



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS "BARTOLOMÉ DE LAS CASAS"

***Una crítica democrática al
neoconstitucionalismo y a sus implicancias
políticas e institucionales***

Tesis que para la colación del grado de Doctor en Derecho,
Programa Estudios Avanzados en Derechos Humanos,
presenta:

ANA MICAELA ALTERIO

Bajo la dirección del profesor

DR. CARLOS LEMA AÑÓN

Getafe, Madrid, a 9 de marzo de 2015



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

TESIS DOCTORAL

Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales

Autora:

Ana Micaela Alterio

Director:

Carlos Lema Añón

**INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS
“Bartolomé de las Casas”**

Getafe, 9 de marzo de 2015



TESIS DOCTORAL

Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales

Autora: ANA MICAELA ALTERIO

Director: CARLOS LEMA AÑÓN

Firma del Tribunal Calificador:

Presidente: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Secretario: (Nombre y apellidos)

Calificación:

Firma

Getafe, de marzo de 2015

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	11
INTRODUCCIÓN	16
INTERNATIONAL MENTION: Dissertation abstract	25
CAPÍTULO 1: El neoconstitucionalismo como teoría y/o ideología	27
1.- Definición: ¿existe algo como el neoconstitucionalismo?	27
1.1.- El neoconstitucionalismo como parte del constitucionalismo: la negación de su especificidad	27
1.2.- El neoconstitucionalismo como cambio de paradigma	34
2.- El neoconstitucionalismo como teoría y/o como ideología	47
3.-El neoconstitucionalismo como teoría del derecho	54
3.1.- El neoconstitucionalismo como anti-positivismo: La tesis de la vinculación entre derecho y moral y sus críticas	62
a) La propuesta de Alexy	66
b) La propuesta de Nino	71
c) El problema de la justificación de las decisiones jurídicas	74
d) El argumento del contraste con la práctica	79
3.2.- El neoconstitucionalismo como neo-iusnaturalismo	83
CAPÍTULO 2: El Constitucionalismo principialista y su crítica	88
1.- Introducción	88
2.-El modelo de los principios	88
2.1.- Los principios como puerta de entrada de la moral en el derecho	99
2.2.- La tesis de la única respuesta correcta	102
a) La tesis inicial de Dworkin	102
b) La tesis de Alexy	114
c) En contra de las respuestas únicas	119
2.3.- Clasificación de los principios	125
3.-La tesis de la distinción débil entre reglas y principios	133
3.1.- La derrotabilidad de las normas	136
a) El desafío particularista	139
b) Un particularismo sensible a las reglas	144
3.2.- El regreso a las reglas	145
a) Interpretación del derecho y discrecionalidad judicial	157
b) Las ventajas de seguir reglas	159
4.- Recapitulación	162

CAPÍTULO 3: El neoconstitucionalismo como modelo constitucional:
El modelo de rigidez **165**

1.- Sobre los arreglos institucionales en el neoconstitucionalismo: La constitucionalización del ordenamiento jurídico	165
2.- La rigidez de la constitución	169
2.1.- La cuestión de la supremacía	169
2.2.- Tipos de rigidez	175
2.3.- Justificaciones para la rigidez constitucional	179
2.4.- La formulación de las cláusulas constitucionales en materia de derechos fundamentales	191
3.- La rigidez en su máxima expresión: Algunas propuestas neoconstitucionales	197
3.1.- El “coto vedado” de derechos	198
3.2.- La “esfera de lo indecidible”	201
3.3.- Distintas posiciones teóricas, idénticas soluciones institucionales	204
3.4.- Problemas de la rigidez neoconstitucional	209
a) La petrificación de la constitución	211
b) El problema de la autonomía y de la igualdad política	215
c) La cuestión política de fondo	220

CAPÍTULO 4: El neoconstitucionalismo como modelo constitucional:
La garantía jurisdiccional fuerte **224**

1.- La garantía jurisdiccional en el neoconstitucionalismo y la objeción democrática	224
2.- Justificaciones para el control de constitucionalidad fuerte	228
2.1.- Ronald Dworkin	229
a) Los derechos como triunfos	230
b) La teoría asociativa de la democracia	242
b.1) El mito de la igualdad de poder político	247
b.2) De la legitimidad política	252
2.2.- Carlos Nino	256
a) Los fundamentos filosófico-políticos de la teoría de Nino	257
b) La concepción epistémica de la democracia deliberativa	260
c) El control judicial de constitucionalidad como excepción	264
2.3.- Robert Alexy	276
a) Los derechos fundamentales y la teoría del discurso	278
b) El control judicial de constitucionalidad	281
c) La representación argumentativa	283
2.4.- Luigi Ferrajoli	298
a) Del derecho penal a la justicia constitucional	298
b) La garantía de los derechos y la democracia sustancial	306
3.- ¿Justicia constitucional o supremacía judicial?	319

4.- Recapitulación: un modelo constitucional fuerte y elitista	329
<u>CAPÍTULO 5: Algunas propuestas alternativas en confrontación: El constitucionalismo popular y el nuevo constitucionalismo latinoamericano</u>	<u>333</u>
1.- Introducción	333
2.- El constitucionalismo popular	335
2.1.- El modelo procedimentalista de legitimidad	336
2.2.- Los arreglos institucionales en el constitucionalismo popular	340
2.3.- ¿Qué teoría de la democracia?	355
a) La regla de las mayorías	365
b) El Constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales	374
2.4.- La relación entre derecho y política para el constitucionalismo popular	383
3.- El nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿una tercera vía?	385
3.1.- El modelo de legitimidad	388
3.2.- Los arreglos institucionales del nuevo constitucionalismo latinoamericano	390
3.3.- ¿Qué teoría de la democracia?	394
3.4.- La relación entre derecho y política	402
4.- Recapitulación	403
<u>CONCLUSIONES</u>	<u>406</u>
<u>INTERNATIONAL MENTION: Final Remarks</u>	<u>420</u>
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	<u>428</u>

AGRADECIMIENTOS

Una tesis doctoral es como mínimo un gran trabajo de investigación, que no puede ser posible sin una conjunción de personas e instituciones. Pero una tesis puede ser también mucho más que eso, puede significar toda una etapa de la vida. Ese es el caso de esta tesis. La etapa de mi vida que con estas páginas se acaba coincide con el tiempo que llevo lejos de mi ciudad natal, Mendoza y por ello, de mi familia y amigas que siguen allí. De allí que este tiempo haya sido transcurrido en distintos lugares y con distintas personas que no tardaron en ser verdaderas amigas y amigos, e incluso, volverse otra familia para mí, además de la que quedó en Mendoza y de la mía propia, que formé en estos años y que se asentó en México.

Todo lo dicho hace que este apartado de agradecimientos sea muy especial e importante y que esté marcado por la imposibilidad de escindir las deudas académicas de aquellas personales. Por empezar, agradezco enormemente al director de esta tesis, Carlos Lema Añón, por la confianza, el apoyo y la libertad absoluta que me dio para poder desarrollar este trabajo. Todo lo que sé en materia de investigación se lo debo sin duda y si no logré más, no fue por falta de esfuerzos de su parte. Por su acompañamiento, que no se redujo a este trabajo, sino también a cada artículo o idea que se me ocurría sacar a la luz. Asimismo, por brindarme su afecto y el de su familia. Gracias a Silvina Ribotta por su hermosa amistad, por su alegría y por estar tan cerca siempre y a ambos por la frescura de sus ideas, por hacerme creer en que ésta carrera que hemos elegido, puede ser una herramienta para hacer de éste un mundo mejor.

Esta tesis también se debe al cobijo institucional que me otorgó el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid. Especialmente quiero agradecer a Javier Ansuátegui Roig, a quien tengo gran aprecio y admiración, que no dudó en extenderme cuantas cartas de recomendación necesité para profundizar mis estudios en otras instituciones. Un agradecimiento especial a las personas que me otorgaron la beca MAEC-AECI, del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación Internacional, que sin duda fueron quienes hicieron posible materialmente mis

estudios en España. Y antes que ellos, mi infinita gratitud hacia el sistema educativo público nacional argentino, que por su gratuidad permitió mis estudios de abogacía en primer término. A la Universidad Nacional de Cuyo y dentro de su amplio profesorado, especialmente a María del Carmen Schillardi de Bárcena, quien me inició en la investigación y me impulsó a irme al Madrid de sus estudios, también por su confianza y amistad a lo largo de estos años.

Mis deudas con respecto a la evolución de esta tesis son múltiples. Por empezar al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales que me admitió en su diplomado y me brindó excelente formación e innumerables herramientas de estudio. Además, de sus aulas no sólo me llevé conocimiento, sino también a mi compañero de la vida, Roberto Niembro Ortega y a mi mejor amiga, hermana de estas épocas, Rosana Triviño Caballero, quien me abrió las puertas de su casa de par en par e hizo de su familia la mía en Madrid. Con ella hago extensivo mi agradecimiento a su hermano Juanmi y a su compañero Jaime Alvar. Pero del CEPC también quiero agradecer especialmente a los chicos de la biblioteca: Pablo, Pepe y Juanjo que se convirtieron con Don Juan en algo así como mis compañeros de oficina, e incluso, ya lejos de Madrid, siguieron ayudándome a conseguir cualquier material que me faltara.

También quiero agradecer la acogida de Pedro Salazar Ugarte en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en México, donde fue mi primera estancia de investigación en 2010. A las personas del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Heidelberg, Alemania, donde realicé una segunda estancia en 2011. A las personas del Seminario de investigadores visitantes de la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia, en Nueva York, donde pasé un maravilloso semestre bajo la tutoría de Kendall Thomas y con las enseñanzas invalorable de la profesora Nadia Urbinati en 2014. Por último, agradecer al Instituto Tecnológico Autónomo de México, por brindarme un espacio en el 2013 para poder seguir con mi tesis. Especialmente a Jorge Cerdio y Rodolfo Vázquez por su apoyo académico y a ellos y Rosa María Vargas por su acogida en la casa amarilla.

Maestros/as he tenido muchos y es difícil nombrarlos a todos, pero especialmente mi agradecimiento a quienes dedicaron parte de su tiempo en recibirme, ayudarme a resolver dudas y guiarme en mi investigación. Entre ellos a quien más debo es a Roberto Gargarella, que desde hace años viene

apoyándome con recomendaciones y consejos y quien tiene el maravilloso don de la generosidad. Sus ideas han marcado mi vida académica y estaré eternamente agradecida. También a Andrea Greppi, Juan Carlos Bayón, Rafael de Asís Roig, María del Carmen Barranco, María Eugenia Rodríguez Palop, Sebastián Linares y Pablo de Lora, por su tiempo y sus consejos.

Ahora bien, todo este recorrido académico lo he podido hacer gracias a la compañía, la comprensión y el apoyo de quienes amo. Mi deuda mayor es sin duda con mi pequeño Fausto, cuyos años de vida han estado inmersos en este espacio de elaboración de la tesis y por lo tanto, ha tenido que conformarse con una mamá de medio tiempo. Su sonrisa y amor han hecho de estos últimos dos años los más maravillosos de mi vida y me han dado fuerzas siempre.

La misma deuda tengo con mi compañero Roberto Niembro Ortega, quien me animó a recorrer este camino con ilusión y confianza, me acompañó en todo el proceso de elaboración de estas páginas, soportando las innumerables charlas al respecto, poniendo a prueba mis ideas, haciéndome reflexionar y por último, no permitiéndome dejar de soñar nunca. También quiero agradecerle por haber llevado con alegría mis faltas de tiempo para él y la familia que juntos formamos y por priorizar siempre la culminación de este proyecto. Por el amor de cada día, por la incondicionalidad, porque juntos somos mucho más que dos, gracias.

Claramente la mera posibilidad de iniciar esta carrera y las fuerzas necesarias para transitar todos sus momentos vienen de mi madre, Maris Stella Aliquó. No hay palabras que puedan transmitir la inmensa admiración y el infinito agradecimiento que le tengo, por todo. Por ser la mujer que me enseñó a ser mujer, a luchar por mis sueños, a no rendirme, a darle para adelante siempre, por darme una familia maravillosa que está cerca siempre. También quiero agradecer a mi hermana Sabina, por ser mi mejor amiga y mi hinchada número uno. Gracias también a mi abuela Eda, por su amor de abuela que ya es decirlo todo, y por ser junto a mi madre y a mi hermana, las mujeres de mi vida. Como decía, a toda mi familia debo un enorme agradecimiento por su amor, compañía y apoyo. En especial a mi papá Tony y a mi otro papá Edgardo Policicchio (el Poli). También a mi familia mexicana, porque me han apoyado siempre y en todo momento como si fuera una más, Roberto Niembro, Estela Ortega y la otra hermana que me dio la vida, Lola. Gracias de corazón.

Finalmente pero no por ello menos importante, a mis amigas y amigos que me han acompañado en toda esta etapa. A quienes me llevé en el corazón de Madrid, especialmente Laura Palomo, María José Eva (la Cote), Esther Pino, Florencia Etcheber, Antonio Ruiz Ballón, mis compañeros y compañeras del máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la U. Carlos III de Madrid, más allá de mi propia generación y los/as del taller de teoría crítica. También a mis amigas que quedaron en Mendoza pero que siempre estuvieron cerca Ana Sanchez, Emilia D’Inca, Eleonora Valoy, Carla Curelli, Luciana Álvarez y Rosi Rodriguez, a mis primas Victoria Valladares, Pamela Aliquó y su marido Federico Wiinkhaus por ser también grandes amigas/o, a mi madrina Alicia Alterio y a mi padrino Enrique Aliquó. A todas y todos, muchísimas gracias, ¡valió la pena!

Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales

“...’Unámonos –les dijo- para proteger a los débiles contra la opresión, contener a los ambiciosos y asegurar a cada uno la posesión de aquello que le pertenece. Establezcamos leyes de justicia y de paz, a cuya conformidad se obliguen todos, sin excepción de nadie, para que de esta manera se corrijan los caprichos de la fortuna, sometiendo por igual al poderoso y al débil al cumplimiento de recíprocos deberes. En una palabra, en lugar de volver nuestras fuerzas contra nosotros mismos, reunámonos en un poder supremo que nos gobierne según sabias leyes, que proteja y defienda a los asociados, rechace a los comunes enemigos y nos mantenga en constante armonía’

[...] Todos corrieron al encuentro de sus cadenas, creyendo asegurar su libertad; pues, con una inteligencia suficiente para conocer las ventajas de la institución política, carecían de la experiencia necesaria para prevenir sus peligros. Los más capaces para prever los abusos eran precisamente los que esperaban aprovecharse de ellos; y aun los sabios comprendieron que era preciso resolverse a sacrificar una parte de su libertad para conservar la otra, del mismo modo que un herido se deja cortar un brazo para salvar el resto del cuerpo. Tal fue o debió ser el origen de la sociedad y de las leyes...”

*Jean Jacques Rousseau,
Discurso sobre el origen de la desigualdad.*

INTRODUCCIÓN

Como todo trabajo de investigación, esta tesis se encuentra situada en un momento histórico particular que, en el ámbito del estudio del derecho, coincide con la expansión y afianzamiento del *neoconstitucionalismo*. Claro está que este fenómeno también se da en un espacio geográfico determinado, principalmente el de los países de Europa continental y Latinoamérica.

En este contexto, se afirma con contundencia que después de la Segunda Guerra Mundial se introdujeron innovaciones institucionales en los ordenamientos jurídicos que tendrían como ejemplo más destacado las constituciones rígidas supraordenadas a la legislación ordinaria, con el sustento del control jurisdiccional de constitucionalidad. Tales transformaciones institucionales aparejaron cambios importantes tanto en la estructura de las normas jurídicas, como en las condiciones de validez de las leyes y en la comprensión y funcionamiento de nuestras democracias. Asimismo se resalta y celebra el componente de valor ínsito en las constituciones, plasmado en principios de derechos fundamentales que permitirían hablar de la constitución como proyecto político que mira hacia el futuro. Un proyecto que para su concreción necesita de técnicas interpretativas específicas que sirvan para restablecer el vínculo entre derecho y moral.

Como consecuencia de ello, se explica que la teoría constitucional e incluso la propia teoría del derecho han necesitado una modificación sustancial a fin de poder explicar estos cambios y, sobre todo, a fin de poder integrar los dos elementos presentes en el constitucionalismo: el autoritativo y el valorativo, dándole primacía a éste último en caso de conflicto.

Estas ideas han permeado hasta tal punto en la doctrina constitucional que se ha llegado a afirmar que “[h]ay una ‘circulación mundial’ de problemas constitucionales y una circulación igualmente planetaria de las correspondientes soluciones. Por eso se habla de una ‘propensión ultranacional, si no universal, de las funciones nacionales de la justicia

constitucional”¹. Y en gran medida hay un sustento fáctico para esas afirmaciones.

En la Europa continental son las propias constituciones que se dieron a partir de la segunda mitad del siglo pasado y los arreglos institucionales producto de ellas las que han generado aseveraciones en tal sentido. De modo diferente y con motivo del enorme entusiasmo que esa teoría neoconstitucional despertó en Latinoamérica, allí son los intentos de adaptación de los diseños institucionales a los mandatos teóricos y modelos del neoconstitucionalismo lo que dan sustento empírico a dichas afirmaciones. Esto se terminó plasmando parcialmente en la ola reformista que se dio a partir de los años noventa en distintos países de la región (Brasil 1988, Costa Rica 1989, Colombia 1991, Paraguay 1992, México 1992 y 2011, Perú 1993, Argentina 1994, Venezuela 1999, Ecuador 2008, Bolivia 2009, entre otros), que significó una amplia recepción constitucional de principios de derechos fundamentales y una expansión del control de constitucionalidad de tipo europeo.

Esta tesis tiene como fin hacer una crítica al neoconstitucionalismo como teoría y/o como ideología, y al modelo *fuerte* de constitucionalismo al que se adscribe institucionalmente. La crítica se centra en las implicaciones que cada una de las ideas defendidas por el neoconstitucionalismo tiene para una concepción de la democracia procedimental y deliberativa. Como ha señalado Elster, si bien en las definiciones de la democracia deliberativa hay diferencias, existe un sólido núcleo de fenómenos que la definen. Por un lado, el concepto incluye la toma colectiva de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o por sus representantes y –agregando mediante la regla de la mayoría (parte democrática); por el otro, la toma de decisiones por medio de argumentos ofrecidos por y para los participantes (parte deliberativa). El carácter procedimental es normativo y reside en la capacidad que tiene el procedimiento democrático para proteger y promover la igual libertad política de los ciudadanos en un contexto de pluralismo y disenso.

¹ Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, “Desafíos y Retos del Canon Neoconstitucional” en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (ed.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 11-27, p. 12; con cita a Gustavo Zagrebelsky, “Jueces Constitucionales” en Miguel Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007, p. 92.

En el marco del desarrollo político y jurídico de los países latinoamericanos, en los cuales amplios sectores sociales viven en condiciones de terrible desigualdad, sin respeto por sus derechos y están marginados y excluidos del proceso político -situación que pone en jaque la legitimidad misma de todo el sistema institucional-, considero que la profundización de la democracia es la única vía para la construcción de legitimidad y para hacer realidad el potencial emancipatorio y/o transformador de los derechos fundamentales, así como para el reconocimiento de nuevos derechos. Eso no significa renunciar al constitucionalismo y sus ventajas en materia de limitación del poder y garantía de derechos, sino hacerlo compatible con una concepción robusta de la democracia que ilumine el accionar de toda la comunidad política.

En ese entendimiento, las fuertes cortapisas que prevé el neo-constitucionalismo para la expresión y toma de decisiones por parte de la ciudadanía, limitan gravemente las oportunidades para el autogobierno. Estos límites a las mayorías se justifican en pro de unos derechos fundamentales como “triumfos”, que a su vez se apoyan en unos valores dados que le dan certeza en tanto protegidos por la constitución e interpretados en última instancia por un grupo de jueces. Y si bien es cierto que bajo ciertas condiciones los derechos fundamentales pueden operar como una garantía efectiva de los más desaventajados frente a los más poderosos; como enseña Pisarello, “de no activar e involucrar a esferas sociales más amplias, que incluyan y vayan más allá de los directamente afectados, sólo podría dar lugar a victorias pírricas, fácilmente reversibles ante el más ligero cambio de humor institucional. Y no se trata únicamente de una cuestión de eficacia sino también de legitimidad. Y es que sólo un amplio proceso deliberativo impulsado desde abajo, con la presencia de los propios colectivos interesados, podría propiciar un esquema de derechos fundamentales no sólo *para* los ‘sin derechos’ sino *con* los ‘sin derechos’. Es decir no meras concesiones tecnocráticas, paternalistas y por lo tanto revocables, que conciban a los destinatarios de los derechos antes como objetos que como sujetos de las políticas públicas, sino apropiaciones plurales y auto-conscientes de la defensa e interpretación de los derechos fundamentales”².

² Pisarello, Gerardo, “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, *Jueces para la democracia*, n° 41, 2001, pp. 3-10, p. 9.

Ahora bien, para llegar a esta conclusión primero hay que entender y reflexionar en profundidad sobre el neoconstitucionalismo y las teorías que subyacen a sus postulados. Asimismo es necesario explorar si existen alternativas más plausibles que hagan del constitucionalismo una herramienta para controlar el poder y empoderar a los sin poder. Esa es la tarea en que se embarca este trabajo de investigación.

La presente tesis se divide así en tres partes. La primera parte, que comprende los capítulos primero y segundo, se centra en la teoría y/o ideología neoconstitucional. La segunda parte, que abarca los capítulos tercero y cuarto, se ocupa del modelo constitucional propio del neoconstitucionalismo, es decir, de los arreglos institucionales que adopta, defiende y promueve. Por último, una tercera parte, que se identifica con el capítulo quinto, presenta algunas propuestas de diseños institucionales alternativos al neoconstitucionalismo que por un lado, desafían sus pretensiones universalistas y que, por otro lado, dan cuenta de diversas herramientas en atención a distintas prioridades congruentes con una teoría de la democracia como la que aquí se sostiene.

En la primera parte, la tesis cuestiona si es que existe algo como el neoconstitucionalismo o si éste es parte del constitucionalismo en general. Para responder a esta pregunta, explico los distintos caracteres que le dan especificidad. Posteriormente, exploro las tesis de Ferrajoli y Zagrebelsky, quienes estiman que el neoconstitucionalismo constituye un cambio de paradigma. Por último, analizo con detenimiento la doctrina que considera al neoconstitucionalismo como una nueva teoría del derecho.

De acuerdo a la aproximación que se haga, los teóricos del neoconstitucionalismo se bifurcan en dos corrientes. Por un lado están aquellos que consideran que habiendo cambiado las constituciones después de la Segunda Guerra Mundial, es necesario también cambiar el método de abordaje, y por ello proponen al neoconstitucionalismo como una nueva teoría capaz de explicarlas. Por otro lado encontramos a quienes, si bien aceptan este cambio en el objeto de estudio, consideran que aún es útil para abordarlo el positivismo jurídico. Este segundo grupo, encabezado por Ferrajoli, se suele llamar constitucionalismo *garantista*. En esta tesis, dadas las similitudes de unos y otros sobre todo en lo relativo a las propuestas institucionales y normativas, considero a ambas corrientes como neoconstitucionales, aunque

haré las diferenciaciones que resulten pertinentes distinguiendo un neoconstitucionalismo propiamente dicho de otro normativo, respectivamente.

La calificación del neoconstitucionalismo propiamente dicho como una nueva teoría del derecho es, como se verá a lo largo del capítulo primero, altamente polémica; en parte como consecuencia de la dificultad misma que tiene el definir qué se entiende por teoría del derecho. Ahora bien, mi preocupación principal no es definir si se trata o no de una teoría del derecho, sino entender cuáles son las notas que lo caracterizan, para posteriormente valorar las implicaciones que tiene para las prácticas e instituciones democráticas, para la posibilidad de deliberar sobre temas fundamentales y para la toma de decisiones con fuerza jurídica en una comunidad política. En pocas palabras, interesa aquí la pregunta normativa: ¿es el neoconstitucionalismo una buena teoría del derecho? Una pregunta cuya respuesta tendrá principalmente en cuenta la legitimidad democrática de las decisiones jurídico políticas.

El segundo capítulo de la tesis se centra en la nota fundamental del neoconstitucionalismo como teoría del derecho, cual es la de los principios como normas jurídicas distintas de las reglas y configuradoras de lo que se llama un constitucionalismo *principialista*. En esta ocasión parto de la teoría primigenia de Dworkin de la distinción fuerte entre reglas y principios. Esta idea inauguró la construcción doctrinal neoconstitucional configurándose la base de apoyo de su tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral. Junto con los principios, en esta parte del trabajo analizo la tesis de la única respuesta correcta, seguida de cerca por Alexy y las críticas que se les propiciaron, sobre todo en razón del protagonismo que en ella toma el juez constitucional.

Esa tesis primigenia de Dworkin dio pié a un enorme desarrollo doctrinal que se repasa también en este capítulo segundo. Así, y a fin de esclarecer los puntos de encuentro y desencuentro entre las teorías en disputa, realizo una clasificación de los principios. Esta tipología entre principios positivos del derecho, principios implícitos del derecho y principios extrasistémicos del derecho, marca una primera nota distintiva del neoconstitucionalismo, que admite a todos ellos como estándares jurídicos. Al contrario, el iuspositivismo sólo admite a las dos primeras categorías como jurídicas, calificando la

aplicación de los principios extrasistémicos por parte del juez como uso de discrecionalidad judicial.

Una segunda nota fundamental del neoconstitucionalismo surge del hecho de hacer prevalecer, ante eventuales conflictos entre principios y reglas, a los primeros. Esta cuestión permite analizar una evolución de la teoría *principialista* hacia una tesis débil de distinción entre reglas y principios y su consecuencia en materia de interpretación de las normas jurídicas, que ahora se caracterizan por su *derrotabilidad* o flexibilidad. Los problemas que surgen de esta nueva propiedad atribuida a las normas jurídicas y la propuesta de un retorno a las reglas, son materia de análisis en el punto tercero de este capítulo.

De allí pasamos a la segunda parte de la tesis, relativa al modelo constitucional propio del neoconstitucionalismo. En ella destaco dos características estructurales de los sistemas institucionales que permiten hablar de una constitucionalización de los ordenamientos jurídicos: la rigidez constitucional y el control de constitucionalidad de las leyes; ambas como garantía de la supremacía constitucional. En el capítulo tercero me dedico a estudiar la rigidez constitucional, su relación con la cuestión de la supremacía, los tipos de rigidez y las justificaciones que se dan para la misma. Asimismo me detengo en las distintas propuestas para la formulación de cláusulas constitucionales, dada la objeción democrática que se suele presentar ante este mecanismo que garantiza la permanencia constitucional. De lo dicho surge que la rigidez constitucional no es necesariamente contra-mayoritaria y, por tanto, no resulta fatalmente antidemocrática. Es más, dependiendo de la configuración que se le dé a este mecanismo agravado de reforma constitucional, incluso puede potenciar la calidad deliberativa de la democracia.

Ahora bien, este no es el caso de algunas propuestas neoconstitucionales que analizo en la segunda parte del capítulo tercero. Allí abordo dos propuestas de rigidez constitucional extrema que son el “coto vedado” de derechos y al “ámbito de lo indecible”, de la mano de sus mentores Ernesto Garzón Valdés y Luigi Ferrajoli, respectivamente. Llama la atención la circunstancia de que a pesar de las distintas aproximaciones teóricas de cada uno de estos autores, ambos convergen en una misma solución institucional: la petrificación de la constitución, o sea, la imposibilidad

de reformar los contenidos constitucionales relativos a derechos fundamentales. A partir de allí me concentro en los problemas de esas propuestas, sobre todo en su desarrollo *ferrajoliano*, relativos no sólo a la cuestión democrática ya apuntada, sino también a la concepción subyacente que tienen sobre la autonomía de la persona, la igualdad política y a la distinción insalvable que establecen entre derecho y política.

En el capítulo cuarto me ocupo de lleno de la segunda característica institucional del neoconstitucionalismo, es decir, del control judicial de constitucionalidad de las leyes en sentido *fuerte*. Dada la centralidad de esta institución, realizo un repaso detallado por las principales justificaciones que se han dado para salvar o bien negar la tensión que provoca con la democracia. De ahí que me detenga en los autores que considero han dado los argumentos más significativos que luego ha replicado la teoría neoconstitucional. Ellos son: Ronald Dworkin y sus concepciones de los derechos como triunfos contra las mayorías y de la democracia asociativa. Carlos Nino y su concepción epistémica de la democracia deliberativa, que contempla un control judicial de constitucionalidad de carácter excepcional. Robert Alexy y su teoría del discurso como fundamento de los derechos fundamentales y del propio control judicial de constitucionalidad, que se configura así como institución representativa. Finalmente Luigi Ferrajoli y su idea de democracia sustancial anclada en los derechos fundamentales.

Luego del estudio de estas justificaciones y de realizar diferentes críticas a las mismas y a sus concepciones concomitantes de democracia, me pregunto si lo que plantea el neoconstitucionalismo es la simple adopción del mecanismo de control judicial de constitucionalidad o acaso presenta un modelo de supremacía judicial para la interpretación constitucional. Considero que la respuesta va en ese último sentido. El modelo neoconstitucional deja en manos de los jueces la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley, pero también la exclusiva potestad interpretativa y la responsabilidad sobre la constitución misma, frente al resto de los órganos del Estado y frente a la ciudadanía. Esa supremacía judicial, aunada a las propuestas en materia de rigidez, terminan configurando un modelo constitucional fuerte y *elitista* que pretende una despolitización de la constitución e impone unos costos muy altos en términos democráticos.

Finalmente, la tercera parte de esta tesis -que coincide con su capítulo quinto-, se detiene a investigar modelos alternativos y contemporáneos al neoconstitucionalismo a fin de realizar una confrontación. Allí analizo el *constitucionalismo popular* de raíz estadounidense y el *nuevo constitucionalismo latinoamericano* surgido de las últimas reformas constitucionales acaecidas en Venezuela, Bolivia y Ecuador a partir de 1999. La comparación es posible a pesar de las enormes diferencias que se pueden encontrar en las distintas experiencias en estudio, dado que el análisis se concentra en las pretensiones normativas de cada corriente constitucional, en las teorías democráticas sobre las que se asientan y en la relación que establecen entre derecho y política.

Opté por el estudio del constitucionalismo popular porque considero que es una teoría constitucional alternativa que denuncia el elitismo propio del constitucionalismo tradicional y que procura cambios importantes en la aproximación al derecho constitucional. Así esta corriente reconoce un papel preeminente del pueblo en la interpretación constitucional, estimulando su participación en la esfera pública, tomándose en serio el valor de la igualdad de poder político y la necesidad de instituciones más democráticas, otorgando finalmente una visión realista de la relación entre política y derecho.

Estas ideas –al menos en lo retórico- inspiraron los procesos de reforma del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Aunque también haya que decir que los diseños institucionales que se implementaron no cumplen con los postulados del constitucionalismo popular. Por el contrario, en muchos casos siguieron los rasgos del modelo neoconstitucional. En este sentido, resulta interesante analizar las mixturas del nuevo constitucionalismo latinoamericano, sobre todo de cara a las concepciones democráticas que terminan prevaleciendo en la región.

En suma, el recorrido que propone esta tesis va desde el análisis de los presupuestos teóricos del neoconstitucionalismo, hasta el de su modelo institucional, contrastándolos en todo momento con otras propuestas alternativas. El fin es realizar una evaluación de estos distintos aspectos a la luz de una concepción robusta de la democracia. A sus efectos, intento desarrollar una mirada crítica a esta corriente predominante del pensamiento constitucional y disparar ciertas dudas sobre su plausibilidad, a la vez que

invitar a una renovada reflexión, siempre productiva, sobre la mejor forma de organizar nuestras comunidades políticas. Los resultados a los que llegue se presentarán sintéticamente en las conclusiones finales.

INTERNATIONAL MENTION: Dissertation abstract

My dissertation is a critique of “neo-constitutionalism”, a contemporary European theory of constitutionalism that ascribed to the so-called “strong constitutionalism”. This theory has been very influential in Latin America. My critique focuses on the implications that each of the theses defended by neo-constitutionalism has for democracy according to a procedural conception based on participation and deliberation.

This dissertation is divided in three parts. The first one is related to neo-constitutionalism as a theory of law. It begins in chapter one calling our attention of a paradigm shift that happened in European constitutionalism after World War Two. The most important changes are constitutional rigidity, the implementation of a strong judicial review of legislation and the incorporation of moral principles in the constitutions. For some scholars these changes make legal positivism useless. So neo-constitutionalism *stricto sensu* is a new legal theory required to explain this paradigm shift. In chapter two I explore the importance of principles for neo-constitutionalism, the one right answer theory and the special implications of principles for the interpretation of law and its relation with rules. In this latter point, I pay attention to the defeasibility of norms and I call for a return to rules.

The second part of this dissertation focuses on the institutional model proposed and defended by neo-constitutionalism. In chapter three I explore constitutional rigidity, different types of rigidity, its justifications and its relation with constitutional supremacy. After that, I analyze two neo-constitutional proposals about extreme rigidity: the “*coto vedado*” (“preserve”) of rights and the “sphere of the undecidable”. Both proposals have a lot of problems with democracy, with the conception of personal autonomy, with political equality. Moreover they imply an unbridgeable separation between law and politics. In chapter four I focus in the other feature of the institutional model of neo-constitutionalism: the strong judicial review of legislation. I explore the main justifications for that institution given by Dworkin, Nino, Alexy and Ferrajoli in relation with their conceptions of democracy. Finally, I argue that those models of judicial review rise to the level of judicial supremacy. Extreme constitutional

rigidity coupled with judicial supremacy set an elitist model of constitutionalism with high cost to democracy.

Finally, the third part of this dissertation that is developed in chapter five compare the already studied neo-constitutionalism with other constitutional theories, such as popular constitutionalism and the new constitutionalism in Latin America. Despite the contexts in which these theories emerged are very different, I consider necessary and productive to compare the normative pretensions of each school of thought, the democratic theories that support them and the relation between constitutional law and politics that they establish. I choose to study popular constitutional because it is an alternative constitutional theory that denounces the elitism of the traditional understandings and because it pursues important changes in our approach to constitutional law, giving a preeminent role to “the people” as constitutional interpreters, stimulating their participation in the public sphere, taking seriously the value of equality in self government and the necessity of more democratic institutions, giving us a realistic picture of the relation between politics and constitutional law, etc. All these ideas –at least at a rhetoric level- have inspired the latest Latin American constitutional processes. However, in some cases the institutional design did not comply with the postulates of popular constitutionalism. On the contrary, they followed some features of the neo-constitutional model. In this regard, I analyze the mixture of the new Latin American model of constitutionalism, especially in its democratic consequences.

In sum, the aim of this dissertation is to study neo-constitutionalism and compare it with other constitutional alternatives in order to assess its different aspects with a strong conception of democracy in mind. My purpose is to develop a critical view of this predominant school of thought and to pose some doubts about its plausibility. Also I invite to a new reflection about the best way to organize our political communities, highlighting the necessity to design democratic institutions, including constitutional justice, which propel equal participation and deliberation.

CAPÍTULO 1: El neoconstitucionalismo como teoría y/o ideología

1.- Definición: ¿existe algo como el neoconstitucionalismo?

Esta primera parte de la tesis tiene por objeto describir lo que se ha llamado “neoconstitucionalismo”. Para ello será necesario hacer una introducción del contexto en el que surge el concepto y las diferentes acepciones que éste ha adquirido. Si bien será un capítulo cuya pretensión es descriptiva, no se renunciará a hacer consideraciones críticas. Se contrastarán en todo momento los presupuestos de la construcción del término “neoconstitucionalismo”, sus caracteres específicos y sus consecuencias con otras alternativas, para así evidenciar sobre qué bases está planteado y qué valores o ideas desplaza. Debo advertir que no pretendo en esta tesis ahondar sobre todos los aspectos que involucra el neoconstitucionalismo, sino tan sólo resaltar los rasgos que a mi criterio son más cuestionables de esta propuesta en particular, desde un punto de vista democrático.

La primera cuestión entonces ha de ser la de clarificar el término “neoconstitucionalismo”, puesto que, como pasa con la mayoría de los términos filosófico-político-jurídicos, no hay acuerdo respecto de su significado o si quiera, que exista algo calificable como tal. En lo que sigue repararé a los autores que primero, niegan lo “neo” del neoconstitucionalismo, para luego detenerme en los autores que aceptan su existencia y se dedican a su afirmación, estudio o crítica.

1.1.- El neoconstitucionalismo como parte del constitucionalismo: la negación de su especificidad

Algunos autores dudan, en efecto, de que se pueda hablar de “neoconstitucionalismo” como algo distinto al constitucionalismo y simplemente ven a quienes se han abocado a esta corriente “neo” como a un grupo de filósofos del derecho iusnaturalistas con vocación de constitucionalistas o de constitucionalistas con vocación de filósofos del derecho que, tras la Segunda

Guerra Mundial, emprendieron una cruzada anti-positivista, resaltando ciertos rasgos del constitucionalismo en desmedro de otros¹.

El argumento resalta que tanto las constituciones como el constitucionalismo se conocen desde las revoluciones del siglo XVIII y lo que habría cambiado ahora es la doctrina que pretende darle nuevos alcances a esos mismos objetos de estudio. En ese sentido, el término neo-constitucionalismo designaría a una variedad de racionalizaciones *post hoc* de prácticas constitucionales del presente².

En palabras de Laporta “el ‘constitucionalismo contemporáneo’ selecciona un conjunto de datos de hecho muy heterogéneos que ve y valora con cierta óptica selectiva”³ y los proyecta sobre las constituciones, presentándonoslas de otra manera. En definitiva no son las constituciones las que cambian la teoría sino que es la teoría lo que cambia la manera de ver la constitución⁴.

Desde luego, es difícil encontrar autores que nieguen que el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial incorpora novedades y tiene rasgos característicos⁵ pero, para muchos, los factores que impulsaron esos cambios, así como sus explicaciones, repercusiones en el diseño y funcionamiento de los sistemas constitucionales, etc. pueden ser explicados sin

¹ Prieto Sanchís, Luis, “La doctrina del derecho natural” en Jerónimo Betegón, Marina Gascón, Juan Ramón de Páramo, y Luis Prieto Sanchís, *Lecciones de teoría del derecho*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997, p. 65. En igual sentido Laporta advierte: “... el hecho sorprendente de que en las filas del nuevo constitucionalismo casi no haya constitucionalistas, que los más importantes y pioneros sean sobre todo filósofos del derecho y la moral”. Laporta, Francisco “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, en *El Cronista del Estado social y Democrático de derecho*, nº 0, 2008, p. 53. Esto cobra relevancia en vistas al diferente acercamiento que esta disciplina suele tener con respecto al derecho. En palabras de Waldron, los filósofos del derecho y la moral tienden a enfrentar las disputas en términos de la verdad o aceptabilidad de cualquier opinión sobre el tema, sobre bases objetivas de valoración y suponiendo una respuesta correcta. Por ello no prestan atención a los procesos de toma de decisiones que, en política, deben dar una respuesta a cuestiones controvertidas para las cuales la verdad objetiva no juega ningún papel. Waldron, Jeremy, “Legal and Political Philosophy”, en Jules Coleman, Kenneth Einar Himma y Scott J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2004, pp. 25-27.

² Ahumada, María Ángeles, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo” en Paolo Comanducci, María Ángeles Ahumada y Daniel González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 135.

³ Laporta, Francisco “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, ob. cit., p. 52.

⁴ *Ibidem*, p. 53.

⁵ Ahumada, María Ángeles, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo”, ob. cit., p. 127.

necesidad de acudir a las tesis neoconstitucionalistas, las que incluso no darían cuenta adecuada de la realidad⁶.

El término neoconstitucionalismo en suma, si se utiliza para referirse al constitucionalismo contemporáneo resulta “trivial” pues “nunca ha existido *un* constitucionalismo” que permita reconstruir una historia del constitucionalismo, sino que cada época produce sus doctrinas constitucionales⁷. Ahora, si a lo que pretende aludir su uso es a “un tipo” de constitucionalismo contemporáneo (como en la práctica, por ejemplo, se desarrolla en Alemania o el que, desde la teoría, defiende por ejemplo Alexy), la etiqueta, a falta de mayor concreción, es equívoca⁸.

Como sabemos, el constitucionalismo moderno surge con las constituciones de finales del siglo XVIII, fundamentalmente con las ideologías plasmadas en las revoluciones francesa y norteamericana⁹. Podría decirse genéricamente que designa una doctrina tendiente a la limitación del poder, concretamente, al establecimiento de límites jurídicos al poder político¹⁰, para garantizar así una serie de derechos fundamentales¹¹. A partir de ahí ya podemos comenzar a realizar precisiones/ distinciones en el concepto. Sólo esbozaré aquí algunas de éstas para poder así ubicar dónde se encontrarían los llamados “neoconstitucionalistas”.

⁶ Si bien es cierto que uno de los principales argumentos del neoconstitucionalismo contra el positivismo jurídico ha descansado en el “argumento del contraste con la práctica”, encontramos una refutación del mismo en Bayón, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia” en Pablo Navarro y Cristina Redondo (comps.) *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 57.

⁷ Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001, p. 12, para quien ni siquiera el constitucionalismo es un fenómeno moderno. También véase Ahumada, María de los Ángeles, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo”, ob. cit., p.128.

⁸ *Ídem*.

⁹ Comanducci, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” en Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 76. Para una historia del pensamiento norteamericano véase Asís Roig, Rafael, Ansuátegui Roig, Francisco Javier y Dorado Porras, Javier, “Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución” en Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García y Rafael Asís Roig (dirección), *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo II Siglo XVIII, Vol. III, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 35-113, Sobre el pensamiento de la revolución francesa, Peces-Barba Martínez, Gregorio y García Manrique, Ricardo “Los textos de la Revolución Francesa” en *Ibidem*, pp. 115-394.

¹⁰ Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Giappichelli, Torino, 2001, p. 27. Para Nino “En términos generales, todo el mundo estaría de acuerdo en que ‘constitucionalismo’ significa algo así como ‘gobierno limitado’” en Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 15.

¹¹ Esta condición, según Nino, hace al concepto más robusto en tanto agrega una dimensión fundamental al concepto. *Ibidem*, p. 16.

Nino recoge dos sentidos principales de constitucionalismo: un sentido *mínimo*, que se refiere al requerimiento de que un Estado tenga una constitución en el vértice de su sistema jurídico¹² y un sentido *pleno*, que demanda no sólo la existencia de normas que organicen el poder y que estén atrincheradas frente al proceso legislativo normal, sino también y preeminentemente, la satisfacción de ciertas exigencias acerca del procedimiento y contenido de las leyes que regulan la vida pública¹³. Este sentido pleno, según el autor, es el sentido que tiene el artículo 16 de la Declaración Francesa de 1789 que expresaba: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene constitución”. Además, esta segunda acepción es la que se toma cuando se afirma que el constitucionalismo tiene como principal finalidad la garantía de los derechos fundamentales, lo que implica a su vez la existencia de un gobierno limitado, con separación de poderes¹⁴.

