario es que al otorgar progresivamente a menos gente el poder de evaluar el uso de poderes de emergencia, más minorías serán protegidas en contra de la explotación. Esta es una característica no desdeñable.

En efecto, la protección de las minorías es una de las muchas razones para tener una democracia constitucional. Mi propuesta estipula un ajuste proporcional supermayoritario: cuando las medidas de emergencia adoptadas por el presidente y el jefe de gabinete duren más que un cierto periodo de tiempo, en periodos crecientemente más cortos y cada vez una minoría más chica —siempre que se hubiera opuesto al uso de los poderes de emergencia desde el principio— podría censurar al jefe de gabinete y nombrar un reemplazante hasta la duración de las medidas de emergencia o hasta la próxima elección general. Este agregado, pienso, da a mi versión del artículo 99(3) la capacidad para minimizar la arbitrariedad en la cual el presidente y las mayorías se pueden ver tentados de incurrir en circunstancias de necesidad extrema. El ajuste proporcional superminoritario da poder a

quienes tienen mayor necesidad de poder—las mayorías más pequeñas—y funciona como un escudo que los protege de la tiranía de la mayoría.

Este mecanismo de control posterior tiene muchas ventajas interesantes y funciona mejor que otras propuestas alternativas. En primer lugar, es mejor que la dependencia de los jueces de Dyzenhaus—recordemos que este autor insiste que los jueces siempre deben poder revisar las decisiones de emergencia.¹⁷⁹ El mecanismo de control posterior no requiere que los jueces hagan algo que, al menos en Argentina, no han podido hacer en el pasado. Los jueces sólo tienen un rol menor en el esquema que sugiero. Su rol está limitado a hacer cumplir las cláusulas de la Constitución que permiten el nombramiento del jefe de gabinete, primero por la mayoría de la cámara baja y luego por minorías cada vez más pequeñas si las medidas de emergencia perduran.

En segundo lugar, mi propuesta nos liberaría de la dificultad de vigilar la declaración de emergencias. En efecto, muchas de las propuestas modernas —por ejemplo, la idea de tener una junta de emergencias que la declare—¹⁸⁰ tienen el problema de asegurarse de que la emergencia declarada sea real. Mi propuesta no crearía ese problema porque impediría que el presidente declare una emergencia que no es real ya que, al hacerlo, podría pagar el alto precio de tener que compartir su gobierno con un jefe de gabinete que podría no ser de su agrado.

Finalmente, el mecanismo de control posterior de gestión cuyo contenido estoy sugiriendo aquí, sin duda, contribuiría a una más valiosa relación de todos los involucrados con el derecho. Daría poder a la oposición del presidente para compartir con él el gobierno; establecería una estructura institucional que haría más verosímil la existencia de consenso entre los actores políticos y, por último, involucraría más personas en la creación de leyes.

¹⁷⁹ Véase Dyzenhaus, David, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, cit., p. 4, que propone que “los jueces tengan una obligación constitucional de defender el estado de derecho,” aun en tiempos de emergencia cuando “parece haber indicaciones legislativas o ejecutivas en contrario”.

¹⁸⁰ Véase, e.g., Levinson, Sanford y Balkin, Jack M., “Constitutional Dictatorship: Its Dangers and Its Design”, *Minn. L. Rev.*, vol. 94, 2010, pp. 1789, 1856-1865 (que propone un número de soluciones potenciales al problema de “la dictadura constitucional,” entre las cuales mencionan una agencia ejecutiva independiente autorizada a promulgar una declaración formal de emergencia); Goodman, Rachel, Nota, “Imagining a Federal Emergency Board: A Framework for Legalizing Executive Emergency Power”, *N.Y.U. L. Rev.*, vol. 85, 2010, pp. 1263, 1265 (que ofrece un “cuerpo administrativo autorizado a decidir si existe una emergencia, y de esa manera legaliza la acción ejecutiva relacionada racionalmente con tal emergencia”).

VI. PROBLEMAS TEÓRICOS RESUELTOS

Como lo dije en la introducción, las emergencias constitucionales son interesantes porque desafían nuestras convicciones teóricas —más precisamente, nos obligan a repensar las creencias liberales profundamente sostenidas—. Las emergencias constitucionales parecen mostrar que sólo el poder, no el derecho y la justicia, permite a nuestras comunidades políticas sobrellevar momentos de crisis profundas. Por ello, razonarían los críticos del liberalismo, el lugar central en el panteón de nuestras virtudes políticas debe ser otorgado al poder, no al derecho y la justicia. Este es, en mi opinión, el núcleo del punto de vista de Schmitt¹⁸¹ y su importancia radica en que, si el poder pre y super-legal son las fuentes últimas de autoridad (y no que la autoridad es la fuente última de poder), la visión liberal de la comunidad como una asociación unida por la aspiración de construir un destino común y proveer en común a los intereses de todos está condenada al fracaso. Como lo habría expresado Kant, estaríamos en última instancia justificados al tomar la ley en nuestras propias manos para hacer lo que cada uno piensa que cumple mejor con la propia idea de lo que nuestra comunidad política necesita.¹⁸²

Hay una manera obvia en la que el liberalismo podría intentar aprobar el desafío de Schmitt, y es argumentando que durante las emergencias aún rige el derecho, ya que del poder ejercido por las autoridades constitucionales durante las crisis también deriva su autoridad del derecho. Es el derecho lo que habilita al presidente o al Congreso a adoptar medidas de emergencia que difieren en procedimiento y sustancia de las que ellos pueden adoptar durante tiempos normales. Las autoridades constituidas están capacitadas por ley a actuar como sea mejor para obtener la efectividad requerida para responder a las emergencias. Siendo así, la única distinción entre las decisiones adoptadas en tiempos normales y las adoptadas en tiempos de crisis es que las últimas pueden sufrir, por así decirlo, procedimientos de atajo y pueden variar en sustancia. No obstante estas dos diferencias, ambos tipos de decisiones son iguales legalmente hablando, y pueden por ello aspirar a la misma categoría de autoridad, ya que el autor de ambas es el *demos* que intenta realizar justicia. La respuesta dualista, siguiendo a Fere-

¹⁸¹ Véase, *e.g.*, Dyzenhaus, David, “Schmitt v. Dicey...”, *cit.*, p. 2006 (que contrasta la visión de Carl Schmitt de que “un estado de emergencia es un vacío sin leyes... en el cual las acciones del estado no son limitadas por la ley” con la visión liberal que desea “un mundo donde toda la autoridad política está sujeta a la ley”).

¹⁸² Véase Crone, Daniel M., “Historical Attitudes Toward Suicide”, *Duq. L. Rev.*, pp. 7, 27, vol. 35, 1996 (que resume las tres formulaciones del “imperativo categórico” de Kant).

john y Pasquino, la cual sugiere que haya dos vías de legislación—una para tiempos normales y otra para emergencias—, parece ser muy convincente. Ello es particularmente convincente cuando las situaciones de emergencia están legalmente previstas dentro del sistema constitucional. Tal como sucede con Argentina, en particular, ello es muy plausible desde el momento que las mismas están explícitamente contempladas por la Constitución. Cuando están incluidas en el texto constitucional, las medidas de emergencia no pueden socavar al proyecto liberal porque, después de todo, están legalmente autorizadas. Sin embargo, la idea de que una cláusula constitucional “legalice” las medidas de emergencia no puede ser en sí misma un argumento devastante para el desafío de Schmitt, porque no está del todo claro que una autorización legal en sí misma pueda hacer legal lo que está autorizado en algo más que en un sentido meramente formal.

Esta es precisamente la opinión de Dyzenhaus. Él piensa que autorizar legalmente al ejecutivo, o en todo caso al Congreso, cualquier ejercicio discrecional durante emergencias no implica subordinar la ley por debajo del poder. De tal suerte, si ello fuera así, entonces, no habría forma de salvar al proyecto liberal de la crítica de Schmitt.¹⁸³ Una autorización legal de este tipo sería desde este punto de vista inadmisibles. Lo sería porque habría sólo una apariencia de control sobre el poder político, una fachada de prioridad legal, porque lo que el Ejecutivo o el Congreso pueda aprobar no será necesariamente la ley sino una expresión de la voluntad del ejecutivo (o del congreso).

Dyzenhaus considera el desafío de Schmitt como particularmente penoso porque, para él, el valor de la ley tiene que ver con la sustancia.¹⁸⁴ Si se considera que el único objetivo de la ley es su contribución al cumplimiento de derechos y justicia, será muy difícil, como lo es para Dyzenhaus, aceptar la relajación de los límites y las garantías que generalmente permitimos durante las emergencias constitucionales —especialmente la relajación de las condiciones de revisión judicial—. Además, se encontrarán grandes dificultades para reconciliar el objetivo del derecho con la idea de las vías duales

¹⁸³ Véase Dyzenhaus, David, “Schmitt v. Dicey...”, *cit.*, p. 205 (“Una regla de declaración clara es normativamente vacua a menos que los jueces presuman que hasta que la legislatura les ordene lo contrario, el estado de derecho está completamente operativo... [Los jueces deben] producir fallos que preserven el estado de derecho en la mayor medida posible... para evitar que el ejecutivo opere bajo la forma de y por ello la legitimidad del estado de derecho sin estar limitado por su sustancia”).

¹⁸⁴ Véase *ibidem* (que expresa preocupación con “que se permita al ejecutivo operar bajo la forma de y por ello la legitimidad del estado de derecho sin estar limitado por su sustancia”).

de la legislación. Dicha relajación y el reconocimiento de vías duales para la legislación podría ser visto como una renuncia del derecho a dar cumplimiento de la justicia y al imperio de los derechos. Pero si tomáramos distancia de la idea de que el valor del derecho está necesariamente condicionado por la instrumentalización de la justicia y el cumplimiento de los derechos subjetivos, en tal hipótesis, podría uno pensar que el derecho tiene un valor asociativo. En otras palabras, estaríamos más predispuestos a valorar la capacidad del derecho en contribuir a la formalización del vínculo entre todos quienes aceptan estar unidos por la ley. Si ello fuera así, en tal caso, tal vez, bien podríamos aceptar la “respuesta dual”. Es que el “dualismo” no representa necesariamente una cortina de humo que tapa la abdicación del derecho frente al poder, sino, más bien, supone el reconocimiento de que el proceso legislativo puede necesitar adaptarse a las circunstancias históricas y que puede hacerlo sin tener por ello que resignar su capacidad de organizar la vida en comunidad.

VII. CONCLUSIÓN

Hay un enfoque sobre las emergencias constitucionales alternativo al propuesto por Dyzenhaus. Según este enfoque alternativo, que a veces se denomina “extra-legalismo” y que algunos autores atribuyen a Locke,¹⁸⁵ los poderes de emergencia deben preservarse “extralegales”, por así decirlo, sin una reglamentación constitucional o legal y deben estar sujetos sólo al control del pueblo. Obviamente, una conclusión no es el lugar adecuado para hacer justicia a opiniones sobre asuntos constitucionales complejos. Sin embargo, aquí sí quiero recalcar algo sobre mi propio punto de vista, para el cual el “extra-legalismo” sirve como contrapunto iluminador. He razonado que la mejor manera de responder a las emergencias constitucionales es a través de arreglos institucionales como el *senatus consultus ultimum* que impiden que los políticos utilicen los poderes de emergencia a menos que ello sea absolutamente necesario. Uno de los argumentos a favor de mi propuesta, en parte, se aprecia en el hecho cierto de que estando frente al uso de los poderes de emergencia, no es sensato albergar grandes expectativas de control de parte de los jueces. El extra-legalismo, por lo tanto, no espera demasiado de los jueces. Y es por ello, asimismo, que los extra-legalistas tienen la inclinación a

¹⁸⁵ Véase, e.g., Corbett, Ross J., “The Extraconstitutionality of Lockean Prerogative”, *Rev. Pol.*, vol. 68, 2006, pp. 428, 429 y 430 (que expone el uso del “poder extra-legal” bajo una interpretación común de Locke).

apoyar la idea de que el control de los poderes de emergencia lejos de estar en la cabeza de los jueces debiera más bien estar sobre la espalda de una ciudadanía movilizada.

Dado que el extra-legalismo no confía en los jueces, es importante señalar un elemento adicional. A tono con esta posición, sostengo que no se deben dejar los poderes de emergencia sin regulación. Si se quiere evitar el mal uso de los poderes de emergencia, por ejemplo, podría repensarse el artículo 99, inciso 3, Constitución de Argentina. En este sentido, el extra-legalismo resiste el intervencionismo judicial, aunque, de todos modos, también es renuente a confiar en el juicio de ciudadanos. El extra-legalismo considera bastante improbable que los ciudadanos pudieran contar con la información necesaria para poder tomar una decisión debidamente informada, mi versión concede el poder de tomar decisiones al más capacitado para saber qué es lo que hay que hacer en las nefastas circunstancias de las emergencias constitucionales, más precisamente, al presidente.

POSITIVISMO, TOTALITARISMO Y CONSTITUCIONALISMO

Ricardo RAMÍREZ CALVO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El positivismo jurídico*. III. *La supremacía de la ley, el constitucionalismo y el positivismo*.

I. INTRODUCCIÓN

La concepción de la Constitución surgida de la Revolución francesa hace crisis en la Segunda Guerra Mundial. Vencidas las corrientes totalitarias del nacionalsocialismo y del fascismo,¹ nace en Europa Occidental la necesidad imperiosa de revisar las causas que permitieron el auge de esas ideologías y, como consecuencia de ello, se instala una generalizada creencia de que gran parte de la responsabilidad es atribuible a las teorías jurídicas supuestamente dominantes antes de la guerra y que es imprescindible generar estructuras jurídicas que impidan una repetición de lo sucedido. Böckenförde explica que:

Una de las tareas que estuvo en el centro de la reordenación política de Alemania después de 1945... fue la del restablecimiento y la configuración del Estado de Derecho. Restablecer el Estado de Derecho tenía ahora el objetivo de enlazar con la tradición del pensamiento alemán sobre el Estado y la Constitución, pero al mismo tiempo, y frente a esa tradición, estaba también presente el de desarrollarlo y dotarlo de una nueva orientación: ahora en lugar del Estado de Derecho en un sentido formal debía entrar en juego el Estado material de Derecho, en lugar del Estado de Derecho en sentido liberal el Estado social de Derecho.²

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, Argentina.

¹ Mucho más tiempo y sufrimiento llevará derrotar el comunismo.

² Böckenförde, Ernst Wolfgang, “Origen y cambio del concepto de Estado de derecho”, en *Estudio sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p.17.

La revisión genera un ataque directo al positivismo jurídico, al que se hace responsable casi exclusivo del desarrollo del nazismo o al menos de que éste no haya encontrado límite legal alguno. Esta verdadera leyenda parte de la siguiente afirmación de Radbruch:

El positivismo, con su tesis de *la ley es la ley*, ha dejado indefensos a los juristas frente a leyes de contenido arbitrario o criminal. Por eso el positivismo ni siquiera está capacitado para fundar por sí mismo la validez de una norma... Debemos confiar en que semejante injusticia sea un único extravío y confusión del pueblo alemán, pero por cualquier eventualidad, debemos armarnos contra el retorno de semejante Estado injusto, a través de la superación fundamental del positivismo, que impidió la posibilidad de defenderse contra el abuso de la legislación nacionalsocialista.³

Similares afirmaciones realiza Heinrich Rommen:

El totalitarismo moderno es el resultado, no es la inauguración de una nueva era. Es en realidad el resultado final del positivismo como filosofía general, como una atmósfera intelectual, como un método científico elevado al nivel de lo absoluto y divino. La posición de que la ley es voluntad, ha terminado por significar que la voluntad humana se libera de toda idea universal, de todo orden moral objetivo que exceda el interés de clase, los programas nacionalistas o raciales, las consideraciones económicas o el progreso evolutivo ilimitado... la forma nacionalista de totalitarismo surgió y floreció en los dos países en los que el positivismo jurídico y moral había obtenido una posición dominante en las universidades, en la profesión legal y en las filosofías del derecho oficiales que condicionaban o determinaban la visión y práctica de los tribunales y del gobierno. Porque en Italia y Alemania, más que en ninguna otra parte, el positivismo había llenado el vacío creado por la disolución de las filosofías idealistas del siglo XIX.

Rommen agrega que:

³ Radbruch, Gustav, “Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht”, *Süddeutsche Juristen Zeitung*, núm. 5, 1946, p. 107 (hay traducción al castellano de María Isabel Azareto de Vázquez, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962). Lopera Mesa explica que “se descalifica el positivismo por la vía de imputar a su formalismo y a su pretendida neutralidad axiológica una cuota de responsabilidad por las injusticias cometidas durante el nacional-socialismo, al dejar a los jueces teóricamente inermes para oponerse a aplicar el derecho positivo del III Reich” (Lopera Mesa, Gloria P., *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados*, Universidad EAFIT, Medellín, 2004, p. 28, nota 82, trabajo de investigación inédito).

A los ojos de este positivismo jurídico, la mitológica voluntad del Estado, establecida formalmente de acuerdo con las normas constitucionales, era la única, exclusiva y suficiente fuente y fundamento de la ley. ¿Si, por lo tanto, una revolución totalitaria hubiera triunfado por métodos formalmente legales, de dónde podría un positivista, sea un juez o un jurista, derivar una norma crítica que le permitiera juzgar acerca de la legitimidad de la legalmente correcta revolución totalitaria? ¿O cómo podría un positivista determinar la injusticia intrínseca de un acto formalmente legal del ahora totalitario gobierno?... ¿Es entonces forzado sostener que el predominio del positivismo entre los jueces, altos funcionarios de gobierno y profesores de filosofía del derecho los privó de todo apoyo jurídico contra la voluntad del Estado totalitario?⁴

Prieto Sanchís habla del:

Renacimiento del Derecho natural experimentado por la ciencia jurídica alemana tras la segunda guerra mundial, cuando pareció que el totalitarismo, el exterminio de las minorías y, en suma, la asfixia del Estado de Derecho tenían un responsable ideológico en el ámbito de la cultura jurídica, el positivismo; un positivismo inaccesible a los valores, obediente mudo de la desnuda voluntad del poder y capaz de comprometerse en la explicación y en la aplicación de cualquier Derecho positivo.⁵

La tesis de Radbruch posee una indudable fuerza cautivadora. Por una parte, se trata de una especie de testimonio de aquellos que han descendido al infierno y a su regreso traen un mensaje para los seres humanos y, por la otra, habiendo sido Radbruch un convencido positivista antes de la tiranía nacionalsocialista, goza del aura conmovedora de una retractación.⁶ Todas estas circunstancias y algunas otras que se describen más abajo, contribuyeron en su época a que la referida tesis se convirtiera en el mito fundacional de la filosofía del derecho alemana de la posguerra.⁷

Esta ha sido la tesis oficial de exoneración de los jueces de la época nazi, quienes se presentan como víctimas de las leyes nacionalsocialistas, debido

⁴ Rommen, Heinrich A., *The Natural Law*, Indianápolis, Liberty Fund, 1998, pp. 133 y 134.

⁵ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derecho fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 22.

⁶ Hart, Herbert L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2001, p. 72.

⁷ Wittreck, Fabian, *Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2008, p. 1.

a su educación legal positivista.⁸ De hecho, este fue uno de los argumentos utilizados por los jueces nazis sometidos a proceso en Nuremberg. García Amado recuerda que los profesores que habían sido cómplices de los nazis:

Empezaron a proclamar al unísono que: a) ellos nunca habían estado de acuerdo con Hitler y el nazismo; b) que habían estado muy influidos por el pensamiento de Kelsen, al que seguían con convicción; c) que el pensamiento jurídico de Kelsen se resume en la idea de que el Derecho es el Derecho y que toda ley que haya sido elaborada con respeto al procedimiento legislativo establecido es Derecho y debe ser obedecida por los ciudadanos y aplicada por los jueces, sin que quepa justificación de ningún tipo, ni jurídica ni moral para su desobediencia; d) que por eso ellos, obnubilados por Kelsen, no habían encontrado base teórica para resistirse a las aberraciones jurídicas del nazismo; e) que ellos siempre habían creído, y seguían creyendo, sin desmayo, en la democracia, el parlamentarismo, los derechos humanos y el Estado de Derecho.⁹

II. EL POSITIVISMO JURÍDICO

Habitualmente se reúne bajo la denominación “positivismo jurídico” una serie de teorías jurídicas no siempre compatibles entre sí.¹⁰ Hart ha identificado cinco significados de positivismo en la filosofía del derecho actual:

- 1) La afirmación de que las leyes son mandatos humanos.
- 2) La afirmación de que no hay una conexión necesaria entre derecho y moral, o entre el derecho como es y como debe ser.
- 3) La afirmación de que el análisis (o el estudio del significado) de conceptos jurídicos es (a) digno de ser hecho, y (b) que debe distinguirse de investigaciones históricas respecto de las causas u orígenes de las leyes, de investigaciones sociológicas relativas a la relación entre el derecho y otros fenómenos sociales y de la crítica o valoración del derecho ya sea en términos de moral, de objetivos sociales, de funciones u otros.

⁸ Stolleis, Michael, *The Law under the Swastika*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, p. 9.

⁹ García Amado, “¿Existe discrecionalidad en...”, cit., p. 160.

¹⁰ Hart afirma que “la expresión *Positivism* usada por los filósofos del Derecho no tiene un significado establecido o unánime, y no sé de ningún filósofo cuya obra tenga todas las variadas características que en un tiempo o en otro han sido etiquetadas como *Positivistas*” (Hart, Herbert L. A., “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, *Sistema*, núm. 36, p. 3).

- 4) La afirmación de que un sistema jurídico es un sistema lógico cerrado en el cual las decisiones legales correctas pueden ser deducidas por métodos lógicos de reglas jurídicas predeterminadas sin referencia a objetivos sociales, políticas o estándares morales.
- 5) La afirmación de que los juicios morales no pueden basarse o defenderse, como los juicios de hecho, mediante un argumento racional, evidencia o prueba (no cognitivismo ético).¹¹

Si bien, el profesor de Oxford sostiene que ningún autor positivista acepta la totalidad de esas tesis al mismo tiempo, ha identificado tres postulados que considera compartidos por los distintos autores positivistas: *i*) la tesis de la separación conceptual del derecho y la moralidad, según la cual si bien existen numerosas e importantes conexiones entre el derecho y la moral, tales conexiones son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente; *ii*) la tesis de las fuentes sociales del derecho, que sostiene que para que el derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios y que esta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del derecho o criterios últimos de validez jurídica, y *iii*) la tesis de la discrecionalidad jurídica, de acuerdo con la cual en todo sistema jurídico habrá siempre ciertos casos no previstos y no regulados legalmente, en los cuales el juez debe ejercitar su discrecionalidad y crear derecho para el caso, ya que en estos casos no existe ningún tipo de decisión claramente establecido en el sistema jurídico.¹²

Bobbio ha contribuido con una sistematización o clasificación de las distintas corrientes positivistas, según que se entienda al positivismo *i*) como modo de acercarse al estudio del derecho, *ii*) como una determinada teoría o concepción del derecho o *iii*) como una determinada ideología de la justicia.¹³ Este autor advierte que “sólo teniendo en cuenta estos diversos significados se puede comenzar una discusión” sobre el positivismo jurídico.¹⁴

En el primer sentido, el positivismo se caracteriza por una distinción neta entre el derecho que es y el derecho que debe ser, siendo el objeto de estudio del jurista el primero. Bajo este aspecto, positivista es aquel que asume frente al derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral. Sin embargo, esto no implica que el jurista no pueda criticar una norma

¹¹ Hart, Herbert L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en Dworkin, Ronald M. (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1977, p. 18, nota 1.

¹² Hart, “El nuevo desafío...”, *cit.*, pp. 4-6.

¹³ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2004, pp. 39 y ss.

¹⁴ *Ibidem*, p. 39.

desde el punto de vista político o filosófico, por ser contraria a determinados valores morales.¹⁵ Lo que el positivista rechaza es que se utilice para distinguir una regla jurídica de una no jurídica el hecho que la regla no se ajuste a determinados valores. Dicha distinción debe fundarse, para el positivista, en hechos verificables. Pero es imprescindible insistir en que la neutralidad valorativa postulada por el positivismo no implica una aprobación del derecho. Con acierto se ha dicho que:

Identificar un determinado ordenamiento jurídico y describirlo en sus distintas normas y en el sentido de éstas, no conlleva, necesariamente, una aprobación del mismo, esto es, una adhesión a los fines del ordenamiento ni al contenido prescriptivo del que sus normas se encuentren provistas. Describir no es, pues, lo mismo que aprobar; y el empleo del descriptivismo científico, por lo tanto, no presupone ningún juicio de valor positivo ni ninguna estimación favorable hacia el objeto materia de la descripción.¹⁶

Por ende, no es incompatible con el positivismo, formular apreciaciones críticas respecto del derecho positivo ni denostarlo por motivos morales o técnicos. Ese es para Kelsen el cometido específico de la filosofía del derecho.

El positivismo como teoría o concepción del derecho vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción, es decir, el Estado. Se trata de la identificación del positivismo jurídico con la teoría estatal del derecho.¹⁷ Esto se ha resumido en tres principios: 1) toda decisión judicial presupone siempre una regla preexistente; 2) dicha regla está siempre dada por el Estado, y 3) la totalidad de las reglas dadas por el Estado constituye un sistema o unidad.¹⁸ Bobbio recuerda que muchos autores positivistas rechazan los postulados de esta teoría estatalista.¹⁹

Finalmente, el positivismo como ideología se asocia con la creencia de que el derecho positivo, por el mero hecho de serlo, es justo y que, más allá del valor moral de sus disposiciones, permite lograr ciertos valores beneficiosos en sí mismos, como la seguridad jurídica, la certeza, el orden, etcétera. De allí se desprende la obligación moral de obediencia al derecho, inde-

¹⁵ Bobbio afirma que “el jurista que hace profesión de fe positivista no niega en general que exista un derecho ideal, natural o racional, sino simplemente niega que sea derecho en la misma medida que lo es el derecho positivo (*Ibidem*, p. 43).

¹⁶ Squella, Agustín, “Neutralidad valorativa e idea de la democracia en Kelsen”, *Estudios sobre Hans Kelsen*, Valparaíso, EDEVAL, 1996, p. 247.

¹⁷ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, cit., p. 43.

¹⁸ *Ibidem*, p. 44.

¹⁹ *Ibidem*, p. 46.

pendientemente del valor intrínseco de las disposiciones de la ley positiva, porque su obediencia implica por sí un objetivo moralmente beneficioso.²⁰ El positivismo en este sentido tiende a una exagerada exaltación del Estado, como puede verse en autores como Gerber o Laband. Como recuerda García Amado, este pensamiento:

Veía en el Estado suprema encarnación de la nación, plasmación del espíritu del pueblo alemán y ser con derechos propios que se anteponían a los derechos del individuo. El Estado era sustancia colectiva con vida propia, expresión de una unión cuasi mística entre los ciudadanos portadores de los atributos nacionales, persona colectiva cuyo interés propio trasciende los intereses individuales de los ciudadanos y les da su sentido aglutinador.²¹

Sin embargo, es necesario no olvidar que no todas las corrientes positivistas comparten esta tesis. Por lo pronto, los dos principales representantes del positivismo jurídico del siglo XX, Kelsen y Hart, lejos están de exaltar la figura del Estado, sino todo lo contrario. Kelsen rechaza considerar al Estado como una entidad situada por encima de la ley y creadora de la ley. Es bien sabido que para el profesor de Viena, el Estado es el orden jurídico en sí mismo. Por ese motivo, afirma que “la Teoría pura no deja subsistir nada de una de las más poderosas ideologías destinadas a legitimar el Estado”.²² Sus críticos llegaron incluso a sostener que las ideas de Kelsen implican una teoría del Estado sin Estado.²³

Ni Kelsen ni Hart afirman que exista una obligación moral de obedecer la ley. Eso chocaría claramente contra el sistema de Kelsen, ya que implicaría un juicio de valor ajeno a una teoría pura del derecho. Hart, por su parte, afirma que:

Existe una enorme sobrevaluación de la importancia del simple hecho de sostener que una regla pueda ser considerada una regla jurídica válida, como si esto, una vez dicho, fuera concluyente respecto del interrogante moral final:

²⁰ *Ibidem*, p. 47.

²¹ García Amado, Juan Antonio, “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, *Isegoría*, núm. 35, julio-diciembre de 2006, p. 159.

²² Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960, p. 197.

²³ Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 72. Por todos, ver Lehnert, Detlef, “Staatslehre ohne Staat? Zum kritischen Auftrag der rechts- und demokratietheoretischen Konzeption von Hans Kelsen gegenüber deutschen Staatsvorstellungen”, *IJS-Nachrichten*, Múnich, Institut für Staatswissenschaften, Fakultät für Sozialwissenschaften, Universität der Bundeswehr, núm. 6, pp. 6-44.

debe obedecerse esta regla jurídica? Sin dudas la respuesta verdaderamente liberal a cualquier uso siniestro del lema *ley es ley* o de la distinción entre derecho y moral es: muy bien, pero esto no pone fin al interrogante. La ley no es la moral; no dejen que reemplace a la moral.²⁴

Bobbio advierte que los tres aspectos mencionados del positivismo jurídico no tienen una necesaria relación. Dicho en otras palabras, numerosos autores considerados positivistas no comparten necesariamente todas esas ideas, de manera que el positivismo en el primer sentido, es decir, como modo de acercarse al estudio del derecho, no implica necesariamente alguno de los restantes postulados. Es por eso que se debe ser extremadamente cauto cuando se tilda a un autor de positivista, a modo de no atribuirle tesis que no sostiene. Como veremos más adelante, esto ha sucedido con la imputación al positivismo jurídico y en especial a Kelsen, de haber abonado el terreno para la llegada del nazismo al poder en Alemania.

III. LA SUPREMACÍA DE LA LEY, EL CONSTITUCIONALISMO Y EL POSITIVISMO

Algunos autores atribuyen al positivismo jurídico esa entronización de la ley en la cúspide del ordenamiento jurídico, con la consecuente desaparición de la supremacía de la Constitución.²⁵ Incluso se ha llegado a afirmar que el constitucionalismo, en tanto ideología dirigida a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales o de derechos fundamentales, tiene como adversario directo el positivismo ideológico.²⁶ Sin embargo,

²⁴ Hart, Herbert L. A., “Positivism and the Separation...”, *cit.*, p. 32.

²⁵ Entre muchos otros, Ari Mello, Cláudio, *Democracia Constitucional e Directos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 25; Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 15; Seoane, José Antonio, “La configuración jurisprudencial de derechos fundamentales”, en Cianciarulo, Juan (coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Ábaco, 2006, p. 122; Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2003, p. 33. Véase la descripción que sobre este punto hace Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 2a. ed., México, Fontamara, 2005.

²⁶ Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, *cit.*, p. 82. Ferrajoli, por su parte, parece sugerir que el constitucionalismo sería una nueva filosofía jurídica, superadora del positivismo (Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, *cit.*, p. 20. Pozzolo explica que, para el neoconstitucionalismo, “el iuspositivismo se encontraría inescindiblemente ligado a la arquitectura institucional del Estado decimonónico-legalista, hasta el punto de revelarse totalmente inadecuado para dar cuenta del nuevo estado de

parece existir una confusión entre la negación de la existencia de valores trascendentes reflejados o consagrados en la Constitución o de una necesaria vinculación entre el derecho y la moral, con el rechazo de la Constitución como norma jurídica suprema.²⁷ Ciertamente el positivismo jurídico no implica necesariamente la negación del valor jurídico supremo de la Constitución. Recuérdese que el control de constitucionalidad concentrado es en gran medida creación de Kelsen, lo que implica para Europa el ingreso al constitucionalismo moderno.²⁸

Se podrá observar que ese control de constitucionalidad se limita exclusivamente a los aspectos formales, pero rechaza un control de contenido. Sin embargo, esta parece ser una afirmación ligera que merece un análisis más detenido. Kelsen afirma que “la aplicación de normas distintas a las normas jurídicas —las normas «superpositivas»— debe ser considerada radicalmente excluida” de todo control de constitucionalidad.²⁹ En referencia a los principios, agrega que “son aplicados con las normas jurídicas en las cuales son realizados y solamente en ellas. Pero si se trata de principios que no han sido traducidos en normas de derecho positivo, sino que debieran serlo sólo porque son justos... entonces se trata simplemente de postulados que no son jurídicamente obligatorios”.³⁰ Kelsen deja así a salvo la posibilidad de aplicar los principios, en tanto éstos se encuentren recogidos por normas jurídicas positivas.

En otra obra, el autor de la Escuela de Viena señala que “hay una notable diferencia técnica entre los preceptos de la Constitución que prohíben cierto contenido y los que prescriben un determinado contenido en relación con leyes futuras. Por regla general, los primeros tienen efectos jurídicos, no

cosas, es decir, del Derecho del Estado constitucional” (Pozzolo, Susana, “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 190).

²⁷ Prieto Sanchís afirma que la teoría jurídica de Kelsen “representa quizá la culminación del legalismo” (*Constitucionalismo...*, cit., p. 17).

²⁸ Prieto Sanchís afirma que “si hay algún aspecto del positivismo que aparezca claramente lesionado por la justicia constitucional, éste es el conocido con el nombre de legalismo, esto es, aquella tesis que hace de la ley la única o en todo caso la suprema fuente del Derecho”. Sin embargo, como lo indica este mismo autor, esto solamente resulta cierto si se entiende el legalismo como una proposición prescriptiva, lo cual difícilmente pueda ser considerado como una tesis positivista (Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”, *Doxa*, núm. 23, 2000, p. 162).

²⁹ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, México, UNAM, 2001, p. 77.

³⁰ *Ibidem*, p. 78.

así los segundos”.³¹ Sin embargo, esta prevención de Kelsen contra las normas que establecen cierto contenido futuro de las leyes, se dirige en realidad contra normas de principios cuyo lenguaje resulte ambiguo o abierto. Así afirma que:

La misma Constitución se refiere a estos principios cuando invoca los ideales de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad, de moralidad, etcétera, sin precisar, absolutamente, lo que es necesario entender con ello. Si estas fórmulas no recubren nada más que ideología política corriente, de la cual todo orden jurídico se esfuerza por ataviarse, la delegación de la equidad, de la libertad, de la igualdad, de la justicia, de la moralidad, etcétera, significa únicamente, a falta de una precisión de estos valores, que el legislador, así como los órganos de ejecución de la ley, están autorizados a llenar, discrecionalmente, el ámbito que les es abandonado por la Constitución y la ley.³²

Dicho de otra manera, si esos valores se especifican con precisión, se concretan, entonces se habrán positivizado. Esa positivización puede realizarse al nivel de la ley, pero también al nivel de la Constitución. Se observa así que el inconveniente no surge respecto de la constitucionalización de valores, sino en la necesaria precisión que deben tener las normas constitucionales. Si las normas constitucionales establecen prohibiciones u órdenes precisas para el legislador, éste deberá ponerlas en práctica.³³

Lo mismo puede decirse de Hart. En su *Postscript* el profesor de Oxford sostiene que “en algunos sistemas jurídicos, como en los Estados Unidos, el último criterio de validez legal puede incorporar explícitamente además del *pedigree*,³⁴ principios de justicia o valores morales sustantivos y estos pueden formar el contenido de los límites jurídicos constitucionales”.³⁵ Esto ya había sido afirmado por Hart en la primera edición de su libro:

³¹ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., México, UNAM, 1958, p. 310.

³² Kelsen, *La garantía...*, cit., p. 79.