Ferrajoli, por su parte y con la intención de afinar conceptos, propone distinguir el constitucionalismo “jurídico” -al que llama también ius-constitucionalismo-, del constitucionalismo político¹⁵. El primero designaría tanto al sistema jurídico como a la teoría del derecho anclados en la experiencia histórica del constitucionalismo del siglo pasado y que se habría afirmado con las constituciones rígidas de la Segunda post Guerra Mundial. El constitucionalismo “político”, por su parte, haría alusión a la práctica y concepción de los poderes públicos dirigidas a su limitación, para garantizar

¹² Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*. 2º reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 2. Aquí constitución se toma en un sentido normativo formal que, según Nino, puede tener cualquier contenido (incluso regulaciones grotescamente antidemocráticas), en tanto implica ciertas garantías básicas de los ciudadanos en contra de abusos autoritarios, que están asociadas con el Estado de Derecho, *ibidem*, p. 3. Entendiendo claro, al Estado de Derecho en un sentido restringido de imperio de la ley, como garante de la seguridad jurídica.

¹³ *Ibidem*, p. 4. Entre estos dos sentidos, hay una amplia gama de significados que varían en su densidad o robustez conceptual. Véase Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., p. 16.

¹⁴ Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas- Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 91.

¹⁵ Ferrajoli, Luigi “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, *Giurisprudenza costituzionale*, vol.55, nº 03, Giuffrè, Milano, 2010, define al constitucionalismo “jurídico” como la idea de sometimiento de todos los poderes públicos, incluso el legislativo, a una serie de normas superiores que son aquellas que en las constituciones sancionan derechos fundamentales, p. 2771. Hay traducción al castellano de Guzmán, Nicolas, “Constitucionalismo principialista, constitucionalismo garantista”, *Doxa* nº 34, 2011, pp.15-53.

determinados ámbitos de libertad¹⁶. En este segundo sentido, los límites y las garantías reivindicadas y tal vez realizadas, son límites y garantías *políticas externas* a los sistemas jurídicos y no jurídicas internas a éstos, por tanto, se configuran como una “ideología” y son prácticamente sinónimo de Estado liberal de derecho¹⁷. Según Ferrajoli, es en oposición a esta última noción que se ha afirmado la expresión “neoconstitucionalismo” para referirse a la experiencia *jurídica* de las actuales democracias constitucionales.

Así, considera Ferrajoli, la terminología usual es equívoca pues usa el mismo término “constitucionalismo” para designar tanto la ideología del constitucionalismo como su concreción jurídica¹⁸. Pero, lo que es peor, resulta confuso utilizar la expresión “neoconstitucionalismo” para referirse al constitucionalismo jurídico en oposición al constitucionalismo político. Así, el neoconstitucionalismo, que se identifica en el plano teórico con la concepción iusnaturalista (o, al menos, no positivista), no recoge (más bien ignora) los caracteres esenciales y distintivos de la concepción positivista del constitucionalismo, generando una noción restringida del término¹⁹.

En otras palabras, al contraponerse neoconstitucionalismo a constitucionalismo político, no se deja lugar para un constitucionalismo jurídico positivista. Es que el desplazamiento del positivismo por el neoconstitucionalismo no sería sólo el resultado de una batalla teórica, sino –según la lógica neoconstitucional- la consecuencia natural del cambio en el diseño y estructura de los ordenamientos jurídicos constitucionales. O sea, sería el

¹⁶ Ferrajoli, Luigi “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, ob. cit., p. 2773 tomando como ejemplo de esta concepción la tesis de Fioravanti que identifica el constitucionalismo como una corriente de pensamiento que se afirma en el contexto del proceso de formación del Estado moderno. Véase Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, ob. cit.

¹⁷ Ferrajoli, Luigi “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, ob. cit., p. 2774. Existen distintas concepciones de estos conceptos, así por ejemplo véase Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Marcial Pons, Madrid, 2010, especialmente pp.19-23.

¹⁸ Lo que (sigue Ferrajoli) no evidencia el cambio de paradigma que sobrevino en la estructura del derecho positivo con la introducción de la rigidez constitucional. Ferrajoli, Luigi “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, ob. cit., p. 2774. Sobre este cambio de paradigma, volveré en el acápite siguiente. He de advertir que si bien estoy utilizando la crítica de Ferrajoli al término “neoconstitucionalismo” en este apartado, soy consciente de que su propia teoría se ha calificado de neoconstitucionalista, aunque en un sentido “normativo” como veremos *infra*. De cualquier modo, me parece oportuno introducir estas distinciones aquí, ya que el propio Ferrajoli se considera un crítico del neoconstitucionalismo.

¹⁹ *Ibidem*, pp.2774-2775.

propio modelo democrático constitucional el que tendría una impronta anti-positivista²⁰.

Otro de los factores que no permiten el acuerdo en el uso del término constitucionalismo, tiene que ver con que no existe una única forma de limitar los poderes y de proteger los derechos²¹ y esto es básicamente porque no existe un solo tipo de constitución²². De acuerdo al tipo de constitución que adoptemos y a los arreglos institucionales que se reflejen en ella, será el constitucionalismo que se configure²³.

Desde este punto de vista, una de las categorizaciones más extendidas nos habla de una *versión débil* del constitucionalismo, que tiene por fin limitar el poder existente pero reserva la última palabra institucional a la mayoría parlamentaria ordinaria²⁴. Esta versión, para muchos, se correspondería principalmente con un tipo de constitución propia del Estado de Derecho que surgió de las revoluciones aludidas y que se difundió hasta mediados del siglo XX²⁵.

Además cabría una *versión fuerte* de constitucionalismo, que coincidiría también con la ideología que promueve una constitución para asegurar los derechos y las libertades individuales contra el Estado²⁶, pero que estaría informada por lo que se califica como una concepción axiológica de la constitución propia del constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX y

²⁰ Salazar Ugarte, Pedro, "Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: Algunas claves para su distinción" *Doxa*, nº 34, 2011, p. 297.

²¹ De hecho incluso algunos autores como Waldron, son escépticos sobre el hecho de que la constitucionalización de los derechos sea la mejor forma de protección. Véase Waldron, Jeremy, "Constitutionalism: A Skeptical View", *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 248, 2012.

²² Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, ob. cit., p. 91.

²³ Algo similar en Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., pp.17 y ss.

²⁴ Bayón, Juan Carlos, "Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo" en Jerónimo Betegón, Juan Ramón De Páramo, Francisco Laporta y Luis Prieto Sanchís (coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 128. Marcando que este modelo, que propicia, tiene diferencias relevantes respecto el llamado "modelo de Westminster".

²⁵ Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, ob. cit., pp. 92-93. Véase también Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, ob. cit., quien (compartiendo la clasificación con Dogliani y Comanducci) llama a este un "modelo descriptivo de la constitución entendida como norma" y que sería propio del positivismo metodológico (p. 34), aunque no lo identifica con el constitucionalismo débil que, en su entendimiento, forma parte de otra tipología (p. 27).

²⁶ Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, ob. cit., pp. 91-94.

que será la que se ajusta al llamado “giro” neoconstitucionalista²⁷. En lo institucional, esta forma de constitucionalismo incorpora los llamados mecanismos *contra-mayoritarios* de la rigidez y el control jurisdiccional de constitucionalidad²⁸.

En definitiva, por constitucionalismo se entienden muchas cosas diferentes. Descartando las definiciones mínimas que convierten al concepto en un slogan vacío, podríamos estar de acuerdo en que el constitucionalismo -en general- designa ante todo una ideología o “ideal político” relativo a la limitación del poder²⁹. En este sentido podemos afirmar que el neoconstitucionalismo no se diferencia sino que es parte del constitucionalismo.

Pero también, por constitucionalismo se entiende un determinado diseño institucional o sistema jurídico. Así podemos hablar de constitucionalismos en particular y referirnos por ejemplo al diseño inglés de soberanía parlamentaria, al estadounidense de control judicial de los actos del legislativo, etc.³⁰. Como estamos viendo en este apartado, parte importante de la doctrina niega también novedad al neoconstitucionalismo en este aspecto pues los rasgos institucionales que el neoconstitucionalismo rescata como propios (y que veremos *infra*), ya se encontrarían en el constitucionalismo anterior a la Segunda Gran Guerra, sólo que ahora se entenderían de manera diferente.

Por último se habla de constitucionalismo como teoría, doctrina o filosofía política y he aquí el punto más controvertido. Quienes, como estamos estudiando, niegan la especificidad del neoconstitucionalismo como teoría del derecho, nos dicen que para el estudio de las notas particulares que el neo-

²⁷ En palabras de Susanna Pozzolo, “modelo axiológico de la constitución concebida como norma”, Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo* giuridico, ob. cit., p. 10, de la misma autora “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional” *Doxa*, nº 21 II, 1998, p. 342.

²⁸ Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, ob. cit., p. 128. Estos caracteres se desarrollaran en los capítulos 3 y 4 de esta tesis.

²⁹ Waldron, Jeremy, “Constitutionalism: A Skeptical View”, ob. cit., pp.1, 3, 13 y ss. Aunque debo advertir que si bien pareciera haber un acuerdo unánime en este punto, Waldron resalta las diferencias a la hora de darle significado a este enunciado que se puede entender como “control”, “restricción” o “límite” al poder, según las diferentes teorías que se sostengan (por ejemplo liberalismo, socialismo, etc.) con diferentes consecuencias. También definiendo el constitucionalismo como ideal político encontramos a Zagrebelsky, Gustavo, “Constitucionalismo”, *Derechos y Libertades*, nº 29, época II, junio 2013, pp. 19-38. Como vimos Ferrajoli llama a esta ideología “constitucionalismo político”.

³⁰ Waldron, Jeremy, “Constitutionalism: A Skeptical View”, ob. cit., p. 4. O como clasifiqué más arriba, se puede hablar de una versión débil de constitucionalismo, de una versión fuerte, incluso de una fortísima (como veremos más adelante).

constitucionalismo rescata como novedosas (en el aspecto institucional) es perfectamente útil “la teoría del derecho que se ha venido construyendo a lo largo del siglo XX bajo la inspiración del positivismo”³¹. En este sentido teorías del derecho serían el positivismo o el iusnaturalismo (en sus diferentes entendimientos –como haré notar *infra*-), pero no el neoconstitucionalismo.

Esta afirmación no quita que se hable de una “teoría” neoconstitucionalista como una forma de explicar de un modo particular el arreglo institucional de algunas de las constituciones europeas de la Segunda posguerra³². Aquí entonces, incluso quienes combaten el llamado neoconstitucionalismo, pues insisten en que esta etiqueta es demasiado estrecha como para explicar el constitucionalismo, reconocen la existencia de esta corriente de pensamiento y discuten su plausibilidad, tanto de sus presupuestos filosóficos como de sus pretensiones normativas, sobre todo de cara a las consecuencias político-jurídicas que implica. En este último grupo, es decir, el que considera al neoconstitucionalismo como una particular filosofía política, se inscribe la presente tesis.

1.2.- El neoconstitucionalismo como cambio de paradigma

Como adelanté, hay autores que entienden que a partir de la segunda mitad del siglo XX se ha producido un “cambio de paradigma” y, a diferencia de los primeros, consideran que esto ha cambiado los rasgos característicos del constitucionalismo al punto de configurar una nueva teoría³³, que parte de la doctrina llama “neoconstitucionalismo(s)”.

Comanducci, como parte de los autores que se han abocado al estudio del neoconstitucionalismo desde un punto de vista crítico, trata de evidenciar las diferencias entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo. Así el constitucionalismo sería fundamentalmente una ideología, como vimos, dirigida

³¹ Laporta, Francisco, “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, ob. cit., pp. 48, 53. Igualmente Ferrajoli, a quien retomaré más adelante.

³² Este entendimiento comprende tanto la idea de que a diferentes arreglos institucionales pueden haber diferentes “teorías” explicativas (descriptivas) y/o prescriptivas, como también que a un mismo diseño institucional puede lérselo desde diferentes teorías.

³³ Véase por ejemplo Atienza, Manuel “Argumentación y Constitución”, en Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza, y Juan Ruiz Manero, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 113-181, p. 116. Del mismo autor “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, ob. cit., p. 50.

a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales o de derechos fundamentales. Según el autor, suele tener “como trasfondo habitual, aunque no necesario, el iusnaturalismo, que sostiene la tesis de la conexión identificativa entre Derecho y moral³⁴; y por otro lado, tiene como adversario directo el positivismo ideológico”³⁵. En todo caso esta caracterización no es pacífica, pues para muchos lo que en el origen dio impulso al proyecto del constitucionalismo escrito fue el espíritu codificador, manifestación del positivismo³⁶ y no el iusnaturalismo alegado por Comanducci. Aunque lo cierto es que hay cierta convergencia entre teorías positivistas e iusnaturalistas en el nacimiento del constitucionalismo³⁷.

Por su parte, sigue diciendo este autor, el neoconstitucionalismo se diferencia del constitucionalismo en que no se exhibe únicamente como ideología, sino también como una teoría que concurre (compite) con el positivismo³⁸. Sobre este punto precisa Pozzolo que el neoconstitucionalismo no se presenta como una especie de uno de los dos géneros entre los cuales se suele dividir el pensamiento jurídico moderno -positivismo e iusnaturalismo- sino como un tercer género que ni siquiera apunta a recomendar modificaciones o adecuaciones a alguna de las otras dos perspectivas³⁹. Indicaría una postura iusfilosófica que se propone como vía intermedia entre

³⁴ El autor entiende la conexión “identificativa entre derecho y moral” como aquella según la cual no es posible identificar el derecho sin recurrir necesariamente a un punto de vista moral. Véase Comanducci, Paolo, “Las conexiones entre el derecho y la moral”, *Derechos y Libertades, Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, Año nº 8, Nº 12, 2003, pp. 15-26.

³⁵ El constitucionalismo no es, sin embargo para el autor, relevante como teoría del derecho, sino el positivismo jurídico que mantuvo su hegemonía como teoría del derecho durante todo el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Comanducci, Paolo “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, ob. cit., pp. 82, 83.

³⁶ Véase Ahumada, María de los Ángeles, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo”, ob. cit., pp. 156, 158.

³⁷ En palabras de Ferrajoli, “Se puede incluso afirmar, con aparente paradoja, que la idea de la legalidad como fuente exclusiva y exhaustiva del derecho positivo nació precisamente como una instancia iusnaturalista de racionalidad y justicia”, Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 6ta edición, Trotta, Madrid, 2004, p. 870.

³⁸ Comanducci, Paolo “Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico”, ob. cit, p. 83. Como se verá la afirmación es controvertida incluso para quienes se abocan a este fenómeno, pues sostienen que el neoconstitucionalismo -a diferencia de otras aproximaciones teóricas- al ser una categoría que reúne el pensamiento de diferentes teóricos del derecho, no sería una teoría en sí, puesto que se centra únicamente en el fenómeno jurídico y no trae aparejada una teoría política (en concreto una teoría de la democracia o una teoría del poder) Véase Salazar Ugarte, Pedro, “Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: Algunas claves para su distinción”, *Doxa*, nº 34, 2011, p. 294.

³⁹ Pozzolo, Susanna “Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di ‘Neo-costituzionalismo e positivismo giuridico’”, *Diritto & questioni pubbliche*, nº 3, 2003, p. 51.

positivismo e iusnaturalismo⁴⁰ que habría eliminado los defectos de ambas y reunido sus virtudes. Particularmente esta doctrina permitiría evitar el defecto del legalismo iuspositivista (o formalismo) a través de la relevancia jurídica atribuida y reconocida a la constitución, subrayando e incentivando su “capacidad de penetración” (*pervasività*)⁴¹.

Dicho lo anterior, considero adecuado separar en dos cuestiones el estudio del llamado neoconstitucionalismo: una primera, de la que me ocuparé ahora, hace referencia a una serie de fenómenos evolutivos que han tenido impacto en lo que se ha llamado el paradigma del Estado constitucional. La otra, que se abordará en el apartado siguiente, explica justamente esta “teoría del derecho” que se habría “propugnado en el pasado reciente por esos mismos cambios y/o que da cuenta de ellos, normalmente en términos bastante positivos o incluso elogiosos”⁴².

Para comenzar con la primera cuestión. Luigi Ferrajoli es uno de los autores que se ha dedicado en forma más profunda al estudio de estos fenómenos que, según su particular concepción, implican una refundación jurídica del derecho y de las instituciones políticas, fruto de las duras lecciones impartidas por las tragedias de la de primera mitad del siglo pasado⁴³.

Nos explica el autor que a partir de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias⁴⁴ se habría generado un cambio de modelo normativo, que él denomina “modelo neo-iuspositivista” del *Estado Constitucional de*

⁴⁰ Esta idea puede rastrearse ya en Hart, cuando al criticar la teoría antipositivista de Dworkin señala que “puede ser caracterizada como una *vía media* entre las teorías clásicas del Derecho Natural y el Positivismo jurídico, ambas rechazadas explícitamente por Dworkin. Pues, a diferencia del teórico del Derecho Natural, no niega que el derecho claramente establecido, disposiciones o decisiones que carezcan de conformidad con ciertos *standars* morales específicos [...] sean derecho; sin embargo, al igual que el teórico del Derecho Natural, mantiene que hay ciertos principios morales objetivos que son también derecho: concretamente aquellos que figuran en la teoría ‘más sólida’ del derecho”. Hart, H.L.A. “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, *Sistema* n° 36, mayo de 1980, pp. 3-18; p. 13.

⁴¹ Pozzolo, Susanna “Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di ‘Neo-costituzionalismo e positivismo giuridico’”, ob. cit., pp. 52-53

⁴² Carbonell, Miguel, “Prólogo Nuevos tiempos para el constitucionalismo” en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 9-10.

⁴³ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Miguel Carbonell (ed.), Trotta, Madrid, 2008, p. 304.

⁴⁴ He de insistir en que estos rasgos ya se encontraban en algunas constituciones previas a la Segunda gran guerra, por ejemplo piénsese en el Tribunal Constitucional austriaco, pero lo que haría que se hable de un cambio de paradigma sería la reunión de todos estos elementos funcionando al mismo tiempo. Esto es subrayado por Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Cevallos, Quito, 2010, p. 30.

Derecho. En contraposición al modelo anterior (o paleo-iuspositivista⁴⁵), que corresponde al *Estado Legislativo de Derecho* (o *Estado legal*) y que surgió con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica⁴⁶.

Según el nuevo modelo, son Estados de Derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales establecidos por las normas constitucionales⁴⁷ - empatando así el término con la idea moderna de constitucionalismo⁴⁸-. Con sus palabras, el paradigma de la democracia constitucional significa “la sujeción del derecho al derecho generada por la disociación entre vigencia y validez, entre mera legalidad y estricta legalidad, entre forma y sustancia, entre legitimación formal y legitimación sustancial [...] que desvanece la ‘presunción de regularidad de los actos realizados por el poder’ en los ordenamientos positivos”⁴⁹. Esta sujeción a la ley de la propia ley, se produce “no sólo en cuanto a las formas de los actos que la producen, sino también en cuanto a los contenidos normativos producidos por ellos. Esta sujeción ha tenido lugar a través de la incorporación, en constituciones rígidas, de principios ético-políticos [...] transformados, de fuentes de legitimación *política* o *externa* en fuentes de legitimación (y si son violados, de deslegitimación) también *jurídica* o *interna*”⁵⁰. Así, “el derecho ya no regula sólo su ‘ser’ sino también su ‘deber ser’; no programa sólo los comportamientos humanos sino que también se proyecta a sí mismo, vinculándose a opciones positivas (de hacer) y negativas (de no hacer) en garantía de los derechos fundamentales; ya no se funda sólo sobre el principio *autoritas, non veritas facit legem*, sino que también sobre el principio de la coherencia, y por lo tanto de la *veritas* que lógicamente debe

⁴⁵Nótese que las expresiones paleo-iuspositivismo y neo-iuspositivismo son usadas por el autor con el ánimo de diferenciar respectivamente al iuspositivismo propio del *Estado legal* (pre constitucional), del iuspositivismo característico del *Estado Constitucional* actual, mostrando claramente su filiación iusfilosófica.

⁴⁶ Este modelo estaría basado en el principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido. Ferrajoli Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho” en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 14.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 13

⁴⁸ Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, ob. cit., p. 72. Idea que Ferrajoli reafirma, diciendo que en el plano filosófico-político “democracia y constitucionalismo tienden a confundirse”. Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, traducción de Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2006, p. 106.

⁴⁹ Ferrajoli, Luigi, “Derechos Fundamentales” en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 37.

⁵⁰ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, Vol.1: *Teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 25, 38.

caracterizar el juicio de compatibilidad de las normas de grado inferior con las de grado superior. Y lleva a cabo por consiguiente, a través de los vínculos de forma y de contenido impuestos a su producción, la superación de la vieja dicotomía expresada por los pares *auctoritas/veritas* y ‘racionalidad formal’/‘racionalidad sustancial’ con la que normalmente se formula la oposición entre paradigma iuspositivista y paradigma iusnaturalista”⁵¹.

Así, explica el autor “el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el Estado de Derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanzan con él su forma última y más desarrollada”⁵². Por eso Ferrajoli no concibe tanto la validez de las normas (infraconstitucionales) como pertenencia formal a un ordenamiento, sino como la conformidad material con la constitución⁵³.

Esta es una diferencia radical -según Ferrajoli- con lo que ocurría anteriormente en el paradigma del Estado liberal, cuando la ley, fuera cual fuera su contenido, era considerada la fuente suprema e ilimitada del derecho. De ahí que el legislador, y en la mejor de las hipótesis el parlamento, era a su vez concebido como omnipotente, y omnipotente era en consecuencia la política cuyo producto e instrumento era el derecho⁵⁴.

Con esta distinción, lo que se está señalando en suma son dos fórmulas diferentes de expresar la limitación jurídica del poder: el gobierno *per leges* y el gobierno *sub lege*⁵⁵. El primero supone únicamente que el poder será ejercido a través de leyes, se limita a ofrecer igualdad jurídica, pero no constituye un límite *material* al poder. El segundo, el gobierno *sub lege*, supone en cambio un

⁵¹ *Ibidem*, p. 463. Volveré sobre estos puntos en el capítulo tercero.

⁵² Ferrajoli, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, ob. cit., p. 19.

⁵³ Así distingue dos dimensiones de la legitimidad de las normas: la que llama “vigencia” o “existencia” que hace referencia a la forma de los actos normativos y que depende de la conformidad con las normas formales sobre su formulación; y la “validez” propiamente dicha (o “constitucionalidad” si se trata de leyes) que, por el contrario, tiene que ver con su contenido y que depende de la coherencia con las normas sustanciales sobre su producción. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2006, p. 21. A este fenómeno Prieto Sanchís lo denomina “rematerialización constitucional” y, con sus palabras “consiste en someter el juicio de validez de las leyes no sólo a criterios formales o relativos al órgano competente y al procedimiento, sino también a los criterios sustantivos o de contenido que proporcionan los derechos constitucionales. Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp.105, 113.

⁵⁴ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, ob. cit., pp. 29-31.

⁵⁵ Sobre el punto véase Asís Roig, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992, especialmente las paradojas de la regulación, pp.98-102.

sometimiento formal y material del gobernante al derecho porque su actuación está determinada por lo que dice la ley fundamental⁵⁶.

Tomando en cuenta estas diferencias, el autor italiano concluye en que ha ocurrido un cambio de paradigma “revolucionario”⁵⁷ en tanto afecta, no sólo el papel del derecho y las condiciones de validez de las leyes, sino también el papel de la jurisdicción (afectando la relación juez-ley), el papel de la ciencia jurídica y la naturaleza de la democracia.

Especialmente, con respecto al nuevo papel del juez, Ferrajoli explica que justamente la sujeción a la constitución lo transforma en garante de los derechos fundamentales, incluso frente al legislador, a través de la censura de la invalidez de las leyes y demás actos del poder político que puedan violar aquellos derechos. De ahí que la interpretación judicial de la ley es siempre también juicio sobre la ley misma, correspondiendo al juez elegir sólo sus significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por ellas⁵⁸.

Pues bien, hay acuerdo entre los autores que estudian esta corriente en que ésta es una de las señas de identidad del neoconstitucionalismo, que ya no solo gira en torno a los derechos, sino que también al hecho de que su aplicación se encuentra encomendada a los jueces⁵⁹.

Coincide plenamente Zagrebelsky⁶⁰, quien también analiza el cambio de paradigma en el derecho que -a su criterio- ha significado un “auténtico cambio

⁵⁶ Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, ob. cit., p. 86.

⁵⁷ “El constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico”. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ob. cit., p. 66

⁵⁸ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, ob. cit., p. 211, también en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ob. cit., p. 26.

⁵⁹ Prieto Sanchís, Luis “El constitucionalismo de los Derechos” en Miguel Carbonell (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, ob. cit., p. 215. Para este autor, el neoconstitucionalismo (que identifica como “constitucionalismo contemporáneo”) es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que han caminado separadas, reuniendo un fuerte contenido normativo de la una y una garantía jurisdiccional y correlativa desconfianza ante el legislador, de la otra. El resultado se ve en “una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”. En “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, ob. cit., pp. 124-127. En igual sentido el autor en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 107 y ss.

⁶⁰ Sobre el papel de los jueces como nota característica del neoconstitucionalismo, volveré en los capítulos siguientes. Este autor lo trata en Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 8ª ed., Trotta, Madrid, 2008, pp. 131 y ss.

genético”⁶¹. Sobre el particular, el autor resalta dos rasgos que serían el fundamento del constitucionalismo de nuestros tiempos: la transformación de la idea de soberanía y la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico.

Comenzaré con el primero de estos rasgos que -según Zagrebelsky- llega a constituir la demolición del concepto de soberanía. Los factores que producirían este fenómeno están relacionados con el creciente pluralismo político y social, la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, la progresiva institucionalización de dimensiones supraestatales de poder e incluso la atribución de derechos a los individuos frente a los Estados, exigibles en jurisdicciones internacionales⁶². A consecuencia de ello se ha producido, según el autor, un desbordamiento de las fuentes del derecho. Así, el Estado liberal de derecho era un *Estado legislativo* que se afirmaba a sí mismo a través del *principio de legalidad* -lo que suponía la reducción del derecho a la ley y la exclusión (o por lo menos la sumisión a la ley) de todas las demás fuentes del derecho⁶³-. En cambio, en el Estado Constitucional actual la ley por primera vez viene sometida a una relación de adecuación y por tanto de subordinación a un estrato más alto de derecho establecido por la constitución⁶⁴.

Este es también punto de acuerdo con Ferrajoli, quien considera que con el constitucionalismo, el principio de soberanía se ha desvanecido⁶⁵ al ser reemplazado por la constitución en tanto norma supraordenada a la legislación ordinaria y por el control constitucional de las leyes por parte de los tribunales constitucionales⁶⁶. Consecuentemente “ya no existe la soberanía interna, dado

⁶¹ *Ibidem*, p. 33.

⁶² *Ibidem*, pp. 11-12.

⁶³ Donde la “fuerza” de la ley se vinculaba a un poder legislativo capaz de decisión soberana en nombre de una función ordenadora general. *Ibidem*, p. 24

⁶⁴ *Ibidem*, p. 34. Si bien las nuevas fuentes del derecho implicarían una dificultad para la vida del derecho como ordenamiento, generando a su vez la crisis de la idea de código; las constituciones contemporáneas (siempre en la visión de Zagrebelsky) intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico. *Ibidem*, p. 39.

⁶⁵ En el sentido clásico de *potestas legibus soluta ac superiorem non recognoscens*, ya que, según Ferrajoli, en presencia de constituciones no existen ya sujetos soberanos ni poderes *legibus soluti*.

⁶⁶ Ferrajoli, Luigi. *Democracia y Garantismo*, ob. cit., p. 29, también del autor *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ob. cit., donde trata el tema con más profundidad, especialmente pp. 125 y ss. y Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012, p. 53. En una posición radicalmente contraria, recuperando el concepto de soberanía y con él, el de poder

que todos los poderes públicos –incluso el legislativo y con él la llamada soberanía popular- están sujetos a la ley constitucional. Y tampoco existe ya, al menos en el plano jurídico, la soberanía externa, ya que los Estados se han sometido al *pactum subiectionis* representado por el nuevo ordenamiento internacional nacido con la Carta de las Naciones Unidas y con la prohibición de la guerra y la obligación de respeto de los derechos fundamentales establecidos en ella”⁶⁷.

En otras palabras, mientras en el Estado legal operaba una separación fuerte entre derecho y política (el primero gravitando en torno a la idea de imperio de la ley y la segunda, en torno a la de soberanía), en los Estados constitucionales actuales se acaba con esta separación y en su lugar adquiere peso la noción de constitución normativa y rígida⁶⁸.

Además de la crisis de la soberanía, el segundo rasgo característico que Zagrebelsky encuentra en el constitucionalismo de nuestro tiempo, consiste en que las constituciones han establecido un conjunto de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico⁶⁹. A juicio del autor italiano, el tránsito del Estado de derecho decimonónico al constitucional contemporáneo equivale al paso de un “derecho por reglas” a un “derecho por principios”, identificando prevalentemente la ley con las reglas y la constitución con los principios y por tanto distinguiendo la ley de la constitución⁷⁰.

Si bien desarrollaré con detenimiento este punto en el capítulo siguiente, aquí me interesa destacar una afirmación del autor respecto la pluralidad y la ausencia de jerarquía formal entre los principios constitucionales. Esto haría, a su criterio, que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino sólo prudencia en su ponderación, lo que llevaría a pensar que “quizás la única

constituyente, Palombella, Gianlugi, *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, traducción de José Calvo González. Comares, Granada, 2000. Para una crítica a Ferrajoli véase pp. 97 y ss., especialmente p. 106.

⁶⁷ *Ídem*

⁶⁸ Aguiló Regla, Josep, “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la constitución” en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, p. 247.

⁶⁹ Así, el derecho sería “un orden objetivo previsto para limitar la inestabilidad de las voluntades”, o dicho de otro modo “[habrían] exigencias de justicia general [...] por encima tanto de las voluntades individuales particularmente consideradas cuanto del acuerdo de las mismas que se expresa a través del principio de la mayoría [...]” Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, ob. cit., pp. 93- 94.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 110. Esto, a juicio del autor –y como ya señalé- trae aparejado importantes consecuencias para la jurisdicción, que se verán en capítulos siguientes.

regla formal de la que quepa hablar sea de la “optimización” posible de todos los principios⁷¹.

Desde allí, no es muy complicado advertir los peligrosos efectos que esto tiene para la certeza y previsibilidad del derecho, cosa que reconoce abiertamente Zagrebelsky pero que entiende son producto de la realidad actual y que por ello, no se pueden negar⁷². En sus palabras: “El sistema jurídico como existe hoy en el Estado constitucional no puede asumir la certeza, que en resumidas cuentas quiere decir *inmovilidad* del Derecho como valor absoluto”⁷³. Máxime si tenemos en cuenta el relativismo de los principios y de los valores al momento de su aplicación judicial, característica que a criterio de Zagrebelsky es necesaria para que los mismos se puedan conciliar recíprocamente y así pueda sobrevivir la sociedad pluralista de nuestra época⁷⁴.

Así en el Estado actual, al no haber un único horizonte de expectativa en orden a los resultados de la interpretación, los caminos de la jurisprudencia tampoco pueden ser ciertos⁷⁵. Como se puede notar, la descripción de la sociedad contemporánea se realiza en contraste con la propia del Estado liberal de derecho, cuyo contexto político y cultural –siempre según el autor-, era homogéneo y de situaciones sociales mucho más estables y por tanto permitía una interpretación del derecho reducida a la búsqueda del significado de las normas queridas por el legislador⁷⁶.

Es que finalmente lo que daría cuenta de la evolución que desemboca en el Estado constitucional no serían tanto los cambios estructurales en los sistemas jurídico-políticos (como la constitución normativa y rígida) sino el componente de valor, que implica una constitución como ideología⁷⁷. Es decir

⁷¹ *Ibidem*, p. 125.

⁷² *Ibidem*, p. 112.

⁷³ Zagrebelsky, Gustavo, “I diritti fondamentali oggi”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XXXII/1, p. 203.

⁷⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, ob. cit., p. 125. De lo expuesto derivaría otro rasgo esencial de la cultura jurídica actual, cual es la multiplicidad de métodos y de concepciones sustantivas del derecho que subyacen a los principios. *Ibidem*, p.135. Prieto Sanchís se refiere a este fenómeno como “desbordamiento constitucional” y advierte su rostro jánico al expresar “... el sistema queda por así decirlo, saturado mediante los principios, con la particularidad de que estos principios, que antes han limitado la libertad política del legislador, se muestran después como dúctiles instrumentos en manos del juez”. Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ob.cit., pp. 114-115.

⁷⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, ob. cit., p. 146.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 145.

⁷⁷ Aguiló Regla, Josep, “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la constitución”, ob. cit., p. 247.

una constitución plagada de conceptos valorativos, cuyos textos normativos son imprecisos para así permitir una interpretación jurídica dinámica, orientada al futuro⁷⁸. Claro está que esta forma de concebir la constitución no nos dice de antemano cuál será el procedimiento de determinación requerido para concretar aquellos principios o valores constitucionales. Para eso están los neoconstitucionalistas que dejan el desarrollo de la tarea “en la labor silenciosa y soterrada de las salas de los tribunales y de los estudios de los juristas”⁷⁹.

Todo lo dicho, para nuestros autores, implica entonces una mutación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho y que por lo tanto, no puede considerarse como una mera continuación del modelo anterior⁸⁰. Como vimos, el asunto es controvertido, ya que hay quienes afirman que el paso del Estado de Derecho al Estado constitucional de Derecho⁸¹ no implica un modelo alternativo de Estado de Derecho sino su “prolongación, desarrollo o especificación”, entendiéndose la idea de imperio de la ley en sentido amplio como imperio del derecho y por tanto, como imperio de la constitución⁸². Pero quienes *apuestan* por el neoconstitucionalismo como paradigma nos dicen que la propia idea de paradigma implica una cierta ruptura que incluso puede servir

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 254-255. En igual sentido Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, ob. cit., p. 146.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 147.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 34.

⁸¹ En este punto creo que es buena la advertencia que realiza Pozzolo cuando señala que la distinción Estado de Derecho/ Estado Constitucional, frecuentemente utilizada por el neoconstitucionalismo, es engañosa puesto que éste último es un tipo de Estado de Derecho. Más bien la contraposición se tendría que realizar entre Estado Legal (o legalista)/Estado Constitucional. Véase Pozzolo Susanna “Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di ‘Neo-costituzionalismo e positivismo giuridico’”, ob. cit., p. 53 nota al pie n° 6.

⁸² Aunque esto a su vez redundaría en un entendimiento sustancial del Estado de Derecho (por la inclusión de exigencias materiales –derechos- en relación con el contenido de la ley), que implicaría superar el concepto formal del mismo, que se identifica con el mero sometimiento a la ley, véase Ansuátegui Roig, Javier, “Estado de Derecho, Crisis de la Ley y Estado Constitucional”, en Virgilio Zapatero Gómez (coord.) *Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel*, Vol.1, 2002, pp. 255-272. En un sentido similar, Vázquez afirma “...no se necesita provocar una fractura en la concepción original del Estado de derecho, sino más bien estirar la noción hasta extraer sus consecuencias últimas y, cuando sea el caso, destacar sus limitaciones y sugerir propuestas complementarias” en Vázquez, Rodolfo, *Entre la Libertad y la Igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 2006, p.184. También véase Peña Freire, A. M., *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997, p. 41. Pero hay que tener en cuenta que para otros autores no se puede equiparar bajo ningún concepto la idea de ley con la de constitución, en tanto la última es una norma constitutiva, es decir, política. Véase Atria, Fernando, “Lo que importa sobre los principios” en Flavia Carbonell, Raúl Letelier y Rodrigo Coloma (coords.), *Principios Jurídicos. Análisis y crítica*, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2011, p. 77.

para indicar el cuestionamiento de toda una forma de hacer filosofía del Derecho⁸³.

Finalmente hay autores que sintetizan las consecuencias del tránsito del constitucionalismo al neoconstitucionalismo en el fenómeno de la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”⁸⁴. Según la definición de Guastini, este fenómeno viene a significar un proceso de desarrollo de las instituciones que presenta las siguientes condiciones: 1) rigidez de la constitución; 2) control de constitucionalidad de las leyes; 3) fuerza vinculante de la constitución; 4) “sobreinterpretación” de las disposiciones constitucionales; 5) aplicación directa de tales disposiciones por parte de los jueces; 6) interpretación conforme de la ley ordinaria; 7) influencia directa de la constitución en las relaciones políticas⁸⁵.

Al tratarse justamente de un “proceso”, conforme se vayan satisfaciendo las condiciones de esta lista, mayor será el grado de constitucionalización que se alcanzará; siendo como mínimo necesario que se cumplan las dos primeras condiciones para hablar de “constitucionalización” y llegando el ordenamiento jurídico a hallarse completamente “impregnado” por las normas constitucionales cuando todas estén satisfechas⁸⁶. El fenómeno de constitucionalización, como es lógico, ha repercutido en el tipo de pensamiento

⁸³ García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la Moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, p. 17.

⁸⁴ Según la expresión de Guastini, por la que entiende “al proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”. Guastini, Riccardo “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano” en Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)* Trotta, Madrid, p. 49. Adhiere a esta visión Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ob. cit. p. 116.

⁸⁵ Guastini, Riccardo “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, ob. cit., pp. 50 a 57. Según Cruz esta definición de Guastini es insatisfactoria porque no da cuenta de rasgos esenciales del neoconstitucionalismo como serían: la limitación de los contenidos posibles del derecho ordinario, la determinación material de lo exigido constitucionalmente, la apertura semántica y estructural de las disposiciones iusfundamentales o la apertura del sistema jurídico a la moral. (constitución de principios y ponderación), Cruz, Luis M., *Estudios sobre el Neoconstitucionalismo*, Porrúa, México, 2006, p. 4. Pero a mi criterio este autor lee mal a Guastini, ya que éste no pretende caracterizar al neoconstitucionalismo sino al fenómeno que llama de “constitucionalización del ordenamiento jurídico”; más allá de que se pueda decir que el neoconstitucionalismo se da en ordenamientos constitucionalizados. Quizá la confusión provenga de la publicación del artículo de Guastini dentro de la recopilación *Neoconstitucionalismo(s)*.

⁸⁶ Guastini, Riccardo “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, ob. cit., p. 50.

de juristas y teóricos del derecho, cimentando el llamado neoconstitucionalismo⁸⁷.

Ahora bien, a esta altura se puede señalar al menos una diferencia central en las formas de abordar el estudiado cambio de paradigma. Para algunos autores (de los cuales tomé como referente a Ferrajoli) lo que ha cambiado es el objeto de estudio: las constituciones se han modificado a partir de la segunda mitad del siglo XX; pero no por ello debe cambiarse el método para abordarlo. Así visto, aún sería útil el positivismo jurídico al momento de entender las constituciones actuales y también el Estado constitucional que forjan. A este conjunto de autores García Figueroa los clasifica como *neoconstitucionalistas normativos*, que serían -según él- insuficientemente neoconstitucionalistas o neoconstitucionalistas en sentido débil⁸⁸. Éstos se caracterizarían por definir una política del derecho que es antiformalista y antilegalista pero positivista⁸⁹.

Pero están quienes consideran, en cambio, que habiendo cambiado el objeto de investigación es necesario un cambio radical de metodología⁹⁰. Las nuevas constituciones se distinguirían en cuanto a su contenido por la incorporación de una serie de valores morales y, en cuanto a su forma, porque sus preceptos se expresan más a través de principios que bajo la apariencia de reglas. Todo esto haría obsoleto al positivismo jurídico, incapaz de explicarlas⁹¹. Así, esta “evolución” histórica habría significado también una

⁸⁷ García Figueroa, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo” en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)* Trotta, Madrid, p. 164.

⁸⁸ García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la Moralidad*, ob. cit., p. 18.

⁸⁹ Con las salvedades que ya mencioné en referencia a un “neo-positivismo” que ya no solo adopta un punto de vista meramente descriptivo frente al derecho, sino también crítico o proyectivo, marcando una diferencia con el positivismo decimonónico. Véase Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ob. cit., p. 28. Insisto en que Ferrajoli no acepta esta etiqueta de neoconstitucionalista y en cambio califica a su teoría de *garantismo*, aunque a mi criterio hay fuertes notas en su teoría que lo hacen acreedor de la calificación de neoconstitucionalista en este sentido “normativo”. Una crítica en este sentido en García Figueroa, Alfonso, “Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista” en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds) *Garantismo*, ob. cit., pp. 267-284.

⁹⁰ Esto es advertido aunque no compartido por Comanducci, Paolo. “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, ob. cit., p. 91, cuya posición respecto del tema abordaré *infra*

⁹¹ García Figueroa, Alfonso *Principios y positivismo jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 61. En igual sentido Atienza, Manuel “Argumentación y Constitución”, ob. cit. pp. 116, 127; también el autor en “Imperio de la ley y Constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, ob. cit. p. 50.

modificación sustancial para la teoría del derecho, afectando su concepto mismo⁹².

A este grupo de autores, de entre los que destaqué a Zagrebelsky, podría clasificárseles de neoconstitucionalistas propiamente hablando o, en la nueva terminología de García Figueroa, *neoconstitucionalistas conceptuales* (por oposición a los normativos)⁹³. Sintéticamente se trata de una perspectiva iusfilosófica constitucionalista (en el sentido de insertarse en la corriente ideológica dedicada a la formulación y predisposición de los límites jurídicos al poder político) y antipositivista⁹⁴.

La mayor diferencia que se hallaría entre estas dos formas de neoconstitucionalismo, a los ojos de Atienza, estaría en que: mientras la primera interpreta que la noción de validez tiene carácter autoritativo, es decir, tanto su dimensión formal (en la terminología de Ferrajoli: la vigencia) como su dimensión material (la validez o “estricta legalidad”) derivan del derecho “puesto”; la segunda hace un esfuerzo por integrar en el concepto de derecho dos elementos: el autoritativo y el valorativo. Desde esta última óptica, en caso de que estos elementos entren en contradicción, tendrá primacía el elemento valorativo sobre el autoritativo⁹⁵. Volveré sobre este punto en el capítulo siguiente.

Estas distinciones introductorias me dan pie para situar el objeto de crítica de esta primera parte de la tesis referida al neoconstitucionalismo como teoría.

⁹² García Figueroa, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 59. Uso las comillas en “evolución” porque veremos que hay autores como Atria, que consideran que el neoconstitucionalismo ha significado una involución hacia formas legales pre-modernas. Véase Atria, Fernando, “La ironía del positivismo jurídico”, *Doxa* nº 27, 2004, p. 83. Lo mismo opina Ferrajoli en relación al neoconstitucionalismo que llama “principalista”, asociado a la ponderación, que –según Ferrajoli- alza a la ciencia jurídica y a la jurisprudencia como fuentes supremas del derecho, con el resultado paradójico de interpretar el derecho como una regresión al derecho jurisprudencial y doctrinario premoderno. Ferrajoli, Luigi, “Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista”, ob. cit., p. 2816.

⁹³ García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la Moralidad*, ob. cit., p. 18. Como vimos, subyace en toda la obra de Zagrebelsky un rechazo a la concepción positivista del derecho, dada la dimensión moral que, a su criterio, el razonamiento jurídico por principios incorpora al derecho. Para él, el positivismo jurídico –concepción del derecho propia del Estado de derecho legislativo-, ha perdido su razón de ser a causa del cambio de circunstancias que originalmente la justificaron. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, ob. cit., p. 4.