³³ No es correcto afirmar que Kelsen entiende que el control debe limitarse exclusivamente a los aspectos formales de la constitucionalidad de las normas. En su actuación como juez constitucional en Austria, Kelsen tuvo oportunidad de analizar si en determinados casos una ley violaba los derechos constitucionales de los individuos y así lo declaró. Una excelente reseña de su actividad como juez constitucional puede encontrarse en Walter, Robert, *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*, Manz, Viena, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, 2005.

³⁴ *Pedigree* equivale a las limitaciones de forma y no de contenido.

³⁵ Hart, Herbert L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1997, p. 247. Existe una traducción al castellano de Genaro Carrió de la primera edición de este libro de Hart, publicada bajo el título *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, reimpresión de 1998 que no contiene el *Postscript*.

Una constitución escrita puede restringir la competencia de la legislatura no solamente estableciendo la forma y manera en que debe legislarse (lo cual puede concederse que no constituye una limitación), sino excluyendo totalmente ciertas materias del ámbito de su competencia legislativa, estableciendo por lo tanto limitaciones sustanciales.³⁶

De allí que Hart rechace las críticas de Dworkin en el sentido de que su teoría del derecho sea positivismo de simples hechos y exprese que éste pasa por alto este aspecto de su teoría.³⁷

Lo que resulta difícil negar es que, si la Constitución consagra fórmulas vagas o “abiertas”, para utilizar una expresión de moda entre los autores europeos actuales, alguien será el encargado de concretarlas o precisarlas, en definitiva, de cerrar la apertura. Aun cuando se pretenda presentar la cuestión como una contraposición entre la Constitución como mero instrumento formal de distribución del poder y la Constitución como norma material o de contenido sustancial, en la práctica ese pretendido contraste se reduce a la determinación de quién es el encargado de concretar los principios constitucionales en normas positivas. Para la teoría europea decimonónica, ese papel le corresponde al legislador, mientras que para el neoconstitucionalismo europeo ese lugar es ocupado ahora por el juez constitucional. Ciertamente que esto se disfraza mediante el recurso a los principios, pero en definitiva y más allá de las críticas que merecerá más adelante la utilización de los principios, eso no refuta que, en definitiva, se trata de una discusión acerca de quién es el que debe transformar los principios en reglas.

En suma, si bien es cierto que el auge del legalismo coincide con el desarrollo del positivismo jurídico, no lo es menos que el reconocimiento de la Constitución como norma suprema, que actúe como límite al accionar del Estado y que imponga deberes a los poderes públicos, no es incompatible con esa corriente jurídica y en parte puede considerarse como producto de ella. El Estado legalista supone el positivismo jurídico, pero eso no implica que el positivismo jurídico suponga el Estado legalista. En realidad, el Estado legalista puede considerarse como una etapa del desarrollo del positivismo jurídico. Ese tipo de Estado constituye un avance superador del absolutismo y sienta las bases para el desarrollo posterior del constitucionalismo.

A diferencia de lo que sostiene la moderna doctrina europea, no es necesario afirmar que la Constitución es un orden de valores para sostener el Estado constitucional. El positivismo no rechaza en modo alguno la

³⁶ Hart, *The Concept of...*, cit., p. 68.

³⁷ *Ibidem*, p. 247.

existencia de normas sustantivas en las Constituciones. El hecho de que el positivismo pueda ser considerado como una concepción jurídica esencialmente formalista o procedimental, no implica que rechace la posibilidad de establecer limitaciones sustanciales a la acción estatal.

El mismo Kelsen admite que el examen de constitucionalidad “se aplica tanto a la forma en que la norma ha sido aprobada como al contenido de ella”.³⁸ En otra obra, Kelsen afirma que la Constitución puede determinar el contenido de las leyes, tanto negativamente, es decir, estableciendo que no pueden tener determinado contenido, o positivamente, esto es, ordenando que ciertas leyes tengan un contenido específico.³⁹ Más adelante, Kelsen sostiene que:

La función esencial de la Constitución... consiste en determinar la creación de normas jurídicas generales, estos es, en determinar a los órganos y el procedimiento de la legislación, así como —hasta cierto grado— el contenido de las leyes futuras. De esta manera surge el problema de asegurar la observancia de esas prescripciones constitucionales y garantizar la constitucionalidad de las leyes. Es este un caso especial del problema más general que estriba en garantizar que una norma inferior se ajuste a la superior que determina su creación o su contenido.⁴⁰

El mismo Ferrajoli, uno de los autores cercanos a la corriente neoconstitucionalista,⁴¹ reconoce que:

El constitucionalismo puede bien ser configurado como un complemento del positivismo jurídico. Él designa, en efecto, una concepción y un modelo de derecho en el que no sólo la existencia de las normas, en tanto vinculada a su forma de producción, sino también los criterios sustanciales de reconocimiento de su validez son puestos, artificialmente, por el propio derecho positivo. Con otras palabras, el derecho positivo disciplina positivamente no sólo las condiciones formales de existencia de las normas... sino también las

³⁸ Kelsen, Hans, “*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*” en *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 5, 1929, pp. 37 y 38.

³⁹ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2a. ed., México, UNAM, Facultad de Derecho, 1958, p. 148.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 316.

⁴¹ Ferrajoli se declara positivista crítico (Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, p. 872). Sin embargo, también se le considera un neoconstitucionalista. Sobre las tensiones que esas dos posiciones crean en su teoría jurídica véase García Figueroa, Alfonso, “*Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista*” en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 267-284.

condiciones sustanciales de su validez... Claramente, en este sentido el constitucionalismo, en vez de constituir el debilitamiento del positivismo jurídico o su contaminación jusnaturalista, representa su reforzamiento: por decirlo de algún modo, representa el positivismo jurídico en su forma más extrema y acabada.⁴²

Algunos autores, advirtiendo la endeblez de atribuir a una teoría jurídica la responsabilidad por la instauración de un régimen totalitario, adoptan posiciones algo más cautelosas, sin por ello dejar de achacar al positivismo jurídico parte de la culpa. Más modernamente y ante la abrumadora evidencia que demuestra la falsedad de esa afirmación, se le ha modificado parcialmente y, así, Dyzenhaus afirma que “si bien no puede atribuirse la toma del poder por parte del nacionalsocialismo al positivismo jurídico ni sostenerse que el positivismo haya preparado el camino para el nazismo, esta teoría jurídica no ofreció ningún recurso jurídico que pudiera usarse para resistir la toma de poder del fascismo en Alemania”.⁴³ Sin embargo, esta tesis es igualmente falsa.

Un análisis atento de la realidad jurídica del régimen nacionalsocialista desmiente rotundamente ese mito y demuestra que fue solamente una cómoda manera de eludir responsabilidades de quienes voluntariamente colaboraron con el régimen de Hitler, presentándose como víctimas del nazismo por culpa del positivismo. Dreier recuerda que durante la época de entreguerras en Europa, las tesis positivistas de Kelsen habían sido calificadas de negadoras del Estado y hasta de anarquistas. Agrega este autor que:

Naturalmente, desde este punto de partida había sólo un pequeño paso, que muchos dieron gustosos, para adjudicar al positivismo jurídico en conjunto y a la teoría de Kelsen en particular, una gran medida de culpa por el paso a la dictadura. Las víctimas cosechaban así acusaciones de culpabilidad, mientras que los que proporcionaron legitimación al régimen nacionalsocialista se mantenían fieles a sus posiciones sustanciales y su condena del positivismo o se transformaban en apóstoles del derecho natural. También esta conducta puede explicarse de manera supuestamente psicológica: como un mecanismo de suplantación humanamente entendible. Sin embargo, eso no hace que la leyenda positivista sea más verdadera, sino que permanece como lo que es:

⁴² Ferrajoli, Luigi, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Isonomía*, núm. 16, abril de 2002, pp. 7 y 8.

⁴³ Dizenhaus, David, *Legality and Legitimacy*, Londres, Oxford University Press, 2003, p. 5.

una (sumamente exitosa) campaña de desinformación, que transformó víctimas en victimarios y victimarios en víctimas.⁴⁴

Tanto el nacionalsocialismo como el fascismo no se han basado en las tesis positivistas para legitimar su accionar. Muy por el contrario, como todo movimiento totalitario, pretenden justificarse mediante la invocación de valores trascendentes y rechazan el positivismo como filosofía.⁴⁵ Por ejemplo, Hans Frank, quien fuera jefe de la Asociación Nacionalsocialista de Abogados, presidente de la Academia de Derecho Alemán, ministro del Reich sin cartera y gobernador general de Polonia,⁴⁶ expresaba: “Todo lo que sirve al Pueblo es derecho, todo lo que lo daña no lo es”. En la Alemania nazi se criticaba la fidelidad a la ley, tildándola de formalismo normativista y positivismo vacío.⁴⁷ De hecho, los puntos salientes del desarrollo de la teoría del derecho (si es que puede llamársele así) en el nacionalsocialismo, fueron el abandono del positivismo y un cambio de dirección hacia concepciones irracionales del derecho bajo la óptica de la colectividad racial, que se orientaba por los conceptos de pueblo, colectividad, raza y principio autoritario o *Führerprinzip*.⁴⁸

El nacionalsocialismo rechazaba el formalismo jurídico de manera expresa.⁴⁹ El ya citado Frank expresaba que “leyes y derecho no son idénticos, ya que las leyes son solamente fuentes de información indispensables, pero

⁴⁴ Dreier, Horst, *Rezeption und Rolle der reinen Rechtslehre*, Festakt aus Anlass des 70. Geburtstages von Robert Walter, Viena, 2001, pp. 18 y 19. Quizá con demasiada contemplación, Jabloner afirma que si bien la tesis que afirma la responsabilidad del positivismo en la caída de la República de Weimar es hasta cierto punto entendible, es en los hechos errónea (Jabloner, Clemens, “Hans Kelsen: Introduction”, en Jacobson, Arthur y Schlink, Bernhard (eds.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley-Los Angeles-Londres, University of California Press, 2000, p. 73).

⁴⁵ Giovanni Gentile, quizás el filósofo más importante del fascismo, tenía como objetivo derrotar al positivismo, al que consideraba un enemigo pernicioso (Gregor, A. James, *Giovanni Gentile: Philosopher of Fascism*, New Brunswick-Londres, Transaction Publishers, 2004, p. 15). Löwenstein expresa que la reforma de la ley alemana bajo el nacionalsocialismo tenía por meta la modificación del positivismo a través de una nueva concepción de la ley de la equidad (Löwenstein, Kart, “Law in the Third Reich”, *Yale Law Journal*, t. 45, p. 783).

⁴⁶ Frank fue condenado a muerte en los juicios de Nuremberg por su responsabilidad en el asesinato de millones de personas en los campos de concentración en Polonia y fue ahorcado.

⁴⁷ Rüthers, Bernd, *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit*, Osnabrück, Fromm, 1991, p. 92.

⁴⁸ Sigmundt, Christian, *Rechtsgewinnung und Erbhofrecht*, Wurzburg, tesis doctoral, Facultad de Derecho, Julius-Maximilian Universität, 2005, p. 112.

⁴⁹ Sunstein, Cass R., “Must formalism be defended empirically?”, *University of Chicago Law Review*, t. 66, 1999, p. 636.

necesariamente incompletas del derecho”.⁵⁰ Karl Larenz, un conspicuo jurista nazi que luego tuviera una destacada carrera como civilista en la República Federal de Alemania,⁵¹ afirmaba, luego de asumido el poder por Hitler, que “una renovación del pensamiento jurídico alemán es imposible sin un apartamiento radical del positivismo y del individualismo”.⁵² Otro de los integrantes de la llamada Escuela de Kiel⁵³ expresaba que:

El derecho vigente es hoy parte integrante de la ordenación nacionalsocialista de la comunidad popular. El juez, en la interpretación, no debe servir más a un Estado de Derecho liberal, sino a la ordenación de la comunidad popular determinada por una idea política. El juez debe encontrar las disposiciones positivas del derecho en esa idea de ordenación y aplicarlas en el sentido de su significación fundamental. A ello no se opone la sujeción del juez a la ley, tomada del antiguo sistema y que sigue vigente hoy, ya que ésta no se extiende más allá de la ley misma.⁵⁴

Un abismo separa esas tesis del positivismo jurídico, pero sin embargo son llamativamente cercanas a la jurisprudencia de valores, precursora del neoconstitucionalismo. Rüthers, en su medular estudio acerca de la interpretación judicial en el nacionalsocialismo, recuerda que “cada omisión de

⁵⁰ Frank, Hans, *Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues Strafrecht*, cit. por Ott, Walter y Buob, Franziska, “Did Legal Positivism Render German Jurists Defenceless During the Third Reich?”, *Social & Legal Studies*, vol. 2, 1993, p. 100.

⁵¹ La Torre, en un estudio específico sobre el pensamiento de Larenz, afirma que éste “fue, junto con Carl Schmitt, uno de los juristas y teóricos del derecho más representativos que adhirieron al nacionalsocialismo. En el caso de Larenz, como en el de Carl Schmitt, no se trató de mera adhesión... sino de la participación convencida en ese movimiento político (a cuyo éxito los dos mencionados autores contribuyeron a preparar en todo lo que era posible con sus escritos) y en la consiguiente *Deutsche Rechtserneuerung* [renovación del derecho alemán]” (La Torre, Massimo, “La Lotta contro il Diritto Soggettivo”, *Karl Larenz e la Dottrina Giuridica Nazionalsocialista*, Milán, Seminario Giuridico della Università di Bologna, Dott. A. Giuffrè Editore, 1988, pp. 1 y 2).

⁵² Larenz, Karl, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1934, p. 15. La Torre recuerda que “Larenz utiliza a Kelsen como blanco preferido de su crítica, declarándose adversario decisivo del juspositivismo” (La Torre, “La Lotta contro...”, *cit.*, pp. 2 y 3). Este autor recuerda también que para Larenz, el positivismo, en particular el de Kelsen, es una manifestación de la infiltración espiritual extranjera (*op. cit.*, p. 3, nota 3).

⁵³ La Escuela de Kiel fue un grupo de jóvenes juristas nazis, que ocuparon los puestos de profesores forzados a abandonar sus cargos por razones políticas o raciales. El nombre proviene del hecho de que iniciaron su actuación en la Universidad de Kiel. Se la consideró en su momento como la vanguardia del pensamiento jurídico nacionalsocialista.

⁵⁴ Busse, Martin, *Der Erbhof im Aufbau der Volkordnung*, citado por Sigmundt, *Rechtsgewinnung und Erbhofrecht*, p. 185.

aplicar una disposición jurídica bajo la invocación de *principios jurídicos superiores* o *axiomas jurídicos supremos*, como era corriente en la época nacionalsocialista, significa siempre necesariamente una violación de la tesis nuclear del positivismo jurídico”.⁵⁵ Más adelante agrega que “la evolución del derecho en el nacionalsocialismo fue efectuada, y esto es especialmente válido para el derecho privado, en una medida muy considerable a través de una interpretación modificadora del derecho... Esto es inconciliable con las premisas básicas del estricto positivismo jurídico”.⁵⁶

También es falso que el positivismo jurídico kelseniano haya sido la filosofía jurídica preponderante en la República de Weimar. Como lo explica García Amado:

El tipo de positivismo que regía no era aquel positivismo jurídico kelseniano que mantiene que el Estado no es más que una forma de ver un sistema jurídico vigente, negándole así al ser estatal toda entidad propia y cuestionando de raíz la metafísica estatista. El positivismo mayoritario era de un juez completamente diferente, era positivismo estatista, cuyo postulado central podríamos resumir así: todo lo que en el Derecho y la vida social cuenta (las normas jurídicas, los derechos individuales, las instituciones...) nace del Estado y se debe al Estado, nada hay fuera del Estado, nada se debe tolerar si perjudica la vida propia y la supervivencia del Estado.⁵⁷

La afirmación de Radbruch, de la cual se hicieron rápido eco todos aquellos que habían colaborado con el régimen nacionalsocialista, en realidad esconde la responsabilidad del pueblo alemán, incluyendo a los juristas, el que toleró de buena gana las leyes racistas nazis.⁵⁸ Prueba de ello es la declaración del 17 de marzo de 1933 del Consejo Directivo del Deutscher Richterbund (algo así como la Asociación de Magistrados alemanes), en la cual depositaba toda su confianza en Hitler y proclamaba que los jueces alemanes siempre habían sido conscientes de su responsabilidad.

García Amado afirma que:

⁵⁵ Rüthers, Bernd, *Die unbegrenzte Auslegung*, 6a. ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 2005, p. 99.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ García Amado, “¿Existe discrecionalidad en...?”, *cit.*, p. 159.

⁵⁸ Un ejemplo de ese eco en quienes habían tenido participación activa es Weinkauff, “Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus. Ein Überblick”, *Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte*, vol. 16, Deutsche Verlags-Anstalt, Stuttgart, 1968. Rudolf Smend, uno de los abanderados de la reacción antipositivista anterior a la Segunda Guerra Mundial, se cuida de efectuar crítica alguna al fascismo, desliza algunos elogios e incluye algunas referencias antisemitas.

Difícil será encontrar en toda la historia jurídica del siglo XX un mayor descaro ni una hipocresía más grande. Mintieron y falsearon a partes iguales. Mintieron sobre su pensamiento y su actuación al servicio de Hitler. Falsearon la historia, por ejemplo cuando dijeron que el pensamiento kelseniano era el dominante entre los profesores alemanes, ellos mismos, y desfiguraron radicalmente las tesis de Kelsen cuando repitieron que Kelsen no admitía excusa moral para la desobediencia al derecho válido y propugnaba el ciego acatamiento incluso de normas como las de los nazis. No ha de extrañarnos ese proceder cuando reparamos en que tales cosas las escribieron, después del 45, antiguos altos jueces y fiscales nazis con pasado un tanto sangriento, o profesores que medraron académicamente en su juventud a fuerza de adular a Hitler y sus esbirros y triunfaron después del 45 a base de alabanzas a los derechos humanos y a los valores de las Constituciones liberales, pero siempre, es curioso, denostando a Kelsen.⁵⁹

Suponer que un sistema jurídico considerado arbitrario o gravemente injusto por el conjunto de la población, puede no obstante imponer su obediencia por el convencimiento de que el derecho debe ser obedecido, sea justo o no, resulta como mínimo una ingenuidad, cuando no una burda mentira.⁶⁰

En realidad, tanto el nacionalsocialismo como el fascismo y otros movimientos totalitarios imponen una determinada moral y es en nombre de esa moral y de los valores trascendentes que ella representa, que se impone el régimen jurídico. Un autor italiano sostenía que el fascismo “ha hecho apelación a motivos místicos, como el del patriotismo, el del militarismo y el de la solidaridad social de la Nación”.⁶¹ Los jueces nazis

no se basaban en el significado ordinario u original de los textos legales. Por el contrario, entendían que las leyes debían interpretarse de acuerdo con el espíritu de la época, definido en relación con el régimen nazi. Pensaban que

⁵⁹ García Amado, “¿Existe discrecionalidad en...”, *cit.*, p. 160.

⁶⁰ Hart afirma con razón que “hay una extraordinaria candidez en la visión de que la insensibilidad a las demandas morales y la subordinación al poder del estado en un pueblo como los alemanes, haya surgido del convencimiento de que la ley sea ley aun cuando no esté de acuerdo con requisitos morales básicos. En realidad, esta terrible historia obliga a preguntarse por qué el énfasis en el eslogan *la ley es ley* y la distinción entre la ley y la moral, adquirieron un carácter tan siniestro en Alemania, cuando en toda otra parte, como con los mismos utilitaristas, estuvo unida a las mentes liberales más iluminadas” (Hart, Herbert L.A., “Positivism and the Separation of Law and Morals” en Dworkin, Ronald, ed, *The Philosophy of Law*, p. 31, Oxford University Press, 1977).

⁶¹ Costamagna, Carlo, *Elementi di Diritto Pubblico Fascista*, Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1934, p. 26.

los tribunales sólo podían cumplir con su misión si no permanecían apegados a la letra de la ley, sino que deben penetrar su núcleo interno en la interpretación y hacer su parte para que los objetivos que tuvo en mira el legislador se vean realizados.⁶²

Friedrich recuerda que:

La función del derecho cambia totalmente en una sociedad totalitaria. La ley se convierte meramente en un instrumento en manos de los dirigentes políticos, porque la justicia, como valor autónomo, ha desaparecido. En su lugar, adquieren importancia decisiva valores sociales tales como la realización de las metas económicas e industriales del sovietismo o los conceptos populares y raciales de Hitler.⁶³

El mismo autor citado precedentemente, pese a abogar por que la jurisprudencia considere la existencia de normas que tengan validez fuera y más allá de la ley, reconoce que “ni Hitler ni Stalin se habrían considerado a sí mismos como positivistas, pues ambos habían sido dogmáticos fanáticos sin respeto alguno para la verdad y para la razón”.⁶⁴ Incluso autores que afirman una necesaria vinculación entre el positivismo y el totalitarismo se ven forzados a reconocer que el problema de la República de Weimar no fue su Constitución ni las teorías jurídicas que surgieron en torno a ella, sino la falta de demócratas convencidos de que aquélla debía ser defendida.⁶⁵ Es innegable, por otra parte, que juristas considerados cercanos al nacionalsocialismo, como por ejemplo Carl Schmitt,⁶⁶ Karl Larenz, Otto Koellreutter, Ernst Forthoff, Theodor Maunz⁶⁷ o Ernst Rudolf Huber, son fuertemente antipositivistas y forman parte de la reacción contra esa corriente jurídica en la República de Weimar.⁶⁸ Por el contrario, los principales representan-

⁶² Sunstein, “Must formalism...”, *cit.*, p. 636.

⁶³ Friedrich, Carl J., *La filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, p. 315.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 263.

⁶⁵ Dyzenhaus, *Legality and...*, *cit.*, p. 5.

⁶⁶ Kaufmann afirma que si bien Schmitt nunca emprendió el intento de elaborar una teoría sistemática del derecho, sus distintos escritos encuentran su conexión en su adversario: el positivismo jurídico teórico-estatal que considera que el único derecho válido es el impuesto o reconocido por el Estado (Kaufmann, Matthias, *¿Derecho sin reglas? Los principios filosóficos de la teoría del estado y del derecho de Carl Schmitt*, 3a. ed., México, Fontamara, 1999, p. 151).

⁶⁷ Una interesante descripción de la vida de Theodor Maunz puede encontrarse en Stolleis, Michael, *Law under the Swastika*, The University of Chicago Press, Chicago, 1998, pp. 185-192.

⁶⁸ Reifner, Udo, “Juristen im Nationalsozialismus”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 1, 1983, pp. 13-19; Stolleis, Michael, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Re-*

tes del positivismo jurídico de esa época, como Gerhard Anschütz, Richard Thoma y Hans Kelsen tomaron clara distancia del régimen nacionalsocialista y muchos de ellos se vieron forzados a emigrar.⁶⁹

A eso cabe agregar el ejemplo de fascismo español, en el que las concepciones positivistas fueron rechazadas de plano, ya que resultaban contradictorias con el propósito de elaborar una nueva teoría del Estado, que incorporara “el sentido católico —de gloriosa tradición y predominante en España— a la reconstrucción nacional”.⁷⁰ En este sentido, Legaz y Lacambra, uno de los principales teóricos jurídicos del franquismo, desarrolló una teoría iusnaturalista del derecho, la cual debía imponerse como dominante.⁷¹ Este mismo autor, analizando la teoría jurídica del nacionalsocialismo alemán, expresaba: “Digno de toda loa en el nacionalsocialismo es su negación del individualismo y su enérgica afirmación de los valores de la comunidad, nacionales e históricos”.⁷² Esta frase deja en claro que los regímenes fascistas hacen particular exaltación de determinados valores que se encontrarían en las raíces nacionales de cada país. Otro jurista cercano en ese entonces al franquismo, Sánchez Agesta, manifiesta su deseo de rehuir “de la pobre imitación que hizo el positivismo en la hora más triste de la sociología, deslumbrado por el éxito de las ciencias naturales”.⁷³

En los sistemas políticos totalitarios, el orden jurídico no es más que el traslado a las normas de los principios morales que sostienen el régimen político. Para esto, resulta mucho más conveniente abrazar el iusnaturalismo que el positivismo, lo cual no implica sostener que el iusnaturalismo es necesariamente autoritario. Como correctamente lo señala Bobbio:

publik und Nationalsozialismus, pp. 171-186, C.H. Beck, Munich, 2002. En el mismo sentido, Friedrich, Manfred, *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlín, Duncker & Humblot, 1997, pp. 322-330; Koriath, Stefan, “The Shattering of Methods in Late Wilhelmine Germany: Introduction”, en Jacobson, Arthur y Schlink, Bernhard (ed.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, Los Ángeles-Londres-Berkeley, University of California Press, 2000, pp. 41-50.

⁶⁹ Reifner, “Juristen im...”, *cit.*, p. 14. Hay quienes sostienen que Kelsen debió huir a los Estados Unidos por ser judío. Sin embargo, Kelsen fue uno de los pocos profesores que se vieron alcanzados por las dos causales de exclusión de los cargos públicos establecidas en la Ley para la Reorganización del Empleo Público: su ascendencia judía (artículo 3o.) y sus ideas políticas contrarias al nacionalsocialismo (artículo 4o.) Véase Dreier, *Rezeption und Rolle...*, *cit.*, p. 13.

⁷⁰ Rivaya, Benjamín, *Filosofía del derecho y primer franquismo (1937-1945)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 201.

⁷¹ López García, José Antonio, *Estado y derecho en el franquismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 131.

⁷² López García, *Estado y Derecho...*, *cit.*, p. 54.

⁷³ *Ibidem*, p. 53.

Si se considera sin prejuicios la historia del jusnaturalismo, se observa que las doctrinas jusnaturalistas no coinciden siempre —como quieren hacer creer los modernos abogados defensores— con una ética de la resistencia a la opresión, de la defensa de la persona frente a las pretensiones del Estado, de la libertad individual frente al sometimiento servil a la ley, de la autonomía frente a la heteronomía. En los brazos protectores del derecho natural han encontrado refugio una y otra vez, según los tiempos y las circunstancias, las morales más diversas, tanto una moral de la autoridad como una moral de la libertad, han sido proclamadas tanto la igualdad de todos los hombres como la necesidad del régimen de esclavitud; tanto la excelencia de la propiedad individual como la excelencia de la comunidad de bienes, tanto el derecho de resistencia como el deber de obediencia.⁷⁴

El mismo Smend, un autor decididamente antipositivista y uno de los precursores de la moderna teoría que ve en la Constitución un orden de valores, reconoce la exaltación de valores trascendentes por parte del fascismo:

En parte aquí radica el sentido del constante resaltar por Mussolini y el fascismo del carácter revolucionario de la marcha sobre Roma: sólo entendida así constituye el acontecimiento simbólico de la ruptura con el mundo antiguo y la inauguración de *valores estatales* totalmente nuevos y precisamente por eso, es en su carácter revolucionario que radica su peculiar efecto integrador, el establecimiento de una legitimidad específicamente fascista⁷⁵ (énfasis añadido).

Este mismo autor afirma que:

Es una de las grandes virtudes del fascismo, sobre el que, en cuanto al resto, puede hacerse la valoración que se quiera, el haber visto con gran claridad la necesidad de una integración global, y habiendo rechazado el liberalismo y el parlamentarismo, ha sabido manejar con maestría las técnicas de integración funcional, y ha sabido sustituir a sabiendas la integración sustantiva del socialismo por otro tipo de integración (el mito de la Nación, el Estado corporativo, etc.).⁷⁶

Es llamativo observar cómo los autores que repiten esta crítica al positivismo y describen al régimen nazi como la negación del Estado de derecho,

⁷⁴ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, cit., pp. 80 y 81.

⁷⁵ Smend, Rudolf, “Verfassung und Verfassungsrecht”, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, p. 163, nota 10. Existe una traducción al castellano titulada *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

⁷⁶ Smend, “Verfassung und...”, cit., p. 175.

sin embargo, aceptan de buena gana las afirmaciones nazis de que dicho régimen habría llegado al poder de manera legal. Si bien el punto excede los límites de este trabajo, es necesario señalar que esa afirmación también es falsa. La toma del poder por parte del nacionalsocialismo no ocurrió con la designación de Hitler como canciller, en cuyo gabinete los nazis estaban en minoría,⁷⁷ sino a través del dictado de diversas normas, manifiestamente inconstitucionales.⁷⁸ Los juristas alemanes podrían (y deberían) haberse opuesto a dichas leyes desde el positivismo, haciendo notar la palmaria violación de la Constitución de Weimar.⁷⁹ Sin embargo, nada de eso ocurrió precisamente porque el motivo de la falta de oposición no se encuentra en el positivismo jurídico, sino en la adhesión o al menos tolerancia del régimen nacionalsocialista.

Repárese simplemente en los asesinatos de Ernst Röhm y de otros líderes de las SA,⁸⁰ así como de varios políticos conservadores (entre ellos el ex canciller Schleicher), ocurridos los días 30 de junio y 1 y 2 de julio. Esas ejecuciones fueron llevadas a cabo de manera personal por Hitler y sus secuaces, sin ningún tipo de proceso y pretendieron legalizarse retroactivamente mediante una ley en la cual se les declaraba legales debido a la emergencia.⁸¹ El mismo Hitler declaró en su discurso ante el Reichstag del 13 de julio de 1934 que había actuado como “el máximo tribunal del pueblo alemán”. Carl Schmitt intentó justificar esta abominación jurídica a través

⁷⁷ Sólo cinco ministros eran nacionalsocialistas, contra ocho que no lo eran. En las elecciones convocadas luego de la disolución del *Reichstag*, el partido nazi (NSDAP) obtuvo solamente el 43.9% de los votos y 288 diputados de un total de 647, mientras que el otro partido integrante de la coalición gobernante obtuvo el 8% y 52 diputados. Es decir, que en conjunto, la coalición obtuvo apenas el 51.9% de los votos, luego de una campaña electoral en la que el aparato estatal actuó masivamente a favor del nacionalsocialismo y los partidos opositores casi no tuvieron oportunidad de expresarse. Esto ha llevado a Loewenstein a afirmar la ilegalidad de esas elecciones y concluir que “la base constitucional sobre la que descansa la reconstrucción de Alemania según líneas nacionalsocialistas fue creada esencialmente por fraude y terrorismo” (Loewenstein, Karl, “Dictatorship and the German Constitution: 1933-1937”, *University of Chicago Law Review*, 537, 1936-1937, p. 540).

⁷⁸ Es muy interesante el análisis que realiza Karl Loewenstein a partir de la página 541 del trabajo citado en la nota anterior, en el que señala con precisión las violaciones a la Constitución de Weimar. Sobre este tema también puede consultarse a Willoweit, Dietmar, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 5a. ed., Múnich, Verlag C.H. Beck, 2005, pp. 389 y 390.

⁷⁹ Reifner, “Juristen im...”, *cit.*, p. 14.

⁸⁰ Las SA (*Sturmabteilung*) eran las fuerzas de choque del Partido Nacionalsocialista. Röhm fue considerado un obstáculo para la alianza de Hitler con el ejército y fue eliminado junto con los restantes líderes de las SA. Hitler aprovechó también la ocasión para matar a varios políticos conservadores.

⁸¹ Gesetz über Massnahmen der Staatsnotwehr.

de un oprobioso artículo titulado *El Führer protege el derecho*. En él afirma: “el Führer protege el derecho frente a los peores abusos, cuando en el momento de peligro, por imperio de su liderazgo (*Führertum*), crea derecho directamente en su calidad de juez supremo”.⁸² Esta obscena justificación pretendidamente jurídica del asesinato es repugnante del positivismo jurídico.

Lo mismo puede decirse del régimen fascista italiano, el que alteró inconstitucionalmente las disposiciones del Estatuto Albertino. Garófalo recuerda que “muchas discusiones se han entablado sobre la posibilidad de reformar el Estatuto fundamental del reino de Italia y sobre el procedimiento a seguir. A pesar de la discusión, en la realidad ha sido modificado el Estatuto todas cuantas veces fue necesario en beneficio del Estado”.⁸³ El mismo Mussolini declaró en 1925 que “la Constitución no puede ser un gancho en el cual colgar a cada generación. Día tras día nos vemos obligados a violarla”.⁸⁴

Es entonces falso afirmar que el positivismo allanó la toma del poder por parte del nazismo o que privó a los juristas alemanes de elementos para defenderse contra los nazis. Por el contrario, el mismo positivismo, con su apego estricto a la ley positiva, hubiera servido para que esos mismos juristas se opusieran a las violaciones de la Constitución por parte de la legislación nazi. La relación entre el positivismo y el totalitarismo no es más que una leyenda.⁸⁵

⁸² Schmitt, Carl, “*Der Führer schützt das Recht*”, *Deutsche Juristen-Zeitung*, vol. 15, 1934, p. 946. La frase original en alemán es: “Der Führer schützt das Recht vor dem schlimmsten Missbrauch, wenn er im Augenblick der Gefahr kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft”.

⁸³ Garófalo, Pietro, *Principios de derecho constitucional y organización política del Estado fascista italiano*, Madrid, Góngora, 1934, p. 39.

⁸⁴ Citado por Reale, Egidio, “The Italian Constitution under Fascism”, *Foreign Affairs*, t. 18, 1939-1940, p. 153.

⁸⁵ Reifner, “Juristen im...”, *cit.*, p. 18; Arnold, Eckhart, “Aufklärung als metaphysische Denunziation. Über den Begriff der Aufklärung bei Korkheimer und Adorno”, *Philosophische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität, Düsseldorf*, 2005, p. 7.

LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

EL REPUBLICANISMO TRANSNACIONAL: ¿UN DESAFÍO DEMASIADO LEJANO?

John MAYNOR*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Libertad republicana como no-dominación*. III. *El desafío liberal al republicanismo*. IV. *¿Republicanismo transnacional?* V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Debido a las fuerzas de la globalización, la aparente erosión de la autonomía del Estado y la falta de poder de las instituciones gubernamentales está amenazando con detener el llamado renacer republicano. Dado que las raíces del republicanismo cívico se sitúan principalmente en el pasado y están ligadas a la existencia de nociones clásicas de soberanía, la construcción de una relevante versión contemporánea puede resultar difícil, especialmente en esta etapa de globalización. Desde hace mucho tiempo, la política, junto con ideales que se manifiestan en instituciones económicas y culturales, parecen encontrarse ligadas a los límites tradicionales que la nación-Estado propone. Los individuos, los ciudadanos, los Estados-nación, las empresas multinacionales, etcétera, se han visto obligados a reaccionar a lo que James Bohman ha llamado “estas nuevas circunstancias globales de la política”.¹ Como consecuencia de ello, sin capacidad real para hacerles frente, muchos individuos han comenzado a exponerse de manera creciente a formas de interferencia y a instancias potenciales de dominación que están surgiendo tanto de fuentes locales como extranjeras.

Este desafío amenaza la vigencia de la teoría política republicana y ello es así porque generalmente se piensa que la libertad republicana depende de las instituciones. Para muchos republicanos, la libertad como “no-domi-

* Profesor asociado en el Departamento de Ciencias Políticas de la Middle Tennessee State University, Estados Unidos.

¹ Bonham, James, “Republican Cosmopolitanism”, *The Journal of Political Philosophy*, vol. 12(3), 2004, pp. 336-352.

nación” sólo cobra sentido cuando, además de prácticas y virtudes políticas concretas, se da un ambiente político donde se encuentran presentes ciertas instituciones correctamente constituidas. El núcleo del problema para los republicanos es, entonces, que las mismas instituciones y los mismos ideales en los que confían para minimizar la dominación y proteger a los individuos de fuentes de interferencia arbitraria, han sido afectados por la globalización. El objetivo del presente trabajo es delinear los contornos de este desafío para proporcionar una evaluación preliminar de las posibilidades de construir un punto de vista republicano transnacional relevante y significativo.

El trabajo se organiza de la siguiente manera: en primer lugar, doy una idea general de la teoría política republicana y su concepción alternativa de libertad. Luego, considero dos importantes críticas liberales de la teoría política republicana. Después, examino alguno de los desafíos causados por la globalización que han resultado en la erosión de la autonomía del Estado. Finalmente, para ofrecer un análisis preliminar de las posibilidades de dar una respuesta republicana transnacional a las fuerzas de la globalización, analizo brevemente los recientes sucesos en la Unión Europea a partir de una perspectiva republicana. Por supuesto, los argumentos intentados en el presente trabajo no pretenden ser la palabra definitiva sobre estos asuntos. En lugar de ello, mis objetivos son más modestos; el fin principal es sólo argumentar que en vez de rechazar la preocupación tradicional del republicanismo por la soberanía del Estado para minimizar la dominación, deberíamos ampliarla y modificarla.

II. LIBERTAD REPUBLICANA COMO NO-DOMINACIÓN

Muchos lectores ya estarán familiarizados con la concepción republicana de libertad como “no-dominación”. Esta manera de pensar la libertad ha sido recientemente abordada por varios teóricos contemporáneos, destacándose en particular los trabajos de Philip Pettit² y Quentin Skinner³ entre los más notables. Ellos sostienen que para los escritores neo-romanistas como Maquiavelo y para los hombres del Commonwealth Británico del siglo XVIII, la libertad no se singulariza por la “no interferencia” bajo la forma de la li-

² Pettit, Philip, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997 y *A Theory of Freedom: from the Psychology of the Politics of Agency*, Cambridge, Polity Press, 2001.

³ Skinner, Quentin, *Liberty Before Liberalism*, Cambridge, Cambridge University, 1997, y “A Third Concept of Liberty”, *Proceedings of the British Academy*, vol. 117, 2002, pp. 237-68.

bertad negativa, ni puede estar equiparada al autodomínio que propone la libertad positiva. En cambio, para los republicanos, los individuos sólo son libres en tanto no padecen interferencia alguna, a menos que éstas surjan del propio arbitrio o voluntad personal. Para los republicanos, los individuos son libres en la medida que puedan definir las condiciones por las que ellos mismos cuentan como “hombres libres” y no como “hombres sometidos”; como (homo) *liber* antes bien que como *servus*.⁴ A diferencia de los enfoques liberales clásicos, la interferencia, o la ausencia de ella, no es la medida ajustada para reconocer la libertad. En cambio, se considera que los individuos gozan la libertad cuando ellos mismos evitan las interferencias que no siguen sus declarados intereses comunes.⁵ Para Pettit, la libertad republicana se define como la ausencia de control ajeno o enajenante de otras personas en tanto ello negativamente afecta la libertad de elección de cada individuo.⁶

Un aspecto atractivo del enfoque republicano es que identifica el poder arbitrario como la *Némesis* de la libertad. Como lo señala Pettit, para muchos escritores liberales, el hecho de que un individuo sea libre o no lo sea, reduce el dilema a la posibilidad de experimentar alguna interferencia real (o no).⁷ Así, en esta manera de pensar, cualquier interferencia real se ve como una restricción de la libertad. Sin embargo, en el modo de pensar republicano, dicha postura propone una manera empobrecida de ver la libertad, toda vez que, lo que realmente importa, no es si alguien es capaz de deshacerse de toda interferencia, de saber siquiera si ello es posible. Por el contrario, lo que realmente importa es saber si es posible deshacerse de arbitrarias e incontroladas interferencias porque precisamente son estas clases de interferencias las que nos afectan al carecer el poder de formación y límites sobre las mismas. Por lo tanto, lo distintivo de la libertad republicana revela que ciertas interferencias no son entendidas como un golpe a la libertad del individuo. Ello es así debido a que los individuos gozan de la capacidad de hacer y dirigir por sí mismos las interferencias. Esto es, no las enfrentan como algo que proviene de un control ajeno. A decir verdad, las asumen como agentes

⁴ Pettit, Philip, “The Determinacy of Republican Theory: A Reply to McMahon”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 34(3), 2006, p. 134.

⁵ En adelante, me referiré a esto simplemente como interés personal. Véase Pettit, Philip, *A Theory of Freedom: from the Psychology of the Politics of Agency*, Cambridge, Polity Press, 2001, p. 156.

⁶ Pettit, Philip, “Republican Freedom: Three Axioms, Four Theorems”, en Laborde, C. y Maynor, J. (eds.), *Republicanism and Political Theory*, Oxford, Blackwell, 2008, pp. 106-108.

⁷ Pettit, Philip, *A Political Philosophy in Public Life: Civic Republicanism in Zapatero's Spain*, Princeton, Princeton University Press, 2010, pp. 34 y 35.

capaces dotados de un poder real para ejercer un control democrático de las mismas.

Es importante destacar que esta conceptualización de la libertad abre la posibilidad de que la interferencia no arbitraria no sea restrictiva de la libertad. De acuerdo con esta visión, entonces, algunas interferencias que no son arbitrarias y que se imponen para reconocer los intereses de un individuo, en realidad, no afectan la libertad. La relación entre interferencia y dominación es clave para esta idea. Se piensa en interferencia cuando las actividades o elecciones de un individuo se encuentran sujetas a alguna forma de intervención intencional por parte de otro agente, mientras que hay dominación cuando las actividades o elecciones de un individuo se encuentran sujetas a una interferencia arbitraria por parte de otros individuos. Tomado de esta manera el dilema, se puede decir que un acto es arbitrario sólo cuando en lugar de sus intereses, el mismo es escogido por el placer de un individuo. De tal suerte, la interferencia es arbitraria siempre que no siga —tanto individual como colectivamente—, los intereses de la gente.⁸

Para combatir el poder arbitrario, los republicanos sostienen que debe haber una relación constitutiva entre la “no dominación” y la ciudadanía, con las instituciones, las leyes y los valores de un estado. Según lo recientemente expuesto por Lena Halldenus: “La libertad republicana tiene sentido sólo en un contexto institucional; depende de las instituciones”.⁹ De ahí se sigue, entonces, que los republicanos piensan en la libertad como una clase de condición reconocida por otros y que recibe apoyo institucional para proteger e inmunizar a los individuos de la interferencia arbitraria.¹⁰ En otras palabras, para proteger a los ciudadanos de la interferencia arbitraria.¹¹ El diseño institucional republicano, el Estado de derecho, y las virtudes políticas que lo sostienen, están encaminadas hacia una forma de libertad más robusta. Puesto de esta manera, en el sentido republicano, un individuo es libre sólo si otros reconocen que está disfrutando una clase de condición que de manera resiliente, le permite en tanto ciudadano estar protegido de cualquier interferencia que no siga sus intereses.¹²

⁸ Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, cit., pp. 52 y 53, y *A Theory of Freedom: From the Psychology of the Politics of Agency*, cit., pp. 154-156.

⁹ Halldenus, Lena, “Building Blocks of a Republican Cosmopolitanism: The Modality of Being Free”, *European Journal of Political Theory*, vol. 9(1), 2010, pp. 12 y 13.

¹⁰ Pettit, Philip, *A Theory of Freedom: from the Psychology of the Politics of Agency*, cit., p. 133; Honohan, L., *Civic Republicanism*, Londres, Routledge, 2002, p. 184.

¹¹ List, C., “Republican Freedom and the Rule of Law”, *Politics, Philosophy and Economics*, vol. 5(2), 2006, p. 218.

¹² Laborde, C. y Maynor, J. (eds.), *Republicanism and Political Theory*, cit., p. 9.

Las instituciones republicanas, guiadas por principios como el equilibrio de poderes más la dispersión de este en los niveles legislativo, administrativo y judicial, intentan minimizar la interferencia arbitraria por medio de la inclusión, la lucha democrática y el compromiso cívico activo.¹³ Es significativo resaltar en este punto, el importante rol que la democracia juega para la teoría política republicana. Desde una perspectiva republicana, para que puedan verse explicados y comprendidos por otros sujetos —y por el Estado—, las estructuras institucionales democráticas tienen que permitir a los individuos llevar sus respectivos intereses a foros políticos, y así, es necesario también minimizar las interferencias arbitrarias. Esto apunta a una clase de poder constitucional que, por medio de políticas públicas, utiliza las instituciones y las prácticas democráticas para que las mismas nunca sean vistas como ajenas a los muchos individuos y a los grupos que conforman la sociedad. Sin embargo, como ya se hizo notar anteriormente, hay una creciente conciencia entre los republicanos de que tal confianza en las instituciones entraña un gran desafío; toda vez que la globalización viene debilitando las mismas instituciones en las que están depositando su confianza para minimizar la dominación. El resultado es que estas instituciones tienen una capacidad disminuida para proteger a los individuos de los factores de dominación que provienen desde fuera del Estado-nación.

Como es lógico, el poder constitucional de la “no-dominación” se conecta con otra forma de poder que es más íntimo y personal asociado a las virtudes de reciprocidad y democracia. Este poder refuerza la condición igualitaria que tienen unos con otros los agentes y refuerza además, la idea de que no ser dominado por otros depende en parte de la manera en que nosotros tratamos de manera no dominante a los otros.¹⁴ Estos dos poderes interdependientes buscan estimular un esfuerzo común entre los individuos para, haciendo hincapié en medios formales e informales, minimizar la interferencia arbitraria. En cuanto tales, estos poderes cumplen un papel importante no sólo por la manera en que los individuos se relacionan con las instituciones gubernamentales de manera democrática, sino también, por la manera en que los individuos se relacionan entre sí dentro de la sociedad civil. Concentrándose en la inclusión y el diálogo, el resultado de estos dos poderes es que, para erradicar la dominación e igualar las relaciones de poder

¹³ Maynor, J., *Republicanism in the Modern World*, Cambridge, Polity Press, 2003 y “Modern Republican Democratic Contestation: A Model of Deliberative Democracy”, en Honohan, H y Jennings, J. (eds.), *Republicanism in Theory and Practice*, Londres, Routledge, 2006.

¹⁴ Para más información sobre esta forma de poder, véase “Fighting Back Against Domination: Unbounded Reciprocity and Republican Citizenship”, *Diacrítica*, diciembre de 2010.

entre individuos y grupos rivales en la sociedad, ambas se combinan en un nivel institucional y personal. Ciertamente hay importante incertidumbre tanto en relación con la viabilidad de estos dos poderes en las instituciones transnacionales como con respecto a saber si es posible discernir la existencia de una sociedad civil global. Deseo volver sobre este tema en la próxima sección. Antes de ello, empero, deseo referirme a algunos persistentes cuestionamientos provenientes de críticos liberales cuyo objetivo es poner en tela de juicio la singularidad del punto de vista republicano y/o desacreditar el valor de esta perspectiva en los debates contemporáneos.

III. EL DESAFÍO LIBERAL AL REPUBLICANISMO

Existen dos principales malestares en contra de la teoría política republicana. La primera, según la propone Christopher McMahon, sugiere que cualquier política que surja de un Estado caracterizado por la libertad republicana va estar siempre marcada por un cierto nivel de indeterminación.¹⁵ McMahon sostiene que puede volverse demasiado fácil para los Estados alcanzar la “no-dominación” tomando demasiadas opciones conflictivas en materia de política pública —de las cuales todas pueden llegar a ser “no dominantes” en tanto es el mismo estado quien tiene la prerrogativa de “declarar” (o no) esta o aquella política como “arbitraria”—.¹⁶ A caballo de esto, otra queja de McMahon es que siendo el Estado el árbitro para distinguir qué interferencia cuenta como dominación, puede haber niveles importantes de interferencia arbitraria *entre* los individuos, aunque la principal interferencia que no ha sido declarada arbitraria es la del Estado. Al final, al menos para McMahon, todo Estado republicano deberá “suplementar la libertad como no-dominación con otros valores sociales y políticos”.¹⁷

Sin embargo, lo que la crítica de McMahon no explica es que, al igual que otros enfoques como el liberalismo, no sería realista imaginar que un Estado republicano no va a tener que complementar la libertad como “no dominación” con otros valores sociales y políticos. De hecho, ha habido varios intentos para hacer justamente esto de parte de algunos autores que buscan conectar la libertad republicana como “no dominación” con el tipo de valores sociales y políticos que pueden encontrarse en la tradición repu-

¹⁵ McMahon, Christopher, “The Indeterminacy of Republican Policy”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 33(1), 2005.

¹⁶ *Ibidem*, p. 93.

¹⁷ *Ibidem*, p. 92.

blicana, tales como pueden ser instituciones republicanas debidamente diseñadas, ciertas virtudes cívicas, y una versión particular de ciudadanía.¹⁸ En respuesta a McMahon, Pettit, por su parte, ha expresado que en lo que se refiere a su formulación de la teoría republicana, es erróneo sostener que la clase de republicanismo que él defiende pueda ser un ideal normativo que contextualmente no estuviere anclado a los hechos (con los pies sobre la tierra). Según las palabras de Pettit, “los hechos, incluyendo los acontecimientos de la cultura y el contexto local, son los que determinan si una cierta acción cuenta como interferencia, y si de tal suerte, una específica acción de interferencia cuenta como arbitraria”.¹⁹ Además, en respuesta a la afirmación de McMahon, en cuanto que un Estado republicano podría imponer ciertas instancias de “dominación” entre ciudadanos, Pettit argumenta que la interferencia no es declarada por el Estado simplemente porque no es arbitraria. Por el contrario, es justamente que la misma sea declarada lo que hace que sea “no-arbitraria”.

Lo que Pettit sugiere, y lo que la crítica de McMahon enfatiza, es un debate acerca de si la libertad republicana como “no dominación” proporciona una concepción “moralizante” de la libertad. Pettit sostiene que la libertad republicana como no-dominación es no-evaluativa o normativa tal como la presenta McMahon, sino más bien, se trata de juicios en torno a si esta o aquella interferencia en particular es fáctica o si es arbitraria.²⁰ Mi propia posición sobre esto es que ciertamente hay aspectos de la libertad republicana como no-dominación que se incorporan al autodomínio y a las clases de virtudes y valores que dan apoyo a este ideal.²¹ Sin embargo, en sí mismo, no hay dentro del republicanismo una teoría integral del bien y en consecuencia, aquellas preguntas quedan sin respuestas para que los individuos que actúan buscando los propios intereses y objetivos que han elegido, puedan responderlas. Cécile Laborde ha expresado algo similar recientemente:

¹⁸ Véase una muestra de esta clase de esfuerzos en Richardson, Henry, *Democratic Autonomy: Public Reasoning About the Ends of Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2002; Maynor, *Republicanism in the Modern World*, cit.; Bonham, James, *Democracy Across Borders: From Dêmos to Dêmoi*, Cambridge MA, MIT Press, 2007; White, S. y Leighton, D., *Building a Citizen Society: The Emerging Politics of Republican Democracy*, Londres, Lawrence and Wishart, 2008 y Laborde, C., *Critical Republicanism*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

¹⁹ Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, cit., p. 57. Véase también Pettit, Philip, “The Determinacy of Republican Theory: A Reply to McMahon”, cit.

²⁰ Pettit, Philip, “The Determinacy of Republican Theory: A Reply to McMahon”, cit., pp. 278 y 279.

²¹ Maynor, J., “The Scope and Robustness of Modern Republicanism: a Reply to Langlois”, *Politics*, vol. 28(2), 2008.

La no-dominación (como la mayoría de las más plausibles concepciones de libertad) está inevitablemente moralizada: por definición, está conectada a intereses particulares comunes sobre los que tenemos razones para valorar. Mínimamente y sin controversias, la dominación transgrede nuestros intereses básicos al mantener control de nuestra “autonomía discursiva”, esto es, niega nuestra intencionalidad como seres humanos.²²

Otros que favorecen el enfoque republicano, como Henry Richardson²³ y James Bohman²⁴ sostienen que la dominación y la no-dominación son inevitablemente nociones normativas. Esto sucede porque la capacidad de dominar a otros, a menudo se traduce en un determinado concierto institucional; en el ejercicio de poderes legales los cuales permiten imponer obligaciones y deberes arbitrarios sobre los individuos. De tal suerte, un aspecto importante en entendimiento es que ciertos poderes normativos de ciudadanía son necesarios no sólo para minimizar cualquier interferencia arbitraria que pudieren experimentar los individuos, sino también, para dar forma democrática “al contenido de ciertas obligaciones particulares”.²⁵ Este punto se relaciona con algo expresado anteriormente respecto al poder recíproco de la no-dominación y a la presencia de ciertas virtudes y valores necesarios para acompañar y reforzar la libertad republicana.

Ahora deseo referirme al segundo desafío principal de la concepción republicana de la libertad. Este desafío proviene de teóricos como Matthew Kramer²⁶ e Ian Carter,²⁷ cuyas opiniones se expresan desde una perspectiva puramente negativa de la libertad. La crítica que proponen estos autores impugna el reclamo republicano en cuanto que una característica distintiva de la libertad republicana como no-dominación, precisamente, es que la misma se presenta como más receptiva a los reclamos que, en tanto potenciales interferencias, intuyen amenazas no actualizadas a la libertad. Los republicanos sostienen que además de una efectiva interferencia arbitraria, el disfrute de la libertad por parte de un individuo puede verse reducido por

²² Laborde, C., “Republicanism and Global Justice: A Sketch”, *European Journal of Political Theory*, vol. 9(1), 2010, p. 55.

²³ Richardson, Henry, *Democratic Autonomy: Public Reasoning About the Ends of Policy*, cit.

²⁴ Bonham, James, *Democracy Across Borders: From Dêmos to Dêmoi*, cit., y “Non-domination and Transnational Democracy”, en Laborde, C. y Maynor, J. (eds.), *Republicanism and Political Theory*, cit.

²⁵ Bonham, “Non-domination and Transnational Democracy”, cit., pp. 198 y 199.

²⁶ Kramer, Matthew, “Liberty and Domination”, en Laborde, C. y Maynor, J. (eds.), *Republicanism and Political Theory*, cit.

²⁷ Carter, Ian, “How are Power and Unfreedom Related?”, en Laborde, C. y Maynor, J. (eds.), *Republicanism and Political Theory*, cit.

simples amenazas; toda vez que los agentes dominados, a menudo, suelen también alterar sus conductas para repeler tales de interferencia.²⁸ Sin embargo, Kramer y Carter expresan que la teoría negativa pura de libertad es más comprensiva de lo que los republicanos están dispuestos a reconocer; razón por la cual, la misma es capaz de contener la dominación, la dependencia como cualquier interferencia que afecte la libertad.

En tanto ambos enfoques entienden que la disposición o la capacidad de intervención guardan para el agente el mismo efecto en cuanto la reducción de la libertad, pareciera que existe alguna importante redundancia. La diferencia, al menos para los teóricos de la libertad negativa, surgiría en el intento de determinar la probabilidad concreta de que la interferencia amenazada realmente llegue a manifestarse. De modo que la libertad de un agente está negativa y proporcionalmente afectada sólo en tanto y en cuanto la misma esté ostensiblemente sometida al poder. Sin embargo, es aquí donde se bifurcan los dos enfoques. Para los republicanos, la simple condición de ser esclavo, el hecho de depender de la voluntad de otro es lo que hace que los sujetos nunca puedan ser considerados libres. “Para los republicanos, no es la probabilidad, sino la mera posibilidad en el ejercicio del poder lo que cuenta para la libertad”.²⁹ Hay numerosos ejemplos de esta clase de amenaza a la libertad —la esposa de un marido de humor cambiante; el empleado cuyo empleo no depende de la calidad de su trabajo, sino de su capacidad de congraciarse con su jefe; o la persona mayor que se ve amenazada por una banda rebelde de jóvenes en su barrio—.³⁰ Todo esto, así como la metáfora del amo y el esclavo expresada anteriormente, apunta a una relación de poder desequilibrada y desigual; una relación donde un agente es capaz de ejercer poder sobre otro sin tener en cuenta si ocurre o no alguna interferencia real y efectiva. La distinción entre la libertad como “no dominación” y la libertad como “no interferencia” se vuelve clara cuando consideramos la diferencia entre saber que el otro no va a interferir con uno de manera arbitraria y saber que el otro puede tener la opción de interferir en contra de uno de manera arbitraria (aun cuando elija no hacerlo).³¹ Un individuo que sabe que otro tiene la opción de interferir de manera arbitraria en su contra (aun cuando tales actos puedan ser improbables), no deja de estar en una posición subordinada. Sabrá que tiene una

²⁸ Laborde, C. y Maynor, J. (eds.), *Republicanism and Political Theory*, cit., p. 6.

²⁹ *Ibidem*, p. 7.

³⁰ Pettit, Philip, *A Political Philosophy in Public Life: Civic Republicanism in Zapatero's Spain*, cit., p. 33.

³¹ Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, cit., p. 88.

porción desigual de poder con respecto a su dominador, el que retiene para sí la opción de interferir en su contra de manera arbitraria.

Por ejemplo, imaginemos un individuo que entiende su libertad como no-interferencia y es un ciudadano de un Estado no democrático que está regido por un déspota benévolo. Este gobernante se ha encargado de que las interferencias como leyes e impuestos fueran mínimas y que los ciudadanos estuvieran bien cuidados y disfrutaran de la mayor libertad posible. Como están dadas las cosas, a primera vista, no es un mal trato. Sin embargo, sin ningún recurso para ejercer ninguna clase de poder político, este buen trato parece depender de los caprichos del gobernante mientras que los ciudadanos necesitan congraciarse con el déspota para poder continuar así disfrutando de la llamada libertad. Sin mecanismos constitucionales o institucionales para controlar al gobernante o para ejercer poder por sí mismos, los ciudadanos están en una relación desequilibrada y desigual de poder que no pueden contrarrestar. Aun cuando en el presente no experimenten ninguna interferencia real, están dominados y sujetos a un control ajeno. De tal suerte, esta libertad como no interferencia es real, pero no es algo que los individuos realmente controlen o algo en lo que ellos puedan confiar. Puede estar hoy aquí, pero puede desaparecer mañana y esto es algo que no puede ser controlado, precisamente porque están en una relación desigual de poder con el gobernante.

Más allá de los dos desafíos particulares sobre si la concepción republicana de la libertad tiene éxito o no, es evidente la tensión entre los defensores y los detractores del republicanismo. Sin embargo, no es el tema principal de este trabajo dirimir esa disputa. De cualquier manera, esa disputa no es posible resolverla. En mi opinión, la libertad tiene muchas facetas y puede ser correctamente considerada multidimensional de acuerdo con esta o a aquella teoría o enfoque que ilumina este o aquel aspecto de esta. Es más, aun cuando es razonable argumentar que el republicanismo no es reducible a una forma de liberalismo, es también el caso advertir que existe alguna superposición importante entre los dos puntos de vista.³² Entonces, si bien los dos pueden no ser amigos, ciertamente no son enemigos acérrimos.³³ Quizá la relación se caracteriza mejor como una relación de *frenemies* —riva-les amigables—. Ahora quiero volver al punto central de mi argumento;

³² Laborde, C. y Maynor, J. (eds.), *Republicanism and Political Theory*, cit., pp. 1 y 2.

³³ Para más información sobre este punto, véase Kymlicka, W., “Liberal Egalitarianism and Civic Republicanism: Friends or Enemies?”, en Allen, A. y Regan, M. (eds.), *Debating Democracy’s Discontent*, Oxford, Oxford University Press, 1998 y Maynor, *Republicanism in the Modern World*, cit., cap. 3.

es decir, sobre si el republicanismo puede enfrentar las nuevas realidades de la política en la era de la globalización.

IV. ¿REPUBLICANISMO TRANSNACIONAL?

Como apunté anteriormente, hay creciente consenso entre muchos autores sobre que los Estados ya no pueden proteger a sus ciudadanos de los efectos externos de ciertas decisiones o acciones tomadas por otros actores o sobre “la cadena causal de procesos de decisión que se originan más allá de las fronteras nacionales”.³⁴ El resultado es que las fuerzas de la globalización han socavado la capacidad del estado-nación para diseñar e implementar una amplia gama de políticas públicas debido a la naturaleza interconectada e interdependiente de los mercados globales.³⁵ Como resultado, sigue el razonamiento, los Estados han perdido una parte importante de su autonomía a medida que sus fronteras se han vuelto más y más porosas. José Luis Martí lo expresa más sombríamente cuando habla de gobiernos que han extraviado la capacidad de tomar sus propias decisiones, lo que tiene como resultado una pérdida de una parte importante —si no toda— de su soberanía.³⁶ El resultado es que los individuos están más y más expuestos a formas de interferencia (e instancias potenciales de dominación) que surgen de fuentes cercanas y lejanas, aunque ya no tienen capacidad de resistencia. La consecuencia es que el debilitamiento del Estado-nación ha dejado a los individuos en desventaja con respecto al dominio y control de sus vidas y de la libertad que disfrutaban, o que desearían disfrutar.

Laborde presenta el problema como uno que enfrenta “nuevas y complejas formas de poder arbitrario y sin control que operan a través de las fronteras nacionales” por medio de agentes y agencias distantes, generalmente anónimos, que actúan en contra de individuos vulnerables que carecen de capacidad para poder contrarrestar esta clase de interferencia arbitraria. Es más, “en vez de presentar relaciones de cooperación e interdependencia, las cuales implicarían reciprocidad y beneficios mutuos, el actual orden internacional está marcado por la sesgada dominación y dependencia en gran parte obligada”. Lo que nos queda es una imagen de individuos aparentemente sin poder que están sujetos a instancias reales y

³⁴ Habermas, Jürgen, “Toward a Cosmopolitan Europe”, *Journal of Democracy*, vol. 14(4), 2003, pp. 89 y 90.

³⁵ *Ibidem*, p. 90.

³⁶ Martí, J. L., “A Global Republic to Prevent Global Domination”, *Diacrítica*, diciembre de 2010, p. 37.

sostenidas de interferencia arbitraria sin ningún medio para poder contrarrestar estas fuerzas de manera efectiva.³⁷ Estos individuos viven a merced de otros —otros individuos que según su voluntad y con impunidad, no persiguen sus propios intereses— todo lo cual ocurre sin que ningún medio efectivo pueda servir para luchar y para recuperar la libertad. A lo que esto apunta es a un déficit de legitimación en ciertos procesos de toma de decisiones en instancias donde los individuos están expuestos a ciertas acciones o decisiones sobre las cuales los mismos no tienen la capacidad de influir a través de las redes de participación democrática existentes. Como resulta evidente, estos déficits configuran un problema serio para la libertad de los individuos toda vez que, como ya lo he señalado, estas interferencias son arbitrarias por naturaleza y, por ello, son indicativas una situación de dominación y dependencia.

Si es inevitable que los individuos van a verse expuestos a la clase de interferencia descrita anteriormente, lo que debemos considerar luego, es qué puede hacerse, si es que algo puede hacerse, para no sólo dotar a los individuos con poderes para enfrentar la interferencia, sino también para otorgarles idóneas y eficientes instituciones democráticas para poder canalizar tal poder. En respuesta a este sombrío panorama, algunos propugnan un abordaje cosmopolita. Desnudando su esencia, los cosmopolitas entienden que, desprendidos de nuestra común humanidad, los individuos somos parte de una compartida comunidad global y que todos debemos tener los mismos derechos y obligaciones por igual. Como lo señalan Brock y Brighouse,³⁸ el cosmopolitanismo implica una tesis sobre la identidad —verse uno mismo como “ciudadano del mundo”— e implica una tesis sobre la responsabilidad —estando lejos o cerca, reconocer ciertas obligaciones universales que todos por igual nos debemos—. Se deduce, entonces, que para que estos derechos y obligaciones puedan realizarse de manera efectiva, es necesaria alguna suerte de estructura institucional política que pueda contener esta clase de orientación global con algún grado de soberanía sobre las naciones-Estados tradicionales.³⁹ Esto por supuesto no significa que los cosmopolitas necesariamente avalarían la creación de alguna suerte de temible gobierno mundial, ese en que quienes siguen debate de radio en los Estados Unidos tanto desconfían, sino más bien, importaría la creación

³⁷ Laborde, C., “Republicanism and Global Justice: A Sketch”, *cit.*, p. 50; véase también Forst, R., “Towards a Critical Theory of Transnational Justice”, *Metaphilosophy*, vol. 32(1-2), 2011, pp. 160-79.

³⁸ Brock, G. y Brighouse, H., *The Political Philosophy of Cosmopolitanism*, Cambridge University Press, 2005, pp. 2 y 3.

³⁹ Halldenuis, Lena, “Building Blocks of a Republican Cosmopolitanism...”, *cit.*, p. 23.

de una suerte de entidad transnacional sobre la que estos derechos y obligaciones serían investidos.

Recientemente, se ha apuntado a la Unión Europea como ejemplo de cómo las instituciones transnacionales han llegado a ser una realidad. Es más, parece haber una creciente cantidad de autores que señalan que los valores y las tecnologías republicanos pueden utilizarse a nivel de la UE, especialmente para solucionar algunos de los desafíos democráticos y estructurales que hoy se enfrentan.⁴⁰ La idea es que estas clases de instituciones y valores puedan separarse de las experiencias del Estado-nación y que podrían llevarse a cabo en un contexto cosmopolita más amplio, asentándose dentro de las estructuras y procesos constitucionales de la UE.⁴¹ Aunque difieren en los niveles de intensidad y en las perspectivas, estos movimientos tienen dos similitudes generales. En primer lugar, tienen una visión favorable de algunos de los componentes estructurales del pensamiento republicano tradicional, tales como las Constituciones mixtas, la división de poderes a través de varias instituciones gubernamentales, el aporte popular a través de la representación y sobre la necesidad de vibrantes estructuras deliberativas; además del Estado de derecho y de ciertos elementos contramayoritarios como pueden ser los organismos de revisión constitucional. Lavdas y Chryssochoou lo explican de esta manera:

⁴⁰ Para una amplia muestra de enfoques eurorepublicanos, véase Bellamy, R., “The ‘Right to Have Rights’: Citizenship Practice and the Political Constitution of the EU”, en Bellamy, R. y Warleigh, A. (eds.), *Citizenship and Governance in the European Union*, Londres, Continuum, 2001 y *Political Constitutionalism: A Republican Defense of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; Friese, H. y Wagner, P., “Survey Article: The Nascent Political Philosophy of the European Polity”, *The Journal of Political Philosophy*, vol. 10(3), 2002; Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, Polity, 1996 y Habermas, Jürgen, “Toward a Cosmopolitan Europe”, *cit.*; Lavdas, K. A. y Chryssochoou, D. N., “Public Spheres in the European Polity”, en Honohan, H y Jennings, J. (eds.), *Republicanism in Theory and Practice*, *cit.*; Miller, D., “Republicanism, National Identity, and Europe”, en Laborde, C. y Maynor, J. (eds.), *Republicanism and Political Theory*, *cit.*; Maynor, J., “Constitutional Patriotism or Neo-republican Citizenship: A Way Forward for the EU?”, en Mouritsen, P. y Jørgensen, K. E., *Constituting Communities: Political Solutions to Cultural Difference*, Palgrave Macmillan, 2008, y Bickerton, C., “Europe’s Neo-Madisonians: Rethinking the Legitimacy of Limited Power in a Multi-level Polity”, *Political Studies*, vol. 59, 2011.

⁴¹ Algunos pueden cuestionar legítimamente si es correcto pensar que el republicanismo y el cosmopolitanismo son compatibles. Dejaré de lado esta cuestión a los fines de este trabajo. Para una muestra de escritos sobre este tema, véase Bonham, James, “Republican Cosmopolitanism”, *cit.*, Halldenuis, Lena, “Building Blocks of a Republican Cosmopolitanism: The Modality of Being Free”, *cit.*

Una “constitución equilibrada” se refleja en el derecho exclusivo de la Comisión de iniciar legislación y su interacción con la sociedad civil; los derechos de co-decisión del Parlamento Europeo (PE) al promover resultados más deliberativos; el activismo político de ECJ al interpretar el derecho de la UE; y la relación entre el mandato democrático indirecto del concejo de Ministros y el hecho de que la constitución política de Europa se basa en un tratado internacional.⁴²

De esta forma, la idea es que, dentro de la UE, las estructuras de la organización política-estatal de la misma tendrían el potencial para lograr un equilibrio institucional correcto a punto de evitar el incremento de la dominación y la tiranía, y a la vez, para promover también un *demos* que contenga una gama vibrante de foros deliberativos al interior de la sociedad civil.⁴³

La segunda similitud entre los teóricos euro-republicanos es que todos ellos, en mayor o menor grado, parecen avalar un modelo “neo-madisoniano” de republicanismo donde una forma republicana de gobierno se cumpliría mejor por medio de una comunidad política diversa y grande cuya organización y estructura política-(supra)estatal es la UE. En contra de una escuela republicana rival que sostiene que las políticas republicanas se llevan a cabo mejor en Estados pequeños, la idea es que el tamaño y la diversidad de la UE son favorables para el desarrollo de una política republicana. Esta controversia se basa en una lectura del republicanismo que argumenta que utilizando juiciosamente ciertos ideales e instituciones republicanas como los que se mencionan anteriormente, las estructuras político-estatales grandes compuestas por unidades más pequeñas con autogobierno pueden desarrollar mejor políticas generales que sirven al bien común. Miller lo resume así: “...la comunidad política debe ser grande, debe estar dividida en muchas subunidades (ciudades, provincias o estados), debe basarse en el equilibrio de poderes para crear estabilidad y proteger la libertad, y la norma popular debe estar mediada por las instituciones representativas”.⁴⁴

Hay, sin embargo, una advertencia importante contra el establecimiento y el mantenimiento de repúblicas a gran escala. Me refiero a la amenaza que las facciones traen consigo. Visto de esta manera, las facciones son aquellos “clivages” políticos que dan lugar a lealtades que pueden desplazar la lealtad debida a la comunidad política en general. Un elemento esencial

⁴² Lavdas, K.A. y Chrysoschoou, D. N., “Public Spheres in the European Polity”, *cit.*, p. 159.

⁴³ Craig, P., “Democracy and Rule-Making within the EU: An Empirical and Normative Assessment”, *European Law Journal*, vol. 3, 1997, p. 114.

⁴⁴ Miller, D., “Republicanism, National Identity, and Europe”, *cit.*, p. 136.

para que las repúblicas a gran escala puedan sobrevivir, tiene que ver con que una comunidad política robusta y vibrante debe ser capaz de mantener la lealtad de la gente evitando que los grupos más pequeños y organizados verticalmente no se quiebren en facciones que promueven sus propios intereses por encima del bien común.⁴⁵

Haciendo confluír ambos puntos, parece haber dos requisitos para que la política republicana obtenga estos objetivos. El primero es alguna forma de Constitución política que exhiba ciertas instituciones republicanas correctamente diseñadas para alcanzar cierta dispersión en el poder y con ello evitar la dominación en las estructuras de gobierno. El segundo es la necesidad de una clase particular de comunidad política, una que sea lo suficientemente íntima y atenta para resistir la amenaza de las facciones. Si podemos sobreponernos a este segundo problema, y por supuesto, esto es un gran “sí”, entonces, puede ser factible que al menos desde una perspectiva institucional, las tecnologías republicanas pueden ser útiles para contrarrestar la interferencia que puede surgir desde afuera de los confines estrechos del Estado-nación. Parte de este desafío, empero, indica que cumplir con estas posibilidades está supeditado a la capacidad que la UE tenga en poder elaborar prácticas e instituciones democráticas robustas.