⁹⁴ Pozzolo, Susanna, “Un Constitucionalismo ambiguo” en Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., p. 188.

⁹⁵ Atienza, Manuel “Argumentación y Constitución”, ob. cit. p. 125. De esta distinción así todo, Atienza no saca mayores consecuencias. Así dice que la diferencia no se genera a la hora de emitir juicios sobre lo que es o no jurídico, sino que surge en la forma en que se expresan esos juicios. En el único ámbito que tendría consecuencias sería en relación con la teoría de la interpretación. *Ibidem*, p. 126.

Así, si bien me referiré al neoconstitucionalismo sin hacer mayores precisiones, el modelo que principalmente tendré en mente será este último, es decir el neoconstitucionalismo conceptual o propiamente dicho. En cambio, en la segunda parte de la tesis relativa a los modelos institucionales, es decir, en los capítulos tercero y cuarto, debido a las similitudes que hay entre el neoconstitucionalismo conceptual y el normativo, utilizaré ambos abordajes.

2.- El neoconstitucionalismo como teoría y/o como ideología

Comenzaré entonces con la definición que Comanducci nos ofrece del término “constitucionalismo” (y neoconstitucionalismo) y que en sus palabras vehicula dos significados. Por un lado, designa una teoría⁹⁶ y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho. En una segunda acepción designa, en cambio, algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son descritos y explicados por el (neo)constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo)constitucionalismo como ideología. En este último sentido, designa un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales⁹⁷.

En lo que sigue me centraré en el primer significado del término y si bien, las relaciones con el (y las referencias al) segundo son manifiestas en tanto se corresponden, trataré de reservar lo relativo a los elementos estructurales del neoconstitucionalismo para los capítulos tercero y cuarto.

Cuando estudiamos a los autores que habrían encabezado la corriente neoconstitucionalista (propiamente dicha), lo hacemos desde la calificación posterior que otros les han atribuido. En principio ni Zagrebelsky, ni Dworkin, ni Alexy, ni menos aún Nino por nombrar algunos, se han autoproclamado neoconstitucionalistas⁹⁸. De hecho es comúnmente aceptado que fueron

⁹⁶ Como advertí con anterioridad, la calificación del neoconstitucionalismo como teoría del derecho, no es pacífica. Pero para poder realizar la crítica y adherir (o no) a la misma, debemos partir de la definición como la dan sus mentores.

⁹⁷ Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, ob. cit., p. 75.

⁹⁸ Véase Ahumada, María Ángeles, “Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo”, ob. cit., p. 133, también Salazar Ugarte, Pedro “Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente:

algunos miembros de la escuela genovesa, entre ellos Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y Paolo Comanducci quienes a fines de los años noventa acuñaron la categoría para criticar algunas tendencias post-positivistas de la filosofía jurídica contemporánea⁹⁹. Explica en este sentido Pozzolo que el término fue pensado para un “objeto” identificado, reconstruido o inventado en el momento en que se lo nominó, un objeto de confines opacos y de difícil interpretación¹⁰⁰.

De allí en más se ha entendido que agrupa a los estudiosos que comenzaron a observar los cambios que el constitucionalismo ha venido sufriendo en los últimos sesenta años, conocido como proceso de la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”. Pero esta “extensión” en el uso del término, ha significado alejarse del significado original para incluir otros fenómenos, eso sí, interdependientes.

Entre otros, el término se ha utilizado para realizar ciertas precisiones sobre el constitucionalismo *tout court*, o para indicar, una vez individualizados los caracteres que determinan su especificidad, ya no cierta doctrina, sino todo un modelo de sistema jurídico¹⁰¹. Desde ese punto de vista -como ya pudimos observar *ut supra* cuando nos referimos al alegado “cambio de paradigma”- la mayor parte de los sistemas jurídicos europeos de la segunda posguerra podrían decirse neoconstitucionalistas¹⁰².

Esta utilización del vocablo, advierte Pozzolo, conlleva el riesgo de generar una suerte de redundancia, ya que haría referencia al Estado constitucional propio de la cultura jurídica occidental contemporánea, es decir, un Estado que presenta una carta fundamental que contiene un catálogo de derechos y sus garantías. Además sería inapropiado, puesto que en un primer

Algunas claves para su distinción”, ob. cit., p. 293. Aunque recientemente Zagrebelsky ha empezado a adoptar el término, véase del autor “Constitucionalismo”, ob. cit., pp. 29 y ss.

⁹⁹ Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo” en Paolo Comanducci, María Ángeles Ahumada y Daniel Gonzalez Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 87.

¹⁰⁰ Pozzolo, Susanna, “Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di ‘Neocostituzionalismo e positivismo giuridico’”, ob. cit., p. 52.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 56.

¹⁰² *Ibidem*, p. 57. Debería aclararse que se habla de las constituciones europeas que a partir de la segunda posguerra, pero no en forma inmediata necesariamente, se fueron promulgando. Así varias constituciones son de finales de los setenta, principios de los ochenta y las de Europa del este se dan a partir de los años noventa. También habría que decir, que en cuanto modelo, ha trascendido los confines europeos, para adoptarse también en gran parte de los países de América Latina.

momento el término fue utilizado para indicar una doctrina anti-positivista que niega la utilidad del tipo de ciencia del derecho (positivista) que se preocupó por individualizar el modelo de Estado de Derecho que ahora decide denominar neoconstitucionalista¹⁰³. En otras palabras, el neoconstitucionalismo (en esta utilización inapropiada del término) no podría tomar como su objeto de estudio al mismo modelo de Estado de Derecho que fue individualizado y sirvió de base a la ciencia del derecho positivista, cuando pretende ser su alternativa.

Para Pozzolo, en suma, el término neoconstitucionalismo fue pensado para indicar el fenómeno específico caracterizado por asumir una noción de constitución fuertemente “materializada” que, más que como límite, se yergue como programa que el legislador tiene que desarrollar¹⁰⁴. Por esto mismo, requiere una técnica interpretativa específica que sirve para restablecer el vínculo entre derecho y moral. Aunque aclara, la “interpretación moral” de la constitución¹⁰⁵ ofrece una versión un tanto peculiar de esa conexión, en la medida en que la sitúa en el interior mismo del derecho positivo¹⁰⁶.

El neoconstitucionalismo sería entonces un enfoque del derecho que pone el acento en ciertas nociones: principios vs reglas, ponderación vs subsunción, y que desplaza su atención de la ley a la constitución y del legislador al juez; adoptando el modelo axiológico de la constitución concebida como norma, en rechazo al modelo positivista¹⁰⁷.

Coincide Prieto en resaltar estos rasgos como sobresalientes de la nueva teoría del derecho, agregando por último, la coexistencia de una constelación

¹⁰³ *idem*. Recuérdese que el iuspositivismo tiene fecha de nacimiento conocida y que coincide con el avènement del modelo postrevolucionario del Estado de Derecho basado en un concepto fuerte de soberanía, separación de poderes, codificación e imperio de la ley, la figura del juez automático, etc. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y Positivismo*, 2ª reimpresión, Fontamara, México, 2005, p. 8.

¹⁰⁴ Pozzolo, Susanna, “Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di ‘*Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*’”, ob. cit., pp. 55-56. Así claramente es expresado por Ferrajoli: “...las constituciones [...] constituyen también un programa político para el futuro...” en Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, ob. cit., p. 32.

¹⁰⁵ En especial referencia a Dworkin, Ronald, *Freedom’s Law. The moral reading of the American constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

¹⁰⁶ Pozzolo, Susanna, “Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di ‘*Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*’”, ob. cit., p. 56.

¹⁰⁷ Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, nº 21-II, 1998, pp. 339-353. En igual sentido Laporta, Francisco “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, ob. cit., p. 47, haciendo referencia a las contraposiciones clásicas del pensamiento jurídico “normativismo frente a decisionismo, reglas frente a principios, ley frente a constitución, subsunción frente a ponderación, positivismo frente a constitucionalismo, interpretación literal frente a interpretación teleológica y valorativa, etc.”

plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas¹⁰⁸.

Desde la perspectiva de la teoría del derecho positivista, destaca este mismo autor, el neoconstitucionalismo se proyecta sobre los siguientes capítulos: la teoría de las fuentes, que ya no puede seguir girando en torno al legalismo; la teoría de la norma; la teoría del sistema u ordenamiento, replanteando los problemas de plenitud y coherencia y la teoría de la interpretación, que se abre a exigencias de justificación o argumentación antes prácticamente inexploradas por el positivismo¹⁰⁹.

Otra de las intervenciones que se han realizado sobre el vocablo neoconstitucionalismo, ha sido la de realizar una especie de paráfrasis de la subdivisión *bobbiana* de positivismo jurídico¹¹⁰, individualizando así un neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico. Esta tripartición realizada por Comanducci –por cierto, y como veremos más adelante, muy criticada- tiene por fin evidenciar las diferencias existentes entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo, además de aclarar un poco este último término¹¹¹.

Como vimos el neoconstitucionalismo, a diferencia del constitucionalismo, no se presenta solamente como una ideología (y su consecuente metodología), sino que pretende ser una teoría en competencia con (o alternativa a) la positivista. Esto es importante para dejar sentado que, mientras el constitucionalismo (y el que llamamos neoconstitucionalismo normativo) es -o puede ser- compatible con el positivismo jurídico, el neoconstitucionalismo (propriadamente dicho), lo excluye completamente.

Para marcar esta contraposición entre positivismo y neoconstitucionalismo Comanducci entonces diferencia:

1) Neoconstitucionalismo teórico, el cual aspira a describir los logros de la constitucionalización, centrandlo su análisis en la estructura y papel que asume el documento constitucional. Éste, según el autor, adopta a veces el llamado “modelo descriptivo de la constitución como norma” (que comparte) y otras

¹⁰⁸ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 117.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 118.

¹¹⁰ Véase Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993.

¹¹¹ Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, ob. cit., p. 89.

veces, un “modelo axiológico de la constitución como norma” (al cual critica). Si bien ambos modelos se caracterizan por concebir a la constitución como un conjunto de reglas jurídicas positivas, que son, respecto de las otras reglas jurídicas, fundamentales (y por tanto jerárquicamente superiores); como vimos antes, el último se diferencia por agregar la condición de que tengan determinados contenidos, a los que se atribuye un especial valor, haciendo de la constitución un valor en sí¹¹².

Según el modelo de constitución que se adopte, además, se configurarán peculiaridades en su interpretación. Sólo el segundo, que auspicia la interpretación moral de la constitución, desafía al positivismo jurídico al manifestar la insuficiencia del modelo de reglas para dar cuenta de un derecho que presenta estándares normativos como los principios y la necesidad de su ponderación¹¹³.

A mi criterio la inclusión que Comanducci realiza del “modelo descriptivo de la constitución como norma” dentro del neoconstitucionalismo teórico, contradice su pretensión de calificarlo como teoría alternativa al positivismo. Por ello considero que en este punto a lo que se refiere en realidad es al constitucionalismo contemporáneo, pues en su opinión, el neoconstitucionalismo así entendido no resulta ser “nada más que el positivismo jurídico de nuestros días”¹¹⁴.

De hecho, a la hora de realizar su crítica, no la hace respecto de todo el neoconstitucionalismo teórico, sino sólo el de aquellos autores que, como Ferrajoli, manejan un concepto sustantivo o valorativo de la constitución que lleva a la idea de que la ciencia jurídica (la dogmática y la teoría del derecho) hoy es necesariamente normativa; o como Zagrebelsky que considera que tiene que elaborarse adhiriendo a los valores constitucionales (o sea desde un punto de vista interno en sentido fuerte)¹¹⁵; reconstrucciones que para Comanducci son inaceptables en cuanto le otorgan a la teoría del derecho un estatus y una tarea normativa incompatible con la prescrita por el positivismo

¹¹² *Ibidem*, pp. 90, 92-93.

¹¹³ García Figueroa, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, ob. cit., p. 171. En el siguiente capítulo me detendré en los conceptos esbozados en este párrafo.

¹¹⁴ Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, ob. cit. p. 100.

¹¹⁵ Uso la simplificación que de la crítica hace Atienza, Manuel, “Argumentación y constitucionalismo”, ob. cit., p. 118.

jurídico¹¹⁶. A fin de no distraer la atención de la clasificación en estudio, retomaré estas ideas para su desarrollo más adelante.

2) Neoconstitucionalismo ideológico. Según Comanducci, el neoconstitucionalismo en cuanto ideología, a diferencia del constitucionalismo, pone el acento en el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, dejando en un segundo plano el de la limitación del poder¹¹⁷.

Además, no se circunscribe a describir los cambios que ha sufrido el constitucionalismo, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación¹¹⁸. En este sentido podría identificarse con aquella filosofía política que considera que el Estado constitucional de derecho representa la mejor o más justa forma de organización política¹¹⁹. Finalmente, por la conexión necesaria que sus promotores encuentran entre derecho y moral, éstos son proclives a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la constitución y leyes que son conformes a la misma.

Comanducci hace extensibles a este modelo todas las críticas que se le han hecho al positivismo ideológico¹²⁰, pero destaca entre éstas una que, por sus consecuencias, considera más peligrosa: la indeterminación del derecho ex

¹¹⁶ Comanducci, Paolo, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo", ob. cit., p. 100.

¹¹⁷ Al respecto explica Comanducci que esto es "fácilmente explicable por el hecho de que el poder estatal, en los ordenamientos democráticos contemporáneos, ya no es visto con temor y sospecha por la ideología neoconstitucionalista, que más bien se caracteriza por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de derecho". Comanducci, Paolo, "Constitucionalización y neoconstitucionalismo", ob. cit., p. 95. Aunque a mi criterio, esta afirmación es relativa. Creo que se puede colocar el punto de atención en la garantía de los derechos no por confiar en el poder, sino porque previamente (y ya lo veremos en el capítulo relativo al modelo constitucional) se lo limitó de tal manera a través de constituciones rígidas y el control de constitucionalidad que le queda poco margen de acción. Claro está que aquí me estoy refiriendo al poder legislativo, puesto que con respecto al Poder Judicial, sí cabría la afirmación de Comanducci en cuanto a la confianza y correlativa falta de control sobre su accionar. Creo que en lo que hay que hacer énfasis es en el cambio que se ha generado en la distribución del poder (o equilibrio). Con respecto a este punto, Ahumada prefiere hablar de constitucionalismo democrático marcado, según su opinión, por el retorno de la política al derecho y por un Estado activista e interventor. Quedando aún por resolver el problema de su legitimidad ya que muestra un enorme temor y desconfianza en la capacidad de los ciudadanos para autogobernarse, remitiendo a un sistema de "cuasi-tutelaje". Véase Ahumada, María Ángeles, "Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo", ob. cit., pp. 149 a 154.

¹¹⁸ Comanducci, Paolo, *Constitucionalización y Neoconstitucionalismo*, ob. cit., p. 96.

¹¹⁹ Prieto Sanchís, Luis "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", ob. cit., p. 123. Sigue Prieto, "presentar el neoconstitucionalismo como la mejor forma de gobierno ha de hacer frente a una objeción importante, que es la objeción democrática o de supremacía del legislador: a más Constitución y a mayores garantías judiciales, inevitablemente se reducen las esferas de decisión de las mayorías parlamentarias..." *Ibidem*, p.124.

¹²⁰ En igual sentido, Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 103 y ss, denominando "constitucionalismo ético" al neoconstitucionalismo.

*ante*¹²¹ derivada de la técnica de la “ponderación” de los principios constitucionales y de la interpretación “moral” de la constitución¹²². Volveré sobre este punto en el capítulo siguiente.

3) Neoconstitucionalismo metodológico. Por último reserva esta expresión a una variante del neoconstitucionalismo que contrapone explícitamente al positivismo metodológico y conceptual. Esta categoría estaría representada básicamente por Dworkin y Alexy y sostendría la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral¹²³. El punto será objeto de nuestra atención en el acápite siguiente, baste concluir que para Comanducci el neoconstitucionalismo contiene una falsa promesa de derecho “mejor” o “más justo”, cuando lo cierto es que bajo las premisas de esta doctrina el derecho pierde consistencia para hacerse indeterminado e incierto¹²⁴.

Las críticas a esta tripartición no han tardado en surgir. Por empezar, porque resulta un tanto forzada al presuponer en el neoconstitucionalismo un grado de desarrollo y articulación que realmente no tiene¹²⁵. Además hay quienes afirman que la distinción no es exitosa para clarificar la relación entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo puesto que no se intenta una distinción igual entre constitucionalismo teórico, ideológico y metodológico, que por otra parte, tendría poco sentido¹²⁶.

Pero desde mi punto de vista esta última crítica no lee bien a Comanducci, quien explícitamente nos explica que la diferencia entre constitucionalismo y neoconstitucionalismo es que el primero no tiene pretensión de ser una teoría que desplace al positivismo (o a cualquier otra);

¹²¹ Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo”, ob. cit., pp. 107,108 criticando a Dworkin ya que su tesis de la única solución justa o correcta, no distingue entre determinación *ex ante* y *ex post*, ni entre el problema teórico de la cognoscibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones y el problema práctico de la justificación de las decisiones judiciales.

¹²² Prieto Sanchís llama a esta nueva visión de la actitud interpretativa “constitucionalismo dogmático” que a su criterio propugna la adopción de un punto de vista interno o comprometido por parte del jurista. En “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, ob. cit., p. 124.

¹²³ Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo”, ob. cit., p. 99.

¹²⁴ Ahumada, María Ángeles, “Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo”, ob. cit., p. 125.

¹²⁵ Pozzolo, Susanna, “Metacrítica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di ‘Neo-costituzionalismo e positivismo giuridico’”, ob. cit., p. 58.

¹²⁶ Ahumada, María Ángeles, “Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo”, ob. cit., p. 125.

pretensión que sí encuentra en el último. Aunque esta afirmación me lleva a otra crítica, que ya apunté sucintamente *ut supra*.

Ferrajoli nos dice que la expresión “neoconstitucionalismo” es fruto de una doble -y discutible- operación terminológica, que se ilustra en el trabajo de Comanducci. La primera consistiría en identificar el constitucionalismo con la ideología tendiente a la limitación del poder y la defensa de las libertades naturales, es decir, con lo que Ferrajoli llama constitucionalismo político¹²⁷. Así el constitucionalismo no sería ni un modelo de derecho ni una aproximación teórica diferente del positivismo, identificándolo con la ideología política liberal. La segunda operación consistiría en designar como “neoconstitucionalismo” sólo las concepciones de la constitución y del constitucionalismo particularizadas en las tres formas de neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico -según la distinción arriba señalada-, identificadas con la tesis anti-positivista de la conexión entre derecho y moral, concurrente o alternativa a aquella positivista. De esta manera, concluye Ferrajoli, el constitucionalismo positivista del nuevo paradigma del Estado constitucional de derecho, no encuentra espacio en la clasificación, que resulta poco descriptiva¹²⁸.

3.-El neoconstitucionalismo como teoría del derecho

Diversos autores coinciden en que el nacimiento del neoconstitucionalismo tuvo lugar con el ataque que en los años setenta del siglo XX emprendió Ronald Dworkin contra el positivismo jurídico¹²⁹.

En su crítica a Herbert Hart -a quien considera el exponente más avanzado de esta teoría- Dworkin sostiene como tesis central que el derecho está compuesto por estándares obligatorios, que no funcionan como reglas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y

¹²⁷ Véase *ut supra*, apartado 1.1, nota nº 17.

¹²⁸ Ferrajoli, Luigi, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, ob. cit., p. 2774, nota nº4.

¹²⁹ Entre otros Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, ob. cit., p. 94, nota al pie 56; también Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral” en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., p. 260. Aunque en rigor, el primer artículo de Dworkin en este sentido se publicó en 1967 con el título “The model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, vol. 35, nº 14, adquirió en los setenta mayor difusión con la publicación en 1977 de su libro *Los derechos en serio*, con el capítulo “El modelo de las reglas (I)”, aquí consulté la 5ª reimpresión, Ariel Derecho, Barcelona, 2002, pp. 64 y ss.

otros tipos de pautas. Estos estándares deben ser observados porque “es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad”¹³⁰. Así, el núcleo mismo del derecho estaría constituido por cuestiones morales y los principales problemas de la disciplina serían relativos a los principios morales y no a los hechos jurídicos ni a las estrategias de la interpretación¹³¹. De ahí que se lo considere como un autor central del neoconstitucionalismo que, según hemos estado viendo, tiene por principal rasgo distintivo la idea de que el derecho no se distingue necesaria o conceptualmente de la moral¹³².

A criterio entonces de Dworkin, estos principios morales tienen fuerza jurídica y “lo que les hace derecho es su verdad (moral) para la resolución de conflictos, en lugar de su promulgación por las autoridades pertinentes”¹³³. Luego, la discusión sobre cómo interpretar las disposiciones constitucionales no se zanja en ninguna regla basada en fuentes sino que es una discusión de moralidad política a lo largo de todo su trayecto¹³⁴.

Esta idea, que respondía a un contexto claro en EEUU¹³⁵ cobró más fuerza en la doctrina europea a partir de que las constituciones hubieron incorporado toda una serie de valores, al punto de considerar que se habrían convertido en un objeto completamente diferente del derecho infraconstitucional: la constitución tendría un *valor en sí* en tanto positiviza un contenido de justicia¹³⁶. Esto la habría dotado de una fuerza invasiva general que estructuralmente se pondría en evidencia con la posición subordinada de la ley en el sistema de fuentes¹³⁷.

¹³⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., pp. 72, 81.

¹³¹ Salmerón, Fernando, “Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin” en Rodolfo Vázquez (comp.), *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. 1ª reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 95.

¹³² Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, ob. cit., p. 260.

¹³³ Jiménez Cano, Roberto, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp.182-183.

¹³⁴ Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, trad. de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 257.

¹³⁵ Atria, Fernando, “Lo que importa sobre los principios”, ob. cit., p. 67, donde el autor recomienda tener en cuenta que al momento de la aparición del artículo de Dworkin sobre el modelo de las normas, la Corte Suprema norteamericana (Corte Warren) estaba produciendo una verdadera revolución en su manera de entender y aplicar cláusulas abstractas contenidas en la constitución norteamericana y la derecha política la criticaba fuertemente por “usurpar” el poder del pueblo en la toma de decisiones.

¹³⁶ Véase Jiménez Cano, Roberto, *Una metateoría del positivismo jurídico*, ob. cit., p. 95.

¹³⁷ Pozzolo, Susanna, “Un Constitucionalismo ambiguo”, ob. cit., pp. 191,192.

Así se distingue al neoconstitucionalismo del llamado “iuspositivismo débil o inclusivo”, pues mientras este último matiza la tesis que siempre ha distinguido al iuspositivismo, es decir, la negación de una conexión necesaria entre Derecho y moral -aceptando que la moral podría ser contingentemente incluida en el derecho positivo dado que éste podría remitir a valores morales¹³⁸-; el neoconstitucionalismo se caracteriza por, directamente, hacer suya la tesis iusnaturalista de la conexión (identificativa) necesaria entre derecho y moral -aunque se diferencia del iusnaturalismo tradicional y se acerca al iuspositivismo inclusivo, en cuanto sitúa tal conexión en el nivel de los principios fundamentales o constitucionales-¹³⁹.

De lo expuesto surge la necesidad de determinar qué tipo de teoría del derecho es el neoconstitucionalismo, si es que podemos darle ese lugar. En esta tarea, se hace ineludible diferenciar las “teorías del derecho” que se están enfrentando.

Si partimos de una concepción según la cual, cualquier teoría del derecho pretende ser “un conjunto de proposiciones verdaderas y sistemáticamente relacionadas sobre la naturaleza del derecho”¹⁴⁰, será exitosa si consiste en proposiciones acerca del derecho que son necesariamente verdaderas y si además, estas proposiciones explican lo que es el derecho¹⁴¹. En este sentido, una teoría trata de dar explicaciones no condicionadas a un espacio y tiempo, o sea, universales¹⁴².

¹³⁸ Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, ob. cit., p. 263.

¹³⁹ *Ibidem* p. 264. Cabe aclarar que los estándares morales en los que repara Dworkin, exceden aquellos positivados, pero ingresan al derecho siempre integrados en las normas positivas, a través de la interpretación. Por eso habla de “lectura moral de la constitución”.

¹⁴⁰ Raz, Joseph, “¿Puede haber una teoría del derecho?” en Joseph Raz, Robert Alexy y Eugenio Bulygin, *Una discusión sobre teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 47.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 48. En términos simples lo expone Marmor: “a descriptive theory about the nature of law makes a claim to truth”, Marmor, Andrei, “Legal Positivism: Still descriptive and morally neutral”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, nº 4, 2006, pp. 683-704, p. 692.

¹⁴² Para muchos autores ésta es una definición esencialista que no se corresponde con la realidad del derecho. Véase García Figueroa, *Criaturas de la moralidad*, ob. cit., p. 61. También Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 21-28, especialmente en p. 22 critica el uso del término “general” aplicable a la teoría como sinónimo de universal. Desde otra perspectiva, pero también crítica a esta concepción, Dworkin asume una teoría del derecho a la vez universal y parroquial. Véase Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, ob. cit., p. 252, en el marco de una crítica la concepción de Raz, en pp. 247-253.

Pero hay otra forma de abordar la teoría del derecho, no necesariamente incompatible con la primera¹⁴³, que no trata de establecer lo que el derecho es, digamos en esencia –cosa que podría asumir¹⁴⁴–, sino de definirlo de acuerdo a sus funciones. En este sentido, se relaciona la teoría con los fines a los que aspira su objeto, es decir se encara su estudio en conjunto con la teoría política¹⁴⁵. Para Waldron, debemos analizar el derecho según los fines morales, sociales o políticos a los que pretende servir¹⁴⁶. Del mismo modo, hay que analizar la tesis de la vinculación o la separación entre derecho y moral según sus virtualidades para el logro de otras pretensiones morales en el ámbito específico del derecho¹⁴⁷. Así se encara la teoría en términos normativos, definiendo cómo *debe ser* el derecho para el logro de esos fines¹⁴⁸.

Esta segunda forma de abordaje no deja de ser *general*, esto es, “se ocupa de las nociones mismas de *derecho* y de *sistema jurídico*, más allá de

¹⁴³ Véase Marmor, Andrei, “Legal Positivism: Still descriptive and morally neutral”, ob. cit., p. 684: “‘normative’ and ‘descriptive’ are not necessarily opposed or mutually exclusive”.

¹⁴⁴ Al menos para algunos autores como Raz o Coleman, Jules, “Negative and Positive Positivism”, en *Markets, Morals and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988. Una posición contraria adopta Waldron, Jeremy “Normative (or Ethical) Positivism” en Jules Coleman (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to ‘The Concept of Law’*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 410-440, p. 414.

¹⁴⁵ Una relación que según Waldron es ineludible, dado que la teoría del derecho es parte sustancial de la teoría política general. Véase Waldron, Jeremy, “Legal and Political Philosophy” en Jules Coleman, Kenneth Einar Himma, and Scott J. Shapiro, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, ob. cit., p. 2. La importancia de esta relación, que encuentra antecedentes en la teoría política de Hobbes y en el positivismo de Bentham, también está presente en el trabajo de Dworkin. Así este último autor insiste en que no es posible hacer un trabajo serio en teoría del derecho –ni siquiera en términos analíticos– a menos que uno se prepare para cruzar al terreno de la filosofía política, donde se discute por qué el derecho importa. *Law’s Empire*, pp. 31-46 sobre el aguijón semántico. Ahondaré en la posición de Dworkin sin embargo en el capítulo siguiente.

¹⁴⁶ Para este autor, el fin último del derecho es la supresión de la arbitrariedad. Véase Waldron, Jeremy, *Derecho y Desacuerdos*, ob. cit., pp. 199, 215 y ss.; también Gargarella, Roberto y Martí, José Luis, “La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos” en *ibidem*, p. XLII.

¹⁴⁷ Waldron, Jeremy, *Derecho y Desacuerdos*, ob. cit., p. 198. Del mismo autor véase “Legal and Political Philosophy”, ob. cit., p. 18 y ss.

¹⁴⁸ Comparto con Bayón que la discusión contemporánea sobre la teoría del derecho resulta en muchos casos desorientadora. Así el autor da claridad a la misma distinguiendo 4 posibles sentidos en los que la teoría del derecho puede ser “descriptiva”, siendo el que tomé de Raz sólo uno de ellos, y otros 3 sentidos en los que la teoría puede ser “normativa”, siendo en algunos sentidos compatible con una teoría descriptiva y en otros no. Bayón propone una comprensión de la teoría del derecho en términos normativos, cuya principal asunción es la tesis de que “verosímilmente no hay un único concepto de derecho”, es decir, que el concepto de derecho es indeterminado y por lo tanto hay “margen para decidir la adopción de tal o cual modo de concebir el derecho [...] sobre la base de razones de naturaleza moral y política...”. Véase Bayón, Juan Carlos, “¿Cómo se determina el *objeto de la jurisprudencia*”, en Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso y Diego M. Papayannis (eds.), *Neutralidad y Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2012, pp. 17-40, p. 24.

las peculiaridades institucionales de jurisdicciones particulares”¹⁴⁹, aunque para algunos, más que una forma de teorizar el derecho, sea hacer teoría política¹⁵⁰.

En lo que sigue, utilizaré estas dos aproximaciones a la hora de evaluar si el neoconstitucionalismo se puede considerar una teoría del derecho, en ese caso, qué teoría del derecho es y por último, si en términos normativos es una teoría plausible.

Hay acuerdo en que la teoría del derecho es un viejo juego entre positivistas e iusnaturalistas¹⁵¹. Hasta el momento he identificado al

¹⁴⁹ Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., p. 58, “general” en el sentido de “universal” (en oposición a local).

¹⁵⁰ Marmor, Andrei, “Legal Positivism: Still descriptive and morally neutral”, ob. cit., p. 690. Es que diría que ningún teórico del derecho niega que, “Generally speaking, you cannot even begin to understand a social practice without knowing what it is there for, what is it that it is supposed to do”, *ibidem*, p. 688. O, en palabras de Postema: an adequate jurisprudential theory cannot ‘be divorced from consideration of the aim, point, or function of the institutions of law’, Postema Gerarid, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 335, citado por Waldron, Jeremy, “Normative (or Ethical) Positivism”, ob. cit., p. 425, la diferencia es que autores como Marmor, Raz, Hart o Coleman consideran que esa aproximación no impide una teoría descriptiva y moralmente neutral de derecho. Quizá la diferencia está en que mientras que para Waldron, por ejemplo, el derecho es un concepto normativo, *idem*, (y por eso esencialmente controvertido en el sentido de Gallie W.B., “Essentially Contested Concepts” en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1956, pp.167-198); para Marmor no lo es, dado que “it is far from clear that law, in the relevant respect, is an ‘apprasive’ [sic] concept in Gallie’s sense. We must keep in mind that it is the concept of legal validity, and the conditions of legal validity, that forms the focus of our interest here”. Marmor, Andrei, “Legal Positivism: Still descriptive and morally neutral”, ob. cit., p. 703. De cualquier modo, no pretendo aquí resolver el tan debatido concepto de derecho sino, como anuncié, evaluar la “teoría del derecho” neoconstitucionalista. Para ello me serán útiles estos dos enfoques apuntados, en tanto generales; pues si bien soy consciente de que muchos neoconstitucionalistas niegan que su teoría sea “general”, aquí pretendo considerar sus pretensiones normativas más allá de las “particularidades” a las que se las adscribe, en tanto las ha trascendido y se aplican más allá de sus contextos de origen. Lo que centraría este trabajo en una visión “general” del constitucionalismo según la definición de Waldron, Jeremy, “Constitutionalism: A Skeptical View”, ob. cit., pp. 3-5. También del autor “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal* 115, 2006, p. 1352: “What is needed is some general understanding, uncontaminated by the cultural, historical, and political preoccupations of each society”. Lo que no quiere decir que el contexto cultural, histórico y político no sea importante o incluso determinante a la hora de pensar en aplicar las propuestas normativas a determinadas realidades

¹⁵¹ García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*, ob. cit., pp. 173-174. Sobre este punto, es importante decir que hay otras formas de abordar el derecho, como por ejemplo el realismo jurídico o las teorías críticas del derecho que derivan de él, pero que, al cuestionar presupuestos pre-teóricos del debate sobre la separación (o no) entre derecho y moral, no son pertinentes aquí. Sobre Realismo Jurídico véase Holmes, Oliver Wendell, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review* n° 8, vol. X, 1897, pp.457-478, donde expresa: “The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”, p. 461; Llewellyn, Karl, “Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound”, *Harvard Law Review* 44, 1931, pp. 1222- 1244. Hierro, Liborio, *El Realismo Jurídico Escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, 2º ed., Iustel, Madrid, 2008. Para algunos referentes de la teoría crítica del derecho norteamericana, véase Tushnet, Mark, “An Essay on Rights”, *Texas Law Review* 8, vol. 62, 1984, pp. 1363-1403; Bell, Derrick “Brown v. Board of Education and the Interest-Convergence Dilemma”, *Harvard Law Review* 93, 1980, pp.518-533; Kennedy, Duncan, *A Critique of Adjudication [fin de siècle]*, Harvard University Press, 1997. Para

neoconstitucionalismo como anti-positivista por su pretensión de ser una teoría alternativa al positivismo jurídico. Lo que cabría determinar previamente es hasta qué punto puede afiliarse a algún tipo de iusnaturalismo o si realmente constituye una novedosa tercera teoría no positivista¹⁵². En el primer caso, el neoconstitucionalismo no sería una teoría del derecho (sino sería parte de la teoría iusnaturalista – más allá de que pueda erigirse como teoría política), en el segunda caso, sería una nueva teoría del derecho.

La discusión que está detrás se centra en la cuestión de si el abordaje hasta ahora predominante del positivismo jurídico (en cualquiera o alguna de sus múltiples acepciones¹⁵³) sigue siendo adecuado o más bien resulta estrecho o incluso estéril para hacer frente a las complejas estructuras normativas de los sistemas legales contemporáneos, como lo concibe el neoconstitucionalismo¹⁵⁴.

Cabe aclarar que la disputa entre “anti-positivistas” e iuspositivistas tiene muchísimas ramificaciones. Me centraré sólo en los puntos que considero tienen relevancia a los efectos de analizar la llamada teoría neoconstitucionalista en la versión que Comanducci bautizó como “metodológica” y que se contrapone al iuspositivismo metodológico¹⁵⁵.

Básicamente la incompatibilidad vendría dada por la afirmación de este último de que el derecho puede ser estudiado simplemente como hecho social

latinoamérica véase Courtis, Christian (comp.) *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2001.

¹⁵² Podría decirse que Dworkin es el “no positivista” por antonomasia y si bien él trata de escaparse de las etiquetas tradicionales, la doctrina en general lo considera iusnaturalista. Véase por ejemplo “El retorno al derecho natural” en Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo, *Derecho y Moral*, Ariel derecho, Barcelona, 1990, pp. 23-45.

¹⁵³ Pues también se dice que el positivismo jurídico es un concepto “esencialmente controvertido” al que le caben diferentes interpretaciones, incluso teniendo un núcleo conceptual con el que comúnmente se está de acuerdo. Pino, Giorgio “The place of legal positivism in contemporary constitutional states”, *Law and Philosophy* 18, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1999, p. 515. Respecto los conceptos esencialmente controvertidos véase Gallie W.B., “Essentially Contested Concepts”, ob. cit.; también Waldron, Jeremy, “Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?”, *Law and Philosophy* 21, 2002, pp. 137-164 e Iglesias Vila, Marisa, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, nº 23, 2000, pp. 77-104.

¹⁵⁴ Cabe recordar que para los llamados neoconstitucionalistas normativos como Ferrajoli (de los que no me estoy ocupando en este momento) el positivismo sigue siendo la metodología correcta para abordar el derecho del Estado constitucional, aunque no en su versión clásica, al que llaman paleo-positivismo, sino con las adaptaciones al nuevo paradigma, que lo convierten en “post-positivismo”.

¹⁵⁵ Véase *ut supra* la clasificación de Comanducci donde explica que el neoconstitucionalismo metodológico sostendría la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa entre derecho y moral.

por un observador¹⁵⁶. En oposición a esto -según los neoconstitucionalistas-, en el Estado constitucional el derecho para ser estudiado y comprendido necesitaría de una toma de postura moral, de una actitud ética, puesto que está plagado de principios morales positivizados que habrían reconducido al interior del discurso jurídico las problemáticas morales¹⁵⁷. Justamente para hacer referencia a este conjunto de principios últimos “extra y suprapositivos” que expresan ideales de justicia, se emplea habitualmente la expresión “derecho natural”¹⁵⁸.

El iusnaturalismo tradicionalmente apunta a algún parámetro a-histórico, objetivo e inmutable, desde el cual se derivan las exigencias ético-jurídicas, siendo según el caso una entidad divina, la razón, la naturaleza o esencia de las cosas¹⁵⁹. Sostiene entonces que cierto tipo de bondad -la corrección moral- es una propiedad necesaria del concepto de derecho.

En suma el iusnaturalismo se caracteriza con dos tesis fundamentales: “(a) una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana [cognoscitivismo] y (b) una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de ‘jurídicos’ si contradicen aquellos principios morales o de justicia”¹⁶⁰.

Por su parte, se usa la expresión “derecho positivo” para referirse al derecho como fenómeno social condicionado por la experiencia (y, en medida no desdeñable, condicionante de ella)¹⁶¹. El derecho es para los positivistas una herramienta, un “instrumento de control social”¹⁶². Así, el positivismo jurídico tradicionalmente se relaciona con el escepticismo ético¹⁶³, de tal forma que no considera que exista ningún orden moral objetivo y por lo tanto tampoco

¹⁵⁶ Esto está directamente relacionado con la distinción de Hart del punto de vista interno y externo sobre la que volveré más adelante.

¹⁵⁷ Pozzolo, Susanna “Un constitucionalismo ambiguo”, ob. cit., p. 195.

¹⁵⁸ Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 5ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 325.

¹⁵⁹ Prieto Sanchís, Luis, “La doctrina del derecho natural”, ob. cit., pp. 32,33.

¹⁶⁰ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 10ª ed., Ariel, Barcelona, 2001, p. 28. Reproduce estos caracteres García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*, ob. cit., p. 208.

¹⁶¹ Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, ob. cit., p. 325.

¹⁶² Marmor, Andrei, “Legal Positivism: Still descriptive and morally neutral”, ob. cit., p. 685, trayendo a colación a Kelsen.

¹⁶³ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, ob. cit., p. 30.

una relación del derecho con tal orden objetivo. Evidentemente, esta tesis (que se atribuye especialmente a Kelsen y Ross está comprometida con una meta-ética no cognoscitivista¹⁶⁴.

Pero no podemos decir que hoy la mayoría de los positivistas jurídicos adhieran a esta tesis. De la adscripción a teorías éticas relativistas, subjetivistas o no cognoscitivistas (o sus contrarias) no se sigue ninguna consecuencia directa para el problema de la conexión entre el derecho que socialmente existe y el derecho que debe ser. La única diferencia que podría darse es que si, por ejemplo, se adoptan teorías éticas objetivistas y cognoscitivistas, la iniquidad de las normas podría ser demostrada. Pero la demostración misma no probaría que la norma es derecho o que no lo es¹⁶⁵.

Por lo que lo que los positivistas se limitan a asumir es la existencia de derecho independientemente de la satisfacción de cualquier valor moral de aplicación universal, haciéndolo depender en cambio de su establecimiento a través de la decisión de seres humanos en sociedad¹⁶⁶. De hecho, tanto Bentham como Austin insistieron en la separación entre derecho y moral para poder apartar el obstáculo a la crítica y a la reforma de las instituciones jurídicas inglesas, en vistas de “mejorar” el derecho¹⁶⁷.

Siguiéndolos, Hart explica que aquellos viejos positivistas no negaron el hecho histórico de la coincidencia frecuente entre derecho y moral (positiva), pero ello no quitó su preocupación frente a los peligros de la confusión entre el derecho de un Estado como algo que existe en la realidad de la vida social, y

¹⁶⁴ García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*, ob. cit., p. 211.

¹⁶⁵ Véase Salmeron, Fernando, “Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin” en Rodolfo Vázquez (comp.), *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, ob. cit., pp. 90-91. Comanducci por su parte afirma que la tesis positivista no tiene como presuposición la tesis meta-ética no cognoscitivista en el marco moral, aunque de hecho muchos teóricos positivistas son no cognoscitivistas y la mayoría de los críticos del positivismo son cognoscitivistas. Comanducci, Paolo, “Las conexiones entre el derecho y la moral”, ob. cit., p. 16. También Waldron critica este punto, resaltando la irrelevancia de la objetividad moral para el derecho, la legalidad y la función judicial, en *Derecho y Desacuerdos*, ob. cit., pp. 195-222.

¹⁶⁶ Pino, Giorgio “The place of legal positivism in contemporary constitutional states”, ob. cit., p. 516.

¹⁶⁷ Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, ob. cit., p. 330. También Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, ob. cit., p. 31 nos dice: Tanto Bentham como Austin, creían en la posibilidad de justificar racionalmente un principio moral universalmente válido del cual se derivan todos los juicios valorativos: el “principio de utilidad”, al cual consideraban en consonancia con la naturaleza humana e incluso Austin, consideraba que en última instancia derivaba de la voluntad divina. En ese sentido, como vimos *ut supra*, se califica a estos autores de positivistas normativos, véase Postema, Gerald, *Bentham and the Common Law Tradition*, ob. cit., especialmente la sección “Normative Dimensions of Jurisprudence”.

los ideales de los hombres sobre lo que debe ser el mismo¹⁶⁸. Es que, según Hart, la aceptación social de una regla (que es para él, condición de su obligatoriedad¹⁶⁹) no prueba por adelantado que esté moralmente justificada¹⁷⁰.

Esta breve caracterización del positivismo jurídico (metodológico) presupone la aceptación de la división entre ser y deber ser¹⁷¹ pero además, de ella se desprenden dos corolarios: la no conexión necesaria entre derecho y moral y la tesis de las fuentes sociales del derecho.

3.1.- El neoconstitucionalismo como anti-positivismo: La tesis de la vinculación entre derecho y moral y sus críticas

Habiendo repasado las tesis centrales tanto del iusnaturalismo como del positivismo jurídico, conviene ahora definir en qué medida el neoconstitucionalismo es anti-positivista. Pero apenas intentamos dilucidarlo, nos damos cuenta que esta cuestión no tiene una única respuesta. Ya sabemos que de “neoconstitucionalistas” se etiquetó a una serie de autores que, si bien tienen tesis en común, son entre sí muy diferentes. Por lo mismo, no hay uniformidad entre ellos al momento de calificarlos como no positivistas. Según el autor que escojamos para el análisis, el punto del ataque al positivismo variará, como asimismo será distinto el punto de conexión que encuentre entre derecho y moral.

Tampoco pretendo aquí indagar en las eventuales “treinta y dos” distintas y posibles combinaciones de problemas que encierra este primer planteo por ejemplo para Alexy¹⁷², ni siquiera los “veinticuatro” itinerarios con los que se conforma Laporta¹⁷³ para enfrentar el problema. Pero sí plantear qué es lo que

¹⁶⁸ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, 2ª ed. (reimpresión), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p 260. También Salmerón, Fernando, “Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin”, ob. cit., p. 83.

¹⁶⁹ Véase Jiménez Cano, Roberto, *Una metateoría del positivismo jurídico*, ob. cit., p. 178.

¹⁷⁰ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, ob.cit., p. 256, citando a Austin “La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito otra”. También Salmerón, Fernando, “Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin”, ob. cit., p. 84.

¹⁷¹ Comanducci, Paolo, “Las conexiones entre el derecho y la moral”, ob. cit., p.16.

¹⁷² Alexy, Robert, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral” en Rodolfo Vazquez (comp.), *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, ob. cit., p. 121.

¹⁷³ Laporta, Francisco, “Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalismo” en Rodolfo Vazquez (comp.), *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, ob. cit., pp. 248.

entra en juego al momento de empezar a hablar de derecho y de moral en el derecho para los neoconstitucionalistas.

Lo primero a considerar son los argumentos que se utilizan para apoyar tanto la tesis de la separación, como la de la vinculación¹⁷⁴. Así encontramos dos grupos principales¹⁷⁵. El primer grupo, de los *argumentos analíticos*, que se refieren a la existencia o no de una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral o entre cómo es el derecho y cómo debe ser. Y, el segundo grupo, de los *argumentos normativos*, que señalan que es necesaria la exclusión o inclusión de elementos de la moral en el derecho para alcanzar cierto objetivo o para cumplir una determinada norma¹⁷⁶.

Pero la cuestión no termina allí, el marco conceptual dentro del cual se puede fundamentar cualquiera de las tesis, a su vez requiere de varias distinciones. Las principales a considerar tienen que ver con, por un lado, qué estamos nombrando cuando decimos derecho: si nos referimos al derecho en su conjunto, como ordenamiento jurídico o si estamos hablando de normas aisladas dentro de éste. Además, si consideramos el sistema jurídico como un sistema de procedimientos o como sistema de normas¹⁷⁷. Por otro lado, tendremos que adoptar una perspectiva para el análisis, que puede ser el punto de vista “interno”¹⁷⁸, es decir el del participante, especialmente el de quien

¹⁷⁴ Un recorrido por los diversos enfoques teóricos al respecto en Vázquez, Rodolfo, *Entre la Libertad y la Igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, ob. cit., pp. 17 y ss.

¹⁷⁵ Podría agregarse un tercero: el de los argumentos empíricos, pero Alexy los descarta puesto que, a su criterio, termina convirtiéndose en argumentos analíticos o normativos. “A lo único que los argumentos empíricos nos llevan es a aceptar que el cumplimiento de determinadas exigencias morales mínimas es fácticamente necesario para la vigencia permanente de un sistema jurídico”. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., Gedisa, Barcelona, 2004, p. 27.

¹⁷⁶ Alexy, Robert, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, ob. cit., pp. 116-117. Esto último sería característico por ejemplo del llamado positivismo normativo o ético, que sostiene Waldron, Campbell o Postema, que excluye la vinculación con la moral “basándose no en razones científicas, esto es, por su superioridad a la hora de ofrecer una mejor descripción del funcionamiento real de los sistemas jurídicos, sino por razones éticas”. Jimenez Cano, Roberto, *Una metateoría del positivismo jurídico*, ob. cit., p. 86. Véase también Waldron, Jeremy, “Normative (or Ethical) Positivism”, ob. cit., pp. 410-440.

¹⁷⁷ Alexy, Robert, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, ob. cit., p. 118 y ss., también *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., p. 29, entendiendo por sistema de procedimientos a un “sistema de acciones basadas en reglas y guiadas por ellas, mediante las cuales se crean, se justifican, se interpretan, se aplican y se coaccionan normas”. En tanto que por sistema normativo, uno que hace referencia a los resultados o productos de algún proceso de creación, es decir, se refiere a las *externalidades* del sistema jurídico.

¹⁷⁸ Hart, *El concepto de derecho*, ob. cit., p.111 y ss., 249 y ss. Véase también Gaido, Paula, *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 83 y ss. Una identificación del punto de vista interno con el punto de vista moral puede encontrarse en Garzón Valdés, Ernesto, “Algo más

aplica el derecho –el juez-; o el punto de vista “externo” o del observador¹⁷⁹. Otra distinción a establecer *a priori* será qué entendemos por validez del derecho¹⁸⁰(si es que incluimos el concepto dentro del de derecho)¹⁸¹.

Además, habrá que determinar qué “tipo” de conexión entre derecho y moral se utiliza: si una “definitoria” (“clasificante” o “constitutiva”), es decir, la que sostiene que las normas o sistemas jurídicos que no satisfacen un determinado criterio moral, no son normas o sistemas jurídicos. Esta conexión correspondería al iusnaturalismo ontológico que trae aparejado un concepto restringido de derecho. O, si se utiliza una conexión “calificativa” (o “cualificante”), que sostiene que normas o sistemas jurídicos que no satisfacen un determinado criterio moral, pueden ciertamente ser normas o sistemas jurídicos pero son “deficientes” en términos jurídicos y no meramente morales¹⁸². En este último sentido, llamado también condición de justicia, se corresponde al iusnaturalismo deontológico y a un concepto amplio de derecho¹⁸³. Esta distinta manera de establecer la conexión también es

acerca de la relación entre derecho y moral” (1992), en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 320.

¹⁷⁹ La distinción, como se citó en la nota precedente, atribuible a Hart, ha sido a su vez producto de variadas interpretaciones en las que no me detendré ahora.

¹⁸⁰ Laporta, Francisco, “Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalismo”, ob. cit., p. 254.

¹⁸¹ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., p. 30.

¹⁸² Apuntando que los argumentos que tienden a conexiones cualificantes se apoyan en la suposición de que en la realidad de un sistema jurídico están necesariamente incluidos ideales jurídicos. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., p. 32. Una crítica a esta distinción en García Amado, Juan Antonio, “Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 7, septiembre 2014-febrero 2015, pp. 6-40.

¹⁸³ García Figueroa, Alfonso, *Principios y Positivismo Jurídico*, ob. cit., pp. 252, 253. El uso de la diferenciación “restringido/amplio” se corresponde con la que realizara Hart al distinguir el modo de clasificar reglas pertenecientes al derecho. Así, según el concepto amplio, que prefiere, (y que incluye al restringido), se considerará “derecho” a todas las reglas que son válidas según los criterios formales de una sistema de reglas primarias y secundarias, aun cuando algunas de ellas atenten contra la moral. Si en cambio se adopta un concepto restringido, se excluirá del significado de “derecho” esas reglas moralmente ofensivas. Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, ob. cit., p. 258. El autor afirma a renglón seguido que nada se gana adoptando el concepto restringido, sino confusión. Y afirma “lo que se necesita para que los hombres tengan una visión clara al enfrentar el abuso oficial del poder, es que conserven la idea de que al certificar que algo es jurídicamente válido no resolvemos en forma definitiva la cuestión de si se le debe obediencia...”. “Un concepto de derecho que permite distinguir entre la invalidez de las normas jurídicas y su inmoralidad, nos habilita para ver la complejidad y variedad de estas distintas cuestiones...”. *Ibidem*, pp. 259-261. En oposición a Hart, Lon L. Fuller argumentó a favor de un concepto restringido; véase “Positivism and Fidelity to Law”, *Harvard Law Review* 71, 1958, pp. 630-672.

conocida como referida a las tareas de identificación del derecho, frente a tareas de justificación respectivamente¹⁸⁴.

Por último, habría que saber si estamos realizando la conexión (o no) del derecho con una moral personal –o subjetiva-, una moral social -o positiva- o con la llamada moral objetiva –o crítica-¹⁸⁵. En virtud de lo expuesto, podemos entender por qué muchas veces lo que aparenta ser un desacuerdo fundamental, no es más que la elección por un abordaje diferente del problema. Lo importante en última instancia será, dar buenas (las mejores) razones para optar por un enfoque y no por otro.

Tomando como ejemplo las posiciones encontradas de Laporta, que no acepta la conexión conceptual necesaria entre derecho y moral y de Alexy, que en cambio la propugna; nos damos cuenta que en realidad parten de posiciones diferentes y que, en cierta medida, podrían aceptar la visión del otro si consideraran relevante ese punto de vista. Tomo a estos autores como ejemplo porque hacen explícitos sus puntos de vista y justifican sus elecciones, siendo en todo opuestas:

Así Laporta para llegar a su conclusión considera el punto de vista “*del observador sobre una norma aislada que satisface los criterios de pertenencia a un sistema y es vigente empíricamente*” (o sea es válida), desde pautas de la moralidad crítica¹⁸⁶. Desde allí puede afirmar perfectamente que una norma es derecho válido, aunque sea inmoral.

Lo mismo es aceptado por Alexy al analizar el “argumento de la injusticia”¹⁸⁷ para normas individuales (aunque califique a esa norma válida

¹⁸⁴ Comanducci, Paolo “Las conexiones entre el Derecho y la moral”, ob. cit., p. 17.

¹⁸⁵ También aquí hay que considerar la polisemia de la palabra “moral” que admite distinguir otros sentidos o clasificar de forma diferente, como por ejemplo entre requerimientos morales formales (moral interna del derecho) o requerimientos morales materiales. Véase Alexy, Robert, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, ob. cit., p. 125. También Alexy parece distinguir una moral subjetiva, de una moral objetiva y finalmente éstas de una moral correcta, véase García Amado, Juan Antonio, “Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas”, ob. cit., p. 35. Un análisis sobre los diferentes tipos y conceptos de moral que se consideran relevantes a la hora de identificar el derecho se puede ver en Jiménez Cano, Roberto, “Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)”, *Isonomía*, nº 39, octubre 2013, pp. 83-126. Este autor usa la expresión “moral factual” para referirse globalmente a la moral personal y social, p. 96.

¹⁸⁶ Laporta, Francisco, “Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalismo”, ob. cit., p. 248.

¹⁸⁷ Sobre el punto cita la fórmula de Radbruch que establece: “El conflicto entre justicia y seguridad jurídica puede resolverse de forma que se dé prioridad al derecho positivo, asegurado por la promulgación y el poder, incluso si éste no es razonable y es injusto en sus contenidos, excepto en el caso en que la contradicción entre el derecho positivo y la justicia se

pero inmoral como jurídicamente defectuosa). Sin embargo ya no lo considera correcto cuando de sistemas jurídicos se trata.

a) La propuesta de Alexy

Como adelanté, Alexy realiza varias distinciones para abordar la tesis de la vinculación entre derecho y moral. Me interesa detenerme ahora en el análisis que realiza respecto de los ordenamientos jurídicos. Para demostrar la conexión conceptual necesaria entre derecho y moral en éstos, el autor se detiene en dos posturas “extremas”: una, que toma el sistema jurídico como de normas, asume el punto de vista del observador y busca una conexión definitoria; y otra, que adquiere la perspectiva del sistema como procedimiento, desde el punto de vista del participante y como conexión calificativa (o ideal)¹⁸⁸.

Para la primera postura Alexy concluye que: “los sistemas normativos que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección, no son sistemas jurídicos”¹⁸⁹. Así, desde la perspectiva del observador, se engarza la moral con el derecho en términos identificativos pero de una forma un tanto marginal, puesto que sólo sistemas “absurdos” o “predatorios” no serían considerados sistemas jurídicos¹⁹⁰.

Pero para la segunda postura, es decir, la que asume el punto de vista del participante, la conexión entre derecho y moral adquiere –según el autor– un lugar central¹⁹¹. Muy resumidamente, Alexy presenta tres tesis a fin de explicar tal conexión calificativa, asumiendo que el sistema jurídico es también un

vuelva tan intolerable que la condición de ‘derecho incorrecto’ tenga que hacer lugar a la justicia”. Alexy, Robert, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, ob. cit., p. 123. Véase Radbruch, Gustav, *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal*, traducción de M. I. Azareto de Vásquez, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1962, pp. 37-38. Con sus palabras “... donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica. Pues no se puede definir el derecho, aun el derecho positivo, de otra manera que como un orden o institución que por su propio sentido está determinado a servir a la justicia”. Una crítica al argumento de la injusticia en Alexy por resultar lógicamente imposible en Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, ob. cit., pp. 115,120-121.

¹⁸⁸ Alexy, Robert, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, ob. cit., pp. 122-125. También del autor, *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., pp. 37-41 y 68-73.

¹⁸⁹ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., pp. 40, 68.

¹⁹⁰ Por lo que podría decirse en estos casos que no hay diferencias con la tesis positivista, que sería correcta. Una crítica a esta postura de Alexy, por devenir en dos conceptos distintos de derecho: uno para el observador y otro para el participante en García Amado, Juan Antonio, “Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas”, ob. cit., pp. 27 y ss.

¹⁹¹ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, ob.cit., p. 41.

sistema de procedimientos. Estas tesis expresan distintos aspectos de la idea de corrección jurídica y son: la tesis de la pretensión, la tesis del discurso (con la tesis del caso especial) y la tesis de los principios¹⁹².

Comenzado con la primera tesis, para Alexy la pretensión de corrección moral que tienen necesariamente los participantes en el proceso de creación y aplicación del derecho, será la base de la conexión necesaria entre derecho y moral. Alexy explica: “Una pretensión de corrección se relaciona necesariamente con el acto de establecer una constitución y [...] se trata de una pretensión de justicia. El autor de una constitución comete una contradicción performativa si en el contenido de su acto constituyente niega esta pretensión”. Del mismo modo, un juez cuando aplica el derecho pretende siempre aplicarlo correctamente. En suma, los participantes en un sistema jurídico tienen necesariamente una pretensión de corrección¹⁹³.

Cuando no se satisfaga la pretensión formulada (que es una pretensión de justicia), el sistema jurídico será jurídicamente deficiente, puesto que la conexión tiene relevancia calificativa¹⁹⁴. Cabe destacar que la pretensión de corrección implica la pretensión de justificabilidad y la conexión necesaria se realiza con una moral correcta, en el sentido de una moral fundamentada¹⁹⁵.

¹⁹² Alexy, Robert, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, ob. cit., p. 128.

¹⁹³ Para probarlo Alexy acude a un par de ejemplos hipotéticos, cuales serían: 1) que el artículo primero de una nueva constitución del Estado X estableciera: “X es una república soberana, federal e injusta” o 2) que un juez enunciara el siguiente veredicto: “El acusado es –equivocadamente- sentenciado a cadena perpetua”. Según Alexy ambos ejemplos demuestran que hay una contradicción performativa en esos enunciados, es decir, un error conceptual. Así concluye que los ejemplos muestran que los participantes en un sistema jurídico tienen necesariamente una pretensión de corrección. *Ibidem*, pp. 129-131. De hecho dice Alexy “Los sistemas de normas que no tienen esa pretensión, implícita o explícitamente, no son sistemas jurídicos” *Ibidem*, p. 128.

¹⁹⁴ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., p. 43. Como se puede ver en esta cita, no basta para Alexy la mera “pretensión de corrección”, que sería satisfecha con que los sujetos creyeran que las normas son moralmente correctas, es decir, con una convicción subjetiva; sino que es necesario que haya satisfacción de la pretensión, es decir, que la conexión entre derecho y moral no sea contingente sino que se traduzca en un sistema objetivamente correcto. De allí que se critique la formulación de la pretensión de corrección por superflua. ¿para qué hace falta que se formule una pretensión de corrección? (con los problemas añadidos de quién hace la formulación, ante quien, etc.)... ¿para que el propio sistema no incurra en la contradicción performativa de ser justo sin haber él mismo querido serlo? Por lo que se dice que Alexy realiza un amplio rodeo para llegar al iusmoralismo tradicional: el derecho sólo es derecho –no deficiente- si no contradice claramente la justicia. García Amado, Juan Antonio, “Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas”, ob. cit., pp. 18-19.

¹⁹⁵ Alexy, Robert, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral” ob. cit., pp. 130-131. “La idea de una moral correcta tiene el carácter de una idea regulativa en el sentido de un objetivo al que hay que aspirar. En esta medida, la pretensión de corrección conduce a una dimensión ideal necesariamente vinculada con el derecho”. Alexy, Robert, *El concepto y la*

Esta tesis ha recibido numerosas críticas que no repetiré aquí¹⁹⁶, baste con señalar su circularidad y por tanto, su defecto de caer en una petición de principio. Como señala García Amado, sólo se puede asumir que hay una conexión entre derecho y moral a través de la pretensión de corrección si se parte del axioma inicial de que no es derecho la norma injusta. De allí la conexión entre derecho y moral sería una consecuencia de esa asunción previa y no en cambio, ésta la prueba de aquella vinculación¹⁹⁷. En otras palabras, es la afirmación de la conexión necesaria entre derecho y moral lo que provoca la contradicción performativa de la que habla Alexy y no al revés.

Con sus palabras: “Alexy comienza por un concepto de derecho en el que se integran requisitos morales de validez y aplicabilidad de las normas jurídicas, luego insiste en que la esencia del derecho [...] consiste en pretender eso que él al derecho le metió, seguidamente proclama que se contradice el que no pretenda lo que cualquiera en su lugar pretendería si se diera cuenta de que en el derecho está la moral antes introducida, y, para acabar, la pretensión de corrección (que en términos lógicos es pura consecuencia de que Alexy ha

validez del derecho, ob. cit., p. 84. García Amado distingue dos tesis que según él, Alexy entremezcla: una es la tesis de la unión conceptual entre derecho y moral (tesis conceptual); la otra, la de que la justicia objetivamente existe (tesis objetivista). Y explica, si la tesis conceptual no va unida a la tesis objetivista, pierde toda razón de ser o desemboca en un relativismo exactamente contrario a lo que con ella se quiere. García Amado, Juan Antonio, “Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas”, ob. cit., p. 15.

¹⁹⁶ Además de las vistas, las más citadas son las críticas de Raz, Joseph, “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, en G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford and Portland, 2007, pp. 17 y ss. y Bulygin, Eugenio, “La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el derecho y la moral”, en Robert Alexy y Eugenio Bulygin, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 41 y ss., citadas por Bernal Pulido, Carlos, “Estudio introductorio. El concepto y la naturaleza del derecho según Robert Alexy”, en Robert Alexy, *El concepto y la naturaleza del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 22 y ss. y por García Amado, Juan Antonio, “Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas”, ob. cit., p. 7, a quien sigo en este punto.

¹⁹⁷ García Amado, Juan Antonio, “Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas”, ob. cit., p. 11. Ejemplifica el autor: “Si usted, juez, dice que una norma N o el resultado de su aplicación son jurídicamente correctos, usted eleva una pretensión de corrección *jurídica*. Si simultáneamente afirma que N o el resultado de su aplicación son *moralmente* incorrectos, formula una tesis moral para la que también pretende corrección. Para justificar lo correcto de su juicio apelará en el primer caso al sistema jurídico, y para justificar la corrección del juicio moral tendrá que argumentar desde el sistema moral. [Ese juez no se encuentra] ante una contradicción lógica o performativa (al afirmar que aplica una norma jurídica que es injusta) [...] sino ante un *dilema* personal [...] dilema que solamente podrá resolver dando preferencia en su decisión a uno de esos dos sistemas, el jurídico o el moral”. Y sigue, “Lo que iusmoralistas como Alexy intentan es descartar ese tipo de dilemas, que ellos traducen a contradicciones performativas y que evitan a base de mantener que una decisión plenamente jurídica sólo será jurídica si también es moral”. *Ibidem*, p. 12.

sentado apodícticamente la tesis de la conexión entre derecho y moral) la trae como prueba de aquella conexión entre derecho y moral y como base para imputarle contradicciones al positivista...»¹⁹⁸

Pasaré ahora a la segunda tesis de Alexy, que engancha con la primera. Es que según el autor, la pretensión de justificabilidad crea la posibilidad de presentar mejores contraargumentos que puedan cambiar la práctica de la justificación para el futuro. En este sentido, cualquiera que justifique algo acepta que otra persona es un igual en un discurso en el que no ejerce coerción y que además, puede defender su postura frente a cualquiera¹⁹⁹. Así, “estas pretensiones de igualdad y universalidad provienen de la base de una ética procedimental que se construye sobre la idea de generalizabilidad. Esta es la ética discursiva”. Alexy conecta esta teoría del discurso con el derecho a través de la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general²⁰⁰. Desde ahí establece una relación necesaria entre derecho y moral válida para los sistemas jurídicos.

Recapitulando esta idea de Alexy en el plano de la decisión judicial, se explica que esta tesis por definición lleva al juez a preguntarse, no meramente qué es lo legal y cuáles son las condiciones jurídico-positivas de validez de su decisión, sino también cuáles son las condiciones de validez práctica general de su decisión, las condiciones de la decisión justa. Así García Amado opina que “Alexy no está retratando en verdad cualquier juez posible, sino proponiendo un modelo de juez y, con ello, de práctica jurídica y judicial: el que es acorde con la *pretensión* alexyana de que la moral sea parte integrante del derecho y de que el razonamiento jurídico-práctico esté en sus resultados condicionado por la moral”²⁰¹.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 16.

¹⁹⁹ Alexy, Robert, *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*, ob. cit., p. 131.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 132. También véase Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 1º reimpresión de la 2º ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 205 y ss., 311 y ss. La tesis del caso especial para el autor se fundamenta en: “(1) que las discusiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido, y (2) estas cuestiones son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección. Se trata de un caso especial, porque la discusión jurídica (3) tiene lugar bajo condiciones de limitación del tipo mencionado”. *Ibidem*, p. 207.

²⁰¹ García Amado, Juan Antonio, “Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas”, ob. cit., p. 28. Las consecuencias no son irrelevantes, puesto que estas tesis de Alexy por un lado niegan que la discrecionalidad sea propiamente discrecionalidad y por el otro, justifican el fallo judicial *contra legem*, siempre que la

De allí contrapone “otro modelo de juez”, positivista, que diferencia sus obligaciones jurídicas y sus obligaciones morales, como pautas de corrección distintas y concluye: “...el positivismo jurídico no propugna que la razón práctica del juez (o del ciudadano común) se agote en la obediencia a la ley, justa o injusta, y se puede, como positivista, admitir que la decisión judicial sea más racional, aceptable o loable si no se atiene a la ley inmoral. El positivismo nada más que indica [sic] que no hay por qué cambiarles los nombres a las cosas y que tal acción del juez o del ciudadano será antijurídica, aunque pueda estar justificada desde otros múltiples puntos de vista atinentes o relacionados con la razón práctica”²⁰².

La tercera tesis que utiliza Alexy para sostener la vinculación desde el punto de vista del participante es el “argumento de los principios”. En pocas palabras Alexy afirma que todo sistema jurídico mínimamente desarrollado contiene necesariamente principios cuya consideración en los “casos difíciles” está exigida jurídicamente. Luego, que entre los principios relevantes para la solución de un caso difícil siempre se encuentran algunos que pertenecen a alguna moral y finalmente, en conexión con la tesis de la corrección, que los principios establecen una conexión necesaria entre el derecho y la moral correcta, en tanto tienen una pretensión de fundamentabilidad²⁰³. Volveré sobre este punto y sus críticas en profundidad en el capítulo siguiente²⁰⁴.

vulneración de lo que la ley impone para el caso se justifique con base en lo que para el caso la “justicia demanda”. *Ibidem*, p. 29.

²⁰² Y termina “El positivista también acostumbra a indicar que el debate sobre la frecuencia con que el juez debe atenderse más a la ley jurídica o a la norma moral en tal o cual sistema es un debate político, no de teoría del derecho”. *Ibidem*, p. 30.

²⁰³ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., pp. 75,78-82. Ahora bien, este argumento que para Alexy demuestra la conexión entre derecho y moral, cae si no aceptamos la primer tesis, es decir, si presuponemos que el derecho tiene otro tipo de pretensión que no es la corrección sino, por ejemplo, evitar la arbitrariedad, como vimos *ut supra* que sugiere Waldron.

²⁰⁴ Cabe adelantar aquí que una de las hipótesis que explicaría el auge del “derecho natural” y la crítica al positivismo, es la “cronificación del déficit de legitimidad” en los sistemas jurídicos. Así se diferencian: el argumento de la injusticia (que evidenciaría las carencias del positivismo en los regímenes dictatoriales o totalitarios) y el argumento de los principios (que mantiene su vigor también en situaciones de normalidad). Mientras el argumento de la injusticia restringe el concepto positivista del derecho, expulsando de él los contenidos contrarios a la justicia y así pretende garantizar un mínimo ético en todo derecho; el argumento de los principios se encamina a ampliar el concepto de derecho, incorporándole estándares que el positivismo jurídico se resistía a admitir, y así pretende maximizar moralmente todo derecho. A su vez también pretende descubrir una cierta inestabilidad instalada en el sistema, un déficit de racionalidad, una crisis de legitimidad que requeriría del reconocimiento de ciertos principios morales y políticos dentro del derecho. García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro

b) La propuesta de Nino

Otro autor enrolado a la tesis de la vinculación – también incluido en el neoconstitucionalismo-, como es Nino (al igual que Alexy) adhiere que a nivel identificativo (o definitorio), pueden manejarse diferentes conceptos de derecho no necesariamente conectados con la moral. Así distingue un concepto descriptivo de derecho, que sería para él el que sostienen los positivistas (y que asumiría el punto de vista externo o del observador²⁰⁵), de un concepto normativo, como el que propugna Dworkin, que no podría no estar conectado a la moral²⁰⁶. Lo que hay para Nino de fundamental en la relación entre derecho y moral está en los temas de justificación de las decisiones jurídicas (judiciales en última instancia)²⁰⁷.

De allí que haya enunciado el teorema fundamental de la filosofía del derecho: "... la pregunta central de la filosofía del derecho, de la que depende una multitud de otros interrogantes, es la que se refiere a si las normas jurídicas expresan o no razones operativas autónomas para justificar acciones o decisiones, como las judiciales"²⁰⁸. A lo cual responde que no, que las acciones y decisiones sólo pueden justificarse sobre la base de razones autónomas, que son, a fin de cuentas, principios morales²⁰⁹. Y agrega: "Presumiblemente aquellos principios morales establecen un grupo de derechos fundamentales"²¹⁰.

Es aquí (y en la interpretación del derecho) donde, según Nino, se produce la conexión necesaria entre derecho y moral²¹¹ puesto que el derecho como hecho no podría ser concebido intrínsecamente obligatorio sin violar la

de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 77a 79. Claro está que este modo de entender la legitimidad es sumamente controvertido.

²⁰⁵ Al respecto explica Nino que la idea de que Hart en su caracterización del concepto de derecho, ha dado primacía al punto de vista interno, es errónea. Véase Nino, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, pp. 178-180.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 171.

²⁰⁷ Véase también Nino, Carlos Santiago, "Conferencia sobre derecho, moral y política" en *Derecho, Moral y Política*, Gedisa, Buenos Aires, 2007, pp. 104 y ss.

²⁰⁸ Nino, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, ob. cit., p.125.

²⁰⁹ Este teorema también fue explicado en Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, ob. cit., especialmente capítulo VII.

²¹⁰ Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., p. 70.

²¹¹ En Barberis, Mauro "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral", ob. cit., p. 265.

²¹¹ Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., p. 70

²¹¹ Barberis, Mauro "Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral", ob. cit.

ley de Hume²¹². Este teorema fundamental de la filosofía del derecho establece que un hecho sólo puede considerarse obligatorio si está justificado, o sea, si está apoyado en principios morales, en otras palabras, establece la imposibilidad de pasar injustificadamente de una descripción a una prescripción, de un ser a un deber ser²¹³.

El análisis otra vez requiere la perspectiva del punto de vista interno y se relaciona directamente con la obligatoriedad de las normas en tanto razones para actuar²¹⁴. En estos planteos el nexo necesario entre derecho y moral se encuentra en la indivisibilidad del discurso práctico. Siguiendo a Alexy y su teoría del discurso, se conectan los conceptos de corrección, justificación y generalizabilidad y se los enlaza al derecho con la ayuda de la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico²¹⁵.

Entonces Nino advierte que las controversias que se dan entre los conceptos provenientes del positivismo conceptual y el iusnaturalismo mínimo son *vacuas*²¹⁶. Esto puesto que el autor considera que derivan de la presuposición falsa del esencialismo conceptual, según el cual debe haber un solo concepto correcto de derecho²¹⁷. Sin embargo, dice, nada impide que en distintos contextos de discurso se empleen diferentes conceptos de derecho²¹⁸. Nino opta por un concepto como práctica social, pero combinándolo con la

²¹² Nino, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, ob. cit., p. 214.

²¹³ Lo contrario implicaría para Nino cometer la “aberración lógica”, llamada falacia naturalista, de pretender derivar de juicios que describen reglas o prescripciones positivas, juicios que expresan razones justificatorias, o sea juicios prácticos o de deber ser. *Ídem*.

²¹⁴ Nino nos dice: “Decir que una norma es válida [...] quiere decir que la norma debe ser aplicada y observada, que tiene fuerza obligatoria, que sirve de razón para justificar una acción o decisión” en *Fundamentos de derecho constitucional*, ob. cit., p. 25.

²¹⁵ Nino, Carlos Santiago. “Sobre los derechos morales”, *Doxa*, n° 7, 1990. p. 316, citando la tesis que Alexy llama del *Besonderésfall*. Aquí vale la pena aclarar que la conexión entre derecho y moral que realiza Nino no es con una moral “objetiva” sino con una concepción que llama constructivismo epistémico. Esta es, según él, una tercera posición que: “si bien [otorga] una prioridad epistémica de la deliberación con otros porque es la mejor forma, aunque de ninguna manera infalible, de llegar a posiciones de imparcialidad, esto no excluye absolutamente algún título de acceso a esas posiciones de imparcialidad, y en consecuencia de conocimiento moral, por vía de la reflexión individual aislada” Véase Nino, Carlos Santiago, “Conferencia sobre derecho, moral y política”, ob. cit., p. 108. Lo mismo considero que vale para Alexy. Véase Bustamante, Thomas, “Conflictos normativos y decisiones *contra legem*: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios”, *Doxa*, n° 33, 2010, nota al pie 33, p. 91.

²¹⁶ Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 16.

²¹⁷ Nino, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, ob. cit., pp. 175 y ss. También “Conferencia sobre derecho, moral y política”, ob. cit., pp. 104 y ss.

²¹⁸ En similar sentido Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, ob. cit., p. 12 y ss., 243 y ss. Distingue un concepto doctrinal de derecho, de un concepto sociológico, otro taxonómico y otro aspiracional según la perspectiva que recojan.

relevancia de los principios moralmente válidos para la justificación de acciones. Así cree resolver la paradoja de la superfluidad del derecho (y de la constitución) que inspira sus reflexiones²¹⁹.

En definitiva la pretensión de Nino es “adoptar una posición intermedia entre los extremos de derivar los principios justificatorios de ciertos hechos, o de descalificar absolutamente a los hechos en la derivación de principios; sólo principios determinados en forma autónoma permiten determinar qué hechos sociales son moralmente relevantes, pero, una vez identificados tales hechos, ellos permiten inferir principios justificatorios”²²⁰.

El talón de Aquiles del neoconstitucionalismo de Nino según Barberis, consiste en la tendente reducción del punto de vista normativo al punto de vista moral, a lo que denomina su crítico: el “imperialismo de la moral”²²¹. Esto se advierte en tres pasajes de su discurso que, según Barberis pueden considerarse representativos de la posición neoconstitucionalista:

(i) La formulación del razonamiento jurídico como caso especial del razonamiento específicamente moral, (ii) la tesis de que las normas o interpretaciones jurídicas, siendo en sí sólo hechos, estarían justificadas en última instancia, exclusivamente sobre bases morales y (iii) la teoría de la democracia, como sucedáneo político del procedimiento de justificación moral²²². Como apunta Barberis, estas propuestas implican una reducción de la esfera práctica a la moral y una subordinación a ésta del Derecho. Por ello critica esta visión, defendiendo la posibilidad y la oportunidad de distinguir entre deberes morales, deberes jurídicos y otro tipo de deberes²²³.

²¹⁹ Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 15. El autor propone las diversas formas de abordaje de la constitución a fin de refutar la aparente superfluidad de la misma, cuestión que excede las intenciones de este trabajo. Una crítica a la posición de Nino se encuentra en Iglesias Vila, Marisa, “¿Es realmente superfluo el derecho? Justicia política e insularidad del razonamiento jurídico” en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos Rosenkrantz, (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 119-136. También realiza una reflexión en torno a este tema, Asís Roig, Rafael de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 102 cuando se refiere a lo que él llama “paradoja de la legitimidad”.

²²⁰ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 76.

²²¹ Rasgo distintivo del neoconstitucionalismo bien ejemplificado con la interpretación moral de la constitución teorizada por Dworkin. Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, ob. cit., p. 270.

²²² *Ibidem*, p. 271. Sobre este último punto se volverá luego.

²²³ Hay autores que pretenden resolver el problema del “imperialismo de la moral” fusionando de alguna manera la justificación moral (correcta) y la justificación jurídica, haciendo que lo relevante moral sea relevante jurídico, mediante el modelo material del Estado de Derecho. Así, se explica, se superaría el teorema fundamental de la filosofía jurídica de Nino, rompiendo

Carrió también había criticado a Nino manifestando la posibilidad de concebir una obligatoriedad meramente jurídica. Para Carrió existen numerosas dimensiones de lo normativo²²⁴. Con sus palabras: “Nino sostiene que sólo lo que él llama un ‘concepto normativo de derecho’ permite formular enunciados desde el punto de vista interno. De allí se sigue que no puede haber otra aceptación de reglas que la adhesión a ellas como principios morales. Los sostenedores de la actitud positivista, en consecuencia, no podrían ver el derecho sino desde afuera”. Por esta razón, la expresión “juez positivista” encerraría una *contradictio in adjecto*²²⁵. Algunas de las críticas que ya hemos visto que García Amado le realizara a Alexy, pueden ser relevantes aquí.

c) El problema de la justificación de las decisiones jurídicas

Como vemos, la discusión precedente nos conduce al tema de la justificación de las decisiones jurídicas. Para comenzar con este tema, debemos distinguir de qué tipo de justificación estamos hablando. Si tenemos en mente un concepto de justificación como actividad que consiste en brindar razones a favor de una conclusión (en nuestro caso, una conclusión prescriptiva y, específicamente, una decisión judicial), está claro que pueden darse justificaciones que sólo recurran a normas jurídicas²²⁶.

Asimismo, hay decisiones que se justifican recurriendo a argumentos “morales”, por ejemplo, algunas decisiones del juez constitucional que solucionan un conflicto entre principios constitucionales. Desde esta definición

la distancia entre razones meramente jurídicas y razones morales que se encuentran en dicho teorema. Véase Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 98. Esta idea de “positivización de la moral” creo que no escapa a los problemas de reducción de la moral crítica a la moral social que se verán en lo que sigue.

²²⁴ Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, ob. cit., p. 390.

²²⁵ *Ibidem*, p. 392. Lo que resulta contraintuitivo. De hecho según Carrió, sólo un juez que ha adoptado la actitud positivista, esto es, un funcionario público que ha jurado cumplir sus funciones aplicando las reglas públicas del derecho positivo y no las pautas que pueda extraer de sus principios morales, puede actuar correctamente como juez de derecho.

²²⁶ Comanducci, Paolo, “Las conexiones entre el derecho y la moral”, ob. cit., p. 17. Estas serían las razones excluyentes de las que habla Raz y que justamente tienen como función el permitir a las personas actuar sobre determinada materia, sin tener que preguntarse sobre las razones morales (o de primer orden) para la acción, puesto que ya fueron establecidas en el proceso de creación del derecho por la autoridad. Véase Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1985, pp.90 y ss.

de justificación entonces, podemos concluir que no hay conexión necesaria sino solo contingente entre derecho y moral²²⁷.

Pero si nos referimos a justificación como justificación *última*, la conclusión anterior ya no es satisfactoria, pues la decisión no está justificada si no están justificadas las razones que justifican aquella decisión²²⁸. Esta es la tesis del neoconstitucionalismo de Nino²²⁹ o Alexy y según Comanducci remite a un problema normativo: ¿cuál debe ser la norma que funda o justifica la decisión judicial?²³⁰ Aquí podemos plantear dos tipos de respuestas.

La primera solución apela a la moral correcta como única justificación posible, pero esta respuesta no es sencilla en tanto y en cuanto no sabemos cuál es la moral correcta, existan varias y divergentes teorías morales entre las que el juez pueda elegir y no haya homogeneidad moral en la sociedad (o sea, normas morales compartidas). Para Comanducci en estos casos la decisión quedará en manos de los jueces que elegirán una norma que *creen* que es la correcta según su propia concepción moral. Esta respuesta tiene dos consecuencias peligrosas para el autor: por un lado el derecho de rango legislativo (y constitucional) sería superfluo²³¹; por otro lado, la certeza del derecho quedaría confiada solo a la conciencia moral de cada juez y no se podría garantizar la previsibilidad del derecho²³².

²²⁷ Comanducci, Paolo, "Las conexiones entre el derecho y la moral", ob. cit., p. 18.

²²⁸ Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el derecho*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 31-32 se refiere a este tipo de justificación como "motivación racional correcta" (que hace que la decisión sea considerada éticamente justificada) y la distingue de la "motivación racional suficiente" que da cuenta sólo de la regla que justifica la decisión (hacen que la decisión sea considerada válida). De todos modos, este autor asume una postura positivista para su análisis, por lo cual caracteriza a esta motivación correcta con una motivación aceptable. Véase también pp. 131 y ss.

²²⁹ Por ejemplo Nino: "Todo juicio jurídico justificatorio es en última instancia, derivado de juicios morales que dan legitimidad a ciertas fuentes dotadas de autoridad", *Fundamentos de derecho constitucional*, ob. cit., p. 54.

²³⁰ Comaducci, Paolo, "Las conexiones entre el derecho y la moral", ob. cit., p. 18. Sobre la justificación de la decisión judicial o "motivación", véase Asís Roig, Rafael de, *El juez y la motivación en el derecho*, ob. cit.

²³¹ La misma crítica la realiza Atria, Fernando "Lo que importa sobre los principios", ob. cit., p. 76 "...si al discutir sobre el contenido de la Constitución estamos discutiendo sobre los principios de filosofía política que son correctos, entonces parece que la Constitución misma no cumple función alguna".

²³² Comaducci, Paolo, "Las conexiones entre el derecho y la moral", ob. cit., pp. 19-21. Como advierte Prieto "Parece que solo admitiendo la objetividad o algún grado de objetividad de los juicios morales resultaría posible mantener tanto la (relativa) determinación del Derecho, como el sometimiento de la ley precisamente a la constitución y no a las variables o caprichosas concepciones del bien sostenidas por los diferentes jueces". Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, ob. cit., p. 110.

Pero, si bien considero que la crítica es válida, no creo que las consecuencias que deriva el autor de ella sean necesarias. En el razonamiento de Comanducci se opera un salto: una cosa es decir que las razones últimas de las decisiones jurídicas deban ser morales y otra distinta es decir quién será el que decida cuál visión de entre las diferentes teorías morales será la autoritativa para el derecho²³³. Lo que sucede es que la teoría neo-constitucional (como se verá a lo largo de la tesis) suele dar este poder a los jueces y por eso la crítica del autor.

Hallamos un ejemplo de esta respuesta en la postura de Dworkin. En su teoría de la adjudicación encuentra la conexión entre derecho y moral en la práctica interpretativa, haciendo depender la decisión de cada juez de su juicio acerca de la mejor justificación posible del derecho, lo que la transforma en una cuestión de moral política²³⁴. Esto dentro de su modo particular de interpretar la constitución que llama *la lectura moral* y que propone que todos (jueces, abogados y ciudadanos) interpreten y apliquen las cláusulas abstractas de la constitución bajo el entendimiento de que invocan principios morales de decencia política y justicia²³⁵. Si bien en este sentido, pareciera que Dworkin introduce la moral política dentro del derecho constitucional a través de los principios del derecho positivo y no enviando a una moral “correcta”²³⁶; lo cierto es que admite la posibilidad de que el juez pueda reformular el derecho en pro

²³³ Cosa que bien advierte Nino: “yo sostengo que todo juicio jurídico justificatorio es, en última instancia, derivado de juicios morales que dan legitimidad a ciertas fuentes dotadas de autoridad” en Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 54, recordando que a su criterio la autoridad legítima es la propia de la democracia deliberativa.

²³⁴ Dworkin, Ronald, “Retorno al derecho natural” en Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo (dir. y coord.), *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Ariel Derecho, Barcelona, 1990, p. 24.

²³⁵ Dworkin, Ronald, “The moral Reading and the Majoritarian Premise”, *Freedom’s Law. The moral reading of the American Constitution*, ob. cit., p. 2.

²³⁶ *Ibidem*, p. 11. A lo que llama el requerimiento de integridad, punto sobre el que volveré en el capítulo siguiente. Vale señalar que esta concepción “interpretativa del derecho como integridad”, en principio a costa de consideraciones de justicia, lo distancia de autores como Nino, quien lo critica en *Fundamentos de derecho constitucional*, ob. cit., pp. 57-63. También es verdad que analizar a Dworkin como sosteniendo “una” postura, o un continuo coherente, no es lo adecuado. Como bien señala Atria, la teoría de la interpretación que comenzara a desarrollar Dworkin en *Law’s Empire* no encuentra una continuidad en *Freedom’s Law*, sino más bien su negación. Véase Atria, Fernando “Lo que importa sobre los principios” ob. cit. Veremos más adelante que lo propio ocurre en Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Estados Unidos, 2011.

de tomar las decisiones “justas”, incluso autorizándolo a mentir sobre el derecho²³⁷.

Queda aún otra solución posible –que con frecuencia asumen los neoconstitucionalistas- y es que la decisión se fundamente en una norma moral intersubjetivamente aceptada, es decir en una norma moral ya incorporada en reglas o principios jurídicos. En esta línea pareciera estar Zagrebelsky cuando afirma que los principios establecidos por la constitución representan el “mayor rasgo de orgullo del derecho positivo”, por cuanto intentan positivizar lo que durante siglos fue considerado derecho natural, a saber: la determinación de la justicia y de los derechos humanos²³⁸. Aquí lo que ocurre es que la justificación moral es coextensiva a la justificación jurídica, por lo cual, cabría dentro de las posibilidades del positivismo²³⁹, aunque plantearía el problema de la discrecionalidad en la interpretación y del pluralismo. A su vez, conllevaría el peligro, -para quienes asumen una moral liberal- de favorecer la tesis según la cual el derecho debe convertir en vinculante la moral positiva²⁴⁰.

Intentando salvar estas objeciones, Moreso establece la siguiente distinción: “una cosa es defender que, en muchos puntos, la Constitución remite a la argumentación moral y, en este sentido, el texto constitucional exige una lectura moral y otra cosa, muy distinta, es suponer que todas las obligaciones constitucionales son también obligaciones morales o que la Constitución no puede vulnerar la moralidad. [...] si optamos por la primera

²³⁷ Véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 451. Volveré sobre este punto en el capítulo siguiente.

²³⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, ob. cit., p. 114.

²³⁹ De hecho el mismo Hart reconoce que ciertos sistemas jurídicos realizan esta incorporación en su norma de reconocimiento. Véase *El concepto de Derecho*, ob. cit., p. 252, tomando por ejemplo el sistema de Estados Unidos. En este punto es claro Jiménez Cano, Roberto, “Una defensa del positivismo jurídico (excluyente), ob. cit., p. 86 cuando mantiene que “los principios morales pueden determinar la existencia y el contenido del derecho, pero a condición de que se entienda que tales principios se refieren a una moral no independiente de los seres humanos y que pueda ser reducida a hechos empíricamente verificables”.