Y en ello reside el problema central de tratar de elaborar cualquier clase de república transnacional. Hasta ahora, al menos, no está claro que por el momento la UE haya podido lograrlo. Como señalan Follesdal y Hix, hay por lo menos cinco argumentos acerca del déficit democrático de la UE.⁴⁶ El primero es la idea de que la integración europea ha dado como resultado un aumento del poder ejecutivo y con ello una disminución del poder de los parlamentos de los Estados parte. Esto sucede porque la toma de decisiones a nivel de la UE está dominada por actores ejecutivos cuya responsabilidad escapa al alcance de los parlamentos nacionales. El segundo reclamo es que, aun cuando el poder del Parlamento Europeo ha aumentado a lo largo del tiempo, el mismo aún sigue sin poder competir con el poder del Consejo Europeo, el ejecutivo no-electivo de la UE. En relación con esto, el tercer reclamo señala que, aunque hay un Parlamento Europeo, la verdad es que no hay elecciones a nivel de Europa. En cambio, estas elecciones se formalizan a través de las estructuras nacionales de los Estados miembros y, con ello, a menudo las mismas reflejan las agendas particulares de sus partidos

⁴⁵ Maynor, *Republicanism in the Modern World*, cit., cap. 5.

⁴⁶ Follesdal, A. y Hix, S., “Why There is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Forst, R. (2001), «Towards a Critical Theory of Transnational Justice»”, *Metaphilosophy*, vol. 32(1-2), 2006.

políticos domésticos. Se sigue que, luego, el cuarto punto, cuál es la percepción ya sea real o imaginaria, de que la UE está demasiado distante de los votantes. Muchos creen que las políticas de la UE son elaboradas por alejadas euro-elites que sólo atienden su propia agenda. Si este fuera el caso, los republicanos seguramente identificarían esta situación como una fuente o clase de dominación que merece ser aborrecida. Finalmente, el peso colectivo del déficit democrático provoca un “cambio de política” que lleva a la UE a adoptar medidas que no son apoyadas por la mayoría de los ciudadanos en muchos de los Estados miembros. En otras palabras, hay una real desconexión entre los intereses de los ciudadanos europeos y las políticas que nacen al interior de las instituciones de la UE.

Chris Bickerton ha expuesto recientemente que el giro neo-madisoniano en la fase normativa de la UE ignora realidades y limitaciones que provienen de esta clase de “enfoque de gobierno mixto”.⁴⁷ La acusación de Bickerton es que la clase de gobierno mixto que Madison favorecía, conceptualmente estaba intentando llevar a cabo una tarea fundamentalmente diferente a aquellas formas multinivel y de estructuras superpuestas que se encuentran hoy dentro de la Unión Europea (UE). En la política contemporánea, los gobiernos mixtos necesitan ser legitimados a través de alguna clase de función representativa que enfatice la unidad a través del “acuerdo normativo entre varios partidos” y no a través de órdenes autoritativas.⁴⁸ Así, los actores involucrados en hacer política en la UE necesitan utilizar los elementos del gobierno mixto neomadisoniano no cuanto fines en sí mismos, sino más bien, como medios para hacer y modificar políticas. El problema, al menos para Bickerton, es que los neomadisonianos dentro de la UE han bregado por un sistema de equilibrio, controles y separación de poderes, aunque al hacerlo, han atinado a separar soberanía de legitimidad. El resultado, entonces, es que existe una sub-politización dentro de la UE a partir de la cual las legislaturas nacionales, el Parlamento y las otras instituciones de la UE, compiten por obtener legitimidad popular.⁴⁹ De tal suerte, las instituciones y las políticas de la UE carecen del crucial vínculo positivo con los sujetos políticos colectivos. Lo que se necesita, explica Bickerton, es un foco renovado en la construcción de un “demos” europeo capaz de reconciliar democracia con “gobernanza” pan-europea.

Lo que estos problemas resaltan es que hay preguntas reales sobre si pueden desarrollarse instituciones transnacionales concretas e importantes

⁴⁷ Bickerton, C., “Europe’s Neo-Madisonians...”, *cit.*, p. 668.

⁴⁸ Bellamy, 2003, p. 184.

⁴⁹ Bickerton, C., “Europe’s Neo-Madisonians...”, *cit.*, pp. 669 y 670.

para minimizar la interferencia arbitraria que experimentan los individuos. De hecho, existe un planteamiento de que estas clases de esfuerzos bien pueden incrementar los niveles de dominación.⁵⁰ En lo que se refiere a la UE, según lo señala Miller, su funcionamiento es bastante opaco, incluso para quienes están políticamente mejor informados.⁵¹ El hecho de que la UE sea un sistema político altamente complejo, con múltiples agencias cuyas competencias se superponen, parece determinar que la clase de Constitución mixta que les place a los republicanos, trae aparejada consigo el peligro cierto de que estas agencias terminen siendo excesivamente complejas e incomprensibles para los ciudadanos comunes. El resultado es la desconexión entre las instituciones con poder y los individuos que se encuentran del otro lado de este. Lo cierto es que hay un serio riesgo de que la UE o cualquier otra estructura estatal transnacional de gobierno pueda terminar indiferente a la “dominación” y, por el contrario, aumentándola. En otras palabras, en vez de disminuir la cantidad de interferencia arbitraria que los individuos experimentan, es bien posible que las instituciones transnacionales se conviertan en una fuente importante de dominación.

En consecuencia ¿qué nos queda? Si las instituciones transnacionales no pueden proporcionar la clase de estructura y organización constitucional de gobierno que se necesita para minimizar la dominación y la interferencia arbitraria, parecería que el republicanismo no puede enfrentar los desafíos que le presenta la globalización. Pero esta es una conclusión demasiado rápida. No tiene en cuenta el hecho de que, a pesar de estar quizá disminuido, el Estado-nación no es políticamente tan irrelevante ni tan carente de poder como algunos sostienen. En efecto, parece haber otra manera de mirar esos desafíos, lo que implica movilizarse para crear y desarrollar importantes instituciones políticas transnacionales que contengan suficientes elementos democráticos. Ello implica de paso trabajar para asegurar que las instituciones e ideales políticos republicanos puedan permanecer dentro de los Estados-nación; toda vez que —según lo afirma Kymlicka—, por el momento el “único foro en el cual hay una genuina democracia sigue estando dentro de las fronteras nacionales”.⁵² De manera que, como es lógico, las instituciones e ideales políticos de un Estado-nación deben reflejar las prioridades republicanas. Debe hacerlo como primera línea de defensa en contra de la

⁵⁰ Maynor, J., “Constitutional Patriotism or Neo-republican Citizenship: A Way Forward for the EU?”, en Mouristen, P. y Jørgensen, K. E., *Constituting Communities: Political Solutions to Cultural Difference*, Palgrave, Macmillan, 2008.

⁵¹ Miller, D., “Republicanism, National Identity, and Europe”, *cit.*

⁵² Kymlicka, W., “Citizenship in an Era of Globalization: Commentary on Held”, en Kymlicka, W., *Politics in the Vernacular*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

dominación. Esto nunca quiere decir que, en aras de minimizar la dominación, significativas instituciones políticas transnacionales reales puedan cobrar desarrollo, sino más bien que, para que la ciudadanía pueda tener instituciones e ideales democráticos capaces de controlar el poder arbitrario, una clave de este desarrollo se encuentra firme en los esfuerzos domésticos al interior de los Estados-nación.

V. CONCLUSIÓN

Comencé este trabajo sugiriendo que una de las cuestiones centrales que deben verse analizadas es si los republicanos pueden o no enfrentar los desafíos causados por la globalización. Al referirme a esa cuestión, he argumentado que es factible pensar que el republicanismo está en condiciones de hacerse cargo de esto. Sin embargo, he señalado también que aun cuando pudiere ser realista pensar que el desarrollo de ciertas instituciones transnacionales —tales como las que se encuentran dentro de la UE— pudieren incorporar un carácter republicano, lo cierto es que para que las mismas no se conviertan en una nueva fuente de dominación, es necesario que en su interior haya elementos democráticos adecuados. Para contrarrestar esta amenaza, expuse que la libertad republicana como no-dominación debe estar ineludiblemente presente dentro de las estructuras domésticas del Estado-nación y luego, incidentalmente, siempre que sean por naturaleza democrática, en toda clase de estructura supraestatal o institución transnacional a las que pudieren adherir. A pesar de que estas ideas no han sido plenamente elaboradas ni explicadas en este texto, de todos modos, espero haber podido señalar un camino de exploración para que los republicanos puedan enfrentar los severos desafíos que las fuerzas de la globalización traen consigo.

LA POSIBILIDAD DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL. UN ENFOQUE PLURALISTA HACIA EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA COMPARACIÓN CONSTITUCIONAL

Konrad LACHMAYER*

SUMARIO: I. *Una perspectiva pluralista.* II. *De la pluralidad de las Constituciones al pluralismo constitucional.* III. *El pluralismo como base de la teoría constitucional.* IV. *La legitimidad de la comparación constitucional a través del pluralismo.* V. *Comparación constitucional pluralista.*

I. UNA PERSPECTIVA PLURALISTA

El presente artículo aboga por un repensar del concepto de teoría constitucional. Si entendemos el concepto de Constitución desde una perspectiva pluralista, la Constitución se abrirá de una perspectiva interna a una externa. Las Constituciones pluralistas no unen más o mejor, sino que permiten la diversidad.¹ La pluralidad de las Constituciones no se concentra en las Constituciones de los Estados sino que se abre a la idea de Constituciones en la esfera transnacional.² El pluralismo constitucional se concentra en la interacción e interdependencia entre estas formas de Constitución.

Una Constitución no es sólo unidad, sino que las Constituciones se refieren al pluralismo de las sociedades. Desde la perspectiva de un constitucionalismo societario,³ las Constituciones de organizaciones privadas, de sociedades transnacionales y de organizaciones no gubernamentales también

* Director del Centro Internacional Constitutional Law (ICL), Facultad de Derecho de la Universidad de Viena, Austria.

¹ Véase Rosenfeld, Michel, *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, 2010, p. 21.

² Véase Walker, Neil, "The Idea of Constitutional Pluralism", *Modern Law Review*, vol. 65, 2002, p. 317.

³ Teubner, Gunther, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, p. 74, 2012.

se incluyen en el fragmentado escenario de las Constituciones en un mundo globalizado. Pensar en plural significa conceptualizar un Estado como sociedades, culturas, pueblos y no como una sociedad, una cultura y un pueblo. Las Constituciones ya no unifican al pueblo dentro de una identidad constitucional única, sino que dan a los individuos la posibilidad de participar en diferentes redes (régimenes) constitucionales.

Esta comprensión pluralista del concepto político del derecho constitucional permite una nueva legitimidad para la comparación constitucional. Las Constituciones ya no deben ser entendidas como unidades separadas sino como partes (nudos) de una red de Constituciones que interconecta seres humanos, leyes, culturas y sociedades más allá de los límites (legales, territoriales, culturales y políticos). Desde esta perspectiva, el intercambio de ideas constitucionales y el conocimiento constitucional es legítimo y necesario para participar de las diferentes redes constitucionales.

Además de la redacción de Constituciones, las redes judiciales son pioneras del razonamiento judicial en el pluralismo constitucional. Sin embargo, el pluralismo no significa armonización o asimilación (cultural). Por el contrario, el pluralismo implica “compromiso enérgico con la diversidad”, “encuentro de compromisos”, “diálogo” y “búsqueda activa de la comprensión a través de la líneas de la diferencia”.⁴ El rol del juez no es sólo concentrarse en la interpretación de la Constitución sino también involucrarse en la red transnacional de Constituciones.⁵ El razonamiento constitucional no sólo contribuye al diálogo nacional entre los tribunales constitucionales o las supremas cortes y el legislador⁶ sino que actúa también como comunicación constitucional internacional sobre ideas constitucionales en una red global de conocimiento constitucional.

El siguiente artículo enfoca estas cuestiones de teoría constitucional y comparativa. La reconceptualización del derecho constitucional a partir de una perspectiva pluralista es el tema central de la parte B. La parte C se concentra en el pluralismo societario como precondition para una nueva comprensión de la teoría constitucional. Además, muestra cómo los conceptos constitucionales ya están cambiando como consecuencia de un pensamiento constitucional globalizante. Estas consideraciones (partes B + C) llevan a una legitimidad pluralista de la comparación constitucional como

⁴ Véase el concepto de pluralismo basado en la religión de Diana Eck: http://pluralism.org/pages/pluralism/what_is_pluralism. Véase también desde una perspectiva de teoría política Connolly, William E., *Pluralism*, 2005.

⁵ Jackson, Vicki, *Constitutional Engagement in the Transnational Era*, 2010, pp. 71, 103.

⁶ Cohn, Margit, “Domestic Sovereignty: Hierarchies, Dialogues and Networks”, en *Sovereignty in Question*, Rawlings, Richard; Leyland, Peter & Young, Alison, de próxima edición.

comunicación constitucional en una red constitucional internacional. Es entonces posible enfrentar nuevos desafíos globales para las Constituciones y es posible desarrollar estrategias que traten estos desafíos (parte D). Finalmente, se presentará la comparación pluralista como método de la comparación constitucional, lo cual supera los códigos binarios de comparación (identidad/diferencia) y permite en cambio una nueva autocomprensión del razonamiento constitucional a través de los tribunales constitucionales en la comparación constitucional por medio de la participación en el diálogo global sobre el conocimiento constitucional. Este enfoque tiene como resultado la visión de que el razonamiento constitucional considerado da la legitimidad relevante a la comparación constitucional (parte E).

II. DE LA PLURALIDAD DE LAS CONSTITUCIONES AL PLURALISMO CONSTITUCIONAL

1. *Introducción*

La teoría constitucional tradicional relaciona el concepto de derecho constitucional con los Estados naciones. Los enfoques constitucionales posmodernos abren el concepto de Constituciones a la esfera transnacional, internacional y aun privada. Esta parte defiende la idea de una comprensión más amplia del derecho constitucional, más allá del Estado nación. La pluralidad de Constituciones, que pueden ser identificadas de esta manera, no aísla a las distintas Constituciones unas de otras, sino que muestra que estas Constituciones están interconectadas. Estas conexiones llevan a las redes constitucionales, las colisiones entre regímenes y al pluralismo constitucional.

2. *La pluralidad de Constituciones*

La teoría constitucional está profundamente arraigada en el concepto poswestphaliano del Estado nación.⁷ Si bien los conceptos teóricos de los Estados y las Constituciones difieren significativamente en distintos países, el derecho constitucional se entiende como el tratado básico de una sociedad, la cual se constituye como Estado. En muchos casos, el derecho constitucional se refiere a un elemento jerárquico (ley suprema) y a ciertos valores sustanciales, como la democracia, el Estado de derecho y las libertades ci-

⁷ Véase Loughlin, Martin, *Foundations of Public Law*, 2010, p. 209.

viles. Desde esta perspectiva, la pluralidad de Constituciones sólo existe en la variante de las Constituciones nacionales, las que se distinguen entre sí desde una perspectiva territorial. El Estado entendido como territorio definido, lo cual constituye el poder estatal para un pueblo, establece una Constitución como fundamento de legalidad y como poder estatal que limita las competencias en sanción de leyes.⁸ Una pluralidad de Constituciones en el mismo territorio sería un desafío para la legitimidad de la Constitución del Estado y también a la posibilidad de restringir el poder del gobierno.

La pluralidad de Constituciones, sin embargo, ya existía en los Estados federales como Constituciones federales y estatales. En varios conceptos de teoría constitucional, el federalismo se reconciliaba con la singularidad de la Constitución del Estado-nación. Las Constituciones subnacionales entendidas como parte del concepto constitucional general de Estado-nación. Si no hay posibilidad de juntar a todas las Constituciones subnacionales a nivel de la Constitución federal, no existiría una Constitución federal sino sólo un tratado confederal entre distintos Estados.

La pluralidad de Constituciones, que es el punto de partida de este trabajo, abre las puertas a la comprensión del derecho constitucional más allá del Estado-nación. La organización y entidades internacionales también cumplen los criterios formales y sustantivos del derecho constitucional.⁹

El debate sobre el derecho constitucional posnacional tuvo su debate más intenso en relación con la Unión Europea.¹⁰ El enfoque de la Unión Europea (UE) hacia un tratado constitucional era cercano a patrones nacionales de un concepto constitucional federalista. Sin embargo, la UE no cumple con el último paso de un Estado federal completamente desarrollado, que es la soberanía democrática. La Constitución de la UE se queda en un concepto de federalismo cooperativo.¹¹ Sin embargo, el concepto del Estado nación de una comprensión constitucional fue superado. Aunque el tratado constitucional no se realizó, el mismo Tratado de Lisboa de la UE puede entenderse como derecho constitucional. Los tratados de la UE se conceptualizan como ley suprema dentro de la jerarquía jurídica de los actos jurídicos en la UE. La particular manera de enmendar los tratados promueve una comprensión constitucional formal de los tratados de la UE.

⁸ Sajó, Andras, *Limiting Government. An Introduction to Constitutionalism*, 1999, p. 7.

⁹ La cuestión de la legitimidad de tales entidades en una comprensión política más allá del estado se tratará más adelante (véase C.III).

¹⁰ Schütze, Robert, *European Constitutional Law*, 2012, p. 37.

¹¹ Schütze, Robert, *From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law*, 2009, p. 241.

Desde una perspectiva sustancial, los tratados de la UE tratan con los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia. Aunque la implementación del derecho de la UE todavía depende —en gran medida— de los Estados miembros y la manera en que la democracia es conceptualizada no adopta precisamente el camino nacional de soberanía parlamentaria, la UE trata estas cuestiones desde una perspectiva conceptual y jurídica.¹² Entonces, los tratados de la UE cumplen con los criterios del derecho constitucional desde una perspectiva jurídica.

El debate sobre el derecho constitucional más allá del Estado no encontró su término, sino que comenzó con la UE. La constitucionalización del derecho internacional¹³ abre aún más la comprensión del derecho constitucional y disuelve la conexión directa entre el derecho constitucional y el Estado nación. Las organizaciones internacionales y los regímenes de tratados internacionales no cumplen con el mismo patrón de intensidad constitucional que la UE desde una perspectiva jurídica y teórica. Sin embargo, el poder del Estado se transfiere a nivel internacional y la importancia del derecho internacional no se detiene en las fronteras y en los deberes de los Estados nación.¹⁴ Los individuos pueden dirigirse a los tribunales o cortes internacionales y son sujetos de esos tribunales.¹⁵ Los cuerpos administrativos globales están sustituyendo a la legislación nacional. Aún más, las organizaciones internacionales y el derecho internacional están teniendo más y más influencia en las Constituciones nacionales. Las múltiples dimensiones de los derechos humanos, el estado de derecho y la democracia no dependen de decisiones aisladas de los actores constitucionales nacionales sino también de los desenvolvimientos jurídicos internacionales.¹⁶

Las decisiones de los tribunales internacionales y los actos administrativos globales sobre el derecho internacional intensifican una comprensión constitucional de los tratados internacionales. Desde una perspectiva legal, el derecho constitucional no es ya un concepto exclusivo de Estados-nación,

¹² Véase Avbelj, Matej y Komárek, Jan (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, 2012.

¹³ Véase Klabbres, Jan et al., *The Constitutionalization of International Law*, 2009.

¹⁴ Véase Peters, Anne, “Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse”, *Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 65, 2010, pp. 3, 13; Kleinlein, Thomas, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre*, 2012, p. 517.

¹⁵ Véase Peters, Anne, “Membership in the Global Constitutional Community”, en Klabbres, Jan et al., *The Constitutionalization...*, cit.

¹⁶ Wet, Erika de, “The International Constitutional Order”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006, p. 51.

sino una perspectiva plausible con respecto a la organización internacional y otros órdenes jurídicos internacionales. El análisis del derecho constitucional dentro de un Estado-nación hace necesario considerar a los desenvolvimientos jurídicos internacionales, así como el derecho internacional debe tratar con cuestiones constitucionales para resolver los desafíos con los que se enfrenta.

Los desarrollos jurídicos de las últimas décadas muestran que no sólo los Estado-nación y las organizaciones internacionales están relacionados con la dimensión constitucional, sino que también las empresas privadas obtienen cada vez más y más poder, el cual antes pertenecía al Estado. Este poder gubernamental fue en parte transferido por el Estado en el curso de la privatización. La globalización y el aumento de las empresas transnacionales que actúan a nivel global llevó, aún más, a una culminación del poder del Estado en la esfera privada. Los actores privados no sólo son una parte de la gobernanza global, sino que deciden y ejercen influencia sobre las decisiones constitucionales del Estado y de organizaciones internacionales. Además, los regímenes privados constituyen en sí mismos nuevos espacios de poder constitucional que son independientes de los territorios de los Estados. Todos estos desenvolvimientos conducen a la creación de sociedades funcionalmente diferenciadas. Un ejemplo es Internet como proyecto social organizado por ICANN. Las Constituciones como puntos de referencia de ciertos desafíos de las sociedades no son exclusivamente organizadas por los Estados. El movimiento del pluralismo jurídico tomó nota de la no exclusividad del derecho del Estado. La versión globalizada del pluralismo jurídico, el pluralismo jurídico global,¹⁷ incluye estas formas híbridas de desarrollo constitucional dentro de una comprensión amplia pero apropiada del derecho constitucional y de la Constitución.¹⁸

En conclusión, la pluralidad de Constituciones no se refiere solamente a las 200 Constituciones de los Estados-nación en todo el mundo, sino a la pluralidad de comprensiones de Constitución y de derecho constitucional. Es largo el camino que va desde la Constitución nacional a fragmentos constitucionales¹⁹ de regímenes constitucionales globales e híbridos. Dentro de este proceso de apertura de la comprensión de las Constituciones y del derecho constitucional, es importante no ignorar la todavía existente rele-

¹⁷ Schiff Berman, Paul, "Global Legal Pluralism", *Southern California Law Review*, vol. 80, 2006-2007, p. 1155.

¹⁸ Teubner, Gunther, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, 2012, p. 74.

¹⁹ *Ibidem*, p. 51.

vancia de las Constituciones nacionales. Sin embargo, las mismas no pueden entenderse como exclusivas.

Esta comprensión más amplia de las Constituciones no hace que el término y el concepto de derecho constitucional no sean claros. Por el contrario, crea un significado preciso del rol y el concepto de Constitución en la actualidad. Teubner reformula el concepto de Constitución en este sentido: “Una Constitución establece una autoridad legal definida que a su vez estructura un proceso social (y no meramente un proceso político, como es el caso de las Constituciones de los Estados-nación), el cual es legitimado por ésta”.²⁰ Además, el desarrollo de un “test de calidad” para las normas constitucionales con respecto a las funciones constitucionales (reglas constitutivas o reglas limitativas), las arenas constitucionales (comparables a las arenas de los procesos políticos organizados y los procesos espontáneos de opinión pública de las Constituciones de los Estados), los procesos constitucionales (estrecha conexión con su contexto social) y las estructuras constitucionales (superioridad de las reglas constitucionales y revisión judicial).²¹

3. *Pluralismo constitucional*

El pluralismo constitucional no sólo se refiere a la pluralidad de Constituciones y comprensiones constitucionales, sino también a la revisión del pensamiento político sobre las Constituciones, lo que implica un diálogo metaconstitucional:

Los fenómenos constitucionales post-estado pueden ser incidentes institucionales necesarios del orden post-*Westphaliano*, pero carecen del surco ideológico que alguna vez fue labrado por sus más venerables homólogos estatales. Su legitimidad es mucho más precaria y esto es una espada de doble filo. Por un lado, puede en efecto promover un fundamentalismo rampante; una negación al diálogo con otros lugares y procesos o, puede tal vez, jugársela contra los desafíos internos a su autoridad. Puede hacerlo en un esfuerzo para que las raíces meta-constitucionales puedan afianzar su diferencia y arrogante superioridad. Por otro lado, la afirmación de la autoridad meta-constitucional y la exigencia de justificación meta-constitucional necesariamente invita a hacer frente a audiencias externas e internas. Esta circunstancia puede ser genuinamente educativa y transformadora. Puede liberar el debate, promoviendo que se recurra más al amplio conjunto de herramientas del constitu-

²⁰ *Ibidem*, p. 74.

²¹ *Idem*.

cionalismo de Estado. Que se ingrese en una más activa fertilización cruzada entre jurisdicciones —incluyendo de los estados en sí mismos, dado que su autoridad previa, se ve desafiada y por ello todos se sienten involucrados en un crecientemente proceso de reflexión meta-constitucional— en un compromiso más pensado con los “problemas de traducción” a los que esta dinámica invita.²²

La pluralidad de Constituciones crea nuevas formas de cooperación e interrelación de los órdenes constitucionales. Las Constituciones ya no están aisladas en sus conceptos sustanciales y de procedimiento. Las interacciones constitucionales entre los distintos órdenes constitucionales también generan influencia, irritación e interrupción. El pluralismo constitucional se concentra en estas interrelaciones e interacciones entre las Constituciones. La Constitución única sólo puede ser entendida en su rol, posición y función dentro de una red constitucional y no como una entidad única y aislada. Más aún, la idea de pluralismo como concepto normativo se refiere a ciertas formas y valores de interacción.

Con respecto al pluralismo religioso, Diana Eck formula estos patrones de pluralismo que pueden ser entendidos como características generales del pluralismo como concepto normativo:

En primer lugar, el pluralismo no es solamente diversidad, sino el compromiso enérgico con la diversidad. La diversidad puede significar, y así ha sido, la creación de guetos religiosos con poco tránsito entre ellos. En la actualidad, la diversidad religiosa es un hecho, pero el pluralismo no lo es; es un logro. La simple diversidad sin encuentro y relación real producirá crecientes tensiones en nuestras sociedades. En segundo lugar, el pluralismo no es sólo tolerancia, sino la búsqueda activa de entendimiento entre líneas diferentes. La tolerancia es una virtud pública necesaria, pero no requiere que los cristianos y los musulmanes, los hindúes, los judíos, y los secularistas fervientes sepan nada unos de los otros. La tolerancia es una base demasiado fina para un mundo de diferencias y proximidades religiosas. No hace nada para quitar nuestra mutua ignorancia, y deja en su lugar a los estereotipos, las medias verdades, los miedos que subyacen en los viejos modelos de división y violencia. En el mundo en que vivimos hoy, nuestra mutua ignorancia va a ser crecientemente costosa. En tercer lugar, el pluralismo no es relativismo, sino el encuentro de compromisos. El nuevo paradigma de pluralismo no requiere que dejemos atrás nuestras identidades y nuestros compromisos, porque, justamente, el pluralismo es el encuentro de compromisos. Significa sostener nuestras más

²² Véase Walker, Neil, “The Idea of Constitutional Pluralism”, *Modern Law Review*, 358, vol. 65, 2002, pp. 317.

profundas diferencias, aún nuestras diferencias religiosas, no de manera aislada sino en relación con las otras. En cuarto lugar, el pluralismo se basa en el diálogo. El lenguaje del pluralismo es el del diálogo y encuentro, dar y recibir, crítica y autocrítica. El diálogo significa hablar y escuchar, y ese proceso revela no solo los modos de comprender en común, sino también las diferencias concretas. El diálogo no significa que todos los que están en “la mesa” van a estar de acuerdo. El pluralismo significa el compromiso de estar en la mesa – con nuestros compromisos.²³

Estas ideas de pluralismo también pueden encontrarse en la teoría política de William E. Connolly:

Un pluralista, por comparación, es aquel que valora la diversidad cultural a lo largo de varias dimensiones y está dispuesto a unirse a otros en acción militante, cuando sea necesario, para defender el pluralismo en contra de impulsos hacia el unitarismo. No es probable que un pluralista defina la cultura sólo a través de su dimensión concéntrica, es decir, sobre la definición de cultura que permite la existencia del relativismo y el universalismo en su forma simple. El pluralismo, al menos de la clase que se defiende aquí, niega la suficiencia de una imagen concéntrica de cultura a la política territorial.²⁴

La tolerancia en la negociación, la adaptación mutua, el replegarse recíproco, y la modestia en las relaciones son, en cierta medida, las virtudes cardinales de un pluralismo profundo.²⁵

En el concepto de *Connolly* de una noción pluralista de democracia son necesarias dos virtudes en un mundo de profundo pluralismo:

La primera es el respeto agonístico entre múltiples grupos e individuos. Este respeto es necesario, aun cuando ...estos grupos o individuos discrepan apasionadamente; la segunda...es la importante capacidad de respuesta: la disposición a escuchar cuidadosamente a otros, en particular a quienes todavía no han logrado suficiente reconocimiento en el escenario político y social preponderante.²⁶

²³ Véase Eck, Diana, *What is pluralism?* disponible en: http://pluralism.org/pages/pluralism/what_is_pluralism.

²⁴ Connolly, William E., *Pluralism*, p. 41, 2005.

²⁵ *Ibidem*, p. 67.

²⁶ Bleiker, Roland, “Visualizing post-national democracy”, en Campell, David & Schoolman, (eds.), *The New Pluralism. William Connolly and the Contemporary Global Condition*, 2008, pp. 121 y 130.

Finalmente, Krisch reformula la idea de pluralismo en el contexto constitucional. Este autor identifica como pluralistas a las virtudes de “adaptación”, “lucha” y “equilibrio de poderes”.²⁷

El pluralismo promete aflojar esos lazos para permitir la adaptación a nuevas circunstancias de manera más rápida y menos formalizada: dejando las relaciones entre los sub-órdenes jurídicos sin determinar, los mantiene abiertos a la re-definición política a través del tiempo.²⁸

Si el argumento de la adaptación se basa en una visión optimista del contexto social y su trayectoria, el de lucha comienza a partir de una visión más pesimista. Supone que los marcos constitucionales son típicamente productos de elite, expresiones de poder y hegemonía social, y que el elemento de disturbio y apertura en un orden pluralista puede proporcionar un espacio contestatario más amplio para los actores más débiles.”²⁹

El argumento más común para un orden pluralista surge de una analogía con la división de poderes en las constituciones domésticas. Esta analogía se basa en la dificultad de justificar la supremacía de cualquier nivel de gobernanza post-nacional sobre los otros.³⁰

Luego, Krisch explica que todas estas virtudes pluralistas no son suficientes para basar normativamente el concepto pluralista. Además, introduce un concepto de autonomía pública:

La estructura resultante del orden postnacional es probablemente compleja y fluida, sujeta constantemente a la readaptación y al desafío. Distintas políticas compiten por el reconocimiento, y distintas instituciones buscan conectarse con ellas (aunque necesariamente de maneras exclusivas) para cimentar sus posiciones... Debemos respetar esto si vamos a tomar en serio la idea de los individuos como iguales que se auto-legislan en la definición del marco político.³¹

Krisch contrasta el constitucionalismo y el pluralismo.³² Mantiene el significado tradicional de Constitución y constitucionalismo e introduce el pluralismo como concepto alternativo y nuevo para el derecho postnacional. Neil

²⁷ Krisch, Nico, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, 2010, p. 78.

²⁸ *Ibidem*, p. 79.

²⁹ *Ibidem*, p. 81.

³⁰ *Ibidem*, p. 85.

³¹ *Ibidem*, p. 103.

³² *Ibidem*, pp. 40, 67, 103.

Walker, sin embargo, fusiona las ideas de constitucionalismo y pluralismo en el concepto de pluralismo constitucional.³³ Una precondition importante para el pluralismo constitucional como enfoque es el de repensar el concepto constitucional según lo explicado anteriormente. Pero una vez que el concepto de Constitución y derecho constitucional se abre a desenvolvimientos posnacionales, el concepto de derecho constitucional puede unirse al concepto de pluralismo.

En conclusión, el pluralismo constitucional puede entenderse como la interacción entre la pluralidad de Constituciones considerando el enfoque normativo de compromiso entre los distintos órdenes constitucionales en esta red internacional de Constituciones. El concepto de compromiso, sin embargo, no se refiere a diálogos deliberativos idealistas entre iguales, sino que toma en cuenta la relevancia de poder entre los distintos marcos constitucionales. La introducción de tal concepto de pluralismo constitucional como punto de referencia para el análisis constitucional exige además una base normativa de pluralismo constitucional en la teoría constitucional.

III. EL PLURALISMO COMO BASE DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

1. *Introducción*

El derecho constitucional es la expresión jurídica del concepto político de Constitución. En su comprensión tradicional, se basa en la idea unificadora de las Constituciones como una soberanía, una identidad y una autoridad legal.³⁴ En términos de teoría del Estado, se refiere a un pueblo, un territorio y un gobierno. Finalmente, en su versión democrática, el derecho constitucional se refiere al pueblo como el *pouvoir constituant*, la soberanía parlamentaria y como única legitimidad del derecho constitucional elaborado por sus ciudadanos. El concepto constitucional también incluye la idea de gobierno limitado³⁵ y del Estado de derecho, así como las libertades civiles y la efectiva protección jurídica de esas libertades por parte de tribunales independientes.

³³ Ver Walker, Neil, "The Idea of Constitutional Pluralism", *Modern Law Review*, vol. 65, 2002, p. 317.

³⁴ Loughlin, Martin, *The Idea of Public Law*, p. 72, 2003; Loughlin, Martin, *Foundations of Public Law*, 2010, p. 184; Grimm, Dieter, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, 2009, p. 35.

³⁵ Sajó, Andras, *Limiting Government. An Introduction to Constitutionalism*, 1999, p. 7.

La comprensión de pluralismo constitucional más allá del Estado que se ha introducido anteriormente, no concuerda con este concepto relacionado con el Estado. Entonces, el pluralismo constitucional necesita una base nueva y diferente de teoría constitucional que considere la dimensión de la pluralidad. Las sociedades no se constituyen sólo dentro de una Constitución sino de muchas.³⁶ La soberanía no está dedicada a un Estado sino que se negocia entre distintos órdenes constitucionales. Las sociedades no se construyen sólo sobre una identidad, sino que dan al individuo la posibilidad de identificarse con distintos grupos y organizaciones. El pueblo ya no es una entidad fija sino una variable. Los territorios no proporcionan Constituciones exclusivas, sino que permiten una variedad de Constituciones dentro del mismo territorio. El repensar la democracia incluye la conceptualización de nuevas maneras de participación, representación y autodeterminación de los individuos. La legitimidad democrática todavía existe dentro del Estado pero ya no es un concepto excluyente. La legitimidad se vuelve un concepto abierto a distintos actores, quienes tienen que desarrollar nuevas maneras de participación más allá de la tradicional representación parlamentaria. Finalmente, el pluralismo como base de la teoría constitucional exige un compromiso de diálogo entre las distintas Constituciones para enfrentar conflictos y colisiones. El pluralismo promueve la adaptación y también la delimitación.

2. *Los límites del concepto constitucional tradicional*

El enfoque tradicional de la teoría política con respecto al derecho constitucional se centra en el ejercicio cierto de la soberanía por parte del Estado.³⁷ El concepto se basa en la idea de singularidad y exclusividad. El Estado-nación constituye un concepto independiente de poder y legitimidad con respecto a un determinado pueblo que vive en un determinado territorio. La constitución de la sociedad parece ser integral, así como la autoridad que ejerce el estado. Este sistema Ptolemaico, con el Estado en el centro, explica el mundo constitucional de manera perfecta y lógicamente coherente. Sin embargo, el mundo constitucional se ha transformado en galaxias constitucionales. El cambio desde el viejo al nuevo paradigma consti-

³⁶ Teubner, Gunther, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, 2012, p. 88.

³⁷ Loughlin, Martin, *The Idea of Public Law*, 2003, p. 72; Loughlin, Martin, *Foundations of Public Law*, 2010, p. 184.

tucional se puede observar en numerosos ejemplos. La reflexión teórica del cambio constitucional debe comenzar con los tres elementos centrales de la teoría del Estado: el pueblo, el territorio y el poder.

A. *El pueblo*

El pueblo nunca formó un grupo homogéneo desde una perspectiva étnica.³⁸ El concepto de identidad nacional tampoco creó un grupo homogéneo, sino que fue conceptualizado constitucionalmente como tal. Los grupos minoritarios siempre existieron y las personas que no aceptaron la identidad nacional como propia fueron ignorados o considerados anarquistas, delincuentes o terroristas. En la actualidad, la globalización ha llevado a una comprensión mucho más flexible de la vida y el trabajo. Además, las injusticias sociales globales son causa de enormes flujos migratorios. El concepto de ciudadanía basado en el Estado intenta controlar la relativa estabilidad de los conceptos vivientes. La ciudadanía todavía se basa en la identidad nacional, ignorando una manera mucho más compleja de socialización emocional de los individuos.³⁹ La libertad de movimiento de la UE condujo a otro modelo de ciudadanía de unión, el cual complementa a la ciudadanía nacional. Sin embargo, los problemas de las dimensiones internacionales de la migración y la integración aún se resuelven con los antiguos conceptos de identidad nacional y ciudadanía nacional. La exclusión constitucional de los así llamados migrantes ilegales muestra claramente los estrechos límites de los enfoques constitucionales-nacionales hacia la migración. El derecho al voto se relaciona con la ciudadanía, la cual todavía da la falsa impresión de que una relación emocional es lo que forma la identidad nacional o el patriotismo constitucional y es una precondition para la participación democrática en la sociedad en la que se vive.

B. *El territorio*

Desde un punto de vista tradicional, las fronteras nacionales de un Estado limitan su espacio territorial en conformidad con la autoridad constitucional. La teoría constitucional contemporánea ya abre la jurisdicción con

³⁸ Véase Rosenfeld, Michel, *The Identity of the Constitutional Subject Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, 2010, p. 21.

³⁹ *Ibidem*, p. 211.

respecto a sus propios ciudadanos en otros países y a otros casos siempre que exista relación entre el caso relevante y el país en cuestión. Los conceptos universales de jurisdicción con respecto a delitos contra la humanidad trasladan el concepto aún a cuestiones globales. La importancia de las fronteras nacionales por un lado da la falsa impresión de que el efecto de las decisiones constitucionales es únicamente nacional. Por otro lado, ignora la dimensión transnacional y transfronteriza de varias cuestiones constitucionales. Internet es el mejor ejemplo de la complejidad multidimensional de los problemas sociales. La creciente cooperación entre los Estados en el campo del derecho internacional o incluso del derecho privado muestra la necesidad de soluciones aparte y más allá de los territorios estatales. Los enfoques extraterritoriales como las zonas económicas especiales o las zonas militares ilustran nuevamente los límites de los enfoques territoriales.

C. *El poder*

El poder del Estado se basa en la idea del Leviatán: una sociedad transfiere su poder al Estado que garantizará protección y seguridad al pueblo. La autoridad del Estado no era ni absoluta ni exclusiva como es el reclamo de la narrativa moderna. El concepto siempre dependió de la seguridad interna y externa que el Estado sólo puede otorgar hasta un cierto punto. La autoridad del Estado siempre aceptó zonas de independencia dentro de sí mismo, como las iglesias o las autonomías locales. La constelación colonial impuesta por los países de Occidente siempre creó formas imperialistas de coexistencia de distintos poderes en el mismo territorio,⁴⁰ ignorando a menudo que la autoridad regional y local administraba el país. En la actualidad, el poder del Estado se transfiere desde sí mismo, no sólo a unidades subestatales tradicionales, sino también a una compleja multitud de regímenes internacionales, los cuales pueden ser públicos o privados.⁴¹ El Estado participa en la telaraña de múltiples jugadores, quienes comparten el antiguo mito de soberanía del Estado (el reclamo de autoridad absoluta).⁴² Las empresas multinacionales, las ONG privadas, las ONG internacionales

⁴⁰ Tamanaha, Brian Z., "Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global", *Sydney Law Review*, vol. 30, 2008, p. 375; Griffiths, John, "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism*, vol. 24, 1986, p. 1.

⁴¹ Teubner, Gunther, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, 2012, p. 51.

⁴² "Totality is no longer a relevant quality of constitutions, if ever it was" ("La totalidad no es ya una calidad importante de las constituciones, si es que lo fue alguna vez"). Véase

organizadas por los Estados; las organizaciones o redes internacionales son ejemplos destacados de entidades internacionales que ejercen poder de manera transnacional.

Los conceptos de pueblo, territorio y poder estatal no están superados y existirán en el futuro como conceptos constitucionales. No son, sin embargo, y esta es la diferencia importante, conceptos exclusivos que reclaman prioridad y plausibilidad. Por el contrario, el repensar de las comprensiones tradicionales de Estado y Constitución da lugar a una pluralidad de otros conceptos teóricos para la conceptualización y legitimación de las Constituciones y del derecho constitucional.

Los conceptos constitucionales más allá del Estado-nación incluyen y transforman los enfoques tradicionales de las Constituciones nacionales. En primer lugar, el derecho constitucional en sí mismo no puede ser entendido como un concepto exclusivo de Constitución de una sociedad. Las sociedades no sólo están unificadas bajo la identidad nacional del Estado, sino que forman varios grupos que se organizan sólo en cierta medida con un enfoque basado en la identidad.⁴³ Los individuos no están limitados a un concepto de una identidad personal. Por el contrario, los individuos organizan su ambiente social de acuerdo con intereses personales sin considerar los límites del Estado o los límites para dividir y compartir sus identidades. Distintas organizaciones constituyen distintas partes de identidades, lo que sucede de manera virtual a través de Internet y otras formas de comunicación posmoderna o de otras maneras transfronterizas. No hay una sociedad por Estado, sino muchas sociedades que están unidas o limitadas por las fronteras.

Esta apertura de la base teórica del concepto constitucional en sí mismo permite nuevos enfoques para concretar los conceptos constitucionales. Los valores centrales del constitucionalismo, que son los derechos humanos, el Estado de derecho y la democracia, están en el centro de este análisis. Estos valores ya están cambiando con respecto a la transformación general del derecho constitucional en una red constitucional internacional. Los derechos humanos, el estado de derecho y la democracia como valores principales del constitucionalismo, ejemplifican de la mejor manera los desafíos de una red transnacional de Constituciones. Así como los derechos civiles se conciben de manera desnacionalizada como derechos humanos, “Rechtsstaat” puede

Peters, Anne, “The Constitutionalisation of International Organisations”, en Walker, Neil (eds.), *Europe’s Constitutional Mosaic*, 2011, pp. 253, 285.

⁴³ Lindahl, Hans, “Recognition as Domination: Constitutionalism, Reciprocity and the Problem of Singularity”, en Walker, Neil (eds.), *Europe’s Constitutional Mosaic*, 2011, p. 205.

entenderse como un “Estado de derecho”⁴⁴ dentro y fuera de las fronteras del Estado constitucional. Las estructuras federales pueden interpretarse como un sistema de muchas capas y las estructuras democráticas de legitimidad pueden ser repensadas en términos de conceptos de gobernanza.

D. *Derechos humanos*

El desarrollo de los derechos humanos comenzó como un concepto de libertades civiles de la nación. Sólo los ciudadanos de un Estado estaban protegidos, no lo estaban los extranjeros que vivían en el mismo país. El incremento en la protección internacional de los derechos humanos, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, cambió este enfoque. La protección a los ciudadanos era demasiado limitada y se estableció un enfoque más general, más internacional y más pluralista que está representado por los dos convenios de la ONU sobre derechos humanos (derechos civiles y políticos, así como económicos, sociales y culturales). La protección internacional de los derechos humanos ofrece en la actualidad una red compleja de constitucionalismo internacional, que combina tratados nacionales, regionales e internacionales. El desarrollo de los derechos humanos también está relacionado con el desarrollo de los tribunales internacionales, los cuales afectan directamente al individuo.⁴⁵ Los diálogos jurídicos transnacionales o su versión crítica, la “juristocracia”⁴⁶ se vinculan —al menos parcialmente— con el desarrollo de los derechos humanos. Los conceptos de derechos humanos muestran de manera más convincente que se han superado los conceptos constitucionales nacionales. Este análisis, sin embargo, no ignora que muchos Estados-nación todavía se refieren a las libertades civiles con respecto a la protección de los derechos humanos y que muchos Estados no ofrecen una protección efectiva de las libertades civiles. Se refiere al enfoque conceptual más amplio que suplementa el tradicional enfoque sobre los derechos humanos del Estado nación.

⁴⁴ Bogdandy, Armin v., “Grundprinzipien”, en Bogdandy, Armin von y Bast, Jürgen (eds.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2a. ed., 2009, p. 36.

⁴⁵ Véase Peters, Anne, “Membership in the Global Constitutional Community”, en Klabbers, Jan et al., *The Constitutionalization of International Law*, 2009, pp. 153, 167.

⁴⁶ Hirschl, Ran, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, 2007, p. 211.

E. *El Estado de derecho*

El otro concepto importante con respecto al constitucionalismo se refiere al Estado de derecho.⁴⁷ El concepto de Estado de derecho basado en el Estado-nación está representado más explícitamente por el concepto alemán de *Rechtsstaat*.⁴⁸ Este ya incluye de manera terminológica al Estado en el concepto de Estado de derecho. El concepto alemán de *Rechtsstaat* se relaciona especialmente con el principio de la legalidad, cual una vez más se refiere a los actos del parlamento. El Estado de derecho —desde la perspectiva del derecho común— pone mucho más énfasis en la independencia del Poder Judicial. La apertura del concepto de “*Rechtsstaat*/Estado de derecho” más allá del Estado comienza con la consideración del pluralismo jurídico. El pluralismo jurídico representa la existencia de distintos órdenes jurídicos al mismo tiempo en el mismo territorio con respecto al mismo pueblo en estructuras superpuestas.⁴⁹ El “estado de derecho internacional”⁵⁰ se refiere a la misma idea, no sobre un derecho local o regional, sino sobre un derecho internacional. La visión del derecho administrativo global sigue esta idea de avocarse al derecho internacional desde una perspectiva administrativa.⁵¹ La dimensión constitucional continúa siendo la misma.

F. *La democracia*

Finalmente, la democracia representa el elemento central del constitucionalismo. En su visión de nación Estado, la democracia se desarrolló en línea con el parlamentarismo. La elección de un cuerpo representativo y de un núcleo de autoridades administrativas, como el presidente de un estado, garantiza fundamentalmente la democracia nacional. Las formas transnacionales de democracia pueden intentar reconstruir el concepto nacional de democracia, como lo hizo la UE con el establecimiento del Parlamento europeo. Los límites de las posibilidades de tal transferencia son bastante

⁴⁷ Tamanaha, Brian Z., *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, 2004; Bingham, Tom, *The Rule of Law*, 2011.

⁴⁸ Sobotka, Katharina, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 1997.

⁴⁹ Tamanaha, Brian Z., “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, *Sydney Law Review*, vol. 30, 2008, p. 375; Griffiths, John, “What is Legal Pluralism?”, *Journal of Legal Pluralism*, vol. 24, 1986, p. 1.

⁵⁰ Chesterman, Simon, “An International Rule of Law?”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 56, 2008, p. 331.

⁵¹ Krisch, Nico *et al.*, “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, p. 15.

obvios. El concepto supranacional de la UE tenía que desarrollar nuevas formas de conceptos democráticos más allá del estado nación.⁵² La participación de los parlamentos nacionales y la legitimidad de los gobiernos de los Estados miembros contribuyen al concepto democrático de la UE. Además, la transparencia y la deliberación discursiva son elementos importantes del concepto democrático transnacional.⁵³ Las organizaciones y redes internacionales han sabido desarrollar elementos y estructuras democráticas más allá del estado. Sólo desde una comprensión de la democracia desde el estado nación se entiende como posdemocrática la creación de la gobernanza global.⁵⁴ Sin embargo, las estructuras internacionales de la democracia deben cumplir con nuevos estándares de autodeterminación, participación y representación. Hay un intenso debate sobre cómo desarrollar nuevas formas democráticas en las sociedades de redes.⁵⁵

En conclusión, los límites de los conceptos de constitucionalismo y derecho constitucional basados en la nación se hacen evidentes en las redes constitucionales internacionales.⁵⁶ Distintas visiones, que analizan los desenvolvimientos del derecho y la globalización, niegan o refutan el derecho constitucional como concepto para las redes jurídicas internacionales. En general, ellos ignoran la dimensión constitucional de los desenvolvimientos actuales. El derecho administrativo global y los enfoques posconstitucionales interpretan el derecho constitucional solamente dentro de la comprensión de Estado-nación y niegan la importancia del concepto para los desenvolvimientos internacionales.⁵⁷

El enfoque que sigue el presente trabajo es opuesto: el concepto de derecho constitucional se abre a la dimensión internacional y privada. Las redes constitucionales internacionales involucran conceptos de derecho constitucional y constitucionalismo basados en el Estado-nación. Sin em-

⁵² Schütze, Robert, *European Constitutional Law*, 2012, pp. 62 y 74.

⁵³ Bogdandy, Armin v., “Grundprinzipien” en *Europäisches Verfassungsrecht*, p. 66 (Armin von Bogdandy & Jürgen Bast, eds., 2nd ed., 2009).

⁵⁴ Véase Somek, Alexander, “Über kosmopolitische Selbstbestimmung”, *Der Staat*, 2011, pp. 329, 330, 348.

⁵⁵ Véase Teubner, Gunther, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, p. 114, 2012.

⁵⁶ Véase Peters, Anne, “The Constitutionalisation of International Organisations”, en Walker, Neil *et al.* (eds.), *Europe’s Constitutional Mosaic*, 2011, p. 253.

⁵⁷ Véase Somek, Alexander, “Postconstitutional Treaty”, *German Law Journal*, vol. 8, 2007, pp. 1121 y 1126; Krisch, Nico *et al.*, “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, p. 15; Krisch, Nico y Kingsbury, Benedict, “Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal”, *European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, p. 1.

bargo, estos conceptos ya no son exclusivos, sino que son suplementados por la dimensión internacional de redes constitucionales y sus interrelaciones. La transgresión de los territorios estatales como fronteras constitucionales, la apertura de lo que era el concepto de “pueblo” como destinatarios constitucionales y, finalmente, la superación del poder del Estado como autoridad constitucional permiten hoy el desarrollo de un nuevo concepto constitucional más allá del Estado. Los valores centrales del constitucionalismo se están transformando: derechos humanos en vez de libertades civiles; Estado de derecho internacional en vez de *Rechtsstaat* con énfasis en el Estado-nación y determinación cosmopolita en vez de parlamentarismo nacional.

3. *La pluralización del concepto constitucional*

Si se entiende al derecho constitucional como una red internacional: el foco de la teoría constitucional no está solamente en los órdenes constitucionales sino principalmente en la interrelación entre los distintos órdenes constitucionales. Este elemento de la comunicación constitucional entre distintos órdenes o regímenes es el centro de un enfoque hacia las redes constitucionales internacionales. En este punto llega el concepto de pluralismo, el cual trata con la interrelación entre las diferencias. Si el pluralismo se combina con la idea de redes constitucionales internacionales, la comunicación constitucional entre distintos órdenes constitucionales se estructura de ciertas maneras.

El pluralismo como base de la teoría constitucional exige un compromiso de diálogo entre las distintas Constituciones para tratar con los conflictos y las colisiones. El pluralismo no prefiere una visión idealista, deliberativa, sino un compromiso realista entre distintos órdenes constitucionales. Sin embargo, el derecho constitucional como ley se refiere a ciertas formas de comunicación entre distintos sistemas y modos. La comunicación jurídica es formal y estructurada, pero no tiene que llevar al consenso y no ignora la importancia del poder.

El pluralismo promueve la adaptación y la delimitación; permite la comunicación que deberá estar basada en la tolerancia. El pluralismo constitucional crea una interrelación entre los distintos órdenes constitucionales como un diseño comunicativo. Pueden desarrollarse e identificarse varias formas de interrelaciones comunicativas de órdenes constitucionales. Las referencias textuales, los diálogos judiciales, la comparación constitucional, las interrelaciones de las organizaciones, las colisiones de normas, las regulaciones que se superponen, los valores opuestos, la migración de las ideas constitucionales, los procedimientos internacionales de diseño constitucio-

nal: todas son formas de comunicación constitucional entre los distintos órdenes constitucionales dentro de las redes constitucionales internacionales.

El pluralismo constitucional promueve la adaptación entre los distintos órdenes constitucionales, así como la delimitación entre dichos órdenes. Como enfoque estructural entre las Constituciones de los Estados-nación, los órdenes constitucionales internacionales y los regímenes constitucionales privados, crea una nueva manera de pensar juntos las distintas formas de Constituciones o fragmentos constitucionales.⁵⁸ La igualdad de las Constituciones en la red constitucional internacional sólo existe si se identifican como Constituciones. La red misma se estructura por las distintas formas de interrelación comunicativa entre los distintos órdenes constitucionales, lo cual incluye interrelaciones jerárquicas y heterojerárquicas, así como interrelaciones no formales. Los estudios posteriores sobre el pluralismo como concepto constitucional deberán enfocarse en la estructura de red de los órdenes constitucionales, en la comunicación constitucional y en la manera en que los conceptos constitucionales se comunican a través de las redes.

IV. LA LEGITIMIDAD DE LA COMPARACIÓN CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DEL PLURALISMO

1. *Introducción*

El pluralismo constitucional y el concepto pluralista de la teoría constitucional establecen la base de una nueva legitimidad de la comparación constitucional. La comparación constitucional, entonces, es parte de la comunicación constitucional como la adaptación y delimitación necesarias entre distintas constituciones. El intercambio de conocimiento constitucional permite la navegación de la Constitución en particular en las redes internacionales de Constituciones. Finalmente, da a los actores constitucionales en cuestión, como los tribunales constitucionales, una posibilidad intercultural e inter-constitucional para enfrentar los desafíos globales del derecho constitucional.

2. *Comparación constitucional*

Volviendo al gran debate que se presentó al comienzo del presente trabajo, la cuestión de la legitimidad de la comparación constitucional puede

⁵⁸ Teubner, Gunther, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, 2012, p. 51.

abordarse de una manera totalmente diferente. La comparación constitucional ya no puede entenderse como la migración fronteriza ilegal de ideas constitucionales. Si el derecho constitucional no está limitado y aislado dentro del territorio del Estado, la comparación constitucional contribuye a la interacción de distintas Constituciones en redes constitucionales internacionales. En otras palabras, la interacción de las Constituciones presupone la comparación constitucional. Si la comparación constitucional se entiende —en su concepción tradicional—⁵⁹ como un análisis de las similitudes y diferencias entre Constituciones, la interacción entre las distintas Constituciones necesita considerar y reaccionar ante las similitudes y diferencias de las Constituciones en cuestión. La comparación constitucional es una herramienta y un método de interpretación en el pluralismo constitucional. Sin la comparación constitucional la interrelación entre las Constituciones no podría llevarse a cabo, porque comparar Constituciones significa crear relaciones entre las distintas Constituciones. La comparación constitucional expresa la comunicación constitucional.

Dentro de distintos escenarios institucionales, es importante el rol de los tribunales (constitucionales) con respecto a la comparación constitucional. Aunque no debe subestimarse la importancia de algunos actores, el foco del presente trabajo está en los tribunales, especialmente los tribunales constitucionales y las cortes supremas. La concepción de tribunales también debe considerar la nueva concepción de derecho constitucional en las redes constitucionales internacionales. Los tribunales constitucionales —en este contexto— no se entienden solamente como tribunales constitucionales nacionales. Los tribunales internacionales y transnacionales también se ven involucrados en este análisis de tribunales en la comparación constitucional. Esto incluye también formas privadas de jurisdicción internacional de arbitraje. Una nueva concepción de Constituciones⁶⁰ lleva a una nueva concepción de tribunales constitucionales.

Los tribunales constitucionales son parte del núcleo de jugadores constitucionales y una influencia importante en la constelación constitucional general. En los últimos 20 años, el rol y activismo de los tribunales constitucionales está en aumento en la mayoría de los órdenes constitucionales.⁶¹ Esta función crucial de los tribunales constitucionales tiene su efecto so-

⁵⁹ Véase e.g. Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, p. 5, 2008

⁶⁰ Véase Parte B.

⁶¹ Véase Hirschl, Ran, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, 2007.

bre las relaciones externas de los órdenes constitucionales.⁶² Los tribunales constitucionales también participan en las redes constitucionales internacionales. Más aún, los tribunales constitucionales no sólo participan de la comunicación constitucional, sino que crean nuevas interrelaciones entre las Constituciones.⁶³ Su legitimidad al usar la comparación constitucional no se refiere a la estructura interna del orden constitucional en particular, sino a la participación externa en redes constitucionales internacionales.

La resistencia o el compromiso⁶⁴ como alternativa sólo pueden dirigir la intensidad de la resistencia o el compromiso del tribunal en la red constitucional internacional, pero no puede prohibir el cambio fundamental del rol de las Constituciones en un enfoque internacional hacia el constitucionalismo y el derecho constitucional. La cuestión de la legitimidad de la comparación constitucional precede a la decisión del tribunal con respecto a su posición a resistir o a comprometerse en la comunicación constitucional en la red constitucional internacional. La legitimidad de la comparación constitucional es el resultado de la concepción pluralista del derecho constitucional y la teoría constitucional.

Entonces, ¿cómo podemos abordar las cuestiones de la democracia según los debates de los jueces de la Suprema Corte de Estados Unidos? La comparación constitucional no pone en peligro la importancia constitucional del pueblo. Por el contrario, el concepto de democracia constitucional debe abrirse a las redes constitucionales internacionales en la medida en que es parte de esas redes. Como se mencionó anteriormente, el pueblo como grupo importante de la legitimidad constitucional debe ser suplementado en una red constitucional internacional. No es ni un Estado-nación, ni son los ciudadanos de un Estado-nación, quienes están aislados en un orden constitucional cerrado decidiendo sobre su “propias” cuestiones constitucionales. Por el contrario, es la posición legítima del tribunal constitucional/suprema corte considerar los desarrollos constitucionales de otros regímenes constitucionales porque todos ellos forman parte de una red constitucional internacional más amplia.

No obstante, es el tribunal constitucional el que debe opinar sobre la decisión del mismo dentro de su orden constitucional con la gente que vive

⁶² Perju, Vlad, “Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations”, en Rosenfeld, Michel y Sajo, András (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, pp. 1304, 1324.

⁶³ Véase Halmai, Gábor, “*The use of foreign law in constitutional interpretation*”, en Rosenfeld, Michel and Sajo, András (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, p. 1346.

⁶⁴ Jackson, Vicki, *Constitutional Engagement in the Transnational Era*, 2010, pp. 17, 71.

allí (no sólo con la gente que tiene la condición particular de ciudadanos). Además, el tribunal constitucional no es el único jugador constitucional en el orden constitucional. Así, el diálogo constitucional interinstitucional entre el parlamento, el gobierno y el tribunal llevará a una retroalimentación y una reacción (positiva y negativa) a la decisión del tribunal considerando alguna comparación constitucional. Estas son importantes implicaciones internas de las decisiones de los tribunales constitucionales; sin embargo, no cambian la legitimidad de la comparación constitucional en una concepción pluralista de las Constituciones.

La anterior concepción de las Constituciones y del derecho constitucional afecta la concepción de la comparación constitucional en sí misma. En la concepción tradicional de Constitución, la comparación constitucional se concentra en la comparación de las Constituciones de los Estados-nación. Puede incluir Constituciones de subestados en una perspectiva federal. Los últimos años muestran que la importancia del derecho constitucional es creciente en la comparación constitucional.⁶⁵ Según la concepción que se presenta anteriormente, el derecho internacional no es sólo un factor importante para la comparación de las Constituciones nacionales, sino que es también (en parte) derecho constitucional en sí mismo. La comparación constitucional incluye también las Constituciones internacionales. En consecuencia, el derecho internacional comparado⁶⁶ puede —siempre y cuando se relacione con el derecho constitucional internacional— ser comparación constitucional.

Además, la integración del constitucionalismo social y los fragmentos constitucionales como lo propone Teubner, abren aún más las posibilidades de comparación constitucional. El derecho societario, el derecho de contratos, el derecho internacional y público en general se encuentran en un nuevo nivel de comparación constitucional permanente. Ahí deben considerarse las diferencias y particularidades de las distintas formas de derecho constitucional. Sin embargo, no existen las diferencias estructurales, porque todas pueden entenderse —al menos en cierta medida—, como partes del derecho constitucional de acuerdo con la concepción tradicional de derecho constitucional.

⁶⁵ Chang, Wen-Chen y Yeh, Jiunn-Rong, “Internationalization of Constitutional Law”, en Rosenfeld, Michel y Sajo, András (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012, p. 1166.

⁶⁶ Mamlyuk, Boris N. y Mattei, Ugo, “Comparative International Law”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 36, 2011, p. 385; Roberts, Anthea, “Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 60, 2011, p. 57.

3. Respuesta a los desafíos globales

Existen varios problemas para los individuos, las sociedades y las culturas que no están limitados territorialmente. Los desafíos transfronteros son —según se mencionó anteriormente— múltiples: los efectos ambientales de la contaminación o los accidentes ambientales como los graves accidentes en las plantas nucleares están afectando las industrias alimentarias globales. Las decisiones de parte de las empresas agrícolas globales de usar semillas genéticamente modificadas han transformado la industria agrícola en muchos países. La posibilidad de utilizar diagnósticos prenatales en algunos países llevará a los futuros padres a viajes médicos y a cirugías económicas en la India. El aumento de las epidemias tiene efectos globales a través de cientos de millones de turistas por día. La migración de la población afecta los mercados laborales, el tráfico humano y la explotación sexual. Las decisiones financieras se reflejan globalmente a través de los mercados de valores en el mundo entero. Las elecciones en Grecia podrían cambiar los mercados de valores globales. Las protestas de consumidores por Internet influyen en las estrategias de negocios de las empresas globales. Internet, los medios y los sistemas globales de comunicación permiten la transferencia de información en segundos.

El derecho constitucional dice avocarse a cuestiones fundamentales de las sociedades. Las actividades constitucionales de los parlamentos, los cuerpos administrativos, las juntas (internacionales), las juntas ejecutivas de las empresas transnacionales tratan con tales cuestiones constitucionales. Las posibilidades de los actores constitucionales particulares dependen de su importancia territorial y social. Un parlamento nacional tiene posibilidades diferentes a las de un tribunal internacional o a las de una organización como ICANN. Sin embargo, dentro de sus marcos constitucionales, los actores constitucionales no pueden ignorar el impacto que otros órdenes constitucionales tienen sobre su propio orden constitucional y no pueden ignorar el efecto de su decisión constitucional en las redes constitucionales internacionales.

La comparación constitucional permite a los actores constitucionales particulares considerar y reaccionar ante el componente transnacional de sus decisiones. Este no es un argumento para un enfoque funcionalista de la comparación constitucional, sino la participación de la comparación constitucional, independiente del punto de vista metodológico. Siempre es posible para un jugador constitucional reconocer que los problemas sociales son distintos en distintas sociedades y que la perspectiva cultural no es la misma.

El objetivo de la comparación constitucional no tiene que ser el desarrollo de las mejores prácticas sino la consideración de otros conocimientos constitucionales y el reconocimiento de que la propia decisión constitucional afectará también a otros órdenes constitucionales. Este enfoque no pretende que deban encontrarse similitudes o que deban exagerarse las diferencias.

Los actores constitucionales no pueden ignorar que los desafíos globales influyen en su marco constitucional. El reconocimiento de los desafíos globales por parte de un tribunal constitucional va de la mano de su aceptación de la idea de ser parte de una red constitucional internacional. La participación en esta red constitucional internacional finalmente presupone la comparación constitucional. En otras palabras, la comparación constitucional permite a los actores constitucionales dar respuesta a los desafíos globales al derecho constitucional y participar en una red constitucional internacional.

V. COMPARACIÓN CONSTITUCIONAL PLURALISTA

1. *Introducción*

Un enfoque pluralista de la comparación constitucional identifica la comparación como un proceso comunicativo. La comparación depende de un diálogo intercultural e interconstitucional. Este enfoque pluralista de la comparación constitucional exige una interacción personal más intensiva entre los abogados constitucionalistas de distintos órdenes constitucionales. Si la comparación pluralista es parte de un razonamiento constitucional, debe cumplir con los criterios del pluralismo, los cuales incluyen el “diálogo” y el “compromiso”. La comparación pluralista no favorece ni a los enfoques universalistas ni a los expresivistas de la comparación constitucional. La cuestión importante no es “similitud o diferencia”⁶⁷ sino la disposición a comprometerse en un diálogo intercultural e inter-constitucional.⁶⁸ Si el razonamiento constitucional implica la comparación (pluralista), estos nuevos criterios se vuelven importantes para el razonamiento constitucional de los tribunales constitucionales.

⁶⁷ Véase Dannemann, Gerhard, “Comparative Law: Study of Similarities or Differences?”, en Reimann, Mathias y Zimmermann, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, p. 383.

⁶⁸ Véase Baer, Susanne, “Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz”, *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 64, 2004, p. 735.

2. *La comparación como diálogo*

La pluralidad del derecho constitucional fue el punto de partida de este viaje del pluralismo. Ella condujo al pluralismo constitucional, el cual describió las interrelaciones entre los distintos órdenes constitucionales. Esta concepción pluralista del derecho constitucional legitima el uso de la comparación constitucional como razonamiento de los tribunales constitucionales. El razonamiento constitucional también se entiende como comunicación constitucional entre los distintos órdenes constitucionales. El viaje del constitucionalismo encuentra finalmente su destino en la dimensión pluralista de la comparación. Si entendemos la comparación constitucional como herramienta y método de la comunicación constitucional en la red constitucional internacional, la manera en que se ejerce la comparación constitucional también implica un enfoque pluralista.

El debate tradicional sobre la comparación constitucional se concentra en la manera en que se conceptualizan la identidad (similitudes) o la diferencia. Tushnet resume los métodos tradicionales de comparación constitucional en las siguientes categorías: universalismo, funcionalismo, contextualismo y expresivismo.⁶⁹ Todos los distintos métodos se refieren al mismo código binario de comparación constitucional tradicional: “identidad/diferencia”. Los distintos enfoques, sin embargo, no difieren mucho. Un enfoque comparado siempre incluye similitudes y diferencias, considera la información del contexto, trata con ideas universales y toma en cuenta las particularidades de cada país. Todos los distintos enfoques serán relevantes al razonamiento constitucional de los tribunales constitucionales. Parece tener sentido focalizarse en lo particular de los distintos enfoques tradicionales para la comparación constitucional.

El enfoque pluralista no se concentra en el código “identidad/diferencia”, sino en la manera en que la comparación constitucional se compromete el diálogo interconstitucional entre los distintos órdenes constitucionales. Para tomar en serio al pluralismo, la comparación debe desarrollar un enfoque de diálogo. El modo en que se adquiere el conocimiento constitucional a partir de otros órdenes constitucionales no sólo necesita la transferencia de información constitucional escrita, sino también la interacción personal entre abogados comparativistas y constitucionalistas, que son los participantes internos del orden constitucional de referencia que servirá para la comparación.

⁶⁹ Véase Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, 2008, p. 5.

Para obtener el conocimiento constitucional relevante, una comparación pluralista debe concentrarse en el diálogo. La lectura de la información constitucional todavía es una precondition de la comparación constitucional, pero no da la información de contexto necesaria. El conocimiento constitucional presupone una perspectiva interna del orden constitucional relevante. La recopilación del conocimiento constitucional requiere un intercambio de conocimiento constitucional con expertos constitucionales del orden constitucional en cuestión. En consecuencia, la comparación constitucional —en un enfoque pluralista— se concentrará en la interacción personal de sujetos con conocimiento constitucional relevante. Una comparación pluralista sería se concentra en el compromiso de diálogo entre los distintos órdenes constitucionales. Este enfoque de diálogo permite al comparativista desarrollar su comparación. El enfoque pluralista y de diálogo enmarca la aplicación de ciertos métodos de comparación constitucional tradicional.

3. La comparación pluralista como razonamiento constitucional

La legitimidad de la comparación constitucional como razonamiento constitucional por parte de los tribunales constitucionales se basa en una concepción pluralista de las Constituciones, el derecho constitucional y el constitucionalismo. Tal concepción pluralista de la comparación constitucional también exige un enfoque pluralista de la comparación. La legitimidad de la comparación constitucional necesita no tan sólo de la legitimidad de la red constitucional internacional, sino que es necesario que el método de comparación constitucional cumpla con los criterios de un procedimiento de diálogo, que se hace transparente, público y comprensible.

Mientras que las cuestiones de legitimidad en el debate tradicional se concentran en la democracia y en una concepción del derecho constitucional basada en la nación, el enfoque pluralista corre la dimensión de la legitimidad desde la democracia hacia la racionalidad y la transparencia del procedimiento de diálogo de la comparación constitucional. La plausibilidad de la comparación constitucional depende de la manera en que se ejerce. Este método de procedimiento se convierte en el elemento relevante de la legitimidad de la comparación constitucional.

El uso del conocimiento comparado por parte de los tribunales constitucionales es generalmente legítimo desde la perspectiva del pluralismo constitucional. La cuestión de la legitimidad puede reducirse a la racionalidad y razonamiento del tribunal constitucional. Los tribunales deben reflejar la relevancia y la importancia del conocimiento comparado con respecto al

caso particular y deben acreditar una forma dialógica de examen sobre el conocimiento constitucional comparado que se intente.

A menudo, este elemento pluralista de la comparación constitucional carece de fundamentación adecuada en la argumentación de los tribunales constitucionales —o con competencia constitucional—. Sin embargo, lo mismo suele utilizársele como elemento de razonamiento constitucional. La cuestión de la legitimidad, por lo tanto, es una cuestión de razonamiento constitucional.

El razonamiento constitucional por parte de los tribunales constitucionales en el contexto de la comparación constitucional debe cumplir con ciertos criterios para ser aceptado como legítimo:

- En primer lugar, el tribunal constitucional debe dar a conocer el propósito de la comparación constitucional en el caso particular: las redes constitucionales internacionales dan buenas razones para referirse al conocimiento constitucional internacional o transnacional. Sin embargo, el tribunal constitucional debe hacer concreta la razón particular para referirse al conocimiento constitucional desde otros órdenes constitucionales. La legitimidad de la comparación constitucional comienza con un propósito claro, que puede servir como el tema central de la comparación constitucional en el razonamiento constitucional del tribunal.
- En segundo lugar, el tribunal constitucional debe explicar la manera en que el tribunal obtuvo el conocimiento constitucional. La recopilación de información constitucional debe ser dada a conocer para que el público (académico) pueda evaluar de manera crítica el valor de la información recolectada. Definitivamente, es diferente si el conocimiento constitucional obtenido no refleja adecuadamente la concepción de los expertos del orden constitucional en cuestión. La ilustración del esfuerzo de diálogo realizado por el tribunal constitucional es una parte importante para probar que la recopilación de la información constitucional se refiere al adecuado conocimiento constitucional del sistema en cuestión.
- En tercer lugar, el tribunal constitucional debe argumentar cómo el conocimiento constitucional del otro orden constitucional es relevante de manera comparativa en el caso concreto. La aplicación del conocimiento constitucional obtenido de otros órdenes constitucionales debe estar en línea con el propósito de la comparación constitucional que se presentó en primer lugar.

Sólo si se cumplen estos tres pasos del razonamiento constitucional puede entenderse que la comparación constitucional es una aplicación legítima del conocimiento constitucional proveniente de otros órdenes constitucionales. La necesidad de formalizar la comparación constitucional se vuelve clara. La legitimidad de la comparación constitucional por parte de los tribunales constitucionales depende de la manera del razonamiento constitucional; de la manera en que se aplica correctamente el conocimiento constitucional.