²⁴⁰ Comanducci, Paolo, “Las conexiones entre el derecho y la moral”, ob. cit. p. 22. Aquí son válidas las críticas que Hart realizó a Lord Devlin en su famoso debate. Para el debate véase Devlin, Lord Patrick, “La moral y el derecho penal” y Hart, H.L.A, “Inmoralidad y alta traición”, ambos en Ronald Dworkin (comp.), *La filosofía del derecho*, 2º ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2014, pp. 160-200. Un análisis del mismo en Malen, Jorge, “La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart” en Rodolfo Vázquez (comp.), *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, ob.cit., pp. 59-79. Cayendo en una “legalización de la moral, propuesta [a juicio de Prieto] no menos rechazable que su contraria, la de la moralización del Derecho”, Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, ob. cit., pp. 106-107 que conlleva los mismos problemas que anticipara del positivismo ético o ideológico, es decir, presentar un concepto de Derecho y de validez de las normas en términos de obligación moral.

opción, la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral se mantiene”²⁴¹.

Pero no creo que esta idea sea lo suficientemente sólida. Es que si bien Moreso alega que no es necesario aceptar ninguna moral objetiva a los efectos de la motivación de la decisión jurídica sino sólo la mejor argumentación moral; luego remite a unos principios de justicia de tipo *rawlsiano* que hacen suponer la objetividad en su determinación²⁴². Y allí vuelven a entrar los problemas. Podemos aceptar un procedimiento racional para discutir cuestiones morales, pero siempre habrá un límite a esa racionalidad donde empiecen a jugar otro tipo de valoraciones que hará imposible definir qué opción es la mejor²⁴³. Por lo que, dada la posibilidad (que acepta Moreso) de más de una posición meta-ética de los participantes²⁴⁴, no veo por qué deba dejarse en manos del juez su elección. Sobre el punto entonces siguen siendo válidas las observaciones de Comanducci sobre los peligros de superfluidad del derecho y falta de previsibilidad²⁴⁵.

De todos modos y como sostiene Waldron, “la toma de decisiones morales en el derecho es probablemente tan arbitraria [...] para un realista moral como lo es para alguien que rechaza la objetividad moral”²⁴⁶, pues el problema está en los desacuerdos morales, para los cuales los objetivistas no tienen nada que ofrecer. Por eso este autor mantiene “la tesis de que el derecho *debe ser* tal que las decisiones jurídicas puedan ser tomadas sin la intervención de juicios morales”²⁴⁷.

²⁴¹ Moreso, José Juan, “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, *Isonomía*, nº 19, octubre 2003, p. 273.

²⁴² *Ibidem*, pp. 278, 280-281. Así lo reconoce expresamente en nota al pie nº 17.

²⁴³ Sobre el punto véase Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 238 y ss. Volveré sobre el punto en el capítulo siguiente.

²⁴⁴ Moreso, José Juan, “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, ob. cit., p. 281 nota al pie nº 17.

²⁴⁵ Una crítica a posturas como la de Moreso, calificadas como “positivismo incluyente” se encuentra en Bayón, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia”, ob. cit., pp. 69-76, alegando que desemboca necesariamente en un objetivismo moral.

²⁴⁶ Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob.cit., p. 202. Vale apuntar que para el autor la arbitrariedad tiene tres sentidos posibles, todos ellos negativos: a veces significa ‘imprevisibilidad’ de la decisión, otras veces significa ‘no razonabilidad’, como cuando una decisión refleja un prejuicio o es tomada por capricho más que sobre la base de un argumento. Y por último, incluso cuando los jueces toman decisiones morales de la forma más razonada y predecible posible, dichas decisiones pueden carecer de ‘legitimidad política’, en este sentido arbitrario significa ‘carente de autoridad o legitimidad’. *Ibidem*, pp. 199-200.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 198. Eso no quita aceptar que desde el punto de vista del participante, el derecho tiene que ser legítimo y justificado (véase Marmor, Andrei, “Legal Positivism: Still descriptive and morally neutral”, ob. cit., p. 704) Lo que habrá que discutir (con argumentos morales) es

d) El argumento del contraste con la práctica²⁴⁸

Lo que los neoconstitucionalistas en suma pretenden es “explicar” el derecho como es y como el positivista no podría hacerlo²⁴⁹. El punto de mira está en los “casos difíciles”. Éstos se dan cuando un caso²⁵⁰ cae en el ámbito de apertura del derecho, es decir, cuando el derecho positivo no prevé claramente cuál es la solución del asunto por la vaguedad de su lenguaje, porque hay una laguna legal, o incluso cuando hay normas contradictorias aplicables²⁵¹. En estos casos, como para la mayor parte de los iuspositivistas sólo el derecho positivo es derecho, el juez tendría que decidir sobre la base de pautas no jurídicas o extrajurídicas, con discrecionalidad.

En cambio los neoconstitucionalistas, al establecer una vinculación entre derecho y moral a través del argumento de los principios jurídicos, consideran que el juez, también en el ámbito de apertura del derecho positivo, está jurídicamente ligado por los principios²⁵². Por ello se afirma que en realidad, para los neoconstitucionalistas no hay una diferencia entre casos fáciles y difíciles, puesto que en suma, todo caso encontrará respuesta jurídica²⁵³. Así,

cómo se logra esa legitimidad o justificación, que no necesariamente tiene que estar ligada a la opción moral del juez o a una moral correcta.

²⁴⁸ Según la expresión de Bayón; Juan Carlos en “Derecho, convencionalismo y controversia”, ob. cit., pp.57 y ss.

²⁴⁹ Un reconocimiento claro de esta “falencia” del positivismo en Waldron, Jeremy, *Derecho y Desacuerdos*, ob. cit., p. 198. Aunque habría que decir que el positivismo no podía explicar el derecho completamente hasta que Dworkin introdujo la idea de “discrecionalidad en sentido débil”, puesto que no se tenían los recursos conceptuales para ello. Véase Atria, Fernando “Lo que importa de los principios”, ob. cit., p. 72 y ss. Así, la noción de que es posible distinguir una aplicación correcta de un estándar pese a que dicha aplicación supone, por parte del funcionario que lo hace, ponderación -que define a la discreción débil- hoy es aceptada por muchos positivistas, claramente Atria, pero también Bayón cuando habla de los criterios convencionalmente predeterminados. Véase Bayón, Juan Carlos, “Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y positivismo jurídico”, *Isonomía*, nº 13, México, octubre de 2000, pp.87-117, p. 113; Jimenez Cano, Roberto, “Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)”, ob. cit.

²⁵⁰ Un caso, según Laporta, sería una pregunta sobre la solución normativa que ha de correlacionarse con un conjunto de propiedades, una pregunta que pide una respuesta, y una pregunta práctica. Véase Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, ob. cit., pp.117, 118, 205.

²⁵¹ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., p. 74.

²⁵² Como afirma Waldron, “los adversarios contemporáneos del positivismo jurídico se interesan mucho menos hoy en día por defender la proposición *lex iniusta non est lex* en contra de la tesis de las fuentes, que en argumentar que la tesis de las fuentes no puede dar cuenta correctamente de lo que sucede en la sala de un tribunal”. Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., pp. 57-58.

²⁵³ En este sentido Laporta, aludiendo a la tesis de Dworkin dice: “...la diferencia entre los casos fáciles y los difíciles sería que en los primeros ‘no nos damos cuenta de que hay una teoría funcionando en ellos’ mientras que en los segundos el buen juez Hércules habría de desenvolver todas las complejas aptitudes teóricas y prácticas que demanda el derecho como integridad histórica, social, política y moral”. Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, ob. cit., p.

no existirían métodos distintos en relación con casos distintos, al contrario, la diferenciación entre casos fáciles y difíciles será una cuestión que plantee el mismo juzgador consecuencia de la interpretación²⁵⁴.

Como hemos advertido, la innegable plasmación de pautas de carácter moral en los sistemas jurídicos²⁵⁵ ha tenido repercusiones para la teoría del derecho, pues ha significado poner en primer plano una noción de legitimidad de carácter jurídico que toma como criterio de enjuiciamiento el *deber ser* que establecen las normas constitucionales²⁵⁶. Esto ha propiciado la importancia del punto de vista interno (compromiso del participante) para explicar el funcionamiento del derecho, la intervención de los juicios de valor en el análisis del derecho y la prioridad del carácter práctico de la ciencia jurídica frente a su presentación como un estudio de carácter científico²⁵⁷.

Pero esta consecuencia no es una consecuencia necesaria ni menos aún deseable. Considero que el neoconstitucionalismo termina operando una confusión: como vimos la teoría del derecho pretende explicar con categorías y conceptos el objeto derecho, por lo que para hacerlo, primero tiene que identificar el objeto en cuestión. Y si bien éstas parecen ser dos cosas perfectamente diferenciables, en gran medida objeto y ciencia se pueden confundir debido “al compromiso adquirido por los operadores del derecho, con el funcionamiento del sistema jurídico y, especialmente, con el Estado de

205. En cambio este autor propone diferenciar los casos difíciles, véase *ibidem*, pp. 206 y ss. Esta misma diferenciación en Iglesias Vila, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 108 y ss. Para un análisis de los casos difíciles véase Navarro, Pablo, “Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho”, *Doxa*, nº 14, 1993, pp. 252-262. Sobre la teoría de Dworkin volveré ampliamente en el capítulo siguiente.

²⁵⁴ Véase Barranco Avilés, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 50.

²⁵⁵ En términos descriptivos, el reconocer que muchas de las reglas y principios identificados por los mejores procedimientos disponibles del derecho positivo de hecho requieren que aquellos que los utilicen realicen juicios morales, es aceptado por los positivistas. Expresamente Waldron, aunque en términos normativos califique a esta situación como insatisfactoria y pretenda minimizarla. Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., pp. 198-199. También Jiménez Cano, Roberto, “Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)”, ob. cit., poniendo el énfasis en el tipo de moral “factual” a la que se acude.

²⁵⁶ Sastre Ariza, Santiago “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo” en Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., p. 244.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 245. Resaltando la inclusión de la política en el derecho.

derecho”²⁵⁸. Esto se le imputa especialmente a Dworkin, cuando se dice que más que un teórico del derecho es un ideólogo del Estado de derecho²⁵⁹.

Por eso pienso que la concepción neoconstitucionalista ligada a la conexión justificativa necesaria entre derecho y moral es parte de una necesidad de auto-legitimación del sistema jurídico y del poder, pero sobre todo de justificación de un arreglo institucional determinado, como veremos a partir del capítulo tercero.

Eso no quita aceptar lo que el propio Hart advirtió hace cincuenta años: “que en todas las comunidades hay una parcial superposición de contenido entre la obligación jurídica y la obligación moral”²⁶⁰ y que, de hecho, la estabilidad de los sistemas jurídicos depende en parte de tales concordancias²⁶¹. Dando como algo obvio que el fin propio de la actividad humana es la sobrevivencia, el derecho tiene que incluirlo, pues “en ausencia de ese contenido, los hombres, tales como son, no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente ninguna regla, y sin un mínimo de cooperación [...] sería imposible coaccionar a quienes no las acatan voluntariamente”²⁶².

Pero este razonamiento no es aceptado por el neoconstitucionalismo, según el cual las tareas meramente descriptivas que el iuspositivismo requiere al teórico, no serían escindibles de las tareas normativas que el derecho del Estado constitucional pretendería del mismo²⁶³. Lo que aquí ponen en cuestión es la viabilidad de la tesis de la neutralidad, que es central en el positivismo

²⁵⁸ Álvarez, Luciana, *Implicancias filosófico-jurídicas del reconocimiento de derechos a la diferencia. El caso indígena en el discurso jurídico argentino*, (tesis de doctorado) Universidad Nacional de Cuyo, agosto 2009, p.16.

²⁵⁹ Entendiendo al Estado de derecho desde su vertiente limitadora de la arbitrariedad estatal y protectora de los derechos individuales de las personas. García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 238. Sobre Estado de Derecho véase Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudio sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000; Ansuátegui, Javier “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales” en *Seminario de Filosofía del Derecho*, sesión nº 2, Getafe, 2000; Díaz, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, 3ª ed., Taurus, Madrid, 1998; del mismo autor “Estado de Derecho y Derechos Humanos” en Jerónimo Betegón, Juan Ramón De Páramo, Francisco Laporta y Luis Prieto Sanchís (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 17 a 40; Asís Roig, Rafael, “Modelos teóricos del Estado de Derecho”, *Doxa*, nº 22, 1999; Lema Añón, Carlos “Transformaciones del Estado de Derecho contemporáneo” en Pablo Slavin y F. Bariffi, *Estado, Democracia y Derechos Humanos*, Mar del Plata, Suárez-UNMP, 2009; Ferrajoli, Luigi “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, ob. cit.

²⁶⁰ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, ob. cit., p. 212.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 252.

²⁶² *Ibidem*, p. 239.

²⁶³ Pozzolo, Susanna, “Un constitucionalismo ambiguo”, ob. cit., p. 205.

jurídico y una de las implicaciones de la teoría de la separación entre derecho y moral²⁶⁴.

Pero la tesis de la neutralidad es útil, no sólo a nivel descriptivo²⁶⁵, sino también desde planteamientos normativos, pues un concepto neutral impide legitimar el derecho por el mero hecho de serlo. Un concepto avalorativo ejerce una labor de prevención contra la idealización de los sistemas normativos, lo que debe ser el objetivo fundamental de una teoría general del derecho²⁶⁶.

El punto no es baladí, puesto que cuando tratamos de precisar el concepto de derecho nos encontramos frente a la tentación de los autores de atribuir caracteres y requisitos que tienen más que ver con lo que idealmente éstos pretenden que el derecho sea, que con lo que realmente es. Esto nos complica mucho el análisis de cara a la realidad de nuestros Estados y a la proyección de un discurso en términos políticos por fuera del derecho positivo, sobre la misma; desde que se parte ya de una definición que coincide con el discurso a adoptar, es decir, con el objetivo a alcanzar. Si el derecho ya es o, por definición, ya *tiende a* lo que es deseable que sea, entonces poca será la labor que se pueda hacer a su respecto. Podremos criticar sólo determinadas prácticas “desviadas”, pero jamás el objeto en sí, que siempre será positivo²⁶⁷.

²⁶⁴ Pino, Giorgio, “The place of legal positivism in contemporary constitutional states”, ob. cit., p. 524. Aunque vale adelantar que no de todo el positivismo jurídico, ya que en la concepción “neopositivista” *ferrajoliana*, “la ciencia jurídica no ha sido nunca puramente descriptiva y avalorativa. Sobre todo [...] en las democracias constitucionales ni siquiera podría serlo, a causa del específico estatuto normativo que les confiere la estructura de su propio objeto; y ello hasta el punto de que la negación de su ineliminable dimensión normativa desemboca de hecho, en paradójico contraste con las estimables razones deontológicas que la motivan –la neutralidad científica, la defensa del positivismo jurídico y el valor metacientífico, además de político, de la separación entre derecho y moral-, en su enmascaramiento ideológico”. Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris*, Vol.1, ob. cit., p. 20, confundiendo nuevamente, objeto y ciencia. En igual sentido Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 38: “Tampoco la teoría constitucional [...] puede presentarse a sí misma como neutra, no lo es ni lo puede ser cuando su objeto está cargado de valor...”

²⁶⁵ Como lo sostiene Marmor, Andrei “Legal Positivism: Still descriptive and morally neutral”, ob. cit., p. 699 para el punto de vista del observador.

²⁶⁶ García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 92.

²⁶⁷ Un reconocimiento de esta posible consecuencia la encontramos en el propio Waldron, quien confiesa que de las fallas que se pueden encontrar a su posición normativa, le preocupa: “the implicit suggestion that in order to do positivist jurisprudence in the normative mode, one has to view law as a *good thing*. I seen to have argued myself into the position of saying that, [...]”, Waldron, Jeremy, “Normative (or Ethical) Positivism”, ob. cit., p.428. Aunque considero que una cosa es tener que aceptar el derecho como instrumentalmente bueno, como en última instancia tendría que hacer Waldron, y otra muy distinta, aceptarlo como intrínsecamente bueno o justo, como tendrán que hacerlo quienes le atribuyen un valor sustantivo, es decir, los neoconstitucionalistas.

Desde el punto de vista interno ocurre más o menos lo mismo. Para posibilitar el discurso crítico debemos tomar al derecho como condición de la práctica política democrática, es decir, no como un conjunto de estándares regulativos cuya finalidad es distribuir el código justo/injusto²⁶⁸, sino como un conjunto de conceptos cuya determinación de significado se puede disputar en la arena política. Así, tendremos que aceptar la posibilidad de distintas comprensiones que surjan del arreglo institucional que se adopte al efecto, es decir podremos distinguir entre qué es lo que el derecho exige y qué es lo que una determinada concepción de la justicia exigiría²⁶⁹.

Esta “defensa” de la neutralidad en la definición del objeto derecho, no quita que no sea provechosa –o más bien indispensable- una aproximación normativa a la teoría del derecho, en tanto ciencia intrínsecamente política²⁷⁰. Es aquí donde habrá que reconocer como válidas las distintas formas de abordaje a la hora de prescribir a lo que el derecho debe servir y donde podemos considerar a la teoría neoconstitucionalista como una teoría en competencia con otras para su evaluación²⁷¹.

3.2.- El neoconstitucionalismo como neo-iusnaturalismo

Para concluir, intentaré contestar a las preguntas que nos formulamos al inicio de este tercer acápite: ¿es el neoconstitucionalismo una especie de iusnaturalismo? o ¿consiste acaso en una nueva (“tercera”) teoría del derecho con rasgos propios? Sea como sea, ¿es, en definitiva, una “buena” teoría?

Respecto de la primera pregunta, considero que la respuesta es afirmativa. El neoconstitucionalismo es iusnaturalista en tanto realiza una vinculación necesaria entre derecho y moral “correcta” y lo es también en términos normativos, en cuanto añade que es bueno que exista esa vinculación. En ese último sentido, los neoconstitucionalistas “niegan que haya

²⁶⁸ Estoy parafraseando a Atria, Fernando, “Lo que importa sobre los principios”, ob. cit., p. 77, 80 que critica la pretensión de que los principios constitucionales distribuyan el código legal/ilegal, sino más bien que posibiliten la práctica democrática en su determinación, “Sólo bajo ese supuesto, la idea de interpretación jurídica adquiere sentido”.

²⁶⁹ Atria, Fernando, “Lo que importa sobre los principios”, ob. cit., p. 85.

²⁷⁰ Véase Waldron, Jeremy, “Legal and Political Philosophy”, ob. cit. Claramente Bayón, Juan Carlos “¿Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia?”, ob. cit., p. 24 llamándolo “argumento práctico-político”.

²⁷¹ Recordando que siempre que de evaluaciones se trata, estamos en el terreno de lo controvertido.

algo arbitrario o indeseable en la toma de decisiones morales por parte de los jueces; de hecho, les parece positiva la introducción de principios y valores morales en la vida pública. Ven esto como una de las contribuciones positivas del derecho”²⁷². Esta afirmación nos llevaría a negarle al neoconstitucionalismo la calidad de teoría del derecho, al menos “independiente”.

Ahora bien muchos dirían que el neoconstitucionalismo no es iusnaturalista, pues si bien encuentran una vinculación necesaria entre derecho y moral (y por ello se proclaman no positivistas), se quieren alejar de las notas de universalidad e inmutabilidad que suelen caracterizar al iusnaturalismo²⁷³. Para ellos entonces cabe la segunda pregunta, ¿es el neoconstitucionalismo una nueva/tercera teoría del derecho?

Como vimos, la respuesta dependerá de lo que entendamos por teoría del derecho. Bajo los parámetros *razianos*, definitivamente tenemos que negarle tal calidad. El neoconstitucionalismo no pretende desentrañar la naturaleza del derecho, tampoco se conforma con describir el derecho, sino que es prescriptivo sobre sus contenidos y funcionamiento, por lo que está lejos de ser una teoría “neutral” y claramente no tiene alcances universales.

Como señalan sus críticos, el neoconstitucionalismo “al hacer del actual modelo constitucional [europeo] mucho más que un punto de referencia ejemplificador, ha abandonado la pretensión de generalidad, es decir, la pretensión positivista de responder a la pregunta “qué es derecho” al margen de los contenidos concretos de los sistemas jurídicos históricos”²⁷⁴. Así, el neoconstitucionalismo se presenta como mínimo, como una *reconstrucción* racional y como máximo, como una *justificación* del sistema, por eso puede decirse que es una política constitucional que no indica cómo es el derecho, sino cómo debe ser²⁷⁵.

Ante estas críticas, un neoconstitucionalista respondería rechazando el esencialismo de las teorías tradicionales y apostando por cierto pragmatismo.

²⁷² Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., p. 200.

²⁷³ García Figueroa, Alfonso, “Respuesta a José Manuel Rodríguez Uribe”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 17, 2000, pp. 515-522.

²⁷⁴ Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 2º reimposición, Fontamara, México D.F., 2005, p. 9. En igual sentido Hoerster, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Gedisa, Barcelona, 2000, p.12.

²⁷⁵ Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, ob. cit., p. 11. La misma crítica se hace a los positivismos de tipo normativo, como vimos *ut supra*. Véase Marmor, Andrei, “Legal Positivism: Still descriptive and morally neutral”, ob. cit., p.690.

Para él su teoría “renuncia a buscar la *esencia* del derecho para conformarse con propósitos más modestos, pero quizá más *útiles*”²⁷⁶, es decir: quiere explicar cómo funciona el derecho de los Estados constitucionales, cuestionando la necesidad de un concepto universal e inmutable de derecho²⁷⁷. Por ello, frente a las teorías generales desplegadas por los positivistas e iusnaturalistas, pretende el desarrollo de *alguna* teoría particular del derecho²⁷⁸, que puede servir a dos propósitos opuestos. Por un lado puede funcionar como *test* para una teoría general, en este caso supone el anclaje de la teoría particular en alguna teoría general a la que ilustra (en esta inteligencia estarían las teorías de Alexy o Dworkin). Por otro lado, puede fijar una teoría particular que renuncie a extender los resultados de su investigación al resto de ordenamientos jurídicos y se mantenga sin comprometerse con ninguna teoría general. Este es la orientación que tendría el neoconstitucionalismo en tanto “cambio de paradigma”²⁷⁹.

Así podríamos decir que la teoría neoconstitucionalista está fuertemente ligada a una experiencia histórica constitucional, básicamente producto del miedo a que se reproduzcan las atrocidades ocurridas durante la segunda guerra mundial en los países de Europa occidental. Aunque eso no sea óbice para que se valga de autores que provienen de los Estados Unidos, un país que podríamos decir, mantiene su carta fundamental desde 1787 pero cuya doctrina está más marcada por los comportamientos de las distintas “épocas” de la Corte Suprema de Justicia. Por último, tampoco ha sido un inconveniente para que las construcciones teóricas se hayan extendido a países con realidades sociales significativamente diferentes, como son los pertenecientes a Latinoamérica²⁸⁰.

En cualquier caso resulta claro que juzgar la condición de teoría del derecho del neoconstitucionalismo de acuerdo a parámetros que ellos mismos rechazan (como los positivistas), sería poco apropiado, sin contar que además,

²⁷⁶ García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*, ob. cit., p. 220.

²⁷⁷ *Ibidem*, pp. 221-222.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 225. Lo que, según Prieto Sanchís, acerca la teoría del derecho a la dogmática jurídica. Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, ob. cit., p. 111.

²⁷⁹ García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*, ob. cit., p. 226.

²⁸⁰ De hecho gran parte de la bibliografía especializada proviene de fuentes latinoamericanas que se prepararon en Europa. Son representativos los varios libros sobre el tema que ya he citado de Miguel Carbonell, Pedro Salazar Ugarte o Carlos Bernal Pulido.

incurriría en una petición de principio²⁸¹. Aunque, a mi criterio, más allá de qué entendamos por teoría del derecho -cosa que no pretendo resolver aquí- es difícil atribuirle tal calidad al neoconstitucionalismo por la falta de desarrollo y articulación que necesitaría para así erigirse. En todo caso, me parece adecuado calificarla como una teoría normativa, es decir política, neo-iusnaturalista, que se disputa con otras teorías el mejor entendimiento del derecho propio del Estado constitucional y plantea a su vez, un programa político-moral. Así entramos en la última pregunta que nos formuláramos: ¿es el neoconstitucionalismo una buena teoría?

Intentar contestar esta pregunta será el trabajo de esta tesis. Por ahora puedo adelantar que para hacerlo partiré de una preocupación, a mi criterio, fundamental para la evaluación, cual es la de las repercusiones que teorías como la estudiada tienen con respecto a las prácticas e instituciones democráticas, la posibilidad de deliberación y la toma de decisiones con fuerza jurídica en una comunidad política. Es decir, la de la legitimidad democrática de las decisiones jurídico- políticas.

Con la que ya se puede advertir que partir de una concepción del derecho como producto histórico y variable, dependiente de la voluntad de los seres humanos y de sus prácticas sociales²⁸², no casa muy bien con la idea de un derecho vinculado necesariamente a la moral “correcta”. Como señala Zagrebelsky, “la democracia impide la afirmación total y absoluta de cualquier concepción ‘natural’ del derecho”. Al estar basada en la regla de la mayoría, introduce al derecho un elemento de artificiosidad, ligado a la opinabilidad y al contraste entre proyectos, esto es, a la relatividad²⁸³.

Aunque ni el (neo)iusnaturalismo que reduce el derecho a la adecuación de unos valores trascendentes e inmutables, ni el positivismo, que reduce el espacio de los “derechos” a lo estrictamente normado o positivizado; permiten reconocer acabadamente las prácticas sociales de construcción de normatividad y de legitimidad, ni reflexionar sobre el potencial emancipatorio

²⁸¹ Bayón, Juan Carlos, “Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia?”, ob. cit., p. 29.

²⁸² Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, ob. cit., p.107. Esto es un entendimiento posible de la llamada teoría de las fuentes sociales, que, según la afirmación de algunos neoconstitucionalistas, “representa una especie de acuerdo indisputado para todos aquellos que hacen teoría del derecho de forma no extravagante”. Véase Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Paletra-Temis, Lima, Bogotá, 2009, p. 145.

²⁸³ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, ob. cit., pp. 67, 68.

y/o transformador del reconocimiento de nuevos derechos²⁸⁴. Menos aún el neoconstitucionalismo que, considero, junta las limitaciones de ambas perspectivas en una misma teoría²⁸⁵. De todos modos, en tanto esas prácticas sociales tienen en miras un objeto a transformar: el “derecho” (positivo), con el que lidian y desde el que surgen, considero que es necesario identificarlo sin idealizaciones.

Ahora bien, si la pregunta sobre las bondades del neoconstitucionalismo la dirigimos no tanto a las pretensiones normativas de la teoría, sino a las explicativas (descriptivas), es decir, si nos preguntamos si el neoconstitucionalismo es una buena teoría para explicar acabadamente el fenómeno jurídico del Estado constitucional de derecho, también encontramos fricciones *a priori*. Así podemos usar un argumento de “contraste con la práctica” para evaluar la teoría a la luz de ciertas manifestaciones recientes del derecho constitucional, como son los llamados “nuevos constitucionalismos latinoamericanos”. Éstos, como veremos, se presentan como un contraejemplo claro que disputa los presupuestos mismos de la teoría neoconstitucionalista, dentro del Estado constitucional. Aunque sobre este punto y las conclusiones a las que nos lleva, volveré específicamente en el capítulo quinto.

²⁸⁴ Álvarez, Luciana, *Implicancias filosófico-jurídicas del reconocimiento de derechos a la diferencia. El caso indígena en el discurso jurídico argentino*, ob. cit., pp. 18 a 29.

²⁸⁵ Eso no significa que los principios (o valores) positivizados que toma el neoconstitucionalismo como bandera, no sirvan para intentar plasmar estas reivindicaciones sociales a través de casos estratégicos ante la judicatura (en lo que viene a llamarse uso alternativo del derecho), suponiendo que esta las acoga. En este sentido véase por ejemplo Puga, Mariela, *Litigio Estructural* (tesis de doctorado), Universidad de Buenos Aires, octubre de 2013, disponible en <https://es.scribd.com/doc/156966140/Tesis-Mariela-Puga>; también Siegel, Reva, “El rol de los movimientos sociales como generadores de derecho en el derecho constitucional de los Estados Unidos”, en *Los límites de la democracia*, SELA 2004, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp.259-276. Aunque lo cierto es que incluso consiguiéndolo, serán victorias particulares que en ningún caso suplen la lucha política por el reconocimiento pleno/legal de las mismas y en tanto legal, general. En este sentido véase Rosenberg, Gerald, *The hollow hope. Can Courts bring about social change?*, The University of Chicago Press, Chicago, 2008.

CAPÍTULO 2: El Constitucionalismo principialista y su crítica

1.- Introducción

En el capítulo anterior hemos podido ver las bases sobre las que se asienta la teoría neoconstitucional: por un lado, un alegado cambio de paradigma que, podría decirse, resulta ser el contexto de surgimiento del modelo institucional y la filosofía política propia del neoconstitucionalismo y, por otro lado, la pretensión de constituirse en una teoría del derecho, en oposición al positivismo jurídico. En esa última lógica, se terminó calificando al neoconstitucionalismo como una teoría política, normativa, neoiusnaturalista con pretensiones de explicar y justificar el derecho propio del Estado constitucional.

En este capítulo me centraré en cambio en la nota que, según la teoría neoconstitucionalista, distingue los sistemas constitucionales actuales y los convierte en un objeto particular de estudio. Me refiero a los principios como normas jurídicas distintas de las reglas y configuradoras de un sistema institucional también particular. Serían los principios justamente los que le imprimirían al neoconstitucionalismo su carácter de programa político-moral. Veamos.

2.-El modelo de los principios

En el capítulo anterior se dijo que hay quienes afirman que el neoconstitucionalismo se inauguró con el ataque que Dworkin comenzó contra el positivismo jurídico, especialmente en la versión desarrollada por Hart. Uno de los puntos clave sobre el que se articula la teoría de Dworkin es la noción de principios jurídicos. Este concepto, según el autor, no había sido tenido en cuenta por Hart y sirve para “desmontar” los pilares del positivismo jurídico¹.

¹ Analizaré el concepto de principios a partir de Dworkin puesto que me estoy centrando en el modelo neoconstitucionalista contemporáneo a sus estudios, aunque no fue él quien por primera vez analizó este concepto, muestra de ello son las obras de Pound, Roscoe, *An Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, New Haven, 1922; Esser, Josef, *Grundsatz und Norm in Der Richterlichen For Tbildung des Privatrechts*, JCB Mohr, Paul Siebeck, Tübingen, 1956 (Aquí utilizo la traducción al castellano de Eduardo Valentí Fiol, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961); Del Vecchio, Giorgio, *Sui principi generali del diritto*, A Giuffrè, Milán, 1958; Bobbio, Norberto, “Principi Generali di Diritto” en Antonio Azara y Ernesto Eula (dirs.), *Novissimo*

Comienza Dworkin su famoso artículo “El modelo de las reglas (I)” enumerando las proposiciones centrales en torno a las cuales se “organiza” el positivismo jurídico. Así identifica tres principios claves en esa doctrina: primero, que el derecho de una comunidad es un conjunto de normas que pueden ser identificadas según su origen o *pedigree*, mediante criterios específicos que están establecidos en una regla de reconocimiento. Derivado de lo anterior, el segundo principio se refiere a la doctrina de la discreción judicial para los casos que no están cubiertos por dichas normas y sin embargo necesitan una decisión y, por último, el tercer principio tiene que ver con la definición de “obligación jurídica” propia del positivismo². Este “armazón” del positivismo lo que haría es reducir el derecho a un conjunto de *reglas*.

El punto de partida de la crítica de Dworkin pasa por afirmar que existen estándares que no funcionan como reglas y que son determinantes al momento de razonar sobre derechos y obligaciones jurídicas. A esos estándares los llama genéricamente “principios” y los subdivide en: *principios propiamente dichos*, que son aquellos que deben ser observados porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad y *directrices políticas (policies)*, que proponen en cambio un objetivo que ha de ser alcanzado, generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad³.

Para demostrar su afirmación utiliza algunos ejemplos de la jurisprudencia norteamericana, entre ellos el ya famoso caso *Riggs vs. Palmer* de 1889 conocido como el caso del “nieto apurado” por como lo llamó Carrió⁴. En este asunto, la Corte de Apelaciones de Nueva York debía resolver si un heredero designado en el testamento de su abuelo podría heredar en virtud de ese testamento aunque para hacerlo lo hubiera asesinado. El tribunal decidió que

Digesto Italiano XIII, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1966, pp. 887-896, o García de Enterría, Eduardo, “Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 40, 1963, pp. 189-224, entre otras. Es pertinente advertir que la obra de Dworkin, como se verá a lo largo de esta tesis, no puede estudiarse de modo estático puesto que a lo largo de su vida fue evolucionando y reajustándose de modo de ir salvando las críticas que se le plantearon y mejorar sus argumentos. Aquí sin embargo, iré tomando las construcciones del autor como las fue dando, pues sus ideas iniciales tuvieron un gran impacto en el pensamiento neoconstitucionalista que se está estudiando.

² Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., pp. 65-66.

³ *Ibidem*, p. 72.

⁴ Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, ob. cit.

no, puesto que si bien las normas sobre testamentos, en su interpretación literal, daban la propiedad al asesino, esa solución podía ser controlada por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario: “A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen”⁵. Como se puede apreciar, en el caso analizado existía una norma jurídica que regulaba el caso pero cuya aplicación resultaba injusta a los ojos del tribunal por lo que éste apeló a un principio no expreso en el ordenamiento, para no aplicar la norma en cuestión y de esa manera resolver el caso.

Según Dworkin, la diferencia entre estos principios jurídicos y las reglas jurídicas⁶ es de carácter lógico, puesto que si bien “ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, [...] difieren en el carácter de la orientación que dan”⁷. Así, las reglas serían aplicables a la manera de disyuntivas, de “todo o nada”⁸, es decir, “si los hechos que estipula una regla están dados, entonces o bien la regla es válida⁹, en cuyo caso la respuesta debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”¹⁰. Claro está que una regla

⁵ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 73.

⁶ En su libro original Ronald Dworkin distingue “...principles in the generic sense from rules...” *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977-1978, p. 23 aunque en la traducción al castellano que aquí utilizo se haya contrapuesto principios a normas. Hoy en día, hay un acuerdo bastante amplio en que los principios también son normas, por lo tanto, para aludir a la diferencia que señala Dworkin se debe hablar de “reglas” frente a principios. Véase para el punto Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 83: “tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser”. También Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Doxa*, 21-II, 1998, p. 90. Aquí sigo el criterio original del autor, so pena de no respetar la traducción citada.

⁷ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 75.

⁸ Lo mismo considera Peczenik, Aleksander, “Dimensiones morales del derecho”, *Doxa*, nº 8, 1990, p. 92, resaltando “...una situación regulada por una regla, sólo tiene dos posibilidades...” marcando como propiedad de las mismas, su carácter binario, de todo o nada.

⁹ Aquí hay que hacer la salvedad de que Dworkin sólo se puede estar refiriendo a una antinomia total entre reglas, que al momento de su aplicación, hace que un Tribunal sólo pueda aplicar una de ellas. Evidentemente el decir que en esos casos una de las reglas no es “válida”, presupone un concepto de validez no positivista. No me detendré ahora en este tema, que tendrá interés a la hora de tratar la derrotabilidad de las normas (aparto 3.1).

¹⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 75. En la misma línea, Alexy explica que “las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas”. Por ello el autor las llama “*mandatos definitivos*” y nos dice que su forma de aplicación distintiva es la subsunción. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., p. 75. Aunque tenemos que tener en cuenta que si bien Alexy toma las definiciones de Dworkin, sus teorías no son idénticas. Procuraré ir marcando las particularidades del autor alemán.

puede tener excepciones, en cuyo caso, dados los hechos estipulados, no se aplica, pero estas excepciones según Dworkin deben ser taxativas a fin de hacer “completa” la regla¹¹.

En cambio los principios no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas, ni siquiera pretenden establecer dichas condiciones de aplicación. Más bien enuncian una razón que discurre en una sola dirección, pero no exigen una decisión en particular¹². En este sentido, pueden haber otros principios que apunten en dirección contraria, en cuyo caso, quizá el primer principio no prevalezca, pero no por ello deja de ser válido. Los principios entonces tienen que ser tenidos en cuenta si vienen al caso, como criterios que determinan a inclinarse en uno u otro sentido¹³.

De allí se desprende otra característica distintiva de los principios, que Dworkin llama “dimensión del peso o importancia”: cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. Esto no ocurre con las reglas, puesto que si dos reglas colisionan, una de ellas no puede ser válida¹⁴. Alexy ha desarrollado ampliamente este punto, explicando que los conflictos entre reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez, mientras que la colisión de principios – como sólo puede ser entre principios válidos- tiene lugar en la dimensión del peso, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de precedencia condicionada*, concreta o relativa¹⁵.

A esta forma particular de aplicación de los principios se la denomina “ponderación” o “balanceo” y su formulación establece que: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto

¹¹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 75. Paradójicamente, Alexy observa que la existencia de principios explica por qué puede dudarse de la solidez del argumento “todo o nada” de las reglas, pues podría darse la posibilidad de que, en ocasión de la decisión de un caso, un principio introduzca una nueva excepción a la regla, hasta entonces desconocida. Véase Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” trad. de M. Atienza, *Doxa*, nº 5, 1988, p.141.

¹² Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob.cit., p. 76.

¹³ Conforme con esta caracterización, Alexy los denomina “*mandatos de optimización*” y los define como normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, ob.cit., p. 75 y del mismo autor, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 86.

¹⁴ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., p.78.

¹⁵ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob.cit., pp. 89,92.

mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”¹⁶. De esta manera según Alexy, la optimización en relación con los principios que juegan en sentido contrario no consiste en nada diferente a la proporcionalidad en sentido estricto¹⁷.

Según explica Alexy, el juicio de ponderación se lleva a cabo en tres pasos. El primero consiste en la constatación de una situación de tensión entre dos principios (o valores constitucionales, de acuerdo a la denominación del Tribunal Constitucional Federal Alemán del que toma el autor sus ejemplos) en la que ninguno de los dos puede pretender una precedencia absoluta¹⁸. Tras haber comprobado la colisión de principios que en abstracto tienen igual jerarquía, el segundo paso consiste en establecer una precedencia “general” de un principio bajo ciertas condiciones, que incluye *ceteris paribus* la posibilidad de excepciones. Finalmente se toma la decisión en un tercer paso, cuyo resultado es una norma jurídica adscripta¹⁹ con carácter de regla, es decir, que prescribe la consecuencia jurídica del principio que tiene preferencia cuando se dan las condiciones de preferencia y que permite subsumir el caso, al igual que si se tratara de una norma legislada.

Como bien señala Guastini, el resultado de la ponderación se realiza para el *caso concreto*, lo que quiere decir que no se excluye en absoluto que, en un caso distinto, la aplicación del principio que resultó “derrotado”, produzca efectos considerados más justos. Esto hace que la jerarquía establecida entre los principios en conflicto sea una jerarquía *móvil*, mutable y, por lo tanto, que el conflicto no quede resuelto de forma *estable*²⁰.

Ahora bien, como el propio Dworkin admite, no es sencillo reconocer la diferencia estructural entre reglas y principios pues incluso en ocasiones, ambos tipos de normas pueden desempeñar papeles semejantes. Pero ello no

¹⁶ *Ibidem*, p. 161.

¹⁷ Alexy, Robert, “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, nº 66, septiembre-diciembre 2002, p. 31. A esta regla, agrega una segunda ley de ponderación –epistémica–, ausente en la teoría de Dworkin, que se desprende de la colisión entre principios iusfundamentales materiales y principios formales (como es el de la competencia del legislador) y que establece: “Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención”. *Ibidem*, p. 55. Volveré sobre este punto *infra*.

¹⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 96.

¹⁹ Alexy utiliza esa terminología para definir una norma para cuya adscripción es posible una fundamentación iusfundamental correcta. *Ibidem*, p. 97.

²⁰ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, ob. cit., pp. 170-171.

quita, a criterio del autor norteamericano, que sean dos tipos de estándares distintos. Por esta razón se lo incluye dentro de la llamada “tesis de la separación fuerte”²¹, que sostiene que la diversidad en la tipología de las normas entre principios y reglas es *cualitativa*²², es decir, la naturaleza de “principio” o de “regla” es un dato objetivo propio de cada formulación normativa²³, condición necesaria y suficiente de la diversidad en la interpretación y aplicación de los distintos estándares, en su argumentación y en la solución de los conflictos entre éstos²⁴.

Frente a esta tesis encontramos autores que abogan por la tesis que se ha denominado de “separación débil”²⁵, según la cual la diversidad en la tipología de las normas, y en particular la diferencia entre principios y reglas, es una variable dependiente de las diversidades en la interpretación y aplicación, en la argumentación y en la solución de los conflictos²⁶. Me detendré en esta forma de abordaje *infra*²⁷.

Pero, ¿cuáles son las consecuencias que se desprenden de esta distinción *fuerte*? Dworkin considera que los principios jurídicos desempeñan un papel esencial en los casos difíciles, sobre todo en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas. En este punto es donde se aprecia con mayor nitidez su ataque al positivismo jurídico y a la doctrina de la discreción judicial. Para el autor en

²¹ Junto a autores como Alexy, Zagrebelsky o en España: Atienza o Ruiz Manero. De estos últimos autores véase *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 7-11, donde explican que la principal diferencia entre reglas y principios radica en que en el antecedente de la regla figuran condiciones cerradas de aplicación, mientras que en el de los principios, figuran condiciones abiertas de aplicación. Esto, según los autores, hace que el tipo de indeterminación que aqueja a los principios sea más radical que el de las reglas, lo que estimula la deliberación sobre el estado de cosas que se pretende lograr.

²² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 86. En el mismo sentido ya lo había calificado Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, ob. cit., especialmente, p. 129.

²³ Pozzolo, Susanna, *Neocostitucionalismo e positivismo giuridico*, ob. cit., p. 46.

²⁴ Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, ob. cit., p. 93.

²⁵ Entre otros Comanducci, Guastini, Pozzolo, Ávila o en España: Prieto Sanchís, Bayón o Moreso.

²⁶ Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, ob. cit., p. 93.

²⁷ Cabe apuntar que Alexy añade a esta visión, que a su criterio “erróneamente” señala que la diferencia entre reglas y principios es una cuestión *de grado*, una tercera tesis sobre la distinción entre reglas y principios –también desde su óptica equivocada- a la que llama “tesis de la conformidad” y que es defendida por quienes ven que todo intento de dividir las normas en dos clases es vano y concluyen que lo que hay es más bien un *parecido de familia*. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 85. Para un exponente de esta tercera corriente véase Aarnio, Aulis, “Las reglas en serio”, en Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés, Jyrki Uusitalo (comps.), *La normatividad del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp.18, 26.

estudio, el positivismo jurídico, al circunscribir el derecho a las reglas, deja sin respuesta jurídica –justificada– a los litigios que no se pueden subsumir claramente en una regla jurídica²⁸. Según la teoría por él criticada, para poder decidir los casos difíciles, el juez tiene “discreción”²⁹, lo que quiere decir que el juez introduce nuevos derechos u obligaciones jurídicas y los aplica retroactivamente, según unos estándares extra jurídicos que lo guían en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una existente³⁰.