El razonamiento constitucional por parte de los tribunales constitucionales es de particular importancia. Así, el enfoque metodológico y la racionalidad de la argumentación son partes cruciales de la legitimidad de las decisiones de los tribunales constitucionales. El uso del conocimiento comparado por parte de los tribunales constitucionales debe cumplir con patrones específicos. El foco con respecto a la legitimidad de la comparación constitucional está en la perspectiva democrática, pero se mueve —a partir de una perspectiva pluralista— hacia el razonamiento constitucional de los tribunales. Entonces, los tribunales constitucionales deben considerar más la importancia del razonamiento constitucional con respecto a la comparación constitucional. Esto fortalecería su legitimidad con respecto al uso del conocimiento constitucional comparado como comunicación constitucional en un plano de redes constitucionales internacionales.

¿ES POSIBLE UN DERECHO CONSTITUCIONAL “TRANSNACIONAL”?

Michele CARDUCCI*
Alessandro ISONI**

Sumario: I. Prefacio: ¿una cuestión de “puntos de vista”? II. ¿Estado de derecho o derecho constitucional? III. Una Constitución para Europa. IV. La Comunidad Europea. V. De la Comunidad Europea a la Unión Europea: ¿el fin de una era? VI. Metáforas e isomorfismos. VII. La Verweltlichung. VIII. El nacimiento de un derecho constitucional “general”. IX. Derecho administrativo global, constitucionalismo cruzado y el régimen de préstamo. X. ¿A quién pertenecen la constitución y el derecho constitucional?

I. PREFACIO: ¿UNA CUESTIÓN DE “PUNTOS DE VISTA”?

Esta contribución pretende concentrarse en algunas cuestiones relacionadas con la existencia de un “derecho constitucional transnacional”, partiendo de la base de que la búsqueda de una respuesta no puede establecerse sobre la simple remoción de conceptos que eventualmente revelaron ser decisivos en el proceso que llevó a la identidad cultural contemporánea del derecho constitucional.

Existe amplio consenso hoy en día de que algunas características del derecho constitucional deberían estar destinadas a ser inútiles.¹ Y, sin embargo, frente a un “globalismo constitucional”, hoy seguimos recurriendo

* Profesor de Derecho Constitucional Comparado, Centro Didattico Euro-Americano sulle Politiche Costituzionali, Universidad de Salento (Brindisi - Lecce)-Italia: michele.carducci@unisalento.it (§ 1-2; 6-10)

** Profesor de Derecho Público, Centro Didattico Euro-Americano sulle Politiche Costituzionali, Universidad de Salento (Brindisi - Lecce)-Italia: alessandro.isoni@unisalento.it (§ 3-5)

¹ Revenga Sánchez, M., “Cinco grandes retos (y otras tantas amenazas) para la democracia constitucional en el siglo XXI”, *Parlamento y Constitución*, núm. 12, 2009, pp. 25 y ss.

a algunas de esas características.² En consecuencia, todo se reduce a una cuestión de “puntos de vista”. En efecto, no podemos negar la existencia de problemas jurídicos verdaderos conducidos por la globalización.³

A pesar de esto, la cuestión de los “puntos de vista” que elegimos al estudiar la realidad global sigue siendo el problema principal en la búsqueda de un “derecho constitucional transnacional”.

En la misma línea, debemos “estudiar” libremente nuestro “punto de vista” para buscar algunas posibles respuestas a estos problemas, evitando pensar que nuestro “punto de vista” es el único capaz de comprender un mundo cada vez más complejo.⁴

II. ¿ESTADO DE DERECHO O DERECHO CONSTITUCIONAL?

El proceso de globalización trajo consigo una nueva clase de ley no escrita fundada en un amplio conjunto de costumbres modeladas por la realidad: en otras palabras, una ley “legitimada” por la situación existente.

Esta “ley global” se caracteriza por algunas marcadas características innovadoras, hasta tal punto que es conocida como “nueva ley global”, especialmente porque es símbolo de un “orden legal” que no se localiza dentro de un “sistema legal”, sino que se caracteriza por una corriente móvil y no sistemática para dar respuesta a las necesidades de la gente.

Debemos observar que en este “nuevo orden global” no hay lugar ni para los ciudadanos, ni para la igualdad como condición social para un derecho mundial a la ciudadanía. La “persona” debe coincidir con el individuo, eliminándose la “constitucionalización de las personas que había promovido el constitucionalismo durante el siglo veinte”.

Esta teoría, aunque es claramente “personalista”, demuestra ser similar a la “teoría de la justicia” de Amartya Sen, según la cual en el complejo mundo contemporáneo sólo se pueden compartir remedios ante las inequidades aunque no una idea común de justicia.

Por estas razones, esta “nueva ley global” parece ser útil para describir la complejidad contemporánea, toda vez que: a) es compatible con varios “sistemas legales” nacionales, independientemente de sus diferencias mu-

² Ackerman, B., “The Rise of World Constitutionalism”, *Virginia Law Review*, núm. 83, 1997, pp. 771 y ss.

³ Pizzorusso, A., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Turín, Giappichelli, 2008.

⁴ Carducci, M., “Coinvolgimento e distacco nella comparazione mondo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLIII, núm. 128, 2010, pp. 595 y ss.

tuas y b) está por fuera de las “grandes narraciones” del constitucionalismo de Estados (ciudadanía, nación, igualdad, identidad, etcétera), principalmente porque está fundado en un meta-lenguaje que puede definirse como una suerte de “esperanto constitucional”. finalmente también, por estas razones, la “nueva ley global” no puede convertirse en un “sistema legal” real y no puede dar origen a un conjunto de leyes vinculantes.⁵

En esta línea, el “nuevo orden” debería parecerse al modelo de *Geodierética* imaginado por Álvaro d’Ors: un espacio abstracto como punto de acceso para la gente, más allá de la soberanía de los Estados, a favor de opciones personales, con una “antroparchia” como forma de gobierno sin una forma de Estado.

Aquí es conveniente subrayar cómo en la mayoría de los análisis sobre la “ley global” utilizan la forma inglesa “Estado de derecho” como síntesis para explicar una manera de “resolver la complejidad”, sin preguntarse ni sobre las raíces semánticas de esta forma ni sobre sus premisas constituidas por el derecho constitucional inglés y americano.⁶

Es muy difícil comprender la *moralidad constitucional de este “nuevo orden global”*, y también es muy difícil comprender si el derecho constitucional ha desaparecido del horizonte de la globalización o, por el contrario, ha sido víctima de represión. Veamos cuál puede haber sido la razón de esta eliminación.

Es común en estos tiempos recurrir a metáforas para dar respuesta a la pregunta de si es posible un derecho constitucional transnacional.⁷ Debemos decir que el término “Constitución” es semánticamente ambiguo, tanto en su costado connotativo como denotativo, lo que da origen a incertidumbres consistentes sobre los términos “constitucionalismo”, “derecho constitucional” y “constitucionalización”.⁸ En esta línea, debería ser útil preguntarse si esta ambigüedad permite utilizarlo sin distinción, en particular referido a fenómenos originales como, por ejemplo, la “ley global”.

Si es verdad que el término “Constitución” es semánticamente ambiguo, debemos preguntarnos si esta ambigüedad permite una utilización promiscua del término frente a nuevos fenómenos jurídicos como la “ley global”. Como es de público conocimiento, surgió la cuestión de la posibi-

⁵ Held, D y McGrew, A. G., *Governing Globalization: Power, Authority, and Global Governance*, Oxford, Blackwell, 2009.

⁶ Mattei, U. y Nader L., *Plunder. When the Rule of Law is Illegal*, Oxford, Blackwell, 2008.

⁷ Neves, M., *Transconstitucionalismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2010.

⁸ Wahl, R., “Konstitutionalisierung. Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?”, en Eberle, C. E. et al., *Der Wandel des States vor den Herausforderungen der Gegenwart. Festschrift für Winfried Brohm*, Múnich, Beck, 2002, pp. 191 y ss.

lidad de hablar de una “Constitución Europea”. Este tema ha mantenido vivo el uso trillado de este término, lo cual eventualmente condujo a desviar de sus “puntos de vista” la atención de los estudiosos del derecho: podemos aquí mencionar el término “constitucionalización de los tratados europeos”, entendido como desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia o, en segundo lugar, la supuesta analogía entre Estados federales y organizaciones supranacionales.⁹ Aparentemente, las metáforas se han nutrido de las similitudes entre los tratados europeos y las Constituciones de los Estados.¹⁰

III. UNA CONSTITUCIÓN PARA EUROPA

Con respecto a esto, el Tratado que establecía una Constitución para Europa firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 fue considerado por todos los observadores como el paso más importante hacia la consecución de la integración europea. Entre una amplia variedad de cambios institucionales, por primera vez en más de cincuenta años no apareció el término “comunidad”, el cual fue sustituido por el de Unión Europea.

Fue una novedad considerable que se evaluó unánimemente como un gran paso adelante en el proceso que había comenzado en Maastricht en 1992. Desafortunadamente, sabemos que la Constitución para Europa fue invalidada por los referéndums francés y holandés.¹¹ Sólo tres años después, el 13 de diciembre de 2007, se firmó en Lisboa un nuevo tratado, menos avanzado que el anterior, que mantenía la decisión de abandonar el término comunidad en favor de Unión Europea, quizá porque todos consideraban que el término Unión permite ventajas más importantes.¹² En principio, eliminaba la doble expresión Comunidad Europea/Unión Europea,

⁹ Biaggini, G., “Die Idee der Verfassung. Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung”, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, núm. 141, 2000, pp. 452 y ss.

¹⁰ Hallstein, W., “The EEC Commission. A New Factor in International Life”, *The International and Comparative Law Quarterly*, núm. 14 (1965), pp. 729 y ss.

¹¹ A. Duff reproduce el difícil camino que eventualmente condujo a la fallida ratificación de la Constitución Europea en *The Struggle for Europe’s Constitution (La lucha por la Constitución Europea)*, Londres, The Federal Trust for Education and Research, 2006. También lo hace Curtin, D. et al. (eds.), *The EU Constitution: the Best Way Forward? (La Constitución ¿el mejor camino hacia adelante?)*, La Haya, TMC Asser Press, 2005.

¹² En realidad, hay un solo punto en el preámbulo del Tratado en donde es posible encontrar el término “comunidad”, cuando los nuevos constituyentes europeos rinden tributo a la integración europea comenzada por las comunidades en la década de los cincuenta del siglo XX.

resultando en más cohesión e inteligibilidad de la arquitectura institucional de la construcción europea, la cual anteriormente sólo se podía explicar acudiendo a imágenes bastante bizarras, por ejemplo, el templo griego.¹³ En segundo lugar, el término unión está en apariencia más próximo al viejo sueño federalista que intentaba crear los Estados Unidos de Europa, siguiendo el ejemplo de los Estados Unidos de América, donde el término “unión” se utiliza como sinónimo para referirse a sí mismos.¹⁴

Entonces, parece que el término unión es más apto para nuestros tiempos, ya que el término comunidad representa un mundo antiguo, que se caracterizaba por una impronta internacional del Tratado y por un funcionamiento críptico de las instituciones europeas. Sin embargo, una aparente operación lingüística neutral, concebida para lograr que el proceso europeo de integración resultara más atractivo, oculta, en nuestra opinión, un significado más importante.

IV. LA COMUNIDAD EUROPEA

En el último siglo, han tenido mucho éxito estudios sobre la “comunidad” como concepto político y sociológico. Desde *Economía y sociedad*, la obra maestra fundamental de Max Weber, que contiene una parte titulada precisamente “Comunidad”, la ciencia política ha reflexionado durante años sobre esta manera antigua y a la vez moderna de organizar las sociedades humanas.

Obviamente, en esta ocasión no nos detendremos mucho sobre este punto, sino que prestaremos nuestra atención al alcance semántico del término comunidad. Como sucede a menudo, también este término tiene raíz latina: en efecto, del término *Communitas* deriva el término inglés *community*; el francés *communauté*; el italiano *comunità*; el español *comunidad*, mientras que el adjetivo alemán *gemein* y el sustantivo *Gemeinschaft* derivan de la raíz indoeuropea común del griego *koinos*.¹⁵

En esta línea, podemos apreciar inmediatamente que el término “comunidad” y sus adjetivos “común” y “comunitario” se refieren a una grieta importante en la sociedad humana, es decir mío/tuyo, público/privado; co-

¹³ Sobre el Tratado de Maastricht véase, entre otros, Corbett, R., *The Treaty of Maastricht: from Conception to Ratification*, Lonesn, Longman, 1995; Duff, A. et al., *Maastricht and Beyond: building the European Union*, Londres, Routledge, 1994.

¹⁴ Sobre la ideología federalista sobre Europa, véase Lipgens, W. (ed.), *A History of European*, vol. 1, *The Formation of the European Unity Movement*, Oxford, Clarendon Press, 1982 y véase Pistone, S. (ed.), *I movimenti per l'Unità europea 1945-1954*, Milán, Jaca Book, 1992.

¹⁵ Sobre este tema véase Benveniste, E., *Le vocabulaire des institutions indo-européenne*, vol. 1, París, Minuit, 1969, pp. 47 y ss.

mún/individual y etcétera. Entonces, podemos decir que “común” es todo lo que no tiene dueño o, mejor aún, lo que pertenece a todos.

Sin embargo, en nuestra hipótesis no tiene importancia. Más allá de la raíz semántica de “comunidad”, ¿no debería interesarnos mucho el análisis etimológico de la *Communitas* latina? Según la corriente principal de pensamiento, podemos decir que *Communitas* es un término complejo que se origina en la unión de otros dos términos, es decir, *cum* y *munus*. Sabemos que *cum* significa “con”, pero es muy difícil tratar de dar un significado al término *munus*, que tenía una caracterización social fuerte y que impulsa una idea de «deber», según lo demuestran tres términos que están estrechamente relacionados con él: *onus*, *officium* y *donum*.¹⁶ El significado de «deber» es bastante claro en los dos primeros términos, aunque resulta muy extraño que este significado esté relacionado con el último término. ¿Por qué un “regalo” debería ser una “obligación”?

Según los estudios magistrales de Marcel Mauss sobre el concepto de “regalo”, está implícito que todo regalo debe ser retribuido: una vez que alguien acepta un regalo (a *munus*), esa persona está obligada a hacer recíproco tal regalo con algún bien o servicio (*officium*) en una cadena ininterrumpida, como lo indica muy bien la forma inglesa del verbo *to take to*.¹⁷ Al interrumpir esta biunicidad, el *munus* no implica la estabilidad de la propiedad, sino que, por el contrario, es una pérdida, un compromiso o un tributo que estamos obligados a pagar.

V. DE LA COMUNIDAD EUROPEA A LA UNIÓN EUROPEA: ¿EL FIN DE UNA ERA?

Entonces, la gente que vive junta en una comunidad tiene en común una obligación, no una ventaja; están unidos no por una propiedad, sino por una obligación, o mejor aún, por una deuda. En otras palabras, los miembros de una comunidad viven en ausencia de algo, de modo tal que podemos decir que el *vacío* es el elemento que caracteriza la esencia de la comunidad misma, obligando a todos los sujetos a buscar su identidad fuera de sí mismos.¹⁸

¹⁶ Véase Zagagi, N., *A note on 'munus', 'munus fungi'*, en *Early Latin*, en Glotta, núm. 60, 1982, pp. 280 y 281.

¹⁷ Sobre el doble sentido de «gift» véase Mauss, M., “Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques”, *Année Sociologique*, I, 1923-1924 y, más recientemente, Starobinski, J., *Largeesse*, París, Réunion des Musées Nationaux, 1994.

¹⁸ Sobre el significado filosófico del término “communitas” véase la reflexión de Esposito, R., *Communitas. The Origin and Destiny of Community*, Stanford, Stanford University Press, 2010.

De esta manera, la comunidad crearía un vínculo indisoluble entre los Estados, o —¿por qué no?—, entre la gente más allá de la misma escala federal (del latín *foedus*, acuerdo) de un pacto.

Si consideramos correctas las reflexiones anteriores sobre el término “comunidad”, también podemos ver cómo algunas reconstrucciones conceptuales de las comunidades europeas emitidas por académicos internacionales de derecho pueden ser engañosas. Ellos dicen que la comunidad es una suerte de “calidad” añadida a los Estados, los cuales continúan siendo los sujetos reales del derecho internacional. La mayoría de las investigaciones jurídicas sobre la dimensión constitucional de la Comunidad Europea se han fundado en lo que consideramos dos premisas inválidas, lo que nos lleva a considerar a la formulación “comunidad europea” como un oxímoron.

La primera premisa tiene que ver con el análisis correcto del término “comunidad”, el cual hace referencia a un universo conceptual que está por fuera de nuestras reconstrucciones constitucionales clásicas del mundo moderno. La mayor parte de los pilares ideológicos del Estado están ausentes en el término comunidad, por ejemplo, los conceptos de “soberanía” o “territorio”. En la primera experiencia de integración europea, la Comunidad Europea de Carbón y Acero, los sujetos reales del proceso de integración fueron los fabricantes, no los Estados, porque la comunidad se ocupaba de la producción y venta de carbón y acero, trayendo a la memoria a los gremios medievales, como lo remarcó en 1961 Feliciano Benvenuto, eminencia italiana del derecho.

Por otro lado, el término europeo también tiene un significado oculto y esto hace muy difícil establecer una conexión con el término comunidad. El concepto moderno de “Europa”, más allá del mito clásico, se remonta al Renacimiento y al Iluminismo, cuando se delinearon las características principales de una identidad europea. Según esta concepción moderna, Europa era considerada una realidad pluralista, compuesta de muchos actores políticos —los Estados— caracterizados por una nueva atribución —la “soberanía”— que les permitía ser amos de la ley dentro de sus propios dominios y tener una relación de igualdad con los otros Estados. El nuevo mapa de Europa, salpicado por muchos Estados, representaba la sustitución de viejas creencias que durante la Edad Media habían concebido a Europa como una entidad homogénea, unificada por una religión cristiana común y la herencia del derecho romano. La *Respublica Christiana* medieval puede considerarse una suerte de comunidad y la decisión de llamar comunidad a la experiencia internacional comenzada en 1951 con la firma del Tratado de París es significativa de la voluntad de abandonar un marco político e imaginar un nuevo comienzo para un continente en ruinas después

de la Segunda Guerra Mundial. En el momento del lanzamiento del plan Schuman, surgió un nuevo concepto para explicar la nueva dimensión de la futura organización europea: la supranacionalidad.¹⁹ Esta, al igual que comunidad, a nuestro entender parece tener un *ethos* particular y más avanzado que federal, término utilizado como contraseña por todos los movimientos europeos. Estrechamente ligado a la historia americana, el término “federal” se refiere de todas maneras a un pacto (*foedus*) entre Estados, siempre conservando éstos el poder real. Por el contrario, supranacional es una palabra original para indicar un nuevo modelo de integración, donde los Estados han perdido su liderazgo y se han convertido en los beneficiarios reales de la organización internacional, o mejor aún, *sui generis*, gracias a la dimensión irénica y supranacional de la comunidad.²⁰ En esta línea, podemos decir que supranacional y comunidad son gemelos siameses porque dentro del significado de supranacional estaría, aunque de manera inconciente, el significado original de *communitas* y también una referencia a aquella *Respublica Christiana* que caracterizó a Europa antes del nacimiento de los Estados.²¹ La Comunidad Europea como nuevo espacio *constitucional* (*cum-sto*, es decir, vivo con) pondría a prueba un nuevo *modus vivendi* en las relaciones internacionales, caracterizadas por la cooperación económica y la paz.²²

VI. METÁFORAS E ISOMORFISMOS

Sin embargo, la profusión de estas metáforas nos ha causado una pérdida de “puntos de vista”, lo cual es posible resumir de la siguiente manera.

Cuando hablamos hoy de Constituciones, las relacionamos con una Grundgesetz de un *orden legal que definimos como Estado*.²³ En 1966, una eminencia italiana del derecho internacional, Giuseppe Barile, señaló cómo el

¹⁹ Sobre este punto, véase Haas, E. B., *Beyond the Nation State*, Stanford, Stanford University Press, 1964; Heathcote, N., “The Crisis of European”, *Journal of Common Market Studies*, núm. 5, 1966, pp. 140-171, y Weiler, J. H. H., “The Community System: The Dual Character of Supranationalism”, *Yearbook of European Law*, vol. 1, 1981, pp. 267-306. Para una interpretación histórica, véase el libro editado por Kaiser, W. et al., *The History of the European Union. Origins of a trans- and supranational polity 1950-1972*, Londres, Routledge, 2009.

²⁰ Sobre la novedad que este concepto representa, véanse las reflexiones expuestas por Thieme, G., “Supranationalität als Novum in der Geschichte der internationalen Politik der fünfziger Jahre”, *Journal of European Integration History*, vol. 4, núm. 2, 1998, pp. 5-21.

²¹ Hay, P., *Federalism and Supranational Organizations. Patterns for new Legal Structures*, Urbana, Univ. of Illinois Press, 1966.

²² Häberle imagina un espacio constitucional europeo, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Roma, Carocci, 2001, específicamente pp. 113-150.

²³ Aguiló, J., *La Constitución del Estado constitucional*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2004.

Estado, como consecuencia de la integración europea, no debería haber “desaparecido” simplemente porque el orden legal doméstico se iba a abrir hacia la ley de la CE y hacia una ley “transnacional” fundada en el mutuo reconocimiento de:

Principios de derechos espontáneo, revelados en concreto, sin límites de forma o de fuentes de hechos históricos, políticos, morales, jurídicos, etc..., que, en un dado momento histórico, se presentan con tal grado de imperativo a la conciencia de la comunidad delimitada por el mismo ordenamiento estatal, para ser implementados, cual es el sistema de reglas.²⁴

Fuera del horizonte cognitivo representado por el Estado como *orden legal*, muchas teorías describen presumidas Constituciones supranacionales, internacionales y globales²⁵ de manera retórica e ideológica²⁶ para legitimar la realidad en vez de describirla.²⁷ Esto significa que esta clase de lenguaje metafórico se expresa a través de remociones en vez de comparaciones diacrónicas o sincrónicas: refleja las ideologías de la globalización y no tiene como objetivo comprender la realidad global.²⁸ Este lenguaje no tiene interés en investigar la verdad. Le interesa investigar el problema de la consistencia de sus premisas.²⁹ Como consecuencia, es el léxico (como convención) lo que da origen a las instituciones según una racionalidad formal.³⁰

De esta manera, cada punto de vista debe coincidir con elecciones lingüísticas, sin más horizontes cognitivos y, además, sin aquellos “colectivos singulares”³¹ —como el Estado— que la historia ha entregado a la humanidad³² para conocer y comprender la realidad.³³

²⁴ “*Limiti all’attuazione dei diritti europei e stranieri nell’ambito delle comunità statali*” en Comunicazioni e studi, pp. 91 ss., n. 12, 1966, pero también *Diritto internazionale e diritto interno*, Milán, Giuffré, 1957, pp. 449 y ss.

²⁵ Fassbender, B., “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, *Columbia Journal of Transnational Law*, t. 36, núm. 3, 1998, pp. 529 y ss.; von Bogdandy, A., “Constitutionalism in International Law”, *Harvard International Law Journal*, núm. 47, 2006, pp. 223 y ss.

²⁶ Itzcovich, G., *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Turín, Giappichelli, 2006.

²⁷ Gordon, M., “Don’t copy me Argentina: Constitutional Borrowing and Rhetorical Type”, *Washington University Global Law Review*, núm. 8, 2009, pp. 487 y ss.

²⁸ Águila, R. del, *Crítica de las ideologías. El peligro de los ideales*, Madrid, Taurus, 2008.

²⁹ Ayer, A., *Linguaggio, verità e logica*, Milán, Feltrinelli, 1961.

³⁰ Lima Guerra, M., “O que è um juiz?”, *Pensar. Revista das Ciências Jurídicas*, t. 15, núm. 2, 2010, pp. 514 y ss.

³¹ Delmas-Marty, M., *Les forces imaginantes du droit, (III) La refondation des pouvoirs*, París, Seuil, 2007, pp. 163 y ss.

³² Kosellek, R., *Futuro presente*, 1979, Genova, Marietti, 1986.

³³ Morand, Ch.-A., “Le droit saisi par la mondialisation: définitions, enjeux et transfor-

Paradójicamente, el Estado viene a la luz con el proceso de integración europea para distinguir entre el *constitucionalismo multi-nivel*, capaz de dar vida a las simples experimentaciones *Verfassungsverbund* y *Staatenverbund*. La nueva formulación *constitucionalismo multi-nivel* es la traducción al castellano de la *Verfassungsverbund* alemana, sugerida por I. Pernice para describir el orden legal constitucional europeo.³⁴ Esto se debe a que la Unión Europea “forma un sistema constitucional compuesto de un nivel nacional y de un nivel transnacional de poder público legítimo, los cuales se influyen mutuamente; todo lo cual implica ciudadanos más o menos diferenciados o, sujetos de derecho”.

A partir de este “punto de vista”, es posible comparar *Verfassungsverbund* con otros órdenes leales supranacionales, aunque dicha conceptualización se adapta exclusivamente a la Unión Europea, porque todos los otros experimentos (Mercosur, Sica, Nafta y otros) se caracterizan sólo por algunas características supranacionales y por eso es mejor hablar de *Staatenverbunden*, según lo sugiere P. Häberle.

Este enfoque teórico demuestra cómo los horizontes cognitivos reciben influencia de una historia imborrable representada por el Estado como “colectivo singular” de las relaciones externas.³⁵

Y, sin embargo, el ejemplo de la Unión Europea es paradigmático. El proceso de integración tuvo como resultado una *Verfassungsdurchbrechung*,³⁶ una *Dauerhafte Konsensfähigkeit*,³⁷ un *Fraude à la Constitution*³⁸ o, incluso, una *Wandelverfassung*:³⁹ desde la cambiante constitución (*Verfassungswandlung*), den-

mations”, en Morand, Ch.A., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruselas, Bruylant, 2001, pp. 81 y ss.

³⁴ Pernice, I., “Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited”, *Common Market Law Review*, núm. 36, 1999, pp. 703 y ss.; “Multilevel Constitutionalism in the European Union”, *European Law Review*, núm. 27, 2002, pp. 511 y ss.

³⁵ Tomuschat, C., “Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit”, en Isensee, J. y P. Kirchhof, P., hrsg, *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, Müller, 1992, pp. 483 y ss.

³⁶ D. Murswiek, “Maastricht und die Pouvoir Constituant”, *Der Staat*, núm. 32, 1993, pp. 161 y ss.; Hufeld, U., *Die Verfassungsdurchbrechung. Rechtsprobleme der Deutschen Einheit und der europäischen Einigung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997.

³⁷ Herbst, Th., *Legitimation durch Verfassungsgebung. Ein Prinzipienmodell der Legitimität staatlicher und supranationaler Hoheitsgewalt*, Baden-Baden, Nomos, 2003.

³⁸ Sabète, W., *Pouvoir de révision constitutionnelle et droits fondamentaux*, Rennes, Pur, 2005.

³⁹ Ipsen, H. P., “Die Verfassungsrolle des Europäischen Gerichtshofs für die Integration”, en Schwarze, I., hrsg, *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz*, Baden-Baden, Nomos, 1983, pp. 82 y ss.; Schuppert, G. F., “Anforderungen an eine Europäische Verfassung”, en Klingmann, H.-D. y Neidhardt, F., hrsg, *Zur Zukunft der Demo-*

tro de los límites de *Dispositives Recht*, logró llegar, a través del diálogo y las decisiones, a la Constitución del cambio. En otras palabras, la integración europea *Wandel-Verfassung* no es simplemente un “cambio de Constitución” sino una “nueva Constitución”.⁴⁰ Para resumir, esta “comunicación transjudicial” parece ser más “global” que doméstica, porque sus efectos desbordantes son más fuertes dentro de los Estados y sus sistemas constitucionales.

VII. LA *VERWELTLICHUNG*

Por otro lado, es precisamente el término Estado el que nos permite dar respuesta a la pregunta de si es posible un derecho constitucional “transnacional”. El “transconstitucionalismo”, como fenómeno jurídico, no puede confundirse o compararse con el transjuridicismo que se conoció en otros tiempos. En particular, no puede compararse al pluralismo jurídico medieval en sus relaciones entre derecho canónico, romano, comunitario, real y feudal. La causa reside en el hecho de que durante la era premoderna el pluralismo no se avocaba a reales problemas constitucionales, es decir, a asuntos relacionados con la legitimidad del poder, a su control jurídico, a la democracia, a la ciudadanía y otros.⁴¹

Según lo ha demostrado E.-V. Böckenförde en sus trabajos, el costado constitucional del pluralismo jurídico tuvo su origen sólo después de la *Verweltlichung*, es decir, el proceso de secularización que tuvo lugar en Europa con la sustitución de la unidad religiosa medieval. Sólo en este contexto parece la política sufrir la influencia del paso del tiempo y así se volvió cambiante, permitiendo el surgimiento de una estrecha conexión entre *Verfassung* y *Wandlung*, Constitución y cambio. Dicha hipótesis interpretativa es importante por al menos tres razones:

- a) La *Verweltlichung* condujo al nacimiento de los Estados secularizados.
- b) La *Verweltlichung* separó el derecho privado de las relaciones entre los Estados; el aspecto privado, sobre el cual el Estado tiene gran poder,

kratie. Herausforderungen im Zeitalter der Globalisierung, Berlin, WZD-Jahrbuch, Sigma, 2000, pp. 246 y ss.; Brunkhorst, H., “A Polity without a State? European Constitutionalism between Evolution and Revolution”, en Eriksen, E. O. et al. (eds.), *Developing a Constitution for Europe*, Londres, Routledge, 2004.

⁴⁰ Brunkhorst, H., “A Polity without a State? European Constitutionalism between Evolution and Revolution”, *Arena Working Paper*, núm. 14, 2003.

⁴¹ Bermann, H. J., *Law and the Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1983.

del ámbito internacional, donde, precisamente, sólo podían operar los Estados.

- c) La *Verweltlichung* permitió que se escribieran “Cartas”, “Compromisos” y finalmente “Constituciones”.⁴²

Cuando algunos eruditos del derecho comparado hoy definen al derecho transnacional como una dimensión tanto del derecho privado como del público, está claro que van a adoptar un punto de vista científico que anula esta importante premisa histórica.⁴³

El asunto también puede considerarse desde otra perspectiva: *Verfassung* y *Wandlung* significan Constitución y cambio, es decir, la formulación de un compromiso para convivir. La escritura secular, derivada del proceso de *Verweltlichung* se ha utilizado para definir el límite espacial de esta vida en común.⁴⁴ En otras palabras, la redacción constitucional y el territorio del Estado han tenido la misma narración histórica.

De esta manera, es fácil comprender, como bien lo notó Pedro de Vega García, por qué el derecho constitucional está obligado a abordar las espinosas cuestiones de tiempo y espacio para adquirir características históricas y concretas. La Constitución no puede ser comprendida como una entidad normativa independiente sin su propia historia y geografía.⁴⁵ Esta premisa admite que es imposible imaginar una Constitución sin un Estado, en contra de la opinión de algunos apologistas del “globalismo”.⁴⁶ Como lo hemos experimentado en la Unión Europea, la existencia histórica del Estado es la presunción de la existencia de la Constitución, anterior al concepto abstracto de “soberanía”.⁴⁷ Pero la Constitución no es producida exclusivamente por la redacción. Y, sobre todo, no es suficiente escribir la palabra “Constitución” para tener el nexo compuesto de positivización y constitucionalización, como lo hemos visto en la Unión Europea.

⁴² Mohnhaupt, H. y Grimm, D., *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von Antike bis zur Gegenwart*, Berlín, Duncker & Humblot, 1995, pp. 45 y ss.

⁴³ Zumbansen, P., “Transnational Law”, en Smits, J. (org.), *Encyclopedia of Comparative Law*, Londres, Edward Elgar, 2006, pp. 738 y ss.

⁴⁴ Northrop Frye, *La scrittura secolare*, Bolonia, Il Mulino, 1976.

⁴⁵ Vega García, P. de, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, 1998, pp. 30 y ss.

⁴⁶ Beaud, O., *La Puissance de l'Etat*, París, PUF, 1994, pp. 208 y ss.

⁴⁷ Heller, H., “Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts”, *Gesammelte Schriften*, 2a. ed., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, vol. 2, pp. 68 y ss.

En realidad, la *Verweltlichung* debe satisfacer dos necesidades de la Constitución: por un lado, el consenso sobre valores básicos y, por otro lado, la persistencia del derecho constitucional como pilar del orden legal. La transcripción de valores y reglas en la Constitución produce la certeza legal sobre el conocimiento mismo de las reglas, sobre las atribuciones de los poderes y, por último, sobre la previsibilidad de las conductas. De esta manera, la redacción fija la misma exclusividad del Estado y su autosuficiencia como marco legal.

Además, la totalidad del Estado y la Constitución, producto de la *Verweltlichung*, está en el fondo del lenguaje universalista del constitucionalismo. Todos los textos constitucionalistas reflejan este nexo compuesto de universalización y especificación, con distintos grados de declinación dependiendo de tradiciones culturales o de técnicas distintas.

VIII. EL NACIMIENTO DE UN DERECHO CONSTITUCIONAL “GENERAL”

Si la *Verweltlichung* combina el Estado, la Constitución, el constitucionalismo y la redacción, el horizonte cognitivo del Estado afecta también al “punto de vista” que llamamos “constitucionalización”. En este sentido, la constitucionalización no es una simple positivización, sino que también se refiere a una interpretación del texto. El horizonte cognitivo del Estado también permite la comparación constitucional sobre el uso de los textos. Según lo observó K. Loewenstein,⁴⁸ comparación no significa buscar metáforas comunes o convenciones lingüísticas, sino que, por el contrario, significa investigar los cambios dentro de los Estados. El parlamentarismo europeo se ha centrado de igual manera en el control parlamentario y en la revisión judicial.⁴⁹ La redacción, el cambio y el control de cambio se volvieron las marcas de identificación del derecho constitucional.⁵⁰ En los Estados Unidos este proceso ha sido similar, según lo demuestra el debate sobre las “lecturas cambiadas.”⁵¹ El texto constitucional, como producto del pasado, redactado utilizando un lenguaje típico de una cierta época, obliga a los jueces a respetar, por un lado,

⁴⁸ Loewenstein, K., *Verfassungslehre*, Tübingen, Mohr, 2000.

⁴⁹ Scheuner, U., “Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jh”, en Starck, Ch., hrgs, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, Mohr, 1976, vol. I, pp. 98 y ss.; Carducci, M., *Controllo parlamentare e teorie costituzionali*, Padua, Cedam, 1996.

⁵⁰ Soares, R. E., *Direito Público e sociedade técnica*, Coimbra, Atlántida, 1969.

⁵¹ Lessig, L., “Understanding Changed Readings: Fidelity and Theory”, *Stanford Law Review*, núm. 47, 1994, pp. 405 y ss.

el *significado original del texto*, y, por otro lado, a interpretar las *invocaciones constitucionales*.⁵²

En breves palabras, las estrechas conexiones entre redacción, espacio y tiempo de la Constitución, también donde se usa el Estado de derecho para promover el cambio, obligan a utilizar algunas *suposiciones de fondo*, que son esenciales para producir reconocimiento de la Constitución.⁵³

La *Verweltlichung* dio origen al capitalismo, del cual derivaron el liberalismo y el constitucionalismo moderno, con las ideas relacionadas de jerarquía social y libertad económica. El constitucionalismo liberal ha sido la ideología política más efectiva para la paz y la estabilidad que la nueva sociedad capitalista necesitaba.⁵⁴ Las mismas Revoluciones americana y francesa tuvieron como resultado un nuevo orden político-constitucional basado en el constitucionalismo como límite al poder.⁵⁵

Las conexiones entre Estado/Constitución/economía determinaron las dos excepciones históricas de Occidente relatadas por Otto Hintze:⁵⁶

- a) La estrecha conexión entre la Constitución y la administración pública.
- b) El nexo entre el campo internacional y los asuntos domésticos.