Esta teoría de la adjudicación es para nuestro autor “inadmisible”, ya que acepta que una obligación jurídica pueda ser creada por el juez y aplicada *ex post facto*³¹. En otras palabras, al permitir la “creación” judicial de derechos y obligaciones, compromete la proposición según la cual una comunidad debe ser gobernada por personas elegidas por la mayoría y responsables ante ella (argumento democrático), pero además, viola el principio liberal según el cual

²⁸ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 146.

²⁹ En la especial interpretación que Dworkin considera que este término tiene para los positivistas. Es que el autor distingue tres posibles formas de entender la discreción. Un primer sentido débil, implica que las normas que debe aplicar el funcionario, por alguna razón, no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento. El ejemplo que nos da Dworkin es la orden que se le da al sargento de escoger a sus cinco hombres “más experimentados” para formar una patrulla. En un segundo sentido débil, diferente, el término se usa para decir que algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario. Aquí el ejemplo sería el del árbitro de la segunda base que, en beisbol, tiene la autoridad para decidir si llegó a esta base primero la pelota o el corredor, aún cuando el árbitro principal esté en desacuerdo con su decisión. Por último, un sentido más fuerte de discreción se usa para afirmar que, en lo que respecta a algún problema, simplemente el funcionario no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión. Este sería el caso en que el sargento recibe la orden de escoger cinco hombres “que prefiera” para formar la patrulla. Aquí discreción no es equivalente a libertad sin límites, pues siempre están en juego ciertos estándares de racionalidad, justicia y eficacia. Para Dworkin, los positivistas toman su doctrina en este último sentido, pues cuando un juez se queda sin reglas, no está limitado por estándar alguno procedente de la autoridad y por tanto los estándares que citan y que no son reglas, no son obligatorios para ellos. *Los derechos en serio*, ob. cit., pp. 84-88. Una crítica a esta construcción se puede encontrar en García Figueroa, Alfonso, *Principios y Positivismos jurídicos*, ob. cit., pp. 268 y ss. Intentando superar este debate, Atria, Fernando, “Lo que importa sobre los principios”, ob. cit.

³⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., pp. 146, 66.

³¹ Como señalé *supra* la definición de obligación jurídica es para Dworkin uno de los pilares del positivismo jurídico, objeto de su crítica. Según su perspectiva, el positivismo considera que alguien tiene una obligación jurídica siempre que una norma jurídica válida le exija hacer algo o le prohíba que lo haga. En ausencia de tal norma, no habría obligación jurídica ni por tanto derecho concurrente. De ello se sigue que si el juez decide un conflicto ejerciendo su discreción, no está imponiendo un derecho jurídico en lo referente al mismo. En contra de esta definición, nos dice que existe “obligación jurídica” siempre que las razones que fundamentan tal obligación, en función de diferentes clases de principios jurídicos obligatorios, sean más fuertes que las razones o argumentos en contrario. *Ibidem*, p.100.

nadie puede ser castigado por una norma creada después del hecho en cuestión³².

Sin embargo, continúa el iusfilósofo norteamericano, el positivismo podría intentar salvar estos problemas tratando a los principios como trata a las reglas jurídicas y entonces decir que son obligatorios y que han de ser tenidos en cuenta por los jueces y juristas que toman decisiones³³. En ese caso tendría que abandonar la doctrina de la discreción judicial (en sentido fuerte) pero también -resalta Dworkin- la noción de regla de reconocimiento concebida por Hart³⁴.

Esto último porque los principios no pueden identificarse según una institución competente que los haya promulgado, sino que su origen se basa en “un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo”. Consecuencia de lo anterior, es que la distinción *hartiana* entre aceptación y validez no se sostenga, ya que la validez es un concepto sin matices, apropiado sólo para las reglas pero incongruente con la dimensión de peso de un principio. Los principios en suma, no pueden quedar enmarcados en los criterios especificados por una regla final de reconocimiento y si eso es así, el ámbito del derecho sobre el cual ejerce algún dominio dicha regla, se reduce drásticamente³⁵.

Pero si en cambio, dice Dworkin, quisiéramos incluir en la regla de reconocimiento “el conjunto completo de principios en vigor” fracasaríamos, puesto que los principios son innumerables, discutibles, varían y cambian con rapidez y su peso es de gran importancia. Por lo tanto, incluso aceptando los

³² Según Dworkin, estas dos objeciones son poderosas cuando un juez toma la decisión según criterios políticos, pero prácticamente se anula si por el contrario, la justifica con razones de principio. *Ibidem*, pp. 150-151. La distinción que realiza el autor entre argumentos políticos y argumentos de principio se basa en que, mientras los primeros tienden a favorecer o proteger alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo (directrices), los últimos justifican una decisión demostrando que la misma respeta o asegura algún derecho individual o de grupo (principios propiamente dichos). *Ibidem*, p. 148. Esta distinción hace pensar que Dworkin equipara los principios propiamente dichos con los derechos fundamentales, a los que califica como “triumfos” frente al gobierno o frente a la mayoría. *Ibidem*, pp. 37, 289. Claro está que es difícil aceptar esta distinción, que para muchos carece de sentido porque “no hay un punto arquimideano desde el cual formular la lectura que permita reclamar para ella una imparcialidad distinta de la que es posible reclamar para una pretensión política”. Atria, Fernando, “Lo que importa sobre los principios”, ob. cit., p. 79.

³³ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 81.

³⁴ Sobre el punto, véase la réplica de Hart, H.L.A., “Postscriptum”, en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, estudio preliminar de César Rodríguez, Siglo del Hombre, Bogotá, 1997, pp. 89-141.

³⁵ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., pp. 95-98.

principios como pertenecientes al derecho, tendríamos que abandonar el criterio de la regla de reconocimiento.

Lo que en el fondo ocurre para el autor, es que en los sistemas legales complejos no es posible establecer una distinción final entre los estándares legales y morales como afirma el positivismo³⁶. De hecho Dworkin se opone a la idea de que el derecho sea un conjunto fijo de estándares, sean de la clase que sean³⁷. En contra del concepto *taxonómico* de derecho, que atribuye entre otros a Raz y que vendría a afirmar que el derecho puede identificarse en un conjunto de reglas concretas y otros tipos de estándares jurídicos, que son distintos de los morales, consuetudinarios o de algún otro tipo³⁸; Dworkin afirma que: “La noción del derecho como un conjunto de estándares concretos que en principio podemos individualizar y contar me parece una ficción escolástica”³⁹.

Entonces cabe preguntarse: ¿qué es el derecho para Dworkin? El autor nos habla de varios conceptos de derecho distintos, aunque interrelacionados y adopta el que llama un concepto *doctrinal*, que intenta establecer cuál es el “derecho” de cierto lugar o cierta entidad sobre una cuestión particular⁴⁰. Como él mismo define, éste es un concepto interpretativo⁴¹, puesto que “una proposición jurídica es verdadera, si se extrae de principios de moral personal y política que proporcionan la mejor interpretación de otras proposiciones jurídicas generalmente consideradas verdaderas en la práctica jurídica contemporánea”. O sea, conoceremos el derecho luego de que se haya interpretado el material que nos otorga la práctica jurídica, a la luz de unos

³⁶ *Ibidem*, pp. 99-101.

³⁷ *Ibidem*, p. 140.

³⁸ Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, ob. cit., p. 15.

³⁹ *Ídem*. Como se puede apreciar, ésta es una visión diametralmente opuesta a la positivista, cuyo “núcleo” a los ojos de Schauer (quien en gran parte sigue a Raz), reside en el concepto de *aislamiento sistemático*. Es decir, según Schauer “el positivismo concierne a sistemas normativos más pequeños y distinguibles de la totalidad del universo normativo”, así, el criterio de identificación selecciona las normas jurídicas del universo de las normas y suministra un criterio de validez jurídica. A su criterio entonces, podría decirse que un sistema positivo es el “análogo sistemático de una regla”. Así como las reglas confinan la toma de decisiones a un conjunto limitado de factores relevantes, del mismo modo el positivismo confina la toma de decisiones a un conjunto limitado de normas. Véase Schauer, Frederick, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, traducción de Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 262-263.

⁴⁰ Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, ob. cit., p. 12.

⁴¹ *Ibidem*, p. 23. También en *El imperio de la justicia: de la teoría general del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Gedisa, Barcelona, 1988, p. 287 y en *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., pp. 158, 160 y ss.

valores que son los que mejor la justifican. Así sostiene Dworkin que la moral está implicada en la identificación del derecho, no sólo en el nivel de los valores (al que llama nivel iusfilosófico), sino también en el doctrinal⁴².

Retomemos ahora las consecuencias de la tesis de la distinción fuerte entre principios y reglas. Evidentemente, la distinción entre reglas y principios adquiere la trascendencia capital que le da Dworkin cuando explícitamente se quiere hacer descansar en ella toda una concepción del Derecho y de sus relaciones con la moral. Es que al querer alzar a los principios como estandarte contra el positivismo jurídico, tiene que dotarlos de unos perfiles que permitan diferenciarlos de las reglas, pues precisamente el núcleo del argumento consiste en demostrar que el derecho es algo más que un sistema de reglas identificables mediante un procedimiento mayormente formal y ajeno a consideraciones morales⁴³.

Entonces, como –desde la perspectiva de Dworkin– sólo podemos saber cuál es el derecho aplicable a un caso luego de la interpretación de todo el material disponible, será el juez el único que pueda identificarlo. Ahora bien, para que el juez pueda realizar una correcta identificación, “debe aportar a su decisión una teoría general que explique por qué, en el caso de su institución, las reglas y normas crean o anulan de alguna manera derechos, y debe demostrar qué decisión exige esa teoría general en el caso difícil”, es decir, para Dworkin lo que aquí se plantea es una cuestión de teoría política⁴⁴.

Claro está que la posibilidad de presentar una teoría política cabal, sólo está al alcance de un juez dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas al que llama Hércules. Este juez debe construir un esquema de principios abstractos y concretos que ofrezca una justificación coherente para todos los precedentes de derecho consuetudinario y también para las estipulaciones constitucionales y legislativas⁴⁵.

Aquí hay que hacer notar que al decir que los principios (que conectan derecho y moral) se desprenden del mejor entendimiento del sistema jurídico, Dworkin da por supuesto que el sistema es justo. Sin embargo, como varios

⁴² Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, ob. cit., pp. 24-25.

⁴³ Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 32.

⁴⁴ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., pp. 175-177.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 190. Volveré sobre este punto *infra*.

de sus críticos han cuestionado ¿qué ocurre si el sistema en su conjunto resulta ser espurio, por lo que la mejor interpretación de sus prácticas, entra claramente en conflicto con los derechos morales básicos?⁴⁶ En otras palabras, ¿cómo se conectarían en ese caso, derecho y moral?

Dworkin no duda en contestar que el juez que intente hacer lo que moralmente es correcto, se encontrará ante un conflicto y, en ese caso, es posible que deba “mentir”. Claro que inmediatamente después reconoce, dando la razón a Hart, que “sería poco aconsejable convertir esa mentira en asunto de teoría de la jurisprudencia”⁴⁷.

Con esto reafirma su desinterés en una teoría descriptiva y rechaza cualquier posibilidad de incorporar los principios a una regla de reconocimiento, ya que los mismos serán “jurídicos” más allá de que no hayan sido incorporados al derecho o incluso si nadie los ha utilizado previamente o si jamás fueron pensados como derecho⁴⁸ en tanto y en cuanto sirvan para justificar la existencia de ciertos deberes jurídicos desde parámetros morales⁴⁹.

A este nivel de análisis jurídico, Dworkin lo llama “el nivel judicial” y a su criterio sirve para comprender los casos excepcionales en que los jueces tienen la obligación moral de prescindir del derecho si éste es muy injusto o si es muy inadecuado. En estas situaciones, según el profesor norteamericano, el juez debe usar su poder político para evitar la injusticia o ineficiencia del derecho. Esto transforma la aplicación del derecho en una cuestión moral, pues es la moral la que requiere actuar con independencia o incluso en contradicción con el derecho, en pro del valor de integridad⁵⁰.

En este punto se diferencia levemente Alexy, que se empeña más bien en explicar cómo la moral ingresaría al derecho mediante la argumentación y serviría para calificarlo de justo o injusto, más no para identificarlo, salvo claro

⁴⁶ Como señala Hart, H.L.A, “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, ob. cit., p. 17, “...si los principios subyacentes al derecho son moralmente malos, no habrá ningún mérito moral –y en casos extremos habrá gran perversidad moral- en extender la aplicación de estos principios a casos no regulados por el derecho establecido. Si el derecho establecido es malvado (Dworkin admite que puede serlo), los principios a él subyacentes serán también malvados y no estaría claro, desde luego, qué podría significar el hablar de tales principios como ‘justificadores’ al tiempo que explicativos del derecho”.

⁴⁷ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 451.

⁴⁸ De Páramo, Juan Ramón, “Entrevista a H.L.A. Hart”, *Doxa*, n° 5, 1988, p. 347.

⁴⁹ Prieto Sanchís, Luis, *Sobre Principios y normas*, ob. cit., p. 86.

⁵⁰ Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, ob. cit., pp. 29-31.

en casos de extrema injusticia. Estas cuestiones ya fueron examinadas en el capítulo primero, a donde remito.

2.1.- Los principios como puerta de entrada de la moral en el derecho

Resulta conveniente detener esta descripción aquí a fin de explicar por qué la distinción entre reglas y principios que señaló Dworkin influyó tan fuertemente en toda la teoría del derecho, hasta el punto de ser señalada como el origen de un nuevo modelo constitucional. Es que el neoconstitucionalismo realiza la aludida conexión *necesaria* entre derecho y moral por esta vía, a través de diferentes tesis⁵¹.

En el caso de Dworkin es la “tesis de los derechos”⁵² la que se usa para explicar la acción recíproca que se da entre moralidad personal e institucional a la hora en que el juez decide casos difíciles. Esta tesis asevera que las decisiones judiciales se generan en principios que lo que hacen es confirmar o negar derechos concretos, institucionales y jurídicos⁵³. En definitiva, la tesis de los derechos sostiene que las decisiones judiciales imponen derechos políticos existentes⁵⁴.

Por su parte Alexy, recorre ese camino a través de otras tres tesis incluidas en el argumento de los principios: la tesis de la incorporación, la tesis moral y la tesis de la corrección⁵⁵. Cabe aclarar que todas estas tesis tienen como presupuesto el punto de vista interno o del participante, es decir, adoptan el punto de vista de los usuarios de las normas jurídicas⁵⁶. Ello resulta claro desde que el énfasis está puesto en las razones que se dan en los procedimientos de fundamentación y decisión. En este sentido afirma Alexy:

⁵¹ Como vimos en el capítulo 1, apartado 3.1, son varias los argumentos que se esgrimen a fin de establecer una conexión necesaria entre derecho y moral y no siempre coinciden en ellos los autores neoconstitucionalistas. Allí nos ocupamos –entre otros- de Alexy y vimos que apela a tres tesis para explicar una conexión calificativa, en el marco de la idea de corrección jurídica: la tesis de la pretensión de corrección, la tesis del discurso (con la tesis del caso especial) y la tesis de los principios, de la cual me ocuparé en breve.

⁵² La tesis de los derechos tiene dos aspectos según su autor: Un aspecto descriptivo, que explicaría la estructura actual de la institución de la adjudicación y un aspecto normativo, que ofrecería una justificación política de dicha estructura. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* ob. cit., pp. 198 y ss.

⁵³ *Ibidem*, pp. 153, 166 y 171.

⁵⁴ García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 262.

⁵⁵ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., p. 75.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 41.

“en todos los sistemas jurídicos en los que existen casos dudosos, en los que la ponderación es relevante, ella está exigida jurídicamente y, por lo tanto, también lo está la consideración de principios”; de allí la conexión necesaria entre derecho y moral a través del argumento de los principios⁵⁷.

Es pertinente repasar las tres tesis de Alexy que evidencian lo dicho en el párrafo anterior. Según la *tesis de la incorporación*, “todo sistema jurídico mínimamente desarrollado contiene necesariamente principios”, los cuales se ven reflejados en la existencia de ponderación. Para Alexy, un positivista puede aceptar los principios como parte del sistema positivo y también la ponderación basada en principios morales y por tanto, extrajurídicos. Lo que no va a aceptar en cambio es que los sistemas jurídicos contengan *necesariamente* principios. Tampoco va a inferir del hecho de que los jueces decidan tomando en cuenta razones morales, que éstas pertenezcan al sistema. Pero esto es incorrecto para el autor alemán, pues a su criterio los principios, en tanto razones que se toman en cuenta en el procedimiento de decisión y fundamentación, pertenecen necesariamente al sistema en virtud de la pretensión de corrección que encierra todo fallo judicial. Esta pretensión para Alexy es jurídica y no meramente moral, pues es un deber jurídico satisfacerla⁵⁸. Aquí ya encuentra la base de una conexión necesaria entre derecho y moral.

Así pasa a su segunda tesis, la *tesis moral*. En ésta reconoce que del hecho de que en los sistemas jurídicos estén incorporados los principios fundamentales de la moral, no se fundamenta una conexión necesaria entre derecho y moral, pues podría decirse que esto es siempre una cuestión de derecho positivo. Pero para refutar esa afirmación distingue dos versiones de la tesis de la conexión necesaria: una débil y otra fuerte. Alexy presta atención a la primera, que llama la “tesis moral”, según la cual “existe una relación necesaria entre el derecho y *alguna* moral”⁵⁹. Esto pasa cuando no se puede obtener una respuesta a una cuestión práctica del material previamente dotado de autoridad, es decir, no se puede establecer “lo que es debido”, entonces, quien quiera tomar una decisión a este respecto y procure satisfacer la pretensión de corrección, deberá tomar en cuenta todos los principios

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 77-78.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 75 y ss.

⁵⁹ Para la versión fuerte en cambio, la conexión se da entre el derecho y la moral *correcta*.

relevantes, incluyendo los que pertenecen a alguna moral, sea ésta correcta o no. Estos principios morales, de acuerdo con la tesis de la incorporación, son necesariamente elementos constitutivos del sistema jurídico⁶⁰.

Como vimos esto es distintivo del modelo neoconstitucionalista que se empeña en demostrar que existen estándares de comportamiento -los principios- que no son identificables desde el propio derecho pero que son parte del derecho y centran el mismo en la acción del juez⁶¹.

Por último, Alexy explica la *tesis de la corrección* ya mencionada, que viene a establecer el paso siguiente de la conexión entre derecho y la moral *correcta*. Y es que, a su modo de ver, cuando el juez realiza una ponderación y decide un caso, los argumentos a los que apela son argumentos morales. En palabras del autor: “La pretensión de corrección implica una *pretensión de fundamentabilidad*”, es decir, la afirmación de que un fallo es correcto, significa que es fundamentable en el sentido de una moral correcta. Evidentemente la pretensión no implica satisfacción, pero aquí el filósofo en estudio nos indica que en caso de no realizarse la pretensión y antes del umbral de la injusticia extrema (que, como vimos en el primer capítulo descalificaría la decisión), la conexión es calificativa y hace defectuoso al fallo que no la logre⁶².

A partir de esta tesis de Alexy podemos volver sobre reflexiones que ya apunté anteriormente, es que del hecho de que la decisión no se corresponda con la moral correcta, no se desprende que sea inválida, por tanto la conexión con la moral no es necesaria (aunque el autor hable de conexión cualificante y

⁶⁰ *Ibidem*, p. 80. Sobre este punto el positivismo no ignora que las normas tienen un cierto grado de indeterminación y además, que detrás de cada una de ellas o de una decisión hay una opción moral o política. Lo que ocurre es que la teoría positivista traslada los elementos jurídicos de la decisión a una persona u órgano distinto (superior) a aquel que debe adoptarla y, endosa los elementos morales o políticos al propio órgano que adopta la decisión. Este último agrega el elemento volitivo que hace que el sistema no sea estático o de inferencia lógica, pero que es de exclusiva responsabilidad del órgano productor. Lo que confiere valor a esa decisión entonces, no es su correspondencia con algún principio moral, sino su recepción en el derecho positivo a través de un acto de producción normativa reconocido por el propio derecho. Véase Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas*, ob. cit., pp. 71-72.

⁶¹ *Ibidem*, p. 67.

⁶² Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., pp. 82-83. Otra vez cabe preguntarse cómo identificar esa moral correcta. Alexy aquí equipara la moral correcta a la moral fundamentada, pero no de cualquier manera, sino de un modo racional. Esa idea tiene un carácter regulativo, en el sentido de un objetivo al que hay que aspirar. En esa medida, termina Alexy, conduce a una dimensión ideal vinculada necesariamente con el derecho. *Ibidem*, p. 85. Vemos en este autor, como en Nino, que la idea de razón está vinculada (equiparada) a la moralidad. Pero, puede existir una racionalidad meramente instrumental, que sin embargo sirva para fundamentar una decisión, como vimos claramente en los autores que sostienen un positivismo de tipo normativo. Eso haría cuestionable la conclusión de Alexy.

no clasificante, que a mi criterio sería lo mismo que hablar de una conexión contingente, perfectamente compatible con el positivismo, aunque diferente en cuanto a sus consecuencias) ya que su recepción (o no) en el derecho positivo es a través de un acto de producción normativo reconocido por el propio derecho.

Desde una perspectiva crítica entonces, lo que ocurre cuando los autores neoconstitucionalistas afirman que el juez cuando utiliza estos criterios morales sólo está aplicando derecho, es que se amplía el concepto de derecho ilimitadamente, hasta disolverlo⁶³. Esto a su vez deslinda de responsabilidades al sujeto de la decisión, convirtiendo su “discreción” en *deber ser jurídico*⁶⁴. Por el contrario los positivistas advierten que cuando el juez usa su discrecionalidad para resolver casos difíciles, es responsable por ese acto de voluntad y si utiliza argumentos que es imposible respaldar en una regla de reconocimiento o una práctica social verificable, se podrá cuestionar su decisión.

Así las cosas, para los neoconstitucionalistas el derecho (en su completitud) sería siempre capaz de darnos una única respuesta correcta a casos difíciles (al menos teóricamente), mientras que si aceptamos como posible la discreción judicial, es más difícil sostener la existencia de únicas respuestas o de respuestas “correctas” pues reconocemos que en alguna medida éstas dependen del juez.

2.2.- La tesis de la única respuesta correcta

a) La tesis inicial de Dworkin

Como se adelantó, una de las consecuencias de considerar el sistema jurídico como integrado también por principios (morales), es la de sostener la posibilidad de que el derecho proporcione siempre la respuesta (jurídica)

⁶³ Es decir, se disuelve la distinción entre lo que es jurídicamente el caso y lo que es políticamente conveniente u oportuno que fuera jurídicamente el caso. Atria, Fernando, “Lo que importa sobre los principios”, ob. cit., p. 75.

⁶⁴ Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas*, ob. cit., p. 73. Lo que en palabras de Bentham constituye la etapa de la “arbitrariedad hasta la perfección”. Bentham, Jeremy, “Justice and Codification Petitions” en Bowring (ed.), *Collected Works of Jeremy Bentham*, vol. 5, William Tait, Edimburgh, 1843, p. 478 citado por Atria, Fernando, “Lo que importa sobre los principios”, ob. cit., p. 75.

correcta. Esta idea extendida dentro del neoconstitucionalismo parte del rechazo de la tesis de la discreción judicial.

Así todo, esta postura no es exclusiva de la corriente en estudio, sino que también fue sostenida por el positivismo jurídico decimonónico, que luego Bobbio calificó como positivismo “teórico”. Tan sólo para recordar, el positivismo jurídico como teoría –de acuerdo con esta caracterización de Bobbio- considera que el ordenamiento jurídico como conjunto de normas constituye un sistema al que le atribuye la característica de ser completo o carente de lagunas y, subordinadamente, también de ser coherente o carente de antinomias⁶⁵; por ello siempre podrá dar una solución a los casos.

Podría parecer que Dworkin, desde las antípodas del positivismo, rechaza esa completitud cuando sostiene que “[e]s posible que el derecho no sea un sistema sin lagunas, pero el demandante tiene derecho a pedir que Hércules lo trate como si lo fuera”⁶⁶. Pero, al desarrollar su idea del derecho como integridad, la termina reafirmando al considerar que aún en casos difíciles, los principios logran proporcionar siempre una (y sólo una) respuesta correcta al caso, completando así esas “lagunas”. Es que, a criterio de Dworkin, aun cuando ninguna norma establecida resuelva un caso, es deber del juez descubrir cuáles son los derechos de las partes y no inventar retroactivamente derechos nuevos⁶⁷. Esto lo logrará hacer a través de la tesis de los derechos que enuncié *ut supra* y que sostiene que las decisiones judiciales se justifican por argumentos de principio⁶⁸. En este sentido Llamas ha afirmado que el juez *dworkiniano* es “la boca muda que pronuncia las palabras de los principios”⁶⁹.

Para explicar su teoría, o más bien, para refutar la tesis contraria de que no hay respuestas correctas, Dworkin comienza resaltando la “tesis de la bivalencia” según la cual “en cada caso, *o bien* la afirmación de que el caso cae bajo un concepto dispositivo, *o bien* la afirmación contraria, tiene que ser verdadera, incluso cuando es controvertido cuál de ellas lo es”⁷⁰. Corolario de

⁶⁵ Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e Positivismo giuridico*, Laterza, Roma- Bari, 2011, p. 91.

⁶⁶ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 190.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 146.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 166.

⁶⁹ Llamas Cascón, Ángel, *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, p.160.

⁷⁰ Dworkin, Ronald, “¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?”, trad. de Maribel Narváez Mora, en Pompeu Casanovas y J. Juan Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 1994, p. 476. Aclaro que,

esta tesis, es que todos los casos en los que el asunto sea dispositivo, tienen una respuesta correcta⁷¹.

Ahora bien, Dworkin nos explica que llegar a ella dependerá de la forma de empresa jurídica que consideremos está en juego. Así, propone una analogía con tres formas de ejercicio literario⁷² que, básicamente consistirían: la primera en poder afirmar (o negar) una proposición sólo si “el autor” la dijo (o no la dijo) o si dijo algo que hubiese sido inconsistente con que el autor la negase (o la dijese). La segunda forma establece que una proposición puede afirmarse como verdadera (o negarse como falsa) si fuese muy probable (o muy poco probable) que en un caso real igual se dieran las mismas propiedades que se pretenden afirmar (o negar) del caso en cuestión. Finalmente la tercera forma de ejercicio literario dice que una proposición puede ser afirmada como verdadera (o negada como falsa) si ofrece una adecuación mejor (o peor) que su negación a las proposiciones ya establecidas por “el autor”, porque explica de una manera más satisfactoria por qué se hizo lo que se hizo, se dijo lo que se dijo, o fue como fue la obra, según las proposiciones ya establecidas⁷³.

Desde allí Dworkin afirma que si aceptamos una forma de empresa jurídica como la tercera forma de ejercicio literario, es decir, según la cual se

para el autor, un concepto es “dispositivo” cuando “los jueces tienen el deber, al menos *prima facie*, de decidir alguna reclamación jurídica de un modo; pero si no es así, los jueces tienen entonces el deber, al menos *prima facie*, de decidir la misma reclamación del modo opuesto”. Ejemplo de conceptos dispositivos serían el de contrato válido, el de responsabilidad civil y el de delito.

⁷¹ *Ibidem*, p. 477.

⁷² El autor vuelve a utilizar esta analogía para comparar la interpretación del derecho con otras ocasiones para la interpretación creativa, como puede ser la que realiza el crítico literario. Para ello usa un género artificial de literatura al que llama “la novela en cadena”, el cual produce un giro considerable respecto de su inicial tesis hercúlea. Véase Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, ob. cit., p. 166 y ss. En este sentido se explica que la idea de la “novela en cadena” propone pensar la tarea judicial de la interpretación constitucional de forma muy distinta a la pensada para Hércules, es decir, como una tarea que no exige de sus participantes capacidades sobre-humanas, que empieza mucho antes de la llegada del intérprete eventual y que va a continuar más allá de su participación. Así, pasa a considerarse como una tarea colectiva que “permite dejar atrás todas las críticas más habituales recibidas el modelo jurídico [sic] de Dworkin como uno caracterizado por el elitismo y el aislamiento de los jueces...” Gargarella, Roberto, “Interpretando a Dworkin”, artículo presentado en el Seminario de profesores del ITAM, México DF, enero de 2015, pp. 10-11. Comparto con Gargarella que hay un giro importante en esta presentación de la interpretación con respecto a la idea de Hércules, pero no así que esta permita superar las críticas a Dworkin, en tanto por más que ahora el juez sea visto como parte de una empresa colectiva, sigue siendo el protagonista exclusivo de esta tarea en el momento actual y siguen sin haber –como veremos más detalladamente en el capítulo cuarto- mecanismos institucionales que permitan una interpretación más inclusiva.

⁷³ Dworkin, Ronald, “¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?”, ob. cit., pp. 496-499. A las dos primeras formas de ejercicio literario, las asimila al positivismo jurídico.

puede afirmar como verdadera una proposición si ofrece una adecuación mejor que su negación a la teoría política que —a su vez— ofrece la mejor justificación para las proposiciones jurídicas ya establecidas, entonces la cuestión tendrá, casi seguramente, una respuesta correcta.

A renglón seguido, el autor enfrenta la llamada “tesis de la demostrabilidad” que pretende refutar la suya arguyendo que si no se puede demostrar la verdad de una proposición, una vez que todos los hechos duros que puedan ser relevantes para su verdad sean conocidos o estipulados, entonces ésta no puede ser cierta. Dworkin niega que debemos aceptar esta tesis alegando que existe en el mundo algo más “tras los hechos duros”, como por ejemplo, los “hechos morales”, que no son conocidos ni estipulados pero en virtud de los cuales las proposiciones jurídicas pueden ser verdaderas⁷⁴. Para convencernos vuelve a la analogía literaria y usa la idea de “consistencia narrativa” como símil de la normativa que propone. Así nos dice que el razonamiento jurídico hace uso de la idea de “consistencia normativa” para poder dar una respuesta a una cuestión jurídica, más allá de que no pueda ser demostrada⁷⁵.

Resta definir cómo conoceremos si una teoría es la que ofrece la mejor justificación según los materiales jurídicos disponibles. Para ello Dworkin ofrece dos dimensiones a fin de juzgarlas: la dimensión de la adecuación y la dimensión de la moralidad política⁷⁶.

La primera indica que una teoría política es por mucho una justificación mejor que otra si, en general, alguien que la sostuviera alcanzaría más resultados de los que alcanzaría alguien que sostuviera otra. El autor aquí se adelanta a negar la posibilidad de “empate”⁷⁷ entre teorías igualmente satisfactorias arguyendo que esto podría darse en sistemas jurídicos

⁷⁴ *Ibidem*, p. 501. El autor aclara que no intenta hacer plausible la idea de la existencia de hechos morales pero sí apoyar la tesis de que existe algún tipo de hecho tras los hechos duros.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 506.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 508.

⁷⁷ El juicio de empate es explicado por el autor como un juicio positivo del mismo carácter que el juicio según el cual una u otra de las proposiciones contrarias es verdadera y falsa, respectivamente. Es un juicio de no respuesta correcta, pero que pretende ser “la respuesta correcta”, *Los derechos en serio*, ob. cit., pp. 404-406. En este caso usa el término no en lo relativo a las [posibles] respuestas sino a las teorías en disputa. Sobre la posibilidad de empates temporales en el discurso moral y de cómo resolverlos procedimentalmente, véase Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 2ª reimpression, 2007, ob. cit., pp. 120-124, 388.

inmaduros, con pocas normas establecidas, pero que en sistemas desarrollados y complejos como los actuales, la probabilidad es muy pequeña. Es que si bien los juristas pueden estar en desacuerdo, sería raro que estuviesen de acuerdo en que ninguna de las teorías es más adecuada que la otra.

La dimensión de la moralidad política, por su parte, supone que si dos justificaciones ofrecen la misma adecuación con los materiales jurídicos, una de ellas ofrece mejor justificación que la otra si es superior como teoría política o moral. He aquí el punto más polémico de la teoría dworkiniana. El propio autor intenta salvar la obvia objeción de que es posible sostener diferentes tipos de teoría moral, que traerán diferentes respuestas a un caso, apoyando una teoría de los derechos que considera correcta frente a las alternativas del escepticismo o de la teoría utilitarista⁷⁸.

Pero la cosa no es tan sencilla. Suponiendo incluso que aceptemos, como nos invita Dworkin a aceptar, que el asunto de la respuesta correcta debe resolverse en el plano filosófico y no empírico, y que estuviera en manos de un juez Hércules capaz de elaborar esa única teoría política justificatoria, aún tendríamos el problema de que esto se condiga con la “materialidad” de nuestros sistemas jurídicos, que se “adecue” a ellos (como pretende Dworkin que haga su teoría).

Por empezar con la dimensión de adecuación, no considero que a más madurez y complejidad de nuestros sistemas jurídicos, sea más fácil arribar a una única teoría política “correcta” sino más bien, todo lo contrario. Aquí no sólo hablo de la consabida pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos⁷⁹ sino también de la relativa discordancia que muchos presentan entre sí, suponiendo que pudiera interpretarse cada uno de una única forma.

Como es sabido, los sistemas constitucionales son fruto de diversas orientaciones políticas y filosóficas que en su momento lucharon por prevalecer, aunque terminaron cuajando en instituciones “transaccionales”. Esto es característico también de sistemas como el norteamericano que

⁷⁸ Dworkin, Ronald, “¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?”, ob. cit., p. 509.

⁷⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, ob. cit., p. 125.

Dworkin toma como referencia. Así, la constitución de EEUU se construyó en base a tres modelos constitucionales distintos, los llamados liberal, conservador y radical, con prevalencia del liberal⁸⁰. Cada sistema sostuvo y sostiene una filosofía política diferente, por lo que es posible reconocer la existencia de áreas de parcial convergencia y conflicto entre estos diferentes modelos. En efecto, si bien estos modelos lograron un único documento, se torna difícil pensar que haya desaparecido en su interior la posibilidad de lógicas diferentes⁸¹.

Más allá del caso norteamericano, las actuales constituciones son también producto de distintas teorías (e intereses) en disputa. Sirva como ejemplo el proceso de transición española y la elaboración de su constitución, donde tuvieron incidencia, además de los grupos partidistas, las fuerzas militares y la iglesia católica intentando incluir en el texto medidas de privilegio en su favor⁸².

Además con el tiempo, los textos fundamentales han ido recibiendo reformas parciales que han “injertado” nuevos derechos, muchas veces provenientes de otras teorías políticas sobrevinientes que, a la hora de convivir con los cuerpos constitucionales heredados, producen enormes fricciones⁸³. Vale como paradigma la llamada “segunda generación de derechos”⁸⁴ del

⁸⁰ Gargarella, Roberto, “Grafting Social Rights onto Hostile Constitutions” en *Latin American Constitutionalism. 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, 2013, pp. 132-147, especialmente 139. Del mismo autor *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Siglo XXI, Madrid, 2005, véase también “Introducción. Constitución, Igualitarismo y democracia” en Roberto Gargarella (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008. Las mismas corrientes influyeron en todo el constitucionalismo de América Latina, aunque con configuraciones diferentes según cada país.

⁸¹ Como bien afirma Gargarella: “...alguien podría decir que tales tensiones se solucionan a través del recurso a una teoría de la interpretación constitucional. Sin embargo, una cosa es decir que la interpretación aspira a remediar –entre otros males- las posibles tensiones internas a una Constitución, y otra decir que exista una fórmula medianamente acordada, acerca de cómo llevar a cabo dicha tarea interpretativa. Lejos de ello, nuestra vida jurídica se encuentra marcada por el ‘hecho del desacuerdo’...” que también se refleja en teorías de interpretación constitucional capaces de llevarnos en direcciones opuestas. Gargarella, Roberto, “Contemporary Constitutionalism II: The ‘Engine Room’ of the Constitution”, en *Latin American Constitutionalism. 1810-2010*, ob. cit., pp. 172-195.

⁸² Laporta, Francisco *El imperio de la ley, una visión actual*, ob. cit., p. 223. Esto hace que el autor cuestione la idea de Ackerman y Rosenkratz de “momento constituyente” como ejercicio de imparcialidad inspirado por el interés general. Véase Ackerman, Bruce y Rosenkratz, Carlos, “Tres concepciones de la democracia constitucional” en *Fundamentos y alcance del Control Judicial de Constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

⁸³ Gargarella, Roberto, “Grafting Social Rights onto Hostile Constitutions”, ob. cit., p. 140.

⁸⁴ Aquí la referencia obligada es Vasak, Karel, “Pour les droits de l’homme de la troisième génération”, Décima sesión del Instituto Internacional de Derechos Humanos, Estrasburgo, 2-

constitucionalismo, que vino a incorporar la preocupación por la cuestión social al ámbito de los derechos más fundamentales y cuya introducción en algunas constituciones, como en las latinoamericanas desde principios del siglo XX, produjo grandes tensiones en la medida en que se producían choques con los principios del liberalismo clásico, cuando no directamente fueron ignorados aludiendo el carácter de derechos programáticos o no operativos⁸⁵.

En este tipo de contextos y más allá de lo sensata que pueda sonar la tesis de Dworkin⁸⁶, unida a la idea neoconstitucional de que los principios permitirían concebir el orden jurídico como un “sistema”, es decir, entendiéndose que toda norma o decisión jurídica puede resultar congruente con el conjunto del ordenamiento, que se considera dotado de sentido gracias a los principios⁸⁷; parece difícil sostener la adecuación de una única teoría política para justificar toda respuesta a casos jurídicos sin al menos sospechar que en la elaboración de los “mejores” argumentos ofrecidos (que estoy segura existen), pueda haber algo de elección ideológica por parte del juzgador.

Es cierto que Dworkin ha matizado su teoría insistiendo en que su “propuesta sobre las respuestas correctas en los casos difíciles es una tesis jurídica muy débil y de sentido común [...] formulada desde el interior de la práctica jurídica...”⁸⁸, por lo que cuando habla de respuestas correctas, lo hace en algún sentido ordinario y no como “respuestas *realmente* correctas,

27 de julio de 1979. La denominación derechos de “segunda generación” alude a una aparente aparición posterior de estos derechos respecto de los civiles y políticos, supuestamente reconocidos anteriormente. Digo “supuestamente” pues es discutible la prioridad en el tiempo de los derechos de “primera generación”. En este sentido véase Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 19-22. También Gargarella, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad*, ob. cit., pp. 30,37, 57. Resalto la intencionalidad de llamarlos así, pues se ha vinculado la prioridad en el tiempo a la de su satisfacción, aludiendo que la protección de los derechos sociales debe postergarse hasta tanto estén plenamente satisfechos los derechos civiles y políticos, de los cuales se dice “son los derechos de libertad por excelencia”, lo cual es a mi criterio insostenible. Véase Martínez de Pisón, José, “Las generaciones de derechos humanos” en Betegón, Jerónimo, Laporta, Francisco, De Páramo, Juan R. y Prieto Sanchís, Luis (coord.), *Constitución y Derechos Fundamentales*, ob. cit., pp. 409-435.

⁸⁵ Gargarella, Roberto, “Grafting Social Rights onto Hostile Constitutions”, ob. cit..

⁸⁶ Para quien, aún cuando la práctica jurídica suponga valores variados y complejos, forman un todo integrado y por ello pueden guiar la aplicación judicial. En *La justicia con toga*, ob. cit., pp. 36, 123-134.

⁸⁷ Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas*, ob. cit., p. 23-24. En el mismo sentido Zagrebelsky considera que los principios de justicia crearían, un ámbito de protección frente a la fuerza disgregadora que tienen -a su modo de ver- los derechos individuales. Véase Ansuátegui Roig, Javier, “¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 02, año I, octubre 1993-marzo 1994, p.125.

⁸⁸ Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, ob. cit. p. 52.

respuestas correctas *realmente reales*⁸⁹. Con esto lo que quiere aclarar es que mantener la tesis contraria (de no respuesta correcta) implicaría sostener que, “a pesar de lo que entienden los abogados comunes, pensar que los casos difíciles tienen respuestas correctas es un error jurídico”⁹⁰.

Pero en esta última afirmación parecen confundirse dos cosas: una cosa es sostener, como Dworkin -o como el positivismo jurídico como teoría- la completitud del derecho material y otra diferente es sostener que ante un caso los jueces tienen que dar siempre una respuesta (completitud procedimental). La “completitud de decisión” (o completitud procedimental) consagra necesariamente la discreción judicial que en cambio, la completitud material rechaza⁹¹. En el mismo sentido se insiste en distinguir entre una respuesta *correcta* y una respuesta *final* a un problema jurídico⁹²; pues aunque no haya una sola solución correcta, sí debe haber una solución final para su puesta en práctica⁹³. Ello como exigencia de la certeza jurídica y del *rule of law*⁹⁴.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 53. Si no entiendo mal al autor, intuyo que aquí se estaría produciendo un gran quiebre respecto de su postura anterior. Para explicarme permítaseme un ejemplo. Podría decirse que es una respuesta “realmente” correcta que el resultado de 1+2 es 3, pero sería muy diferente sostener que dentro de una “teoría” que puede hoy argumentarse mejor que otra y según la cual –sigo con mi ejemplo- el 1 vale 3 y el 2 vale 4, la “respuesta correcta” de 1+2 es 7. Esta sería una respuesta correcta para quienes sostienen esa teoría, pero al ser el resultado discutible con otras teorías y además no ser “realmente” correcto, no tendría mucho sentido insistir en denominarlo así, pues su corrección sería “relativa”. En todo caso me parece más aceptable interpelar a argumentar de la mejor manera posible una respuesta y de repente elegirla porque es la “mas legítima” dentro de las posibles y no disfrazar una solución bajo el ropaje de “correcta” confundiendo al auditorio que lee “correcto” como libre de errores o defectos.

⁹⁰ Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, ob. cit., p.54.

⁹¹ García Figueroa, Alfonso, *Principios y Positivismo jurídico*, ob. cit., p. 264. En igual sentido Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas*, ob. cit., p. 112. Otra cosa distinta es qué alcance tenga esa discreción, que será mayor si se adhiere a una teoría de la interpretación literal, o menor si se acepta la existencia de convenciones interpretativas más complejas.

⁹² Aarnio, Aulis, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa*, nº 8, 1990, p. 36. También: “One Right Answer?”, *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Law and Philosophy Library 96, 2011, p. 165.

⁹³ Sin embargo, aclara Aarnio, la solución final no resuelve la tensión. No se puede saber si la solución final es correcta o no; sólo es una de las alternativas encontradas. Aarnio, Aulis, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, ob. cit., p. 36. En igual sentido se insiste en no confundir una decisión no revisable de una infalible. Es que el hecho de que las decisiones de los órganos jurisdiccionales no puedan, a partir de cierta instancia, ser revisadas (como consecuencia del principio de cosa juzgada) no las hace que sean correctas. Que la decisión no sea revisable tiene que ver con la necesidad de finalizar la disputa para que el derecho pueda cumplir su función de dirimir conflictos. Véase Rodríguez, Jorge y Sucar, Germán, “Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho”, *Doxa*, nº 21, II, 1998, p. 409.

⁹⁴ Atienza, Manuel, “Sobre la única respuesta correcta”, ob. cit., p. 16 disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3192066>, también, Aarnio, Aulis, “One Right Answer?”, ob. cit. p. 165.

Por otro lado, creo que la tesis de Dworkin lleva implícito cierto conservadurismo. Si unimos sus tesis con lo apuntado anteriormente y recordamos que la respuesta correcta provendrá de un “esquema de principios abstractos y concretos que ofrezca una justificación coherente para todos los precedentes [...] y para las estipulaciones constitucionales y legislativas”⁹⁵ - donde la historia institucional también juega un papel importante- es altamente probable que, si suceden cambios legislativos (posibles dentro de la amplitud constitucional) contrarios al *status quo* y que de hecho pretendan alterarlo, se produzcan conflictos con principios ya establecidos y que son, evidentemente, coherentes con ese *status quo*⁹⁶. En esas hipotéticas situaciones, bastante predecibles si nos planteamos la posibilidad de nuevos derechos y consideramos que el sistema jurídico como está dista de ser perfectamente justo, la mejor teoría política del juez servirá para frenar la posibilidad de sacar adelante esos cambios en toda su extensión, al tener que fundirlos (integrarlos) con conceptos anteriores⁹⁷.

Con ello entro a la dimensión de la moralidad política, sobre la que también hay que decir que la única forma de considerar que pueda llevarnos a la respuesta correcta para toda controversia que se plantee y cuyas posibles respuestas sean igualmente “adecuadas”, es que se presuponga la existencia

⁹⁵ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 190.

⁹⁶ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, 5ª ed., Madrid, 2008, p. 295. En igual sentido nos advierte de la paradoja que implica intentar aumentar la seguridad jurídica a través de una *comprensión paradigmática del derecho* dominante. Con sus palabras: “Los paradigmas se consolidan formando ideologías en la medida en que se cierran sistemáticamente contra todas las nuevas interpretaciones de la situación, y contra otras posibles interpretaciones pertinentes de los derechos y principios, efectuadas a la luz de nuevas experiencias históricas”, pp. 292-293.

⁹⁷ Dworkin intenta salvar esta objeción distinguiendo: los “conceptos” establecidos en la constitución, que serían los estándares que se deben tratar de cumplir y que servirían como instrucciones para desarrollar y aplicar las “concepciones” sobre esos conceptos, que pueden ser unas superiores a otras a la hora de cumplir con el estándar y pueden variar con el tiempo, sin que modifiquen el concepto (que apela a conceptos morales). Véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., pp. 214-216. Pero considero que de esa manera vuelve a relativizar la idea de respuestas correctas, porque lo que aplicarán los jueces no serán los conceptos “puros” (que serían garantía de corrección) sino alguna de esas concepciones en disputa sobre ellos. Esta diferenciación que pareciera permitir la evolución de las concepciones (en contra de una visión conservadora) igualmente resulta conservadora, a mi criterio, puesto que posibilita sólo cambios en el plano de la concepciones (siempre que se adecuen a los conceptos morales “correctos”), pero no que se disputen los conceptos mismos, pues no tendría sentido discutirlos en tanto son reflejo de conceptos morales objetivos. Conceptos a los que de paso, jamás podremos acceder siempre que nuestras aproximaciones serán meras concepciones y estarán imbuidas de nuestras distintas posiciones político-morales.

de una moral objetiva⁹⁸, conocida y observada por los jueces⁹⁹; lo que es bastante difícil de sostener¹⁰⁰. Esto no sólo porque hasta ahora, a pesar de las corrientes objetivistas, no tenemos ninguna forma de probar que lo que algunos consideran “La” moral, sea la moral “correcta” y, aunque atendiéramos a teorías constructivistas, tampoco tendríamos posibilidad de saber cuándo hemos encontrado esa moral objetiva¹⁰¹. Dado lo anterior, no podemos esperar que todos los jueces observen y actúen de acuerdo a “esa” moral, sino más bien que cada uno atienda a sus propias intuiciones respecto de lo correcto¹⁰².

Además, todo ello contiene, en el plano institucional, un tinte anti-democrático difícil de justificar¹⁰³. Y es que la tesis de Dworkin, deja en manos del juez el definir las cuestiones de teoría moral y política, por encima de los órganos representativos¹⁰⁴. Una solución semejante pone en peligro a la democracia en tanto que las razones morales pueden ser vistas como alternativas a la democracia misma –“cuando se sabe qué es lo CORRECTO,

⁹⁸ Hart, H.L.A., “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, ob. cit., p. 13. En igual sentido Bayón, cuando critica no sólo a Dworkin sino también al llamado positivismo “incorporacionista” o incluyente, da por hecho que para sostenerse deben suponer un objetivismo moral. Véase Bayón, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia”, ob. cit., p. 73-74. Cabe decir que Dworkin al final de su carrera -claramente en *Justice for Hedgehogs*- termina abrazando el objetivismo moral.

⁹⁹ Comanducci, Paolo “Constitucionalización y neoconstitucionalismo” en Paolo Comanducci, M^a Ángeles Ahumada, Daniel González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 108-109.

¹⁰⁰ Incluso apelando a un mismo criterio ético, advierte Asís Roig, para sostener la tesis de la respuesta correcta habría que entender que sólo existe una manera de interpretarlo. Véase Asís Roig, Rafael, *El juez y la motivación en el derecho*, ob. cit., p. 129-130.

¹⁰¹ Sobre este punto y en relación a la respuesta correcta se plantean tres problemas: el primero, el ontológico (¿existe una respuesta correcta?), salvando este, aparecen otros dos: el metodológico (¿cómo encontrar la respuesta correcta?) y el epistemológico (¿cómo saber que se ha encontrado?). Véase Aarnio, quien realiza esta tripartición en sus obras citadas “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico” y “One Right Answer?”, también respecto la interpretación “correcta” en *Lo racional como razonable*, ob. cit. El análisis es retomado por Aienza, Manuel, “Sobre la única respuesta correcta”, ob. cit., p. 14.

¹⁰² En igual sentido Comanducci, Paolo “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, ob. cit., p. 110.

¹⁰³ Es que para el desarrollo de la mejor interpretación posible (en el debate de diversas concepciones), se requiere una forma institucional que haga posible que dicha comprensión se exprese. “Entregarle ese rol a un tribunal es entender que [...] funcionarios judiciales, en definitiva, se encuentran más capacitados que los ciudadanos para deliberar políticamente y decidir qué va en interés de la comunidad”. Atria, Fernando, “Lo que importa sobre los principios”, ob. cit., p. 78.

¹⁰⁴ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, ob. cit. p. 293, plantea la sostenibilidad de ese planteamiento *monológico* que presupone que el juez “está especialmente cualificado para asegurar, en sustitución y representación de los ciudadanos, la integridad de la comunidad jurídica”, p. 294. Sobre el punto véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 222. Incluso Zagrebelsky reconoce el peligro “de que el cuadro de principios constitucionales venga cristalizado en detrimento de la libertad de apreciación política del legislador”, lo que puede generar un exceso de “juridificación” y “constitucionalización” de la vida política. Véase *El derecho dúctil*, ob. cit., p. 153.

no se necesita consultar al pueblo”¹⁰⁵-. El juez incluso tiene que hacer prevalecer los derechos subjetivos sobre cualquier política social perseguida por el legislador, por eso hace primar los argumentos de principio por sobre cualquier otro tipo de principios políticos¹⁰⁶.

Al hilo de lo anterior, se destaca otro problema del modelo *dworkiniano*, cual es la difícil armonización entre objetivismo y constructivismo. “La tesis de los derechos (que excluye la aplicación retroactiva de las normas y, por tanto, garantiza el argumento liberal) llevada a su extremo debiera eliminar la necesidad de una legislación democrática y, a la inversa, el requisito del origen democrático de las normas en puridad debería excluir el constructivismo judicial”¹⁰⁷. Esto hace que se hable de una incompatibilidad de la teoría de Dworkin con las modernas teorías de la argumentación jurídica¹⁰⁸. En efecto dice Alexy: “el adversario más importante de la tesis del caso especial es la idea del holismo jurídico, según el cual todas las premisas ya se contienen o se ocultan en el sistema jurídico y sólo necesitan ser descubiertas”¹⁰⁹.

Más radical se vuelve la crítica si con Hare, se considera que es un error de la filosofía moral pensar que el único ejercicio posible de la razón es

¹⁰⁵ Oddvar Eriksen, Erik, “Derecho democrático o gobierno de los jueces” en Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eriksen (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, p. 104.

¹⁰⁶ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 150. Lo que termina produciendo la ya aludida disolución del derecho en la moral, que a la vez se disuelve en lo político. Véase Atria, Fernando, “Lo importante sobre los principios”, ob. cit., pp. 75,79. Comparto con Prieto que esta tesis tiene su origen en la concepción acerca de los derechos como triunfos frente a la mayoría. Véase Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas*, ob. cit., pp. 114, 120.

¹⁰⁷ García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 304.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 305. También la crítica que Habermas realiza a Dworkin va en esta dirección, Véase Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, ob. cit., p. 296-297. Podría decirse que parte de esta crítica se disuelve luego de *Justice for Hedgehogs*, donde Dworkin intenta una teoría integrada de valor, que adopta además una visión de la verdad moral independiente de hechos morales y atada sólo a argumentos (que construye en el ejercicio de la responsabilidad interpretativa su camino hacia la verdad moral). Véase Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., p. 37. Pero lo cierto es que tampoco de este cambio de perspectiva, resultan consecuencias coherentes. Para un repaso cronológico de la teoría de Dworkin y una crítica de sus inconsistencias, véase Maurino, Gustavo, “La democracia en la teoría de Ronald Dworkin”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, en prensa, donde el autor concluye que “Lo que nunca cambió en todos estos años [...], fue su rechazo a cualquier asignación de valor epistemológico a los consensos o convergencias morales de la comunidad”, p.36.

¹⁰⁹ Alexy, Robert, “Juristische Interpretation” en *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt del Meno, 1995, p. 88; citado en García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit. p. 270. Por ejemplo para Alexy, la teoría de Dworkin llega a un concepto *absoluto* de corrección que tiene un carácter *no-procedimental*. En cambio, la teoría del discurso tiene como base una concepción *absolutamente procedimental de la corrección*. En Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., pp. 302-303.

determinar hechos o descubrir verdades¹¹⁰. Este autor critica el “objetivismo” de la teoría de Dworkin, a la que califica (dentro del descriptivismo) como “intuicionista” por caer en un relativismo que el propio autor no sería capaz de aceptar¹¹¹. No es éste el lugar para ahondar en la teoría de Hare, baste con decir que para este autor, el intuicionismo no es capaz de dar una pauta para decidir cuál de las convicciones en disputa es la correcta ante el desacuerdo en materia moral. Por esta razón, para resolver la controversia, tiene que recurrir a una fuente de autoridad moral que indefectiblemente será *relativa* a una cultura particular. De allí que Hare propicie una teoría no descriptivista aunque racional de filosofía moral¹¹².

Otra de las críticas que se han realizado a Dworkin es que su tesis permite configurar la “omnipotencia de los tribunales”¹¹³. Al negar la posibilidad de discreción judicial, se termina por irresponsabilizar al juez, quien realiza una actividad creativa (en el plano factual) bajo la apariencia de neutralidad¹¹⁴. Esto termina siendo contraproducente a los fines de la teoría, en tanto legitima acríticamente el activismo judicial¹¹⁵ y paradójicamente, no cercena sino que estimula la discrecionalidad judicial¹¹⁶.

Hart se refería a la postura de Dworkin como el “noble sueño” y a su mentor como al más noble de los soñadores, en tanto no concibe espacio para que el juez pueda crear derecho¹¹⁷. Esto, según el filósofo inglés, es una ilusión y por eso se mostraba partidario de un punto intermedio en el que se admite un

¹¹⁰ Hare, Richard, “¿Cómo resolver los problemas morales racionalmente?” en León Olivé (comp.), *Racionalidad: ensayos sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología*. Siglo XXI, México, 1988, p. 58.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 60.

¹¹² *Ibidem*, pp.63-66. Una posición similar adopta Aarnio: “... procuraré demostrar que es posible justificar una teoría del valor no-descriptivista y, sin embargo, racional”. Véase Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, ob. cit., p. 268.

¹¹³ Bellamy, Richard, *El constitucionalismo político*, ob. cit., p. 96.

¹¹⁴ La irresponsabilidad proviene de la sustracción del juez al control propio del principio de legalidad en sentido material. Véase García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., pp. 316-317.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 267.

¹¹⁶ Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas*, ob. cit., p. 123. En igual sentido Atria advierte que la teoría de Dworkin posterior a Law’s Empire disuelve el derecho en la moral, perdiendo el derecho. “...postura que desarrollada consistentemente volvería a negar la posibilidad misma de discreción en sentido débil”, en “Lo que importa sobre los principios”, ob. cit., p. 75.

¹¹⁷ Hart, H.L.A., “American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream”, *Georgia Law Review* 5, Vol. 11, sept. 1977, p. 982-983. Existe traducción al español de José Juan Moreso y Pablo Eugenio Navarro en Pompeu, Casanovas y J. Juan Moreso (eds.) *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 327-350.

sistema jurídico delimitado frente a las normas morales, pero al mismo tiempo - y dadas las limitaciones del ordenamiento jurídico- que reconoce la necesidad de que los jueces ejerzan un cierto grado de discreción¹¹⁸. Este modelo intermedio, llamado “vigilia”, es compatible con una concepción de la interpretación conforme a la cual esta tarea sólo tiene sentido cuando existen dudas a propósito del mensaje del derecho. Así es posible diferenciar casos fáciles de casos difíciles, puesto que sólo estos últimos justificarán el recurso a la interpretación¹¹⁹.

b) La tesis de Alexy

Una postura menos extrema que la de Dworkin, aunque sin salirse del “canon neoconstitucional”¹²⁰ y que también niega la tesis de la discrecionalidad afirmando una única respuesta correcta, la encontramos en Alexy¹²¹. Este autor, intentando rescatar la tesis en estudio -aunque mucho más debilitada-, propone recurrir a algún tipo de teoría de la argumentación jurídica que legitime el discurso jurídico y político y que reconcilie el principio democrático y la tutela de los derechos¹²².

Así el iusfilósofo alemán explica que si se pudiera construir una teoría fuerte que además de todos los principios, contuviera todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos y, por ello, determinara unívocamente la decisión en cada uno de los casos; sería acertada la tesis de Dworkin de la única respuesta correcta¹²³. Pero eso es imposible, por eso propone un orden débil que consista en tres elementos: 1) un sistema de

¹¹⁸ García Figueroa, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, ob. cit., p. 170.

¹¹⁹ Barranco Avilés, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, ob. cit., pp. 53-54. Por el contrario si los principios son parte del sistema jurídico y si al ponderarlos resolvemos el caso y satisfacemos la pretensión de corrección, será porque con ellos y su ponderación se vuelve claro lo que era dudoso. Si los principios y su ponderación valen para dar solución correcta al caso dudoso, en el fondo no hay en el sistema casos dudosos. García Amado, Juan Antonio, “Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 7, septiembre 2014-febrero 2015, pp. 6-40, p. 26.

¹²⁰ Por utilizar la expresión que bautiza el libro compilatorio de Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, ob. cit..

¹²¹ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., p. 19. Una crítica a esta postura también en Barranco Avilés, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, ob. cit., p. 133.

¹²² García Figueroa, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, ob. cit., p. 170. Lo que a mi criterio no logra, según se verá luego.

¹²³ Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, ob. cit., p. 145.

condiciones de prioridad, que se van estableciendo a medida que se resuelven casos concretos; 2) un sistema de estructuras de ponderación, que se ve reflejado en el principio de proporcionalidad (con los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) y que conduciría a estructuras de argumentación racional y 3) un sistema de prioridades *prima facie* que no contiene una determinación definitiva pero sí crearía cierto orden en el campo de los principios, dependiente también de la argumentación¹²⁴.

Esta teoría débil, para Alexy, no determina una única respuesta correcta para cada caso, pero no por ello abandona la idea misma de respuesta correcta, que se funde en la noción de “decisión racionalmente fundamentada”¹²⁵. Lo importante es que el autor sí se preocupa en indicar cómo llegar a ésta señalando que será necesario acudir a una teoría moral *procedimental* que formule reglas o condiciones de esa argumentación. Con esta formulación, como anuncié, se aleja de la posición objetivista de Dworkin, acercándose a un constructivismo ético mucho más prometedor¹²⁶.

En la tesis de Alexy, debido a la naturaleza procedimental del discurso práctico, la corrección de un razonamiento dependerá del cumplimiento de ciertas exigencias procesales, lo que proporcionará un marco de “posibilidad discursiva”¹²⁷. El adoptar una teoría procedimental tiene dos consecuencias fundamentales para el discurso práctico: por un lado excluye las respuestas incorrectas –por irracionales- y, por otro, posibilita una pluralidad de respuestas correctas¹²⁸. Eso hace que el resultado del discurso no sea ni absolutamente relativo, ni absolutamente objetivo. “Es relativo en la medida en que se determina por medio de las características de los participantes; y es objetivo en

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 146-148, también del autor *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., pp. 551 y ss.

¹²⁵ Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, ob. cit., p. 149.

¹²⁶ En el punto podría asimilarse a Nino o a Habermas y su situación ideal de habla, en tanto que la teoría del discurso propone un procedimiento racional para la determinación de respuestas a las cuestiones morales. Véase Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, ob. cit. pp. 297-300, García Figueroa, *Criaturas de la moralidad*, ob. cit., p. 159.

¹²⁷ Este concepto alude a que es discursivamente posible que el resultado del discurso consista en un consenso o en un disenso. Para Alexy, lo que es posible discursivamente es correcto en el sentido procedimental relativo. (Donde la relatividad se refiere a: 1) las reglas del discurso, 2) la medida de su cumplimiento, 3) los participantes, y 4) la duración del discurso). Alexy, Robert, “Postfacio”, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 303.

¹²⁸ García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 358.

la medida en que depende de la realización del procedimiento definido a través de las reglas del discurso”¹²⁹.

Ahora bien, ya adelanté que Alexy no renuncia a la idea de una “única” respuesta correcta, a pesar de que reconoce que en la realidad no existe ningún procedimiento que permita llegar en cada caso a ella¹³⁰. El punto decisivo para nuestro autor aquí es que los participantes en un discurso jurídico, si quieren que sus afirmaciones y fundamentaciones tengan pleno sentido, deben elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta. “Esto significa que deben presuponer la única respuesta correcta como idea regulativa”¹³¹. Por eso los críticos dicen que en realidad la tesis de Alexy no es tan diferente a los planteamientos de Dworkin¹³², en tanto que para el profesor norteamericano la única respuesta correcta es una realidad prácticamente inalcanzable -salvo para un sobrehumano juez Hércules- y para el profesor germano, un ideal que regula la realidad¹³³.

No comparto esta asimilación, pues creo que las diferencias entre los autores son mucho más profundas. Aún así hay otro punto en el que tanto Alexy como Dworkin coinciden y éste es en la elección de quiénes serán los agentes capaces de acercarse al ideal de la respuesta correcta: los jueces¹³⁴.

¹²⁹ Cabe destacar que este matiz lo introduce Alexy en el “Postfacio” de *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 304; pero sin desprender de allí mayores consecuencias. Quien sí se compromete con este punto es Aarnio, cuya tesis esbozaré *infra*. Sobre el punto también García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*, ob. cit., p. 159.

¹³⁰ Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, ob. cit., p. 151. De hecho reconoce “... un juicio sobre la corrección de una decisión (fuera del campo de lo necesario discursivamente) tiene siempre un carácter provisional, es decir, puede ser refutado”. En *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 279.

¹³¹ Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, ob. cit., p. 151. Recordemos que para Alexy, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., pp. 203 y ss., 311 y ss.

¹³² También a Alexy se lo termina acusando de “relativista” puesto que si bien intenta salvar los problemas a los que se enfrenta Dworkin a través de la teoría del discurso, al carecer de una teoría objetiva de corrección capaz de verificar los resultados falibles de los discursos reales, termina en un concepto relativo de corrección que dependerá de la (arbitraria) capacidad de juicio de los magistrados. Véase Oddvar Eriksen, Erik, “Derecho democrático o gobierno de los jueces”, ob. cit., p. 128. Por eso se dice que Alexy no elimina sino que “retrasa” el inevitable momento de ejercicio de la discreción judicial que propugna el positivismo. Véase García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 360. Lo mismo apuntaba Hart respecto de la propuesta de Dworkin, véase Hart. H.L.A, “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, ob. cit., pp. 3-18: “aunque este procedimiento ciertamente retrase, no elimina el momento de la creación judicial del derecho...”.

¹³³ García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 361.

¹³⁴ En general, como señala Eriksen, para los pensadores liberales el ideal de deliberación se define mediante la referencia a la reflexión y discusión de quienes toman decisiones sobre lo público, prototípicamente los jueces. Véase Oddvar Eriksen, Erik, “Derecho democrático o gobierno de los jueces”, ob. cit., p. 103.

Sobre el tinte antidemocrático de esta solución ya hice alguna referencia *ut supra*. En el caso de Alexy, la solución correcta que tiene que tomar el juez en base a principios puede perfectamente ir en contra de otras disposiciones jurídicas positivas que sean injustas (a las que califica de “defectuosas” como vimos en el capítulo primero). Alexy explica que esa tesis no plantea problemas con el principio democrático puesto que no se niega carácter jurídico a la disposición creada por el legislador (salvo en casos de extrema injusticia). Pero lo que oculta, como es claro, es que aunque no le niegue el carácter jurídico a la norma democráticamente creada, el hecho de inaplicarla so pretexto de que es deficiente y de que se aplicarán unos principios morales (que también jurídicos) para hacer que la sentencia no sea deficiente, hace primar la voluntad del juez por sobre la norma democráticamente aplicable¹³⁵. Ahora bien, el problema se agrava a la luz de la teoría del discurso de Alexy.

En efecto, si admitimos que sólo las normas que han sido aceptadas por las partes en un debate libre y racional pueden ser consideradas legítimas, tenemos que aceptar que la determinación de la normatividad del derecho requiere de la participación ciudadana en el foro público¹³⁶. De allí que el discurso jurídico tenga limitaciones con respecto al discurso práctico¹³⁷, es decir, pueda admitir únicamente argumentos jurídicos que ya se deliberaron públicamente y que cuentan con legitimidad democrática. Las premisas del discurso que, en cambio, no puedan derivarse de las normas jurídicas o de la jurisprudencia, tendrán que justificarse ante un “jurado” externo¹³⁸.

Entonces, aunque es verdad que pueden satisfacerse en mayor medida las exigencias de legitimidad en tanto más abiertas e inclusivas sean las formas de participación dentro de la argumentación jurídica, ésta está estructuralmente

¹³⁵ García Amado, Juan Antonio, “Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas”, ob. cit., p. 31, nota al pie 34.

¹³⁶ Oddvar Eriksen, Erik, “Derecho democrático o gobierno de los jueces”, ob. cit., pp. 120-122. También véase Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, ob. cit., p. 214.

¹³⁷ Restricciones que tienen que ver con qué es lo que se ha definido como correcto dentro del marco jurídico en un momento temporal preciso. Oddvar Eriksen, Erik, “Derecho democrático o gobierno de los jueces”, ob. cit., p. 119.

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 120-121. También Alexy, Robert, *Una teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 223. Es que el discurso racional está siempre conectado con la justificación externa. Aarnio llama “racionalidad- D” a la racionalidad conectada con el discurso, que incluye a la racionalidad *stricto sensu* a la que llama “racionalidad-L” y que se refiere a la inferencia lógica, simplemente deductiva. Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, ob. cit., p. 247. También Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, ob. cit., p. 326: “Toda decisión que verse sobre principios va más allá de una interpretación del texto de la ley y ha menester, por tanto, de una justificación externa”.

limitada. En ese sentido: “No importa cuántos esquemas concibamos en aras de incrementar el número de intereses y argumentos a los que los jueces están expuestos, el hecho de que son éstos y no las partes quienes tienen la última palabra precluye cualquier referencia directa a la participación como una fuente de legitimación”¹³⁹. Por esta razón confiar en que los jueces nos darán las respuestas “correctas”, ignora las propias premisas del procedimiento discursivo para la construcción de lo que puede ser correcto, o al menos si no correcto, legítimo¹⁴⁰.

Se me podrá objetar rápidamente que estoy confundiendo las cosas: que por un lado tenemos lo “correcto” en sentido absoluto, para cuya aproximación serviría el discurso práctico general y por otro lado, lo jurídicamente “correcto”, que es a lo que debería aspirar el juez (o lograría Hércules) para tomar su decisión en un caso difícil, dentro del discurso jurídico. Pero creo que quien mezcla las cosas es el propio Alexy al no distinguir lo jurídico de lo moral¹⁴¹,

¹³⁹ Menéndez, Agustín José, *Justifying Taxes*, Dordrecht, Kluwer, 2001, p. 240, citado por Eriksen, Erik Oddvar, “Derecho democrático o gobierno de los jueces”, ob. cit., p. 121.

¹⁴⁰ Aquí el o la lectora podría encontrar un salto. Una cosa es hablar de legitimidad y otra de respuesta correcta. Es cierto. El punto de unión (que por razones de espacio quizá no ha sido suficientemente explicado) está en que la legitimidad de la decisión (en este entendimiento) se basa en la posibilidad de participación en condiciones de igualdad. Un primer problema con respecto a la decisión de los jueces, es que éstos no están en esa situación con respecto al resto del “auditorio”. Para este punto véase Waldron, Jeremy, “Deliberación, desacuerdo y votación” en Harold Hongju Koh y Ronald C. Slye (comps.), *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 264. Pero no es esto lo que me importa aquí, sino a lo que quiero llegar es a que también la participación en condiciones de igualdad, por todos los afectados, es una de las condiciones del procedimiento discursivo (constructivista) para llegar a soluciones correctas. En el supuesto de las decisiones judiciales, se potencia el problema que destaqué antes, no sólo entonces porque falte la igualdad que se señaló, sino porque además, no es un ámbito donde pueda haber amplia participación como para poder definir la normatividad del derecho, cuando ésta no está definida claramente *ex ante*. La objeción evidentemente no se plantearía si el juez, a la hora de decidir, se circunscribiera a utilizar justificaciones “internas” (o de “racionalidad-L” en la lógica de Aarnio), pero esto es a todas luces insuficiente ante los casos “difíciles”. Habermas resuelve este problema hablando de un entrelazamiento de perspectivas de interpretación, es decir, a su criterio, en los discursos de aplicación de normas, las perspectivas particulares de los participantes directamente implicados han de conservar simultáneamente la conexión con la estructura general de perspectivas que en los discursos de fundamentación había estado tras las normas cuya validez se da ahora por supuesta. Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, ob. cit., p. 300. Aunque el autor considera que la perspectiva de los miembros no implicados de la comunidad jurídica está representada por un juez imparcial. *Ibidem*, p. 301; luego en p. 309 reconoce que la “formación y producción del fallo judicial parecen dejadas tan sólo a la capacidad profesional de los jueces...” y concluye “Este discurso jurídico-profesional, al quedar puesto fuera del procedimiento propiamente dicho, habría de quedar sustraído a influjos externos”. Lo que pareciera configurar una contradicción.

¹⁴¹ La misma crítica cabe a Dworkin, por supuesto, desde que directamente da al juez, a través de los principios, las herramientas para decidir conforme lo “justo” moralmente, más allá o incluso en contra de lo jurídico (positivo). Así afirma que el juez que intente hacer lo que moralmente es correcto, probablemente se encontrará ante un conflicto y, en ese caso, es

pues si bien al considerar al discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general marca las diferencias entre éstos; luego identifica la pretensión de corrección con una adecuación a la moral correcta¹⁴².

Así, salta de un plano particular determinado (y limitado) a uno general del discurso pero no considera adecuadamente las diferentes exigencias de participación en cada uno¹⁴³. Por eso cuando plantea el ideal de una sola respuesta (jurídica) correcta, para el juez y en el ámbito de un caso difícil, no está pensando en una respuesta “determinable” en base a materiales jurídicos dados (sean éstos principios o reglas, y suponiendo que fuera posible sólo “una” respuesta), sino de una respuesta correcta en sentido absoluto (moralmente correcta).

c) En contra de las respuestas únicas

En línea con la crítica anterior, encontramos las ideas de Aarnio. Este autor señala que las elecciones finales en el razonamiento jurídico no descansan únicamente sobre la racionalidad del procedimiento del razonamiento y las estructuras libres que aseguran la discusión ideal, sino que

posible que deba “mentir”. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., p.451. Una crítica a este punto en Hart, H.L.A. “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, ob. cit., p. 17. Como ya se apuntó y parafraseando a Atria: con esto el derecho se hace irrelevante (por superfluo) y la interpretación constitucional pasa a ser una discusión sobre justicia política. Atria, Fernando, “Lo que importa sobre los principios”, ob. cit., p. 84.

¹⁴² Alexy considera que cuando el juez realiza una ponderación y decide un caso, los argumentos a los que apela son argumentos morales. En palabras del autor: “La pretensión de corrección implica una *pretensión de fundamentabilidad*. Esta pretensión no se limita a que el juicio sea fundamentable en el sentido de alguna moral [...] sino que se extiende a la afirmación de que el fallo es correcto en el sentido de una moral fundamentable y, por lo tanto, de una moral correcta”. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., p. 82. Es que para él “la argumentación práctica general constituye [...] el fundamento de la argumentación jurídica”, en *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 272. Para las objeciones que Habermas hace la tesis del “caso especial”, véase *Facticidad y validez*, ob. cit., pp. 303 y ss.

¹⁴³ De hecho cuando el propio Alexy –véase nota nº 126- considera que el resultado del discurso no será completamente objetivo, en lo que está pensando es en la relatividad que pueden imprimirle las distintas “características” de los participantes del mismo, es decir, su distinta situación en el mundo y no, en la amplitud de participantes. Una observación similar realiza Laporta cuando critica el entendimiento del neoconstitucionalismo sobre la constitución como incluyendo un abanico de postulados morales diciendo: “... la función del juez es hacer efectivos esos enunciados morales, y como consecuencia de ello la aplicación del derecho no aparece como un *caso especial* de razonamiento práctico con limitaciones propias que no puede traspasar, sino como un razonamiento práctico *tout court*, sin limitación alguna. Los jueces obrarán entonces sobre la base de un razonamiento moral abierto, que les hace sentir, sin embargo, como si estuvieran aplicando el derecho”. Véase Laporta, Francisco “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, ob. cit., p. 49.

también es decisivo considerar los datos que se introducen en la discusión¹⁴⁴. Con esto a lo que se refiere es a que, más allá de que consideráramos a un juez Hércules, que lo sabe todo, dispone de tiempo ilimitado para tomar la decisión, tiene información ilimitada sobre el caso y los argumentos relevantes¹⁴⁵, podría haber varios Hércules que alcanzaran respuestas no equivalentes pero igualmente bien fundadas, puesto que abordan el problema desde distintos puntos de vista¹⁴⁶.

Este sería un caso de “empate” que, al contrario de Dworkin, Aarnio considera perfectamente dable. En sus palabras: “Si hay dos o más conjuntos de razones igualmente coherentes, entonces la comparación no es posible [...] Por medios racionales no podemos hacer más, porque no hay argumentos disponibles”¹⁴⁷.

Así todo, se necesita un principio regulativo que nos permita escoger entre las alternativas disponibles. He aquí la diferencia fundamental entre este autor y los autores neoconstitucionalistas que reseñé. El profesor de Helsinki nos propone el principio de la mayoría y nos dice que ante varias soluciones igualmente bien fundadas, será la que la mayoría de la comunidad esté dispuesta a aceptar, *por el momento*, la solución “mejor posible”¹⁴⁸. Es que para

¹⁴⁴ Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, ob. cit., p. 246-247, del mismo autor. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, ob. cit., p. 32.

¹⁴⁵ Condiciones similares a las de la decisión práctica racional de Alexy, pero configuradas en singular.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 31-32. En este punto el autor remite a Wróblewski, quien explica que las decisiones jurídicas se basan en tres tipos de argumentos: 1) las fuentes materiales de derecho, 2) las directivas de razonamiento jurídico y 3) los valores y valoraciones. Si se dan por compartidas las directivas del punto 2, aún pueden haber diferencias en los puntos materiales. *Ibidem*, p. 34. Considero que esta perspectiva podría ser aceptada por Alexy.

¹⁴⁷ Recordando a MacCormick, el autor nos dice que sería necesario otro nivel de razones –un “Meta-Hércules”– para resolver las discrepancias del nivel inferior y así hasta el infinito. Véase Aarnio, Aulis, “One Right Answer?”, ob. cit., p. 169. Esto no es concebible, puesto que, en palabras de Aarnio, no es posible determinar la justificación última de una valoración. “Si en esta situación alguien presenta opiniones diferentes con respecto al valor de X, nada puede hacerse para eliminar el desacuerdo. Sin embargo, no carece de importancia poner de manifiesto la cadena de justificación”; en *Lo racional como razonable*, ob. cit., p. 267.

¹⁴⁸ Cabe advertir que el autor, al igual que Alexy o Habermas, parte de una “situación ideal de habla”. (Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, ob. cit. p. 299.) En una situación tal, todos los participantes se encuentran en la misma posición. Queda eliminada toda posibilidad de persuasión y manipulación. (Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, ob. cit., p. 283-284.) Esto le ahorra al autor contestar a las críticas que podrían hacerse respecto a la posibilidad de que viole los derechos de las minorías. Aarnio, Aulis, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, ob. cit., p. 35. La respuesta que la mayoría de la comunidad está dispuesta a aceptar es mejor porque tiene *mayor aceptación*, mientras que la minoritaria será, por el momento “más débil”. “Más tarde, la opinión minoritaria puede convertirse en opinión mayoritaria, lo que significa que las dinámicas sociales mismas cambian también las “mejores soluciones posibles” para el caso en discusión”; *Ibidem*, p. 37. En igual

Aarnio, la aceptabilidad por la mayoría de la comunidad jurídica (ideal) es *más* que lo que el juez o el dogmático pueden alcanzar en su razonamiento y por eso, es la medida “más objetiva también para la crítica”. Así concluye en que contemplar la posibilidad de más de una respuesta posible es teóricamente incluso necesaria¹⁴⁹.

Esta conclusión se explica, no sólo por la distinta teoría moral que sustentan, sino también por la diferente aproximación que Aarnio hace a la teoría procedimental del discurso. Es que mientras que, tanto Alexy (como Habermas) parten de un auditorio ideal *universal*¹⁵⁰, capaz de llegar a un consenso sobre las valoraciones justificadas racionalmente (teoría axiológica cognoscitivista), Aarnio opta por una posición filosófica-moral que no acepta esa tesis de la convergencia. Por esa razón, este último autor piensa en una audiencia ideal *particular*, cultural y socialmente determinada, en la cual los miembros han adoptado algunos valores comunes pero, sin suponer la existencia de valores universales (objetivos) subyacentes detrás¹⁵¹. Así es que Aarnio agrega la necesidad de legitimidad a la teoría de la aceptabilidad racional, que –como vimos- el sustantivismo de Dworkin no toma en cuenta y el constructivismo de Alexy pasa por alto¹⁵².

Esto tampoco escapa a las críticas. Atienza, apoyando a los autores neo-constitucionalistas, resalta que la tesis de Aarnio lleva a la imposibilidad de proponer soluciones que choquen con los valores característicos de la forma de

sentido Aarnio, Aulis, “One Right Answer?”, ob. cit., pp. 172-175. Esto tiene que ver con la idea de lo racional como razonable, que da nombre a su libro y que significa que se considera racionalmente justificado aquello que es aceptado por una audiencia ideal particular. Véase *Lo racional como razonable*, ob. cit., pp. 285-288.

¹⁴⁹ Aarnio, Aulis, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, ob. cit., pp. 36, 38. Lo mismo opina Bellamy, en función de la existencia de desacuerdos razonables. Véase Bellamy, Richard, *El constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, ob. cit., p. 94.

¹⁵⁰ Partiendo de los conceptos de Perelman. Véase Perelman, Chaim, *La lógica Jurídica y la nueva retórica*, Cívitas, 1ª reimpresión, Madrid, 1988, pp. 141-142.

¹⁵¹ Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, ob. cit., pp. 283-284. Lo que haría a la audiencia *universal*.

¹⁵² Como he venido advirtiendo, si bien Alexy reconoce una cierta relatividad en los resultados del discurso en base a las características de los participantes; al presuponer unos valores objetivos subyacentes (que están conectados con el derecho) termina en la tesis de la respuesta correcta como un ideal regulativo para acercarse a éstos. En ese esquema, la legitimidad no tiene ningún papel, pues lo que definirá la contienda es la pretensión de corrección, que puede encarnar un juez. En cambio Aarnio se compromete con una visión relativista que se traduce tanto en la idea de auditorio particular, como en la posibilidad de múltiples respuestas igualmente aceptables por racionales, de allí que sea fundamental un concepto de legitimidad para tomar la decisión.

vida más difundida en la sociedad. Destaca también que “negar la tesis de la respuesta correcta [...] supone poner un límite a la deliberación”, de allí que a su criterio, los jueces no podrían justificar su decisión puesto que ésta no aspiraría a ser correcta sino final. Otra crítica que realiza Atienza al principio regulativo de Aarnio es que según esta tesitura, habría que “rechazar a los candidatos a jueces que no suscriban los puntos de vista mayoritarios...”. Por último sugiere que el hablar de respuesta final y no correcta, haría que no tuviera sentido el principio de legalidad, “puesto que esas decisiones no podrían verse como resultado de la aplicación de reglas preestablecidas”¹⁵³.

Considero que estas críticas no son acertadas y procuraré explicar por qué, a la vez que atacaré la tesis de la única respuesta correcta y apoyaré una visión que dé más peso al elemento democrático en la aplicación del derecho.

En primer lugar no creo que la tesis de Aarnio impida proponer soluciones contrarias a las valoraciones más difundidas de una sociedad. Si recordamos, el autor presenta una teoría dialógica donde el intercambio de argumentos racionales es fundamental. Así, el hecho de que exista un desacuerdo y que para resolverlo (cuando ya se han agotado las posibilidades del discurso racional) deba decidirse conforme lo que la mayoría podría aceptar, no le quita mérito a la discusión previa ni menosprecia los argumentos esgrimidos¹⁵⁴.

Es más, la necesidad de tomar una decisión *final*, no cierra la discusión en tanto que, como no se le atribuye la característica de ser la decisión “correcta” será revisable y podrá modificarse cuando sean otras las mayorías o se tenga más información al respecto, etc. En ese sentido destacué la importancia de una decisión “legítima”, puesto que parece mejor una decisión tomada por mayoría tras una deliberación racional, que otra tomada por un juez tras la misma deliberación –aunque más restringida- (que es la solución que respalda el neoconstitucionalismo), cuando ninguna de las dos ofrece garantías de corrección. Se podrá replicar que no siempre es viable en el marco de un

¹⁵³ Atienza, Manuel, “Sobre la única respuesta correcta”, ob. cit., p. 22.

¹⁵⁴ En igual sentido Waldron explica que “existe la probabilidad de que se presenten una diversidad de opiniones imparciales sobre la justicia o el bien y que el consenso no es esperable generalmente en la política”; por ello insiste en no tomar a la votación mayoritaria como un fracaso de la deliberación, sino más bien, como su culminación natural. Véase Waldron, Jeremy, “Deliberación, desacuerdo y votación”, ob. cit., p. 251 y ss.

caso difícil, definido por la presencia de una “laguna” en el derecho¹⁵⁵, encontrar una solución más legítima de entre las posibles. Pero sobre este particular se puede decir que si reconocemos la presencia de lagunas y por tanto la inexistencia de una respuesta más “legítima”, menos aún podremos plantear la existencia de una sola respuesta correcta.

Con esto avanzo un poco en la contestación de la segunda crítica, insistiendo en que el no pretender buscar una solución “correcta” no convierte a la deliberación en una empresa estéril. Cuando el profesor de Alicante nos dice que esta postura implica un “límite a la deliberación”, no tiene en cuenta que la respuesta judicial no necesariamente quita el tema de la discusión política, es más, puede de hecho contribuir al debate político (que reacciona) en temas altamente controvertidos. Además, será una cuestión de diseño institucional el darle el carácter de “conclusiva” a la interpretación judicial, cuestión que no se presenta en todos los casos¹⁵⁶.

Ahora, volviendo a Aarnio específicamente, ya vimos que para él respuesta “final” no significa “definitiva” ni menos aún “no revisable”, sino sólo que da una solución práctica al caso en cuestión (claro está que esa solución debe justificarse y por eso los estrictos requisitos del discurso). Ahora bien, si lo que tuviéramos ante nosotros fuera la respuesta “correcta”, esta sí limitaría (clausuraría) la deliberación indefectiblemente. Se me corregirá alegando que la respuesta “correcta”, por los problemas metodológicos y epistemológicos que presenta, no se alcanza, sino que se mantiene como ideal, digamos, como “motivación” para seguir deliberando. Entonces aquí una teoría y la otra parecerían desembocar en lo mismo, pero no es así. Más bien todo lo contrario: el hecho de darle a los jueces la potestad para tomar la decisión y con ello, para configurar la normatividad del derecho -pues se confía en que ésta se “aproximará” a lo correcto-, resta incentivos a la ciudadanía para

¹⁵⁵ Que no sería un caso admisible para Dworkin, “quien rechaza la idea de que el Derecho pueda ser incompleto [...] y deje vacíos que deban ser llenados por el ejercicio de una discrecionalidad que crea derecho” Hart, H.L.A, “Postscriptum”, ob. cit., p. 109.

¹⁵⁶ Estoy pensando, no sólo en los sistemas que no tienen un control concentrado de constitucionalidad con atribuciones de “legislador negativo”, sino también en sistemas que cuentan con Tribunal Constitucional pero que aún así, no establecen a la doctrina de este Tribunal como vinculante para el Legislador. Sobre este punto véase el trabajo de Niembro Ortega, Roberto, “Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 95, mayo-agosto 2012.

participar, argumentar y disentir en cualquier foro, ya que su interpretación será infravalorada.

Finalmente abordaré las últimas críticas de Atienza relativas a los jueces que, en su lectura de Aarnio, por un lado, no podrían no compartir los puntos de vista mayoritarios y por el otro, no podrían atender al principio de legalidad. Aquí considero que el autor español no toma en cuenta algunas premisas. Cuando Aarnio propone la aceptabilidad por parte de la mayoría como principio regulativo, está pensando en la necesidad de resolver los casos difíciles. Para él: “el núcleo de la justificación jurídica reside en una mezcla de argumentos jurídicos, empíricos y morales [...] que] es inevitable cuando se presentan casos difíciles”¹⁵⁷.

Entonces, si recordamos que la concepción de racionalidad-D de Aarnio¹⁵⁸, incluye a la racionalidad-L (o racionalidad interna, silogística), tenemos que aceptar que la interpretación del derecho se basará en las fuentes del derecho (principio de legalidad) y, si éstas no son suficientes (como ocurre con los casos difíciles) tendrá que, mediante el discurso racional, recurrir a las razones morales en juego y para definir las, utilizar el principio regulativo. Dicho todo esto, no es verdad que no rija el principio de legalidad.

Ahora bien, a sabiendas de que el acatamiento estricto al principio de legalidad puede no dar una respuesta a los casos difíciles, la crítica de Atienza de que el juez debe suscribir el punto de vista mayoritario es real, pero no es tan problemática como puede parecer a primera vista. Recordemos que el modelo de Aarnio se asienta en la teoría del discurso racional, que presupone un auditorio ideal donde: 1) los participantes son libres y el uso del poder no es un problema; 2) todas las razones relevantes son tomadas en cuenta; 3) todos los miembros del auditorio utilizan la racionalidad-D y aceptan el principio de la mayoría¹⁵⁹. Así, el principio mayoritario se usa cuando, ya habiéndose utilizado todos los parámetros de racionalidad, aún no se puede elegir una solución sobre otra alternativa para el caso y es necesario llegar a una decisión. En esos casos, la respuesta ofrecida por la mayoría, vale tanto como las

¹⁵⁷ Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, ob. cit., p. 250.