Estas dos excepciones junto con la conquista del derecho constitucional como redacción, disponibilidad, cambio y control también definen la necesidad de un nuevo marco para el derecho constitucional.⁵⁷

La redacción constitucional debe racionalizar el poder en una doble dirección:

- a) No sólo definiendo las clases de disponibilidad de texto, para evitar algunos posibles abusos.
- b) Sino también para evitar que las instituciones estén al servicio de *élites*.

⁵² Schauer, F., "Constitutional Invocations", *Fordham Law Review*, núm. 65, 1997, pp. 1437 y ss.

⁵³ Levinson, S., "Translation: Who Needs It?", *Fordham Law Review*, núm. 65, 1997, pp. 1460 y ss.

⁵⁴ Vivarelli, R., *I caratteri dell'età contemporanea*, Bolonia, Il Mulino, 2005.

⁵⁵ Schnurr, R., *Revolution und Weltbürgerkrieg*, Berlín, Duncker & Humblot, 1983, pp. 129 y ss.

⁵⁶ Colombo, A., "Spazio, istituzioni e politica estera in Otto Hintze", *Filosofia Politica*, núm. 1, 2011 e *ivi* Hintze's bibliography, pp. 11 y ss.

⁵⁷ Mirkine-Guetzévitch, B., *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, París, Giard, 1931.

El derecho constitucional racionalizado ha sido utilizado para diferenciar a las *élites* dentro de las instituciones, de las instituciones *elitistas*, las cuales podrían ser totalitarias y estar influenciadas por la sociedad capitalista.⁵⁸

IX. DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL, CONSTITUCIONALISMO CRUZADO Y EL RÉGIMEN DE PRÉSTAMO

Como todo el mundo sabe, el “derecho constitucional general” parece ser reemplazado por el más moderno “derecho común constitucional”.⁵⁹ Pero también sabemos que estas dos concepciones no eran sinónimos en el constitucionalismo del siglo XX. La primera es una expresión nacida durante la época del así llamado “derecho político”, mientras que la segunda es consecuencia del advenimiento del así llamado “derecho cultural”.⁶⁰

Sin embargo, a pesar de esta distancia, la cuestión que llevó a los estudiosos del derecho a inventar estas dos formulaciones tiene origen en el “punto de vista” que se adopte al analizar a los Estados. Una vez más, encontramos las mismas cuestiones: redacción, disponibilidad, cambio y control.

Con respecto a este tema el derecho constitucional general apuntaba a consolidar el conocimiento y la comprensión de las condiciones necesarias para “racionalizar el poder”, mientras que el derecho común constitucional se desarrolló gracias al análisis de las decisiones de tribunales.⁶¹ En esta línea, si el primero se dedicaba a la forma de gobierno y al derecho parlamentario, el segundo se interesaba en estudiar el derecho adjetivo como expresión de la racionalidad constitucional.⁶²

De esta manera, el tema que concierne a la disponibilidad del texto es un prerequisite para la “legalidad” de las relaciones entre los poderes públicos —uno de los puntos de mayor fuerza en el proceso de “racionali-

⁵⁸ McIlwain, C. H., *Constitutionalism in the Changing World*, Cambridge, Cambridge U. Press, 1939.

⁵⁹ Häberle, P., “Derecho constitucional común europeo”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 79, 1993, pp. 13 y ss.

⁶⁰ Pizzorusso, A., “Fonti “politiche” e fonti “culturali” del diritto”, *Studi on. E.T. Liebman*, Milán, Giuffrè, 1979, vol. I, pp. 327 y ss.; Romboli, R., “La “crisi della legge” nell’evoluzione del rapporto tra “diritto politico” e “diritto culturale”. L’attività creativa di diritto della Corte costituzionale e dei giudici comuni”, *Parlamento y Constitución*, núm. 12, 2009, pp. 73 y ss.

⁶¹ Cappelletti, M., *Giudici legislatori?*, Milán, Giuffrè, 1984, p. 126.

⁶² Eto Cruz, V. y Ferrer Mac-Gregor, E., *Ensayos de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2004.

zación” invocado por el derecho constitucional general— da lugar a la disponibilidad de derechos personales, garantizados por el juicio.⁶³

En efecto, si definimos “globalismo jurídico” como una simple pérdida de soberanía del Estado, al mismo tiempo perderemos la historia de las Constituciones *Verweltlichung*. No es accidental que el “derecho global” se describa como “ilimitado” y, en consecuencia ha aceptado todo: desde las ideas “inconstitucionales” hasta la “ingeniería constitucional”, dedicada solamente a algunos derechos básicos.⁶⁴ Algunos estudiosos del derecho aseveran que la ocupación constante de los campos de poder en el espacio del derecho global deberían llevar a la institucionalización de poderes nuevos y sin nombre.⁶⁵ La práctica jurídica, imaginada como un *Estado de derecho sin derecho constitucional*, debería surgir como una “estrategia cognitiva nueva”, que eventualmente llevara a una juristocracia considerada como una real institucionalización de *élites*.⁶⁶ Por otro lado, fue Ran Hirschl quien revitalizó la teoría de las *élites* para explicar el nuevo constitucionalismo global representado por el “diálogo judicial” sin revisión de los procedimientos democráticos.⁶⁷

En medio de esta situación incómoda, hay algunos que están felices de ver lo que está sucediendo en el constitucionalismo global. Por ejemplo, los defensores del *derecho administrativo global* consideran positivo que las dos “excepciones históricas” de Occidente han sido retiradas del mundo moderno.⁶⁸ De esta manera, pueden hablar tanto de “derecho público global”⁶⁹ como de “gobernanza global”, en la cual “el rol central lo tiene la administración más que la política”.⁷⁰

⁶³ Pizzetti, F.G., *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milán, Giuffrè, 2003, pp. 243 y ss.

⁶⁴ Sobre este punto, véase, por un lado, Scheppele, K. L., “The Migration of Anti-constitutional Ideas: the Post-9/11 Globalization of Public Law and the International State of Emergency”, en Choudhry, S. (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge U. Press, 2003, pp. 347 y ss. Y, por otro lado, López Guerra, L., “Algunas reflexiones sobre la ingeniería constitucional”, *Parlamento y Constitución*, núm. 12, 2009, pp. 9 y ss.

⁶⁵ Croce, M., *Sfere di dominio. Potere e democrazia in era globale*, Roma, Meltemi, 2008 y *La conquista dello spazio giuridico. Potere statale e amministrazione della giustizia*, Napoels, ESI, 2008.

⁶⁶ Baudenbacher, C., “Judicial Globalization: new Development or Old Wine in New”, *Texas International Law Journal*, núm. 38, 2003, pp. 205 y ss.

⁶⁷ Hirschl, R., *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge Mass., Harvard U. Press, 2004.

⁶⁸ *Law and Contemporary Problems*, vol. 68 (summer/autumn 2005), Kingsbury, B. et al. (eds.), *The Emergence of Global Administrative Law*.

⁶⁹ Cananea, G. della, *Principi di diritto pubblico globale*, Bolonia, Il Mulino, 2009.

⁷⁰ Cassese, S., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 19, y *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

Por otro lado, esta filosofía del sistema vive de la cooperación entre *constitucionalismo cruzado* y *préstamo*: el “diálogo” entre los jueces y los pedidos y préstamos entre los distintos órdenes legales.⁷¹ En realidad, este “diálogo” a veces parece no ser real, mientras que el *préstamo* no es otra cosa que “un elemento básico de la toma de decisiones constitucionales”.⁷² Tomar esto como punto de partida para declarar el nacimiento de una comunidad global de jueces parece ser un maravilloso velo de la imaginación.⁷³ En nuestra opinión, el *préstamo* es más una justificación que una descripción exacta del fenómeno.⁷⁴

Después de todo, estos nuevos expertos en derecho no parecen estar interesados en descubrir cómo se utilizan los términos *préstamo* y *constitucionalismo cruzado* dentro de los Estados, con la creencia de que las mismas actividades de préstamo y diálogo dan lugar a comparaciones. Está claro que quedarse en la dimensión etérea que caracteriza al “diálogo” hace prácticamente imposible comprenderlo.⁷⁵

En una palabra, el derecho constitucional ya no es un *diktat constitucional*, sino una “conversación constitucional” irénica y tranquilizadora, incapaz de reducir el poder sino sólo de inmunizarlo por medio de “aproximaciones técnicas para la resolución de problemas”.⁷⁶ Lo mismo les sucede a quienes se involucran en disputas según el sistema de préstamo, con el foco que se mueve desde los que resuelven disputas a las disputas mismas.

“Préstamos” y “diálogos” han sido siempre resultado de relaciones asimétricas. Esto implica que los “préstamos” y los “diálogos” dan origen no a una mera “escucha” sino a recibos que pesan sobre la gente, los órganos

⁷¹ Davis, D. M., “Constitutional borrowing. The Influence of Legal Culture and Local History in the Reconstitution of Comparative Influence: the South African Experience”, *International Journal of Constitutional Law*, t. 1, núm. 2, 2003, pp. 181 y ss.; Epstein, L.; Knight, J., “Constitutional Borrowing and Non Borrowing”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 3, 2003, pp. 196 y ss.

⁷² Tebbe, N.; Tsai, R.L., “Constitutional Borrowing”, *Michigan Law Review*, núm. 108, 2010, pp. 459 y ss.

⁷³ Slaughter, A.-M., “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, núm. 44, 2003, pp. 191 y ss.; Kahn, P. W., “Interpretation and Authority in State Constitutionalism”, *Harvard Law Review*, núm. 106, 1993, pp. 1163 y ss.

⁷⁴ Choudry, S., “Globalization in Search of Justification: Towards a Theory of Comparative Constitutional Interpretation”, *Indiana Law Journal*, núm. 74, 1999, pp. 819 y ss.

⁷⁵ Richards, S.W., “Survey Article: The Legitimacy of Supreme Courts in the Context of Globalization”, *Utrecht L. Review*, núm. 3, 2008, pp. 104 y ss.

⁷⁶ Weiler, J. H. H. y Haltern, U. R., “The Autonomy of the Community Legal Order. Through the Looking Glass”, *Jean Monnet Working Paper*, núm. 10, 1996, disponible en: www.jeanmonnetprogram.org/papers/9610.html.

y las reglas. El gran experto en derecho romano Paul Koschaker decía que la historia siempre ha conocido sólo dos clases de recibos: *ratione imperii* y *imperio rationis*, poniendo énfasis en cómo la primera clase en general viene antes que la segunda.⁷⁷

Es un misterio cómo este fenómeno no sucede con el *préstamo* y el *constitucionalismo cruzado*, aunque todo el mundo sabe que “la paradoja teórica de la constitucionalización y la democratización es reemplazada por la secuencia lógica de la necesidad práctica”.⁷⁸

X. ¿A QUIÉN PERTENECEN LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL?

Para resumir, ¿quiénes son los amos de la Constitución y del derecho constitucional?⁷⁹ Esta nueva pregunta es la única realmente útil para todos los que buscan un derecho constitucional transnacional.⁸⁰ Tomando esta suposición como punto de partida podemos sugerir algunas líneas de investigación.

En primer lugar, debemos rescatar una referencia antropológica para comprender los cambios sociales. Frente a estos nuevos poderes, tanto “pos-modernos” como “premodernos”, debemos sostener el principio democrático como una condición esencial del Estado, para medir el desarrollo humano, más allá del simple campo transnacional del “diálogo” entre jueces.⁸¹

En segundo lugar, la redacción de la Constitución, especialmente como consecuencia de la *Verweltlichung*, ha representado el único logro humano en el intento de definir un mundo secular. Resulta bastante peculiar que este modelo ha caído en crisis justo ahora que vamos a conocer una vida humana “global” en común.

Por último, la Constitución espera y exige ser el estatuto jurídico del campo político. Pensar que el costado político pueda estar limitado por una simple limitación de la soberanía de los Estados es poco realista.

⁷⁷ Koschaker, P., *Europa und das römische Recht*, Múnich-Berlín, Beck, 1947.

⁷⁸ Floridia, G., “Il costituzionalismo “a sovranità limitata” tra paradosso e necessità”, en Orrù, R. y Scianella, L. G., cur, *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Turín, Giappichelli, 2004, pp. 16 y ss.

⁷⁹ Aláez, B., *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-TC, 2006.

⁸⁰ Bidart Campos, G. J., *Transformaciones constitucionales en la postmodernidad: pensando al puente al 2001 desde el presente y el futuro*, Buenos Aires, Ediar, 1999.

⁸¹ Ramacciotti, B. M., *Democracia y derecho internacional en América Latina*, Córdoba, Lerner, 2009.

En esta línea, es muy importante que el derecho constitucional continúe siendo “político” y “general”, y no solamente “cultural” y “común”. De otra manera, no debe sorprendernos la existencia de estudios constitucionales que se limitan a derechos fundamentales, pero que dejan de lado el trabajo para alejarse de la política y dar lugar a algunos temas —como gobernanza— desarrollados por algunos expertos en derecho administrativo y ciencia política.⁸²

Ciertamente, en el *régimen de préstamo* los jueces “dialogan” para poner en acción los derechos. Pero, ¿podemos imaginar que en el orden constitucional global el *Sollen* se limite a sus conversaciones? ¿Es posible que la *Ver-Fassung*, que nace de la secularización, se convierta en una *Ver-Wertung*⁸³ compuesta de conversaciones de “forma libre”, de las cuales está ausente una redacción constitucional, y por eso no está atada a lograr objetivos políticos que son decididos por todos?⁸⁴ Y en Europa, donde la así llamada “herencia constitucional europea” se superpone, en términos amplios, con el “derecho adjetivo europeo”, la misma se ve conducida por la preponderancia de la Corte Europea de Justicia sobre las supremas cortes nacionales.⁸⁵

Para concluir, es fácil entender no sólo por qué estos jueces globales se sienten a menudo solitarios, sino también por qué se consideran ellos mismos como una suerte de “super-ego”, que regula una sociedad secular sin alternativas.⁸⁶

⁸² Stoker, G., “Governance as Theory. Five Propositions”, *International Social Science Journal*, núm. 50, 1998, pp. 17 y ss.

⁸³ Schmitt, C., *La tiranía dei valori*, Milán, Adelphi, 2008, pp. 30 y ss.

⁸⁴ Pace, A., “Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori”, en Azzariti, G., cur, *Interpretazione costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2006.

⁸⁵ Ruggeri, A., “Il diritto costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali”, en *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti. XIV. Studi dell’anno 2010*, Turín, Giappichelli, 2011, pp. 504 y ss.; Giovannetti, T., *L’Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell’integrazione europea*, Turín, Giappichelli, 2009.

⁸⁶ Nitrato Izzo, V., “La solitudine del giudice globale, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*”, 2006, pp. 255 y ss., y Maus, I., “Justiz als gesellschaftliche Über-Ich”, en Faulstich, W. y Grimm, G. E., hrsg, *Sturz der Götter*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1989, pp. 121 y ss..

¿HASTA DÓNDE DEBEN LLEGAR LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS? LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ANTE LOS FENÓMENOS DE JUDICIALIZACIÓN Y DE ACTIVISMO JUDICIAL*

Mônia Clarissa HENNIG LEAL**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La jurisdicción constitucional en el orden democrático: los tribunales constitucionales como “señores de la Constitución”*. III. *Judicialización y activismo judicial: dos caras de la misma moneda, aunque no necesariamente la misma moneda*. IV. *Los tribunales internacionales de derechos humanos: ¿la realización de los derechos humanos justifica todo?* V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

La jurisdicción constitucional ha ganado gran relieve en el contexto del Estado constitucional de derecho, en cuanto que la misma garantiza la vigencia de la Constitución y de los derechos fundamentales. Su prominencia se deriva, a su vez, de la propia centralidad y supremacía que caracterizan sus

* Este artículo es el resultado del proyecto de investigación titulado “El *amicus curiae* como instrumento de realización de una Jurisdicción Constitucional abierta: análisis comparativo entre los sistemas brasileño, alemán y norteamericano y de la efectividad de las decisiones del Supremo Tribunal Federal”, financiado por el Consejo Nacional de Desenvolvimento Científico y Tecnológico-CNPq y por la Fundación Amparo a la Investigación de Rio Grande de Sul-FAPERGS. El presente texto integra, también, los estudios realizados junto al grupo de investigación “Jurisdição Constitucional aberta”, del Programa de Postgrado en Derecho —máster y doctorado de la Universidad de Santa Cruz del Sul— UNISC, vinculado al CNPq, de lo cual la autora es coordinadora.

** Doctora en derecho por la Universidad del Valle del Río de los Sinos, Unisinos, con investigación de tesis realizada junto a la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, en Alemania. Investigadora con convenio de la Cátedra de Derecho Público y del Estado de la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg. Profesora del Programa de Posgrado en Derecho-Máster y Doctorado de la Universidad de Santa Cruz do Sul, UNISC, donde enseña las disciplinas de Jurisdicción Constitucional y Control Jurisdiccional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordinadora del Grupo de Investigación “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado al CNPq. Becaria de productividad en investigación del CNPq.

objetos de control. En este proceso, con todo, al ejercer sus competencias, los tribunales constitucionales son criticados y cuestionados con respecto a los límites —y la legitimidad— de su actuación. Palabras como “judicialización” y “activismo judicial” aparecen, entonces, de forma recurrente. En el mismo sentido, también los tribunales internacionales han ganado relieve en los últimos años, actuando de forma cada vez más intensa en la protección de los derechos humanos. Así, el objetivo de este trabajo es determinar si, y en qué medida, este marco de análisis puede, también, ser aplicado a los tribunales internacionales.

Aquí se enfrentarán algunos de los aspectos centrales de esta discusión. Su objeto es, por lo tanto, más una contribución a la clarificación del debate descrito, que la búsqueda de una respuesta para el problema de los límites de su actuación directamente. Siendo así, se delineará, en un primer momento, una rápida evolución histórica acerca de la jurisdicción constitucional y de los aspectos que conducen a las nociones de “judicialización” y “activismo judicial”. Estas nociones serán abordadas en un segundo punto para, entonces, buscar contrastar la aplicación de aquellos conceptos a los tribunales internacionales. Para finalizar, en el último tópico, se intentará analizar algunas de las dificultades teóricas e imprecisiones terminológicas que estas categorías presentan. Esto es importante tanto para una reflexión adecuada como para el establecimiento de patrones claros de actuación en esos tribunales. Lo que se pretende, por lo tanto, es contribuir a una mejor comprensión de estos aspectos, para que se pueda clarificar y profundizar el entendimiento de la materia, así como la propia actuación de los tribunales constitucionales y de los tribunales internacionales en su tarea de concretización de los derechos humanos y fundamentales, que deben contribuir —y no colocar en riesgo— a la democracia.

II. LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN DEMOCRÁTICO: LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO “SEÑORES DE LA CONSTITUCIÓN”

El activismo judicial, asociado a una postura activa e intervencionista de los tribunales constitucionales en el sentido de realización de la Constitución y de concretización de los derechos fundamentales, es uno de los aspectos más controvertidos y discutidos de la teoría constitucional contemporánea; especialmente respecto de su legitimidad democrática, frente a una —supuesta— violación del principio de separación de los poderes. Pues, al intentar llevar a cabo sus tareas constitucionales, el Poder Judicial es, muchas veces, acusado

de invadir competencias reservadas a los poderes públicos representativos, actuando, así, de manera positiva, y no meramente negativa, como originariamente fue pensada su función.

En este sentido, es posible percibir que la actual jurisdicción constitucional en nada se parece al control de constitucionalidad inaugurado en el célebre caso *Marbury v. Madison*¹ (1803), en Estados Unidos, que inició, casi “accidentalmente”,² el fenómeno. John Marshall, el famoso juez de aquel caso, consideró que la ley que servía de fundamento a la acción impetrada —llamada *writ of mandamus*— era inconstitucional, en tanto confería a la Suprema Corte poderes que originariamente no le habían sido atribuidos; no pudiendo, por lo tanto, su competencia ser ampliada, sino sólo por la propia Constitución. Sostuvo, entonces, que la Constitución es la base de todos los derechos y la ley suprema del ordenamiento, de modo que su contenido es inmodificable por las vías ordinarias. Conviene señalar que las demás leyes deben estar de acuerdo con sus principios, justificándose, así, el control de los actos legislativos contrarios a ella —lo contrario implicaría aceptar que un acto legislativo cualquiera puede modificarla—.³ Sin embargo, la idea de control allí desarrollado muy poco se parece a la realidad de la jurisdicción constitucional actual.⁴

De la misma forma, ni siquiera lo hizo Hans Kelsen cuando idealizó al Tribunal Constitucional durante su célebre debate con Carl Schmitt, en referencia a los intentos de estabilización en Alemania de la República de

¹ Entre los antecedentes fácticos del caso, sépase que John Marshall, el “autor” de la teoría de la *judicial review*, era amigo del entonces presidente norteamericano Adams, quien, en el último día de su gobierno, nombró una serie de correligionarios suyos para ocupar cargos públicos; sin embargo, no todos los beneficiados recibieron sus actas de designación. Estas fueron, enseguida, suspendidas por el nuevo presidente, Thomas Jefferson. Uno de los perjudicados por este acto, Marbury, quien había sido designado para ser juez de paz y no fue oficializado a tiempo por Adams, promovió una acción conocida como *writ of mandamus* ante la Suprema Corte de los Estados Unidos para obligar al nuevo secretario de Estado, Madison, a hacerlo. Surge, así, el famoso caso *Marbury v. Madison*.

² Se hace oportuno resaltar que la figura del control de constitucionalidad no aparece expresamente prevista en el texto de la Constitución americana de 1787; antes bien, se trata de una construcción hecha a partir de ella. En este sentido, véase la obra de Coelho, Sacha Calmon Navarro, *Controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*, Belo Horizonte, Del Rey, 1992, pp. 72 y ss. que trae una amplia y rica gama de información sobre el tema.

³ Cf. Silva, Paulo Napoleão Nogueira da, *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado Federal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992, p. 30.

⁴ Häberle, Peter, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. 2, Berlín, Auflage, Duncker & Humblot, 1982.

Weimar.⁵ Esto es, ni siquiera cuando Kelsen en concreto reflexionaba sobre quién estaba mejor situado para la tarea de guardián de la Constitución. Ni siquiera entonces, insisto, pudo imaginarse cómo iba a transformarse el actual contexto democrático.

Tal sistema, al adoptar una lógica concentrada de control, difiere del *judicial review* americano —de carácter difuso—. Tal sistema confía a un único y sólo órgano, el Tribunal Constitucional, la tarea de preservar la Constitución.⁶ Kelsen concibió el control de constitucionalidad como una función no propiamente jurisdiccional, sino que se trataba de un “legislador en sentido negativo”,⁷ al cual le correspondía analizar solamente el problema (puramente abstracto) de compatibilidad lógica entre la ley y la Constitución. Se trata, por consiguiente, de una actividad que se aproxima a la del legislador, ya que posee una dimensión general y abstracta, y no una decisión singular y concreta, típica de la actividad jurisdiccional.⁸

Además, en tanto el Poder Legislativo designa sus miembros, se ha buscado construir, a partir del rescate de la noción de *volonté générale*, una legitimidad y legitimación indirectas,⁹ adoptándose, así, una comprensión que destaca la supremacía de la Constitución, pero sin comprometer la esencia del mito de la soberanía legislativa, tan caro al derecho continental europeo.¹⁰ De este modo, el Tribunal Constitucional se ha convertido en el complemento lógico del Parlamento, realizando no una apreciación del mérito

⁵ Sobre la estructura de la jurisdicción constitucional en la República de Weimar, véase la descripción histórica realizada por Robbers, Gerhard, “Die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Juristische Schulung: Zeitschrift für Studium und Ausbildung (JuS)*, München, Heft 4, C.H. Beck, 1990, p. 262.

⁶ A título ilustrativo, confirmando lo que fue dicho arriba, André Ramos Tavares, en su libro sobre la figura de la jurisdicción constitucional, trae un interesante revelamiento sobre las Constituciones alrededor del mundo que acabaron por incorporar el sistema “kelseniano” de control de constitucionalidad de las leyes. Cfr. Tavares, André Ramos, *Teoria da justiça constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 81 y ss.

⁷ Kelsen, Hans, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, en *Veröfentlichung der Vereinigung der deutschen Staatslehrer (VVDSiRL)*, Band 5, Berlin, Walter Gruyter, 1929, p. 81.

⁸ Kelsen, Hans, *Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, Mohr, 1929, p. 57.

⁹ Repárese que, en la mayoría de los países, la designación de los integrantes del Tribunal es hecha por el Parlamento por un mandato fijo. Véase Haas, Evelyn, “La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 10a. ed., Montevideo, Konrad Adenauer, 2004, p. 104.

¹⁰ Este aspecto se destaca, sobre todo, en la percepción de García de Enterría, al señalar el riesgo que representaba la adopción de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes, especialmente en Alemania, donde las posiciones románticas de la Escuela del Derecho Libre alimentaban una revuelta de los jueces contra la ley. Cfr. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, p. 58.

o contenido de la ley, sino únicamente sobre su validez (de ahí que quepa hablar de él como un “legislador negativo”).¹¹

Hubo, entre tanto, especialmente a partir de la segunda posguerra, un alejamiento, por parte de los tribunales constitucionales europeos (especialmente en países como Alemania, Italia, España y Portugal), del modelo de control propuesto por Kelsen,¹² que pasó a incorporar y adquirir nuevas dimensiones.

La actual actividad jurisdiccional de esos tribunales, en gran medida, sobrepasa la función meramente “negativa” de control. La misma ha ido adquiriendo, notablemente, una dimensión constructiva y creativa, asentada en la necesidad de concretización de los principios y de los derechos fundamentales esculpidos en los textos de las Constituciones, donde figuras como las sentencias interpretativas y las sentencias manipulativas¹³ se tor-

¹¹ Haltern, Ulrich R., *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen: das Bundesverfassungsgericht in einer Verfassungstheorie zwischen Populismus und Progressivismus*, Berlín, Duncker & Humblot, 1998, p. 210.

¹² Sobre el proceso de alejamiento del modelo original kelseniano que marca la actuación de los Tribunales Constitucionales en Europa, ver el texto de Sánchez, José Acosta, “Transformaciones de la Constitución en el siglo XX”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, abril-junio de 1998, pp. 67 y ss.

¹³ Las sentencias interpretativas son aquellas en las que el Tribunal, para dar cuenta de su tarea de guardián y de realizador de la Constitución, se vale de recursos hermenéuticos e interpretativos —tales como las figuras de la interpretación conforme a la Constitución y de la nulidad parcial sin reducción de texto— para asegurar la constitucionalidad de los dispositivos legales cuestionados. Ya en el caso de las llamadas sentencias manipulativas (aditivas, reductivas o sustitutivas), el Tribunal, con la misma finalidad de asegurar la conformidad de determinada norma con la Constitución, prefiere manipularla textualmente, esto es, alterar su texto original (acrecentando, retirando o sustituyendo, respectivamente, conforme el caso), evitando, así, la declaración de inconstitucionalidad. En este último caso, el Poder Judicial termina por “crear” normas más que sólo interpretarlas, sustituyendo, por lo tanto, la actuación del legislador. Sobre las sentencias interpretativas y manipulativas, véase nuestro texto Leal, Mônia Clarissa Hennig, “Interpretação conforme à Constituição x nulidade parcial sem redução de texto: semelhanças, diferenças e reflexão sobre sua operacionalização pelo Supremo Tribunal Federal”, en Reis, J. R. dos y Leal, R. G., *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*, Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2006, t. 6, pp. 1563-1586. También Abellán, Marina Gascón, “Los límites de la jurisdicción constitucional”, en Laporta, Francisco (coord.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; Elia, Leopoldo, “Constitucionalismo cooperativo, racionalidad y sentencias aditivas en la jurisprudencia italiana sobre control de normas”, en Pina, António López, *División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987. En Brasil, la temática es analizada por Mendes, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 2a. ed., São Paulo, Saraiva, 1998 y Streck, Lênio Luiz, “Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a Arguição de Preceito Fundamental e a crise de efetividade da Constituição

nan cada vez más frecuentes, así como los recursos hermenéuticos que vehiculicen su realización, aun cuando eso implique una transposición de las funciones que originariamente le fueran reservadas.

Delante de tal cuadro, no tardarán en surgir las críticas a lo que habitualmente se ha dado en llamar “activismo judicial”; estando la mayoría de las mismas basadas en el argumento de corte paternalista¹⁴ representado por la jurisprudencia de valores incorporada por estos tribunales que, en la designación de Böckenförde,¹⁵ pasan a tomar el lugar de “señores de la Constitución” (*Herren der Verfassung*).

El fenómeno del activismo judicial no puede, con todo, ser confundido con el fenómeno de la judicialización. Ambos, muchas veces, son tomados como sinónimos. Ambos, a veces, son dos caras de la misma moneda, aunque cuentan con fundamentos distintos. Esta “confusión” o imprecisión terminológica en nada contribuye a una reflexión adecuada sobre el tema y sus implicaciones en el ámbito de la legitimidad de la jurisdicción constitucional. Por eso, se intentará, en el apartado siguiente, analizar estos dos conceptos en sus causas y particularidades. La idea es que puedan ser mejor comprendidos y, consecuentemente, que sea posible una apreciación crítica más consistente sobre ellos para, después, analizar si pueden ser empleados también con respecto a la figura de los tribunales internacionales de derechos humanos.

III. JUDICIALIZACIÓN Y ACTIVISMO JUDICIAL: DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA, AUNQUE NO NECESARIAMENTE LA MISMA MONEDA

Cuando se discuten las funciones y la actuación de la jurisdicción constitucional en el actual contexto democrático, son recurrentes las referencias a fenómenos como “judicialización” y “activismo judicial”. Aunque pueden ser usualmente empleadas de forma vinculada o como sinónimos, ambas no pueden ser confundidas, pues poseen características y causas distintas.

brasileira”, en Souza Cruz, Álvaro Ricardo de (org.), *Hermenéutica e jurisdição constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

¹⁴ En este sentido, se destaca, por ejemplo, la obra de Maus, Ingeborg, “O Judiciário como superego da sociedade-sobre o papel da atividade jurisprudencial na «sociedade órfã»”, trad. de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima y Paulo Menezes Albuquerque, *Novos Estudos*, núm. 58, São Paulo, Cebrap, noviembre de 2000, pp. 183-202. También Denninger, Erhard, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, Nomos, 1990.

¹⁵ La expresión aparece en diferentes momentos de la obra del autor como, por ejemplo, en Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Begriff und Probleme des Verfassungsstaates”, *Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1999, p. 132.

La judicialización es resultado, de una manera general, de un proceso histórico típico del constitucionalismo democrático que tiene por base múltiples factores, tales como la centralidad de la Constitución y su fuerza normativa, asociadas a aspectos como el carácter principialista, la supremacía y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que, tenidos como vinculantes, resultan en conceptos como el de la *Austrahlungswirkung*¹⁶ y de la *Drittwirkung*,¹⁷ los cuales, sumados, conducen a una ampliación y a una transformación de la naturaleza de la jurisdicción constitucional, como ya fue referido en el acápite anterior. Su principal característica reside, por lo tanto, en un protagonismo del Poder Judicial, resultante de una confluencia de factores que llevan a una transferencia de decisiones estratégicas sobre temas fundamentales de la sociedad (históricamente reservadas para las instancias políticas y deliberativas) hacia los jueces. Naturalmente, ello hace que el derecho se convierta, cada vez más, en un derecho judicial, construido, en el caso concreto, por los magistrados.¹⁸ Sus principales aspectos, en nuestra interpretación, pueden ser visualizados en el siguiente cuadro esquemático:

¹⁶ Schlink, Bernhard, “Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, Band 28, Berlin, Duncker & Humblot, 1989.

¹⁷ Schwabe, Jürgen, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte. Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*, München, Goldmann, 1971.

¹⁸ La innovación no reside tanto en la comprensión de la jurisprudencia como fuente del derecho, sino en su relevancia y fundamentalidad. Pues ella pasa, en este proceso, de fuente complementaria a elemento central de conformación del orden jurídico, ya que la actuación del magistrado, en el fallo concreto, se presenta como determinante para la conformación del derecho, por medio de una actividad creativa, constructiva, de integración del texto normativo con la realidad. Es posible percibir, por lo tanto, una transformación en la comprensión de la actividad interpretativa (asociada al giro lingüístico y a la llamada “Nueva Hermenéutica”), como una transformación del propio derecho, que, al adquirir un carácter principialista y valorativo, vinculado a los derechos fundamentales demanda una actuación diferenciada del juzgador en su conformación y concretización. Es en esta perspectiva, por lo tanto, que se puede hablar de una cierta aproximación entre los sistemas del *common law* y del *civil law*, pues este último, progresivamente, reconoce mayor espacio y relevancia a la actividad jurisdiccional, vinculada a la aplicación del derecho —aunque legislado— al caso concreto. Sobre el giro lingüístico y sus reflejos en la interpretación, véase Heidegger, Martin, *Sein und Zeit*, 16, Tübingen, Auflage, Niemeyer, 1986, y Gadamer, Hans-Georg, *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, Mohr, 1972. Con respecto a la “Nueva Hermenéutica” y a la “jurisprudencialización” del derecho, véase Koch, Hans-Joachim, “Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)*, Heft 11/12, 30, junio de 1986; Isensee, Josef, “Bundesverfassungsgericht – quo vadis?”, *Juristen Zeitung (JZ)*, 22, noviembre de 1996; también Cittadino, Gisele Guimarães, “Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes”, en Vianna, Luiz Werneck (org.), *A democracia e os três poderes no Brasil*, Belo Horizonte-Río de Janeiro, Editora UFMG-IUPERJ-FAPERJ, 2002, pp. 17-42.

Judicialización	a) De la política → relación del Poder Judicial con los demás poderes: posible “intervención” en las competencias del Ejecutivo (por ejemplo: control jurisdiccional de políticas públicas) y del Legislativo (por ejemplo: definición de derechos, creación de normas) b) Del derecho → tendencia a un derecho cada vez más jurisprudencial: “<i>judge made law</i>”, en contrapunto al derecho legislado (por ejemplo: especificación del contenido y extensión del derecho en el fallo concreto)	
Características	Transferencia de decisiones estratégicas para el Poder Judicial, especialmente para los Tribunales Constitucionales (decisiones sobre temas polémicos y tendencialmente, en principio, asociados a la deliberación política, por ejemplo: interrupción de la gestación, investigaciones científicas y manipulación genética, etcétera)	
Causas de la judicialización del derecho	a) Derechos fundamentales	- Supremacía → derechos fundamentales como elementos centrales del orden jurídico (tribunales constitucionales deben decidir sobre cuestiones que envuelven la incidencia de esos derechos. Por ejemplo: incidencia en las relaciones privadas, independientemente de su reglamentación) - Apertura, carácter principalista → los derechos fundamentales están contenidos en los textos constitucionales de forma principalista, demandando, así, una concretización y determinación de sus contenidos en los fallos concretos, que necesitan ser decididos por el Poder Judicial (por ejemplo: extensión e incidencia del principio de igualdad —constitucionalidad de la reserva de cuotas para estudiantes negros en las universidades, apertura del mercado de trabajo para las mujeres, etcétera) - Conflictos entre derechos fundamentales → la ocurrencia de conflictos entre derechos fundamentales presupone una ponderación —en el caso concreto— que debe ser decidida por el Poder Judicial (por ejemplo: límites de la libertad de expresión <i>vs.</i> derecho a la intimidad y a la privacidad en el desempeño de tareas periodísticas; libertad religiosa <i>vs.</i> derecho a la vida en los casos de transfusión de sangre, etcétera)

		- Tutela y protección de situaciones no reglamentadas por la legislación → la incidencia directa de los Derechos Fundamentales hace que ellos operen y sean aplicados también en situaciones no reglamentadas por la legislación (por ejemplo: en nombre de la igualdad se recurre al Poder Judicial para el reconocimiento de uniones afectivas entre homosexuales; en nombre de la libertad y de la autonomía de la voluntad se recurre al Poder Judicial para que autorice la interrupción de la gestación de fetos anencefálicos o la desconexión de pacientes en estado vegetativo, en principio no excluidas por la legislación penal de la tipificación del homicidio)
	b) ampliación y alcance de la Constitución	Constitución formal y escrita (analítica) → en nombre de la seguridad jurídica, se incorporan una gran cantidad de contenidos en los textos constitucionales, que pasan a tener estatus de norma constitucional y funcionar como parámetros para el control de constitucionalidad, que, con eso, tiene sus espacios y materias de actuación ampliados
	c) constitucionalización del derecho	Eficacia de la irradiación (<i>Austrahlungswirkung</i>) → la jurisdicción constitucional determina la interpretación del derecho infraconstitucional “conforme a la Constitución” (por ejemplo: incidencia de la igualdad entre hombres y mujeres en el derecho civil, especialmente en las reglas sobre matrimonio y en las relaciones familiares; influencia de la noción de “debido proceso legal” en la interpretación y aplicación del derecho procesal)
	d) factores culturales	→ Internalización de la figura de la jurisdicción como solución para los conflictos → Concientización e información de la población acerca de sus derechos y búsqueda de su garantía y ejercicio
	e) factores operacionales y jurídicos	Ampliación de los recursos e instrumentos a disposición del ciudadano para la protección de sus derechos, resultante de una preocupación por la eficacia de los derechos fundamentales de la Constitución brasileña de 1988 ha aumentado significativamente el rol de acciones de amparo a los derechos fundamentales → la Constitución brasileña de 1988 ha aumentado significativamente el rol de acciones de amparo a los derechos fundamentales

		Ampliación del sistema de control de constitucionalidad → ampliación de los instrumentos (acciones constitucionales diversas) y de la legitimación activa para la interposición de las acciones
Causas de la judicialización de la política	Aproximación entre derecho y política → cada vez más, las cuestiones políticas son decididas por el derecho; desconfianza de la política y vinculación de los poderes políticos y representativos a la Constitución (por ejemplo: responsabilidad de los poderes públicos en la realización de los derechos fundamentales —prestación de medicamentos, cuotas raciales, etcétera) Observaciones: esta relación entre derecho y política siempre ha existido, pero ahora se manifiesta de forma más intensa	

Pese a que la judicialización es un fenómeno relativamente reciente, la aproximación y la relación entre derecho y política, con todo, no es nueva. En una fértil reflexión acerca del tema, el autor alemán Dieter Grimm¹⁹ sostiene que la tensión entre derecho y política siempre ha existido y que ha cambiado en el tiempo; existieron momentos en los que la política ha subyugado al derecho y viceversa. En tal contexto, la relación entre ellos cambia y se alterna, pero no se extingue. La misma no puede ser suprimida. Según este constitucionalista, la separación entre derecho y política es, en rigor, una separación de carácter meramente institucional (y no propiamente real), lo que no garantiza que el procedimiento de aplicación judicial del derecho sea también internamente apolítico.

Dentro de este contexto, resalta el autor que la figura de la jurisdicción constitucional constituye un caso especial; una vez que ella sea institucionalmente parte integrante del Poder Judicial, se encuentra mucho más próxima de la política que los demás órganos; esto porque las normas constitucionales poseen un carácter de principio más fuerte, abriendo un mayor margen a la interpretación y exigiendo procesos de concretización más abiertos. Además, el objeto de reglamentación de la Constitución y, por lo tanto, el objeto de control del Tribunal Constitucional reside en la política, razón por la cual las fronteras entre derecho y política, en este caso, son más tenues.

Ahora bien, el activismo judicial, a pesar de tener también como telón de fondo la relación entre derecho y política, posee fundamentos distintos, estando más relacionado a una perspectiva interna, vinculada a la actuación del Poder Judicial en el desempeño de sus competencias. Yendo más allá de los mencionados factores históricos que condujeron al fenómeno de la judicialización, la mayoría de las veces, el activismo se aprecia con una postura proactiva del juzgador.²⁰

Así, la actuación de los magistrados es frecuentemente cuestionada y criticada, bajo el argumento de que, en algunos casos, en nombre de la realización de los derechos fundamentales,²¹ ellos extrapolan los límites de

¹⁹ Grimm, Dieter, *Constituição e política*, trad. de Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte, Del Rey, 2006, pp. 14-16 *passim*.

²⁰ Un intento en el sentido de diferenciar los fenómenos de la judicialización y del activismo judicial puede ser encontrado en Barroso, Luís Roberto, “Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, núm. 18, abril-junio de 2009, disponible en: <http://www.direitodoestado.com.br>.

²¹ Una interesante manifestación en este sentido, explicitando la posición según la cual al Tribunal Constitucional le cabe la salvaguardia de la Constitución y de los derechos fundamentales, aunque esto implique un cierto “activismo”, puede ser encontrada en el discurso del ministro Celso de Mello del Supremo Tribunal Federal brasileño en ocasión

competencia fijados por la Constitución, invadiendo la esfera de los demás poderes y poniendo en riesgo al propio sistema democrático.²²

El constitucionalista americano Mark Tushnet,²³ en un provocativo artículo, hace una interesante reflexión sobre las dificultades hermenéuticas y pragmáticas que la expresión “activismo judicial” trae consigo, especialmente ante la inexistencia de criterios posibles o claros para establecer cuándo una decisión puede ser calificada como “activista” (el autor intenta demostrar, basado en una serie de ejemplos, que para determinar lo que significa ser “activista” es necesario, antes, que se establezcan los estándares o criterios de cuál sería el estándar o patrón “normal” de juzgamiento. Un aspecto que, igualmente, se presenta imposible, ante la apertura interpretativa que caracteriza al derecho —y especialmente el derecho constitucional— actual). De esta manera, el concepto de lo que es considerado “activista” es relativo y variable, pues demanda, siempre, una actividad interpretativa que no posee estándares definidos, cambiando en el tiempo y en el espacio.²⁴

de la asunción del ministro Gilmar Ferreira Mendes a la Presidencia de la Corte, donde se lee que “no se censure al eventual activismo judicial ejercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentro de las innumerables causas que justifican ese comportamiento afirmativo del Poder Judicial del que resulta una positiva creación jurisprudencial de Derecho, se incluye la necesidad de hacer prevalecer la supremacía de la Constitución da la República, muchas veces transgredida y no respetada por pura, simple y conveniente omisión de los poderes públicos... Prácticas de activismo judicial... se tornan una necesidad institucional cuando los órganos del Poder Público omiten o retardan, excesivamente, en el cumplimiento de obligaciones a que están sujetos por expresa determinación del propio estatuto constitucional, más aún si se tiene presente que el Poder Judicial, tratándose de comportamientos estatales ofensivos a la Constitución, no se puede reducir a una posición de pura pasividad”. Mello, Celso de, *Discurso na posse do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na presidência do Supremo Tribunal Federal brasileiro*, 23 de abril de 2008, disponible en: <http://www.stf.jus.br> (fecha de consulta: 25 de abril de 2008).

²² El constitucionalista alemán Winfried Brohm cuestiona, y al mismo tiempo advierte sobre la posible formación de una “oligarquía en la democracia” (*Oligarchie in der Demokratie*), provocada por una ampliación de las competencias del Tribunal Constitucional a partir de la noción de vinculación objetiva de los derechos fundamentales. En la visión del autor, una Constitución que protege el orden democrático de la oligarquía es una dádiva y, por lo tanto, esa misma protección no debe transformarse, ella misma, en una oligarquía. Cfr. Brohm, Winfried, “Die Funktion des BVerfG – Oligarchie in der Demokratie?”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Heft 01, 2001, p. 2.

²³ Tushnet, Mark, “The United States of America”, en Dickinson, Brice, *Judicial activism in Common Law Supreme Courts*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, pp. 415-436.

²⁴ Häberle, Peter, “Zeit und Verfassung (1974) mit Nachtrag (1978)”, *Verfassung als öffentlicher Prozess: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, 3, Berlin, Auflage, Duncker & Humblot, 1998, pp. 59-92.

Pese a estas dificultades operacionales, algunas consideraciones sobre el activismo judicial son necesarias para su mejor comprensión, pudiendo ser identificado, de manera general, por los siguientes aspectos:

<i>Activismo judicial</i>	Al contrario de lo que ocurre en la judicialización (que es una tendencia con diversas causas), el activismo consiste en un modo de interpretación y de aplicación de la Constitución
<i>Características</i>	Intensificación/ampliación de la actuación de la jurisdicción constitucional
	Expansión de la actuación del Poder Judicial a ámbitos hasta entonces jamás vistos → El Poder Judicial “asume” para sí la responsabilidad de garantía de la Constitución y de los derechos fundamentales y, en su nombre, desempeña funciones y toma decisiones que no le serían propiamente atribuidas (por ejemplo: destino de los recursos públicos; determinación de la actuación del legislador o subsanación de omisiones legislativas, entre otros)
	Relativización de la relación entre los poderes
<i>Causas</i>	Normatividad de la Constitución → el reconocimiento de una “fuerza normativa de la Constitución” abre camino para una actuación diferenciada y activa del Poder Judicial y, particularmente, de los tribunales constitucionales en el sentido de su realización.
	Inercia u omisión de los Poderes Públicos → muchas veces, el Poder Judicial es llamado a decidir sobre cuestiones que serían de competencia del Poder Legislativo (por ejemplo: reglamentación de determinada materia) o del Ejecutivo (por ejemplo: creación/ implementación de determinada política pública) que, mientras tanto, no son ejercidas
	Apertura interpretativa → proporciona una postura expansiva y activa de los magistrados, que se utiliza para, muchas veces, expandir o restringir la interpretación normativa más allá de su texto (por ejemplo: sentencias manipulativas)

A partir de los diversos aspectos analizados, es posible decir, por lo tanto, que judicialización y activismo judicial constituyen fenómenos que se intercomunican, pero que no se identifican. Ambos, en rigor de verdad, suscitan y conducen a cuestionamientos respecto a los límites y a la legitimidad de la jurisdicción constitucional. En este sentido, ¿pueden estos conceptos ser apli-

cados también a los tribunales internacionales de derechos humanos, que en la actualidad sufren críticas exactamente en virtud de estos aspectos, bajo el argumento de que estarían extrapolarlo los límites de su actuación?

IV. LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS: ¿LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS JUSTIFICA TODO?

Para que se pueda comprender adecuadamente el tema de la actuación de los tribunales internacionales, se hace necesario, primero, analizar algunos aspectos históricos relacionados a su surgimiento y actuación, que, en cierta medida, son muy próximos a los que caracterizan la figura de la jurisdicción constitucional ya mencionada, pero con algunos trazos distintivos.

En este sentido, un aspecto importante a ser considerado reside en la comprensión de la construcción de la noción de soberanía, que ha adquirido, en su acepción moderna, asociada a la figura del Estado, dimensiones distintas en el ámbito interno y en el ámbito externo.

La soberanía aparece asociada a una idea de supremacía, de un poder que no está sometido a ningún otro, sea en el ámbito interno, sea en el ámbito externo (en las relaciones del Estado soberano con los demás Estados, también soberanos, pues especialmente ahí no hay ningún poder superior —todos son iguales en sus prerrogativas, no admitiéndose ninguna injerencia—).

La idea de poder soberano, reconocido a los monarcas absolutistas, tiene como característica la superioridad del poder regio sobre cualquier otro dentro del territorio en el cual se asienta su dominio. Los monarcas son soberanos porque en sus reinos no hay ninguna fuerza que los vincula, así como los conflictos externos entre las soberanías se resuelven por medio de la fuerza o por medio del consenso recíproco, esto es, sin la intervención de ningún poder “superior”.²⁵

Además, como bien advierte Ferrajoli, “con la consolidación de los Estados nacionales y con la plena autonomía de los vínculos ideológicos y religiosos que antes habían cimentado la *civitas christiana* sobre el eje de la Iglesia y del Imperio, cae también todo límite a la soberanía estatal, lo cual, finalmente, se completó con la plena secularización y la total absolutización del poder estatal. Estos dos procesos —secularización y absolutización— envuelven ambas dimensiones de la soberanía, la externa y la interna, y componen

²⁵ Capella, Juan Ramón, *Os cidadãos servos*, trad. de Lédio Rosa de Andrade y Têmis Correia Soares, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 116.

un todo con la formación de la idea moderna del Estado como persona artificial, fuente exclusiva de derecho y, al mismo tiempo, libre de derecho”.²⁶

Implica esto que, al mismo tiempo que el discurso del Estado nacional y de la soberanía produjeron una monopolización de la fuerza en el orden interno, en el orden externo generaron una descentralización —marca distintiva del derecho internacional desde entonces— ya que, con la conformación del poder en bases territoriales, se produce una horizontalización de las relaciones entre Estados con igual soberanía.

Así, la afirmación de los Estados-nación por medio de la centralización del poder tuvo, ante todo, una dimensión interna: quien goza del poder soberano es detentador del derecho a ejercer legítimamente el mando supremo, la autoridad final y absoluta sobre una comunidad política, lo que reconduce, en último análisis, a la monopolización del uso legítimo de la fuerza por las autoridades centrales. En contrapartida, la soberanía vino a ser, en el exterior, la defensa de la inexistencia de cualquier poder políticamente superior al del Estado sobre el territorio respectivo.²⁷

De ahí se puede concluir que el orden jurídico internacional ha surgido, ya, en forma de sociedad (en oposición a una noción de comunidad, basada en valores compartidos), caracterizada por la ocurrencia de relaciones horizontales de coordinación, de naturaleza eminentemente contractual.

Respecto a estos conceptos se puede, a su vez, recurrir a la distinción hecha por Émile Durkheim entre derecho represivo (basado en una noción de solidaridad mecánica, que vincula al individuo directamente con la sociedad) y derecho restitutivo (asentado en una noción de solidaridad orgánica, que tiene como presupuesto la diferenciación entre los individuos), respectivamente.

Trasladando esta reflexión a la órbita del derecho internacional, es posible percibir que es exactamente esta última la característica originalmente adoptada por la comunidad de Estados en la esfera externa, a partir de la conformación de su soberanía interna. Desde la perspectiva externa, los Estados se presentaban como fortalezas cerradas, protegidas por el “principio

²⁶ Ferrajoli, Luigi, *A soberanía no mundo moderno*, trad. de Carlo Coccioli y Márcio Lauria Filho, São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 16 y 17.

²⁷ Pureza, José Manuel, *El patrimonio común de la humanidad: ¿hacia un derecho internacional de la solidaridad?*, trad. de Joaquín Alcaide Fernández, Madrid, Trotta, 2002, pp. 31 y 32. La historiografía internacionalista remonta a la Paz de Westfalia (1648), con la que se concluyó la Guerra de los Treinta Años, el surgimiento de la estructura de la comunidad internacional en la forma que ha permanecido hasta el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1945. Cfr. Cassese, Sabino, *La crisis del Estado*, trad. de Pascual Caiella y Juan González Moras, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003.

de no injerencia”. Podía darse, alternatively, la lucha entre soberanías, es decir, la guerra (una eventualidad regulada, luego no prohibida, por el derecho internacional), o la coexistencia de soberanías mediante la creación de relaciones horizontales y paritarias disciplinadas por normas en cuya formación habrían participado libremente los propios Estados (los tratados internacionales y las costumbres). Estaba, en cambio, excluida —porque eso habría negado su naturaleza soberana— la posibilidad de un mandato sobre los Estados dimanante de una autoridad superior a cuya voluntad tuvieran estos que someterse (un gobierno supranacional o incluso mundial).²⁸

Trátase, así, de un derecho repositivo, y no represivo, de relaciones paudadas no por sentimientos comunes, sino por el respeto a la diferencia y a la autonomía de cada uno de los sujetos, que se obligan por medio de contratos —en este caso, los tratados— en que quedan garantizadas las prerrogativas de autodeterminación de las partes. El principal objetivo es, por lo tanto, garantizar las esferas de actuación y de no intervención de cada Estado.

Es posible sostener, así, que la noción de soberanía se presenta en dos perspectivas distintas, que, históricamente, siguieron lógicas también distintas: una de la soberanía interna, que ha tendido a ser restringida en el tiempo, especialmente en virtud de la institución de la noción de Estado de derecho y de la propia Constitución, y otra de la soberanía externa —en la relación con los demás Estados— que ha, en un primer momento, tendido a absolutizarse.²⁹

Esta es la posición de Ferrajoli, sosteniendo que la idea de soberanía como *potestas absoluta superiorem non recognoscens* corresponde a dos eventos paralelos y divergentes: aquello de la soberanía interna, que es la historia de su progresiva limitación y disolución durante formación de los Estados constitucionales y democráticos de derecho, por un lado, y por otro lado, aquello de la soberanía externa, que es la historia de su progresiva absolutización, que ha alcanzado su ápice en la primera mitad del siglo XX con las catástrofes de las dos guerras mundiales.³⁰

²⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1999, pp. 10 y 11.

²⁹ “Si soberanía es poder absoluto, que no reconoce ningún otro encima de sí, históricamente lo que se vio, en los últimos cuatro siglos, fue, en el interior de los Estados, una creciente disolución de soberanía y la afirmación de los Estados Democráticos y Constitucionales y, externamente, una progresiva absolutización del concepto”. Campilongo, Celso Fernandes, “Apresentação”, en Ferrajoli, Luigi, *La soberanía en el mundo moderno*, trad. de Carlo Coccioli y Márcio Lauria Filho, São Paulo, Martins Fontes, 2002. Hoy, sin embargo, frente al derecho internacional, este concepto tiende a ser relativizado.

³⁰ Ferrajoli, Luigi, *La soberanía en el mundo moderno*, trad. de Carlo Coccioli y Márcio Lauria Filho, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 3.

La noción de soberanía abarca, consiguientemente, acepciones que consisten, en verdad, en procesos que operan en sentidos opuestos.³¹ Dentro de este contexto, la primera en ser teorizada fue la soberanía externa, por los teólogos españoles, aún en el siglo XVI,³² antes mismo de las doctrinas de la soberanía interna propuestas por Bodin y por Hobbes. Francisco de Vitoria, visando a legitimar el derecho de descubrimiento, acabó por reelaborar las viejas doctrinas sobre el tema, lanzando las bases del derecho internacional moderno y, simultáneamente, del concepto moderno de Estado como sujeto soberano. El fundamento de su pensamiento es la tesis de que el orden mundial es una *communitas orbis*, es decir, una república de Estados soberanos, igualmente libres e independientes, portadores de determinados derechos naturales que deben ser respetados por los demás Estados.

Ya en la esfera interna, se ha verificado una progresiva limitación del concepto, una vez que “con la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 1789, y después con sucesivas cartas constitucionales, cambió la forma de Estado y, con ella, cambió, hasta quedarse vacío, el propio principio de soberanía interna. De hecho, la división de poderes, el principio de legalidad y los derechos fundamentales corresponden a tantas otras limitaciones y, en última instancia, a negaciones de la soberanía interna”.³³

Existe, así, según el autor italiano, una antinomia irreductible entre soberanía y derecho, ya que ambos son “incompatibles” en términos absolutos. En un Estado de derecho, donde todos se sujetan a la ley, no es posible hablar de un poder libre de las leyes, disolviéndose, así, la noción pura de soberanía.³⁴

³¹ “Esa doble oposición entre estado civil y estado de naturaleza da origen, a partir da Revolución Francesa, a dos historias paralelas y opuestas de soberanía: por un lado, una progresiva limitación interna de la soberanía en el plano del derecho estatal y, por el otro, una progresiva absolutización externa de la soberanía en el plano del derecho internacional... Soberanía externa y soberanía interna siguen en esta fase dos recorridos inversos: aquella se limita mientras ésta se libera”. *Ibidem*, p. 27.

³² Algunos elementos históricos apuntan, conforme el entendimiento de ciertos autores, a la necesidad de justificación de la conquista y dominación del Nuevo Mundo, con las grandes navegaciones, como el factor propulsor de estas teorías —entre ellas la de Francisco de Vitoria— que acabaron obteniendo enorme reconocimiento.

³³ Así, aún conforme el autor, “el modelo de Estado de Derecho, por fuerza del cual todos los poderes están subordinados a la ley, equivale a la negación de la soberanía, de forma que de ellos resultan excluidos los sujetos o sus poderes *legibus soluti*”. *Ibidem*, p. 28.

³⁴ “Al menos en el plano de la teoría del derecho, la soberanía se revela, en suma, como un pseudo concepto o, peor, una categoría antijurídica. Su crisis —ahora lo podemos afirmar— comienza justamente, tanto en su dimensión interna como en aquella externa, el mismo momento en que la soberanía entra en contacto con el derecho, dado que ella es la negación de este, asimismo como el derecho es su negación. Es eso, una vez que la soberanía

En la órbita internacional, este proceso se da, a su vez, a partir del surgimiento de organizaciones y tratados internacionales,³⁵ que acaban por generar un verdadero orden supranacional. De un pacto asociativo, el derecho internacional se transforma en un pacto de sujeción, que equivale a un verdadero contrato social internacional, por medio del cual el derecho internacional cambia estructuralmente, pasando de un sistema basado en tratados bilaterales *inter partes* (homogéneas) a un verdadero ordenamiento jurídico supraestatal; no más un simple pacto asociativo, sino que también un *pactum subjectionis*.³⁶

Se puede vislumbrar, así, una consolidación del derecho represivo de Durkheim, ahora en la esfera internacional.³⁷ El Estado está, pues, cada vez más limitado en su soberanía, tanto interna cuanto externa.³⁸

es la ausencia de límites a las reglas; esto es, lo contrario a aquello en lo que el derecho consiste". *Ibidem*, p. 44.

³⁵ Especialmente la Organización de las Naciones Unidas (ONU), creada en 1945 después del término de la Segunda Guerra Mundial, y que posee una cierta función de supranacionalidad y de vinculación de los Estados, aun cuando algunos eventos internacionales recientes, especialmente la invasión de Iraq por los Estados Unidos haya puesto en riesgo este papel. No se puede negar, con todo, que hubo, desde entonces, un progresivo proceso de internacionalización del derecho, principalmente con base en los derechos humanos y fundamentales. Tanto que algunos autores, como es el caso de Jorge Miranda, sustentan la supremacía de la legislación internacional relativa al tema sobre las legislaciones internas de los países, en una inversión de la tradicional pirámide que tenía en su ápice la ley constitucional de cada Estado. En esta perspectiva, el caso de Brasil es paradigmático, pues la Constitución de 1988 establece, en su artículo 5o., párrafo 2o., que los derechos y garantías en ella expresados no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados o de los tratados internacionales en que Brasil sea parte. Trátase, así, de una indubitable sujeción al orden internacional, reflejada por la adopción de la teoría monista, como se puede desprender de la lectura de la obra de Piovesan, Flávia, *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996, p. 111.

³⁶ Ferrajoli, Luigi, *A soberania no mundo moderno*, trad. de Carlo Coccioli y Márcio Lauria Filho, São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 40 y 41.

³⁷ Pureza, José Manuel, *El patrimonio común de la humanidad: ¿hacia un derecho internacional de la solidaridad?*, trad. de Joaquín Alcaide Fernández, Madrid, Trotta, 2002, p. 25.

³⁸ Crisis que Bolzan de Moraes denomina *crisis funcional*. Lo que se verifica actualmente es, conforme el autor, una interdependencia internacional, determinada por factores políticos, económicos y/o militares, que lleva a una idea de cooperación jurídica, más que a un refuerzo de las concepciones tradicionales de soberanía. Por más que su idea persista, ella ha sido profundamente transformada, en razón de una serie de factores, tales como: comunidades supranacionales; capitalismo financiero (empresas transnacionales que no poseen cualquier vínculo con los países, imponiendo determinadas actitudes a los Estados, así como afectando directamente su economía); Organizaciones no Gubernamentales (ONG) (que actúan en sectores variados, siendo que sus reportes pueden traer reconocimiento o repudio en el nivel internacional); nuevas relaciones sociales (grupos sociales, como sindicatos y organizaciones), que han pasado a producir y a imponer determinadas decisiones; organismos internacionales

La actuación de los tribunales internacionales de derechos humanos corresponde, en el orden externo, a la función de vinculación y de restricción de la esfera de la soberanía que se ha operado en los Estados en el ámbito interno, con la consolidación del Estado de derecho, de la Constitución y, más tarde, de los tribunales constitucionales, encargados de su guarda.

También ellos sufren, por lo tanto, los influjos de la judicialización, vinculados, sobre todo, a la protección de los derechos humanos que ha ganado fuerza, en la esfera internacional, con la tendencia de creación de tribunales y de cortes internacionales,³⁹ encargadas de aplicar y de juzgar casos en los que esté configurada una violación de tales derechos por parte de los Estados-miembros, más allá de las meras declaraciones sin carácter constitutivo.

En esta perspectiva, también la figura del activismo judicial puede ser comprendida como aplicable a las cortes internacionales. Un ilustrativo ejemplo reside en la reciente decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, en nombre de los derechos de las víctimas del régimen militar, ha, en diciembre de 2010, condenado a Brasil a indemnizar a las familias, en virtud del sufrimiento causado por la falta de investigaciones efectivas, así como por la “negativa de acceso a la información” por parte del Estado. Además, ha determinado que el país debe procesar y juzgar penalmente —por medio de la justicia ordinaria— a los responsables.⁴⁰

Lo que pasa es que, así como ha ocurrido en otros países de América Latina (como en Chile y en Argentina, por ejemplo), el Supremo Tribunal Federal había, unos pocos meses antes, considerado constitucional la ley de amnistía, entendiéndola que ella abarcaba todos los crímenes practicados por el régimen dictatorial (incluso los crímenes comunes, como homicidio, tortura, secuestro, estupro, etcétera), habiendo sido este, incluso, el principal argumento utilizado por la defensa.

Por fin, la Corte ha determinado que el país debe crear políticas públicas de rescate de la verdad y de la memoria, incluyendo, en sus acciones, la

(que poseen casos de intervención directa, además de actuaciones determinadas por algunos Estados dominantes). Morais, José Luís Bolzan de, *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, pp. 23 y ss.

³⁹ Son ejemplos, aquí, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Penal Internacional, la Corte Internacional de Justicia de La Haya, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros.

⁴⁰ Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, juzgado el 24 de noviembre de 2010.

participación y el acceso a las familias de las víctimas,⁴¹ es decir, imponiendo acciones en campos antes reservados a opciones políticas; interviniendo, directamente, en materia propia de la soberanía del país.

En este contexto, la pregunta que surge es hasta qué punto la realización de los derechos de las víctimas por parte de la Corte puede justificar “invadir” espacios de autodeterminación de los Estados.

¿Cuáles son, entonces, los límites de su actuación? Determinar que el país debe indemnizar a las familias de las víctimas parece adecuada a las competencias de la Corte para juzgar el caso, porque se trata de la apreciación de hechos específicos, que consisten en la violación o no de determinados derechos humanos y fundamentales por parte del Estado brasileño, que, en su Constitución, reconoce la jurisdicción de los tribunales internacionales;⁴² ¿pero puede la Corte obligar al Estado a implementar determinadas políticas públicas? ¿No sería esta una decisión de cuño activista?

El problema es que “activismo judicial” es un término tan abierto como las normas de principio garantizadoras de derechos fundamentales contenidas en los textos constitucionales; el concepto de lo que es considerado “activo” es relativo y variable, pues demanda, siempre, una actividad interpretativa que no posee *estándares* definidos, cambiando en el tiempo y en el espacio.

Aun cuando se establezcan parámetros para esta actuación (por ejemplo, que los tribunales —constitucionales e internacionales, respectivamente— no pueden invadir las competencias propias de los demás poderes o la soberanía de los Estados), también los límites y competencias de cada uno de los poderes y la noción de soberanía son conceptos abiertos, que demandan interpretación. Además, la extensión de hasta dónde pueden ir

⁴¹ La propuesta de creación de una “Comisión de la Verdad” ha sido aprobada por el Parlamento brasileño en septiembre de 2011, dando inicio, así, después de más de veinte años, al proceso de investigación y de conocimiento de los hechos ocurridos.

⁴² La Constitución brasileña de 1988 deja evidente, en su redacción, en distintos momentos, la preocupación con la dignidad humana y con la protección y prevalencia de los derechos humanos y su efectividad, como, por ejemplo:

Art. 1o.: La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: ... III – la dignidad de la persona humana.

Art. 4o.: La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: ... II – prevalencia de los derechos humanos.

Art. 5o., parágrafo 4. Brasil se somete a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional a cuya creación haya manifestado su adhesión.

los tribunales en términos interpretativos es variable, y depende de la propia concepción de interpretación adoptada.⁴³

Por lo tanto, se está delante de una secuencia de conceptos abiertos, de manera que la fijación de los límites de actuación de esos tribunales, en sí mismo, requiere una adecuada ponderación que permita discernir diferentes respuestas según sean las variantes involucradas (como pueden ser los aspectos históricos de conformación de determinada sociedad, el sistema constitucional de competencias adoptado, el funcionamiento de las instituciones, etcétera).

Una cosa, con todo, es cierta: los tribunales deben contribuir con, y no colocar en riesgo, la democracia; estos límites, entre tanto, no son claros y están —permanentemente— abiertos a la discusión.

V. CONCLUSIÓN

No quedan dudas de que la figura de la jurisdicción constitucional ha ganado un inédito protagonismo en el contexto del actual Estado democrático de derecho; siendo que su actuación se aleja, en cierta medida, de aquella propugnada por Kelsen en ocasión de la creación del tribunal constitucional, adquiriendo nuevos y desafiantes delineamientos. Lo mismo vale para los tribunales internacionales, que han jugado (aunque posteriormente) en el contexto internacional, el mismo papel de limitación de la soberanía que se ha verificado en el ámbito interno, por medio de la Constitución en el Estado de derecho.

Este protagonismo está vinculado y es resultado, a su vez, entre otros aspectos, de la supremacía de la Constitución y de la dimensión objetiva atribuida a los derechos fundamentales y a los derechos humanos. Obviamente ello posee un carácter marcadamente principista dependiente de interpretación y de concretización integrativa con la realidad concreta. Además de eso, la preponderancia de la fuerza normativa de la Constitución hace que los órganos encargados de su guardia adquieran relevancia, ampliándose, así, los espacios de su actuación. Lo mismo se puede decir de las cortes in-

⁴³ La así denominada “Nueva Hermenéutica”, por ejemplo, al tener la actividad interpretativa como una actuación de carácter creativo (*Sinngebung*), reconoce un espacio bien más amplio de decisión al magistrado que la interpretación de cuño exegético, que comprende la interpretación como un mero acto de conocimiento de la ley, que posee un contenido inmanente que solo necesita ser “descubierto” (*Auslegung*) por el intérprete. En este contexto, los parámetros de lo que sea “activismo” son, evidentemente, muy distintos.

ternacionales, que han ganado fuerza, especialmente, a partir de la segunda posguerra.

Es dentro de este contexto que surgen las manifestaciones referidas al “activismo judicial” que, entre tanto, no debe ser confundido con el fenómeno de la judicialización. Este último opera en el ámbito de la relación entre el derecho y la política, repercutiendo, a su vez también, en la relación entre los poderes.

A pesar de ser interdependientes, ambos conceptos no se confunden, caracterizándose la judicialización como el resultado de un proceso que posee múltiples causas y que conduce a una ampliación de los espacios de actuación de la jurisdicción constitucional en términos institucionales derivados, con todo, de factores en cierta medida externos al Poder Judicial. Ahora, el activismo judicial tiene una dimensión y un carácter más interno, pudiendo ser clasificado, como vinculado a la postura del juzgador o del tribunal en el cumplimiento de sus funciones. No se puede desconsiderar que, a pesar de tal distinción, ambos se relacionan, pues el proceso de judicialización, en virtud de sus características, favorece el apareamiento de conductas “activistas” (aunque, conforme lo dicho en el texto, los parámetros de lo que sea una decisión o sentencia activista no pueden ser fijados según criterios objetivos, dejando margen a interpretaciones). El activismo puede hacerse presente, al mismo tiempo, en un contexto de competencias reducidas o de restricción de la actuación de la jurisdicción constitucional; así, una decisión que en determinado tiempo y lugar puede ser tenida como activista puede ser recibida como absolutamente “normal” en otro, pues los conceptos son —como ya dijimos— relativos.

Ambos, con todo, son frecuentemente tomados como sinónimos, aspecto que en nada contribuye a una discusión adecuada sobre la materia. Tales aspectos necesitan, por lo tanto, ser debidamente considerados si se quiere proceder a una reflexión acerca de un tema tan importante y complejo, como el de los límites y el de la legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional, sobre el que no se puede responder en términos generalistas y reduccionistas.

En este sentido, tampoco se pueden indicar patrones objetivos para la actuación de la jurisdicción constitucional y de los tribunales internacionales, de manera que sus contornos son tan imprecisos y variables como los conceptos aquí analizados. Esta es, entonces, una pregunta cuya respuesta permanece siempre abierta, lo que no impide, entre tanto, que la respuesta sea permanentemente buscada o, al menos, discutida.

Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea, editado por Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 22 de marzo de 2019, en los talleres de Gráfica Premier, S. A. de C. V., 5 de febrero 2309, colonia San Jerónimo Chicahualco, Metepec, 52170 Estado de México, tel. 0172 2199 1345. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *cream book* de 70 x 95 de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros.

Consta de 300 ejemplares (impresión *offset*).

El presente volumen propone una mirada teórica sobre los grandes capítulos que informan el debate acerca de los fundamentos y los desafíos del derecho constitucional contemporáneo. Advertidos de la divisoria de aguas que separa política de derecho, el común denominador en este libro no ha sido otro que aglutinar un cuerpo de contribuciones teóricas y críticas. En efecto, sobre la regularidad y la excepción que irrumpen en la materia, este cuerpo de tópicos generales involucra, por ejemplo, a la misma teoría constitucional, a la historia y al derecho constitucional comparado.

Destacados profesores de derecho constitucional, teoría constitucional, filosofía política y filosofía del derecho presentan un concierto ensamblado de pensamientos en torno a las raíces y a los dispositivos de la Constitución. A lo largo de la obra, varios trabajos desnudan la matriz y los presupuestos epistémicos que están hegemonizando el conocimiento erudito en la disciplina. Sobre una cartilla de preguntas sencillas tales como: qué son, para qué sirven y por qué son necesarias ciertas instituciones o determinadas reglas —o procedimientos constitucionales—; a decir verdad, una serie concatenada de acápites se complementan como si fueran canales que permiten el flujo del conocimiento metadogmático.

En resumen, por medio de un selecto grupo de categorías básicas de la teoría constitucional, es posible que el lector atento pueda descubrir las auténticas claves expositivas y de justificación que hoy están dominando los modos retóricos del discurso constitucional.