¹⁵⁸ Véase *supra* nota nº 137.

¹⁵⁹ Aarnio, Aulis, “One Right Answer?” ob. cit., pp. 170-172.

alternativas de cualquiera de los otros participantes en el discurso racional, por lo que el juez tendrá que optar por la que tenga aceptación mayoritaria.

La réplica obvia a esta solución es que ésta es “ideal” y lo que necesitamos es solucionar los conflictos que suceden en el mundo “real”. Es cierto, pero también es ideal el juez Hércules, o las condiciones del discurso *allexyano*. Lo importante es destacar que estos ideales no son teóricamente vacíos, sino que pretenden: por un lado, otorgar estándares para optimizar el discurso real y a su vez, criticar sus desviaciones¹⁶⁰ y, por otro lado, inspirar los arreglos institucionales para favorecer el acercamiento a ese ideal. En resumen podría decirse que pretenden ser *performativos*¹⁶¹ tanto de la práctica como de las instituciones. Vistas estas razones, es que tiene sentido discutir sobre las consecuencias de las propuestas teóricas. Finalmente es necesario resaltar, con palabras de Alexy, que “una teoría de los principios por sí sola no está en condiciones de sostener la tesis de la única respuesta correcta”¹⁶².

2.3.- Clasificación de los principios

Por lo visto hasta aquí, pudiera parecer que todo lo relativo a los principios entra dentro del campo de la moral y por lo tanto, excede al derecho positivo y es contrario al positivismo jurídico. Pero lo cierto es que no es así. Más allá de las incorporaciones explícitas que el derecho positivo ha hecho de algunos principios, también en el campo de la teoría positivista hay una clara aceptación de su juridicidad. Ahora bien, esta aceptación no es de los principios *tout court* sino que necesita algunas precisiones.

Guastini se pregunta: ¿cuáles son los rasgos característicos de las normas de principio? e inmediatamente advierte la dificultad de una respuesta

¹⁶⁰ *Idem*.

¹⁶¹ Utilizando la idea de Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*. vol.1, ob. cit.; según la cual la teoría y la cultura jurídica y filosófico-política han desempeñado siempre un papel constituyente, actuando en la construcción tanto del artefacto jurídico como del imaginario jurídico colectivo. Así, porque el derecho es esencialmente un universo simbólico, las distintas imágenes o concepciones producidas por sus teorizaciones han tenido siempre un papel decisivo tanto en su construcción como en la formación del sentir común, de ese “sentido cívico” que constituye el principal presupuesto social y cultural de su efectividad”. p. 35. En suma, el papel performativo de la cultura jurídica respecto del derecho, es un corolario del positivismo jurídico y por tanto, de la tesis del carácter artificial del derecho, p. 36.

¹⁶² Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, ob. cit., p. 140.

a causa de la heterogeneidad de los mismos¹⁶³. De hecho, los autores que he venido tratando no realizan una clasificación de los principios¹⁶⁴, la que me parece necesaria por al menos dos razones: por un lado, a fin de poder evaluar hasta qué punto la crítica neoconstitucionalista “da en el blanco” respecto del positivismo¹⁶⁵. Por otro lado, considero que es necesario hacer un esfuerzo por lograr cierta claridad conceptual porque ésta proporciona más medios para el control de la actividad estatal¹⁶⁶.

Así, se han trazado numerosas distinciones a fin de caracterizar principios y reglas. Seguiré en adelante la clasificación que realizara Wróblewski¹⁶⁷ y que se ha generalizado en la doctrina; a saber la distinción entre: (i) principios positivos del derecho, (ii) principios implícitos del derecho y (iii) principios extrasistémicos del derecho; dejando de lado a los (iv) principios-nombre del derecho y (v) principios-construcción del derecho¹⁶⁸, puesto que no me resultan relevantes a los fines de este capítulo. Además, intercalaré otras distinciones usuales y sus críticas.

Según la definición del profesor polaco, un principio positivo del derecho es aquel que está explícitamente formulado en una norma del texto jurídico, es decir, una disposición legal o construida con elementos contenidos en esas disposiciones. Por su parte, un principio implícito se presenta cuando la norma es considerada premisa o consecuencia de otras disposiciones legales. Finalmente, es un principio extrasistémico del derecho, aquella norma que no es ni un principio positivo ni un principio implícito del derecho¹⁶⁹.

¹⁶³ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, ob. cit., p. 145.

¹⁶⁴ Hablando de principios “propiamente dichos”, es decir, salvando la clasificación de Dworkin entre principios, directrices y estándares que mencioné *ut supra*.

¹⁶⁵ Utilizando la expresión de Nino, Carlos Santiago, “La superación de la controversia ‘Positivismo vs. Iusnaturalismo’ a partir de la ofensiva antipositivista de Dworkin”, *La validez del derecho*, ob. cit., p. 145. También Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, ob. cit., pp. 321-401.

¹⁶⁶ Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 27.

¹⁶⁷ Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, traducción de Francisco J. Esquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, 2ª reimpresión, Fontamara, México, 2008, p. 206.

¹⁶⁸ Tanto los principios-nombre como los principios construcción del derecho, según Wróblewski, son principios que no son reglas. El primer tipo de principios son los “nombres” que caracterizan los rasgos esenciales de las instituciones jurídicas o la línea general de regulación del derecho. Por su parte, los principios construcción, son aquellos que sirven de fuente para varios procederes de la práctica y de la ciencia del derecho. En ese sentido, son las construcciones que determinan la argumentación jurídica. *Ibidem*, p. 209.

¹⁶⁹ Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, ob. cit. p. 206. Cabe aclarar que el autor en este apartado no distingue reglas y normas, usando ambas categorías para definir estos tres tipos de principios. Con estas tres categorías, como bien advierte García Figueroa, es posible clausurar la tipología de los principios, dado que la definición de los principios

Esta ordenación nos sirve para abordar algunos problemas que presenta la teoría de los principios. En primer lugar, los principios explícitos nos ayudan a distinguir los rasgos formales que presentan éstos a diferencia de las reglas¹⁷⁰. En este sentido se suele aludir a los rasgos de generalidad o vaguedad en la formulación de los principios. Esto ha sido muy criticado ya que, por un lado la generalidad es una cuestión de grado y no disponemos de una unidad de medida para saber cuándo una norma es tan general como para que sea un principio o no lo es, para que sea calificada de regla¹⁷¹. Por otro lado, la vaguedad es un elemento común a cualquier enunciado prescriptivo, sea un principio o una regla¹⁷².

Además, esta distinción genera algunas inconsistencias: una en tanto se señala que puede llevar a creer que el intérprete no tiene ninguna libertad de configuración del contenido semántico y valorativo de las reglas, cuando no es así; otra en cuanto puede conducir a una sobrevaloración de los principios¹⁷³. Me detendré en estas observaciones en el apartado siguiente.

Por otra parte, hay autores que pretenden caracterizar a los principios por su “fundamentalidad”, así por ejemplo Wroblewski nos dice que son principios “las normas que juegan un papel decisivo en la institución jurídica, o en el acto normativo, o en el sistema jurídico entero”¹⁷⁴. Pero esta definición es engañosa pues lo cierto es que no sólo encontramos principios jurídicos en el máximo nivel de jerarquía normativa, sino también a lo largo de todo el ordenamiento, incluso sobre cuestiones menores. Además, según Guastini, la tesis de que los principios son normas “fundamentales” confía la identificación de los principios

extrasistémicos como los que no son ni explícitos ni implícitos hace a la clasificación exhaustiva. García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 50.

¹⁷⁰ *Ídem*. Dando por supuesto que aceptáramos la distinción fuerte entre reglas y principios, cosa que más adelante se pondrá en entredicho.

¹⁷¹ Por esta razón se alude a una distinción débil entre principios y reglas, que tendrían las mismas propiedades, aunque en distintos grados: mientras que los principios son más indeterminados, las reglas lo son menos. Véase Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, ob. cit., p. 75.

¹⁷² Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, ob. cit., p. 147.

¹⁷³ Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, ob. cit., p. 76.

¹⁷⁴ Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, ob. cit., p. 207. Del mismo modo Zagrebeslky afirma: “distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley” y señala las diferencias entre reglas y principios, sugiriendo que sólo los últimos desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, constitutivo del orden jurídico. Véase *El derecho dúctil*, ob. cit., p. 110.

a un juicio subjetivo de valor de los intérpretes, desde el momento en que “fundamental” no denota una propiedad empírica¹⁷⁵.

Claro está que las críticas anteriores no se aplican cuando un principio se constitucionaliza. La constitucionalización de los principios tiene indudables repercusiones prácticas, pues les otorga la fuerza propia del documento que los consagra y, por tanto, los *fundamentaliza*. Así cualquier disposición que los contradiga, no será considerada una mera excepción al principio sino su *infracción*, por lo que los principios expresos constituyen un límite sustantivo a la producción de normas inferiores¹⁷⁶.

Desde el punto de vista de la interpretación constitucional, Prieto Sanchís señala la “naturaleza bifronte (o ambigua)” de los principios positivos del derecho, aludiendo a la paradoja que, según él, se da en ellos. Por un lado, indica, los principios pueden invitar al desarrollo de la discrecionalidad por parte de la judicatura, pero por otro, parecen limitar esa misma discrecionalidad o poder creador¹⁷⁷. Esta paradoja reúne los problemas y las virtualidades que detractores y defensores del modelo de los principios, respectivamente, encuentran a los mismos. Lo que no se puede negar es que la positivación de principios implica la obligatoriedad de que se adopten los comportamientos necesarios para su realización¹⁷⁸, habilitando de esta manera un tipo de discrecionalidad “débil”¹⁷⁹.

Finalmente cabe decir que, salvo en su formulación expresa como tal¹⁸⁰, se hace depender el carácter de principio de ciertas normas a las cambiantes valoraciones del legislador, de la jurisprudencia y de la doctrina. Esto hace que su calificación no sea una cuestión de hecho, sino una cuestión “opinable”,

¹⁷⁵ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, ob. cit., p. 147.

¹⁷⁶ Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas*, ob. cit., p. 136.

¹⁷⁷ *Ídem*.

¹⁷⁸ Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, ob. cit. p. 71.

¹⁷⁹ Es decir, “hacen posible distinguir una aplicación correcta de un estándar pese a que dicha aplicación supone, por parte del funcionario que lo hace, ponderación”. Atria, Fernando, “Lo que importa sobre los principios”, ob. cit., p. 72.

¹⁸⁰ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, ob. cit., p. 158. El autor se refiere a las ocasiones en que se encuentran disposiciones que se autocalifican como principios. En esos casos, dice, esas disposiciones tienen valor de principio en virtud de una valoración del propio legislador y no del intérprete.

cuyo resultado se obtendrá mediante la interpretación que, en sí, no es verdadera ni falsa¹⁸¹.

Pasaré ahora a considerar las particularidades de los principios implícitos. Éstos nos llaman la atención sobre los problemas de derivación de principios a partir de materiales normativos del sistema jurídico, es decir, sobre la “producción de normas por medio de normas”¹⁸². En ese sentido nos dice Prieto, el reconocimiento de este tipo de principios supone: por un lado, aceptar la transitividad de las propiedades de las disposiciones normativas a sus consecuencias formales y; por otro lado, aceptar que de un grupo de disposiciones que poseen algo en común, puedan inducirse distintos principios, dejando gran discrecionalidad al operador jurídico¹⁸³.

De hecho para Guastini por ejemplo, los principios implícitos no son fruto de la interpretación (esto es, de la adscripción de sentido a textos normativos específicos), sino de la integración del derecho por obra de los intérpretes; de la derivación que éstos realizan de otras normas¹⁸⁴. En ese sentido nacen tanto por vía inductiva como deductiva y su número es amplísimo y difícil de predeterminar¹⁸⁵.

A pesar de ello, este tipo de principios (como en mucho mayor medida los positivos) parecieran no generar demasiadas tensiones con el positivismo, puesto que no plantean disputas en torno a su juridicidad¹⁸⁶. Pero, también es

¹⁸¹ *Ibidem*, pp. 151-155. Como es lógico, compartir estas aseveraciones implica suscribir la tesis de la distinción débil entre principios y reglas, que explicaré en el acápite siguiente.

¹⁸² García Figueroa, *Principios y positivismo jurídicos*, ob. cit., p.50, utilizando una expresión de Guastini. También Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, ob. cit., p. 213.

¹⁸³ Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas*, ob. cit., p. 142.

¹⁸⁴ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, ob. cit., p. 156. En igual sentido Laporta afirma que el “derecho implícito” es producto de un acto de creación judicial. Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, ob. cit., pp. 212 y ss.

¹⁸⁵ Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas*, ob. cit., p.145.

¹⁸⁶ García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 53. Con lo que plantearían problemas sería únicamente con las teorías más restrictivas de la interpretación, que se circunscriben al texto de las normas y a las que Bayón ha calificado como “Positivismo simple”. Véase Bayón, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia”, ob. cit., p. 63. No generan inconvenientes en cambio para concepciones positivistas que admiten convenciones interpretativas más complejas, que requieren para la determinación de su contenido, una forma sofisticada de deliberación coherentista. *Ibidem*, p. 81. Laporta explica cómo obtener una norma implícita –que pueda resolver un caso difícil- sin llevar demasiado lejos la idea de acto creador. Así utiliza la noción de “coherencia” en el sentido de que “puede afirmarse plausiblemente que [en el derecho] hay una base normativa de la que partir y lo que una teoría de la coherencia demanda es que veamos qué principios subyacentes a esa base pudieran inspirar una reconstrucción consistente y significativa del derecho vigente”. Esto teniendo en cuenta tres propiedades de la coherencia: (i) que excluye la inconsistencia lógica, (ii) que el enunciado nuevo se incorpore al derecho explícito sin alterar la imagen significativa

cierto que la línea divisoria entre los principios implícitos y los llamados extrasistémicos no es muy clara, máxime si depende de la corrección o no del razonamiento¹⁸⁷ y si tenemos en cuenta que el proceso de elaboración de un principio implícito, puede conllevar la incorporación de nuevos contenidos extrasistémicos. Esto sucede sobre todo cuando lo que se busca al construir un principio es la *ratio*¹⁸⁸, es decir, las razones (finalidades, intenciones o valores) del legislador derivadas de la norma, lo que es siempre opinable¹⁸⁹.

Justamente por este último motivo es que algunos autores no comparten esta categoría. Por ejemplo, Zagrebelsky considera que este modo de concebir los principios (implícitos) es propio de las sociedades liberales del siglo XIX e inválido para las actuales sociedades plurales. Así nos explica que quien se aventure en la búsqueda de principios jurídicos de coherencia, corre el riesgo de encontrarse frente a las contradicciones del conflicto político que se traducen en normas engorrosas, incoherentes e inestables. Por ese motivo, a su criterio, los principios no pueden derivarse interpretativamente de las reglas, sino que deben tener un origen y validez autónomos. Esto haría que los principios no actuaran sólo en caso de dudas o lagunas, sino siempre, incluso en presencia de reglas¹⁹⁰.

Una reflexión como la anterior, tampoco tendría por qué generar problemas para el positivismo, siempre que se circunscribiera a los principios explícitos (y constitucionales, como a los que alude Zagrebelsky). Las dificultades con esta forma de abordaje, sin embargo, se presentan cuando el constitucionalista italiano, siguiendo a Dworkin, se refiere a la función práctica que los principios desempeñarían en el ordenamiento jurídico y para ello recurre a los *meta-principios* del derecho. Éstos harían posible que el derecho positivo funcione y, puesto que se trata de un “estrato normativo” presupuesto a las normas puestas, para estos principios no escritos no valdrían los test de reconocimiento y validez formal a los que remite el positivismo, sino sólo

del conjunto ni producir disonancias normativas claras, (iii) que tienda a expresar la unidad del ordenamiento. Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, ob. cit., pp. 212-215.

¹⁸⁷ Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, ob. cit., p. 208.

¹⁸⁸ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, ob.cit., p. 157.

¹⁸⁹ Sobre el tema de las razones subyacentes, volveré en el acápite siguiente.

¹⁹⁰ Zagrebelsky, Gustavo, “Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n° 31, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2002, p. 882.

criterios materiales¹⁹¹. En conclusión, para el neoconstitucionalista italiano, existen sólo los principios explícitos y los extrasistémicos.

Abordaré entonces ahora esta tercera variedad de principios. Los principios jurídicos extrasistémicos son aquellos que, como su nombre lo indica, no pertenecen al sistema jurídico (aunque se haga consciente la paradoja que implica llamar por un lado principios *jurídicos* a aquellos que no son jurídicos¹⁹²). Wróblewski estima que sería mejor calificarlos como “postulados del derecho” y nos explica que derivan del derecho comparado o de reglas sociales aceptadas por la práctica judicial¹⁹³.

Pero lo cierto es que esta categoría ha servido para afirmar que las pautas morales ingresan al derecho, en tanto son aplicadas por los jueces y en esa medida. En efecto Dworkin parece inferir la pertenencia al sistema de los principios extrasistemáticos de su aplicabilidad por los órganos judiciales¹⁹⁴. Es así por lo que los críticos del positivismo los utilizan para afirmar una relación necesaria entre derecho y moral, pues, a su criterio, la “estrecha descripción del derecho llevada a cabo por el positivismo no daría cabida a ciertos estándares (morales) calificables como jurídicos”¹⁹⁵.

Es que, para un modelo no-positivista, los principios jurídicos no son identificables mediante un “test de origen”, por lo que, que un principio sea parte del derecho tiene que ver con una compleja argumentación que exige apreciar una rica variedad de *standars*, prácticas, creencias y actitudes, olvidándose de la distinción entre fuentes formales y materiales. Así, éstos serán identificables sólo en función de su impacto efectivo o probable en el proceso de adjudicación¹⁹⁶.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 883-884. Vale esta nota para distinguir la postura de Zagrebelsky de la de otros autores neoconstitucionalistas. Es que para el ex Magistrado Constitucional italiano, los criterios materiales de identificación de los meta- principios no se corresponden con una moral correcta, sino más bien con unos elementos directivos de naturaleza cultural, que funden ser y deber ser y a los cuales hace coincidir con el concepto de “constitución material” presupuesta por la constitución formal positiva. *Ibidem*, p. 886.

¹⁹² Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, ob. cit., p. 208. De la misma manera, García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 51.

¹⁹³ En el primer caso son principios extrasistémicos del derecho comparado, en el segundo, se trata de principios extraídos de la moral, las costumbres, el derecho natural, la política, etc. Lo importante es que el autor señala que no forman parte del derecho, entendido como sistema. Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, ob. cit., p. 208 y 219.

¹⁹⁴ García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 313.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 51.

¹⁹⁶ Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, ob. cit., pp. 222-223.

Comparto con Carrió que esta forma de abordaje no es correcta, pues los principios “extrasistémicos”, es decir, los que no satisfacen la regla de reconocimiento, “pueden ser llamados ‘principios jurídicos’ en cuanto se refieren [al derecho] pero no en cuanto partes de él. [Por lo que, el] uso judicial de ellos puede conferirles, en el mejor de los supuestos, el rango de candidatos a integrar el sistema”¹⁹⁷.

Esto tiene que ver con reconocer que el derecho se expresa lingüísticamente y por ello requiere ser interpretado, por tanto, con que eventualmente el intérprete pueda incorporar contenidos extrasistémicos en el momento de la interpretación y aplicación del derecho, lo que, en la lógica del positivismo jurídico, conduce a la tesis de la discreción judicial¹⁹⁸. En una línea similar, Aarnio explica que los principios morales pueden tener importancia para la discrecionalidad judicial como base para la toma de decisiones, en tanto sirven para elegir entre diferentes significados alternativos de una formulación normativa ambigua. Esto hace que los principios morales “se vuelvan” jurídicamente relevantes, pues el discurso les confiere *estatus* jurídico¹⁹⁹.

En efecto, la disputa entre positivistas y neoconstitucionalistas en torno a los principios, no pasa porque el positivismo los niegue o no los pueda acoger, sino por los límites que éste impone para su identificación como jurídicos, dejando afuera sólo los llamados “extrasistémicos”.

De hecho, esta particularidad llevó a considerar, erróneamente creo, que la teoría de Dworkin era compatible con el positivismo, puesto que según el iusfilósofo norteamericano: “un principio es un principio de derecho si figura en la teoría del derecho más lógica y mejor fundada que se pueda presentar como justificación de las normas institucionales y sustantivas explícitas”²⁰⁰. Lo que puede hacer pensar que el autor está hablando de los principios explícitos e implícitos del derecho positivo. Esta impresión se refuerza cuando hace referencia a la fuerza gravitacional de los precedentes²⁰¹ o cuando explica, por ejemplo, que aún si un juez considerara como un requerimiento de la justicia a

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 229.

¹⁹⁸ García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., pp. 53,56. Esto es afirmado expresamente por Hart, H.L.A., “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, ob. cit., pp. 5-6.

¹⁹⁹ Aarnio, Aulis, “Las reglas en serio”, ob. cit., p. 22.

²⁰⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob.cit., p. 128.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 190.

la igualdad económica, no podría interpretar la cláusula constitucional de igual protección como si se refiriera a igualdad en materia de salud o a la propiedad colectiva de los recursos productivos porque esas interpretaciones no encajan ni con la historia o práctica norteamericanas, ni con el resto de la constitución²⁰².

Sin embargo, hay otras afirmaciones del mismo autor que conducen a abandonar esta primera impresión. Basta recordar el aludido “nivel judicial” de análisis jurídico²⁰³ y su definición de derecho, para notar que sus construcciones no pretenden describir ni explicar el derecho vigente, sino justificarlo²⁰⁴; y esa empresa justificadora, como advierte Prieto Sanchís, al menos en los casos difíciles, habrá de emprenderse aun cuando el principio carezca de apoyo institucional²⁰⁵. En definitiva, lo que el neoconstitucionalismo proclama es la imposibilidad de identificación del derecho mediante un conjunto de estándares previo al momento de la adjudicación por los jueces, incorporando así a “lo jurídico” los llamados principios “extrasistémicos”²⁰⁶.

3.-La tesis de la distinción débil entre reglas y principios

Hasta aquí hemos visto que la diferencia entre neoconstitucionalistas y positivistas en materia de principios se da principalmente con relación a qué estándares se aceptan como jurídicos, o mejor dicho, qué principios (si es que algunos) se consideran parte del derecho. Como consecuencia de ello, también distinguimos estas posturas según admitan (o no) la posibilidad de hacer uso de discrecionalidad judicial a la hora de resolver casos controvertidos y con ello, rechacen (o avalen) la existencia de únicas respuestas correctas para todos los casos.

²⁰² Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The moral Reading of the American Constitution*, ob. cit., p. 11.

²⁰³ Véase *infra* nota nº 49.

²⁰⁴ Esta crítica le hace también Hart, H.L.A, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, ob. cit., nota nº 7.

²⁰⁵ Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, ob. cit., p. 79.

²⁰⁶ En similar sentido García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., pp. 228-230 nos dice: “...desde una perspectiva positivista, no es que los principios invocados por el no positivismo sean extrasistemáticos por ser principios, sino que son principios por ser extrasistemáticos”.

Pero hay más diferencias que separan a neoconstitucionalistas y positivistas. Ahora me interesa destacar la relativa a la determinación de qué normas tienen prevalencia en caso de conflicto entre principios y reglas.

Como vimos al analizar las consecuencias de la tesis de la distinción fuerte, los neoconstitucionalistas utilizan a los principios para de allí hacer depender toda una teoría del derecho, dándoles una primacía sobre las reglas, que estarían de alguna manera, en un segundo plano²⁰⁷. En este sentido es ilustrativa la posición de Atienza cuando afirma que el constitucionalismo de nuestros sistemas jurídicos, supone “dar cierta prioridad al elemento valorativo del derecho sobre el autoritativo”. Esto no significa para el pensador español, despreciar las autoridades, las reglas o la subsunción, sino “lograr algún tipo de ajuste que integre en un todo coherente la dimensión autoritativa del derecho con el orden de valores expresado en los principios”²⁰⁸.

Es cierto que una de las críticas que sufrió el modelo de los principios tuvo que ver con la “devaluación” que se achacaba a los mismos, principalmente por negar que los principios fueran normas eficaces, es decir, inmediatamente productoras de efectos jurídicos²⁰⁹ (calificándolos como normas programáticas²¹⁰) y por quedar al “arbitrio” de la aplicación del intérprete²¹¹. Sin embargo sus defensores se encargaron de relacionarlos directamente a las razones últimas para la acción²¹² y utilizarlos no sólo para llenar lagunas o integrar el derecho, sino –y aquí toma importancia la tesis de la

²⁰⁷ Como afirma Prieto Sanchís, Luis, “una de las características del neoconstitucionalismo es que los principios predominan sobre las reglas”, en “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, ob. cit., p. 134.

²⁰⁸ Atienza, Manuel, “Constitucionalismo, globalización y derecho” en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, ob. cit., p. 269.

²⁰⁹ Véase Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, ob. cit., p. 143.

²¹⁰ Ferrajoli, Luigi, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, ob. cit., pp. 2777, 2803. Sobre la implicancia práctica de la distinción entre principios y reglas, explica que su aspecto más insidioso es la pérdida de vigor del valor vinculante de los principios, más aún si son de rango constitucional. Un ejemplo de ello está en el carácter “derrotable” de los mismos. *Ibidem*, p. 2801. Este último punto se analizará a continuación.

²¹¹ En este sentido son importantes las críticas que Habermas hizo a la teoría de los principios de Robert Alexy, por ejemplo: “ Si en caso de colisión *todas* las razones pueden cobrar el carácter de argumentos concernientes a fines, desaparecen esos cortafuegos que con la comprensión deontológica de las normas y principios jurídicos quedan introducidos en el discurso jurídico”. Además afirma que la ponderación entre principios no sólo pondría en juego la fuerza general de los derechos fundamentales, sino también entrañaría el riesgo de que éstos fuesen víctimas de juicios irracionales. Véase Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, ob. cit., p. 332. Una réplica a este punto, en Alexy, Robert, “Epílogo a la *Teoría de los Derechos Fundamentales*”, ob. cit., pp.13-64, también “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Fontamara, México, 2005, pp. 62-70.

²¹² Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, ob. cit., p. 70.

distinción débil entre reglas y principios-, para influir sobre la interpretación de todas las normas jurídicas y someterlas a sus designios, incluso sirviendo para excepcionar a las reglas.

De allí que la flexibilidad o derrotabilidad se propició como una propiedad fundamental de las normas jurídicas y se convirtió en la propuesta esencial del neoconstitucionalismo, al punto de llegar a negarse la propia posibilidad de hablar de reglas²¹³. Es que si por “regla completa” se entiende el subsistema de normas formado por el significado de una disposición jurídica junto con todas sus excepciones relevantes dispersas por el ordenamiento, entonces, la posibilidad de una exhaustiva enumeración *ex ante* del conjunto de excepciones de una norma es presupuesto necesario del concepto de regla. Como efectuar tal elenco no sería siquiera posible en un Estado Constitucional, parecería que la propia posibilidad de hablar de reglas tampoco lo sería²¹⁴.

Por su parte los positivistas, si bien en su mayoría se han desmarcado de lo que Dworkin denominó el “modelo de las reglas”²¹⁵, han igualmente insistido en defender la supremacía de las reglas sobre los principios²¹⁶. Así, aún

²¹³ García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*, ob. cit., pp. 26-27.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 92. En un sentido similar MacCormick apunta que todas las disposiciones del legislador han de ser consideradas derrotables, esto es que sólo proporcionan condiciones presuntivamente suficientes o necesarias para aquello que regulan puesto que están sujetas a excepciones no formuladas explícitamente. Véase MacCormick, Neil, “Defeasibility in Law and Logic” en Bankowski et. al. (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Kluwer, Dordrecht, 1995, pp. 99-117, p. 115. Citado por Bayón, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia”, ob. cit., p. 58.

²¹⁵ En este sentido es claro Atria cuando advierte el error de sostener la tesis sobre “lo que es la existencia de una regla” como un estándar que no sufre de textura abierta y no es derrotable, es decir, cuya aplicación no requiere ponderación. Una vez que se descarta esa tesis, se puede aceptar una discrecionalidad en sentido débil y con ello ya descartar la tesis dworkiniana de la distinción entre reglas y principios por incorrecta. Véase Atria, Fernando, “Lo que importa sobre los principios”, ob. cit., pp. 71-72. De todos modos a algunos autores como a Raz, Alchourrón y Bulygin se los sigue incluyendo dentro de esta idea, que se califica de “fundamentalista” o positivista “excluyente”. Véase por ejemplo las calificaciones de García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*, ob. cit., p. 15; Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “La derrotabilidad y los límites del positivismo jurídico”, *Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 5, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 103. También dentro de esta corriente excluyente véase a Escudero Alday, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Madrid, 2004 y Jiménez Cano, Roberto M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, ob. cit.

²¹⁶ Nuevamente Fernando Atria nos advierte: “Si el derecho está compuesto por reglas y principios, entonces es necesario que el rol principal en la adjudicación (a diferencia, por ejemplo, al rol principal en la exposición magistral del derecho) lo ocupen las reglas. En la medida en que a la tesis de que el derecho está compuesto de reglas y principios se suma la tesis de que el rol principal en la adjudicación lo cumplen los principios, entonces la pretensión del derecho de constituir un espacio políticamente imparcial queda en entredicho. [...] la diferencia entre lo que es jurídicamente correcto y lo que es, [...] políticamente correcto u

cuando estos autores aceptan que las reglas puedan resultar derrotables, exigen más rigor para hacerlo posible en pro de un mayor control a la discrecionalidad del intérprete²¹⁷.

En el apartado siguiente me encargaré de analizar esta nota diferencial del neoconstitucionalismo y su contraste con las corrientes positivistas. Pero antes vale recordar que sostener la tesis débil de distinción entre normas quiere decir que el calificativo de principios o reglas a determinadas especies normativas no se basa en un dato objetivo, sino que refleja un uso lingüístico, útil para dar cuenta de los diversos usos de las normas²¹⁸. Por ello se afirma que su calificación depende, ante todo, de conexiones axiológicas que no están listas antes del proceso de interpretación que las desvela²¹⁹.

Es que de un tiempo a esta parte se han ido comprobando las inconsistencias a las que lleva la tesis fuerte de distinción²²⁰, pero no por ello los neoconstitucionalistas han abandonado la intención de insertar la moral en el derecho, con la posibilidad de, entonces, extender sus efectos sobre todas las normas, actuando como límite a la validez positiva de éstas²²¹.

3.1.- La derrotabilidad de las normas

Comencemos el análisis con una postura extrema sostenida por el ex positivista García Figueroa. Este autor nos afirma sin más que la característica de las normas (reglas y principios) del constitucionalismo de nuestros días, está en su *derrotabilidad*. Que la norma N es derrotable significa que “N *puede* verse inaplicada y *debe* serlo *si y sólo si* surgen nuevas excepciones

oportuno [...] se hace inestable...”. En Atria, Fernando, “Lo que importa sobre los principios”, ob. cit., p. 74.

²¹⁷ Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, ob. cit., pp. 102-107.

²¹⁸ Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, ob. cit., pp. 49, 65.

²¹⁹ Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, ob. cit., p. 28. Salvo, como ya he advertido, el caso de los principios proclamados como tales en el derecho positivo, desde su creación.

²²⁰ Principalmente sus críticos sostienen que la tesis fuerte de distinción falla en la definición de las reglas como “razones perentorias” (Atienza- Ruiz Manero- Alexy) o como aplicables “todo o nada” (Dworkin) pues esa definición no es congruente con sostener que un balance de razones puede decidir no aplicar una regla que aún así es válida. Bayón, Juan Carlos, “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, *Doxa*, nº 19, 1996, p. 160. También Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, ob. cit., pp. 77 y ss. De hecho en el caso paradigmático de Riggs vs Palmer, la regla que se desplaza por el principio de que nadie puede sacar beneficio de su propio ilícito, no dejó de ser aplicable para otros casos de herencia.

²²¹ Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, ob. cit., p. 58.

justificadas y que quizá no fueron previsibles *ex ante*²²². Esta sería una cualidad disposicional²²³ de las normas que se presentaría, según el autor, por la imposibilidad de fragmentación del discurso práctico.

Así, nos dice el iusfilósofo español, sólo es posible saber lo que el Derecho prescribe inscribiendo los materiales jurídicos positivos en el razonamiento práctico general²²⁴. “Los desacuerdos en torno a lo que el Derecho dice son desacuerdos en torno a lo que el Derecho es”. La derrotabilidad jurídica sería una “derrotabilidad sobre bases éticas” y esto es un problema para el positivismo jurídico, puesto que torna imposible escindir los argumentos legales de los extralegales en el razonamiento jurídico²²⁵.

Entonces, dado que el derecho es aquello que aplicamos en el caso concreto una vez interpretados todos los estándares disponibles a través de una argumentación racional, la sola identificación de normas que proporcionan el contenido (provisorio) de la práctica, quedará reducida a lo que Dworkin

²²² García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*, ob. cit., p. 136. Los autores afines a la tesis de la distinción fuerte ya habían señalado la condición de “derrotables” de los principios, pero incluso dentro de quienes adhieren a la tesis débil de distinción, se comparte la derrotabilidad de los principios en el sentido que podrían admitir excepciones implícitas (derivables de otros principios) que los hicieran “superables” o “derogables”. De allí que los principios presentarían una especial estructura lógica de obligaciones “*prima facie*”. Véase Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, ob. cit., p. 150. Sin embargo, hay que recordar que, por un lado, Guastini sólo califica así a los principios y, por otro lado, sólo contempla los principios positivos e implícitos como susceptibles de entrar en conflicto y no cualquier otro estándar extrajurídico. En cambio, García Figueroa considera que la derrotabilidad de una norma cualquiera (sea ésta calificada de principio o de regla) no se da tanto porque su condicional admita excepciones, sino por la unidad del discurso práctico, es decir, porque cualquier estándar, aunque sea extrajurídico, en tanto optimice moralmente el ordenamiento jurídico, puede excepcionar a la norma. En otras palabras, toda norma puede ser derrotada por razones morales. Véase *Criaturas de la moralidad*, ob. cit., pp. 162, 169. Este modelo es reconocido como “puro de principios” y considera que todas las normas pueden comportarse como principios y someterse al método de ponderación. Finalmente y de modo inverso, encontramos autores que sostienen que sólo puede hablarse de derrotabilidad de las reglas jurídicas y no así de los principios, en tanto que estos últimos son normas cuya institucionalización es *parcial* (pues les falta la determinación de los comportamientos concretos exigidos por esas normas) y, por consiguiente, ellos no pueden ser derrotados porque no establecen ningún supuesto de hecho. Si definimos la derrotabilidad como la posibilidad de introducir excepciones en una norma jurídica, entonces necesariamente debe presumirse que esa norma tiene la estructura de una *regla* que permita la subsunción de ciertos hechos o comportamientos en su supuesto de hecho. Véase Bustamante, Thomas, “Conflictos normativos y decisiones *contra legem*: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios”, ob. cit., pp. 88-89, 94-95.

²²³ Es decir, ocurrirá o se manifestará, *cuando y sólo cuando* concurra el *hecho* de la condición de su manifestación. García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*, ob. cit., p. 137.

²²⁴ En igual sentido Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “La derrotabilidad y los límites del positivismo jurídico”, ob. cit., p. 106, también de los autores véase “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”, *Doxa*, n° 24, 2001.

²²⁵ García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*, ob. cit., pp. 167, 170, 238. Esta tesis se inscribiría en la llamada “tesis del caso especial”.

llama la etapa “preinterpretativa”²²⁶, insuficiente para conocer el derecho. En, otras palabras, corresponderá al plano preliminar de análisis de las normas o plano *prima facie* de significación²²⁷. A esta fase se circunscribiría el análisis positivista según Dworkin.

En cambio para los neoconstitucionalistas, se requerirá un segundo estadio “interpretativo”, donde el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificados en la etapa preinterpretativa, para poder resolver los posibles desacuerdos (teóricos o empíricos) o contradicciones que presente el caso²²⁸. Esta etapa, dice García Figueroa, es reconocida por el neoconstitucionalismo de corte positivista (es decir el neoconstitucionalismo normativo) pero tampoco es suficiente²²⁹.

Será necesario transitar hacia una tercera fase “postinterpretativa”²³⁰, en la que los materiales normativos identificados e interpretados coherentemente deben, además, someterse a una dimensión valorativa. A este plano conclusivo de análisis concreto de las normas también se lo denomina nivel “todas las

²²⁶ Dworkin, Ronald, *El imperio de la Justicia*, ob. cit., p. 57.

²²⁷ Explica Aarnio que, desde el punto de vista lingüístico, el significado *prima facie* de una expresión es el que le asignamos sobre la base de nuestro conocimiento general del lenguaje. Es por tanto el significado de la expresión antes de la interpretación. Desde un enfoque analítico, para saber si una norma es o no parte del ordenamiento jurídico *prima facie*, tendremos que poder especificar una regla de reconocimiento aplicable a la norma. Véase “Las reglas en serio”, ob. cit., p. 24. En igual sentido Peczenik, Aleksander, “Dimensiones morales del derecho”, ob. cit., p. 97 nos dice: “El derecho socialmente establecido, formulado mediante fuentes [...] tiene un carácter *prima facie*”. También, del mismo autor, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, Boston, London, 1989, pp. 239 y ss. En realidad estas construcciones provienen de la noción de calificaciones deónticas *prima facie* elaborada por Ross para superar algunas dificultades de la moral kantiana (según la cual los deberes morales son siempre categóricos), sugiriendo que los deberes *prima facie* equivalen a deberes *condicionales*. Véase Ross, William David, *Lo correcto y lo bueno*, Sígueme, Salamanca, 1994, la explicación en Moreso, Juan José, *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 273-274.

²²⁸ Dworkin, Ronald, *El imperio de la Justicia*, ob. cit., p. 58. Explica Dworkin que la actitud interpretativa no puede sobrevivir a menos que los miembros de la misma comunidad interpretativa compartan, por lo menos en forma somera, las mismas suposiciones sobre lo que cuenta como parte de la práctica.

²²⁹ Estas dos etapas podrían tener su paralelo con la difundida distinción que hace Guastini (y que toma de Tarello) entre disposición y norma, según la cual una disposición se encuentra en el texto de los documentos legislativos, que son el objeto de la actividad interpretativa, en cambio la norma es el contenido de significado de dichos textos, es decir, es el resultado de la actividad interpretativa. Véase Guastini, Riccardo, *Distinguiendo*, ob. cit., pp. 32-35, 50-54. A mi criterio y como he estado apuntando en sucesivas ocasiones, lo mismo es aceptado por el positivismo de nuestros días, no sólo por el neoconstitucionalismo normativo.

²³⁰ O “reformadora”, que es donde el intérprete ajusta el sentido sobre qué necesita en realidad la práctica para adecuarse mejor a la justificación que acepta en la etapa interpretativa. Dworkin, Ronald, *El imperio de la Justicia*, ob. cit., p. 58.

cosas consideradas” (*all things considered*) de significación²³¹. Con ello, según García Figueroa, se integra el razonamiento jurídico al razonamiento práctico general²³².

a) El desafío particularista

Una de las consecuencias de asumir un planteo como el expuesto, es que puede llevar a una aplicación particularista del derecho²³³. Es que para algunos neoconstitucionalistas, el constitucionalismo “necesita debilitar el papel central de la universalidad de las normas en busca de mayor justicia a partir de una corrección de corte particularista”²³⁴. De hecho, repudian la creencia, que adosan al formalismo, de que la abstracción y generalidad sean virtudes del derecho²³⁵.

Así, se toma como una exigencia de la razón práctica el poder deliberar sobre las reglas, revisarlas, a fin de comprobar que encajen en el entramado constitucional y en el razonamiento práctico general y para ello, el particularismo sirve de base, en tanto tiende a reforzar una concepción

²³¹ Para Aarnio, de hecho, lo que se considera una norma jurídica *prima facie*, puede no ser parte del orden jurídico tomando en consideración todos los factores. Esto significa por ejemplo, a nivel de la validez, que una regla jurídica válida *prima facie* es algo diferente de una regla jurídica válida *todas las cosas consideradas*. En otras palabras, que podemos hablar de validez estricta sólo respecto a reglas *interpretadas*. Otro tanto ocurre en la argumentación jurídica: un argumento verdaderamente justificante, según Aarnio, es aquél aceptado como tal después de haber usado la discreción, es decir, cuando, *todas las cosas consideradas*, no hay un solo contraargumento que muestre que el comportamiento de acuerdo con tal norma viola el orden jurídico. Véase “Las reglas en serio”, ob. cit., pp. 24- 28. Así todo recordemos que para los neoconstitucionalistas, el considerar todas las cosas no tiene que ver con el uso de la discreción –que no se contempla- sino con la aplicación estricta del derecho.

²³² García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*, ob. cit., p. 245.

²³³ El particularismo es una doctrina moral que se opone frontalmente al atomismo de las razones, considerando que “todas las razones son susceptibles de ser alteradas por cambios en el contexto”. Véase Dancy, Jonathan, “The particularist Progress”, en B Hooker y O. Little (eds.), *Moral particularism*, OUP, Oxford, 2000, p. 130.

²³⁴ García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*, ob. cit., p. 59. Claro que no todos los neoconstitucionalistas asumen esa percepción. Alexy, por ejemplo, trata de explicar que “la ponderación en el caso particular y la universalidad no son inconciliables” en *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 167, de hecho, para sus seguidores, el autor alemán da un lugar central a la legislación porque ella *universaliza* la solución para las colisiones de principios; e incluso en su teoría “los principios sólo adquieren eficacia si de ellos se pueden extraer reglas formuladas en lenguaje universal”. Véase Bustamante, Thomas, “Conflictos normativos y decisiones *contra legem*...”, ob. cit., pp. 90, 92, 96. Aunque para sus críticos, al concebir la ponderación como una operación dependiente del contexto, Alexy la presenta como una estrategia particularista. Véase Moreso, José Juan, *La Constitución: modelo para armar*, ob. cit., p. 301.

²³⁵ García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*, ob. cit., p. 71.

argumentativa del derecho²³⁶. Esta es una de las razones por las cuales los autores neoconstitucionalistas, trasladan la atención en la teoría del derecho a la teoría de la argumentación²³⁷, pues ésta pone el acento en la aplicación del derecho y su justificación²³⁸.

A mi criterio, uno de los autores que mejor ha criticado el modelo de aplicación que llama “particularista” es el norteamericano Schauer. El autor de *Las reglas en juego* explica que según este modelo, quien ha de tomar la decisión trata a la generalización preexistente de una regla como un indicador derrotable de una realidad más profunda, modificándola toda vez que no resulte fiel a su justificación subyacente²³⁹.

Quienes siguen la lógica particularista consideran que sólo mediante la ponderación de razones se puede decidir abandonar los elementos del supuesto normativo de la regla en busca de su fundamento, en los casos en los que existe una discrepancia entre ellos. Por lo tanto, no serían los principios los que poseen una dimensión de peso, sino las razones y los fines a los que la norma hace referencia. A estas razones y fines se les debe atribuir una dimensión de importancia, la que finalmente resultará de un juicio valorativo del aplicador²⁴⁰. Así a las reglas, carentes de peso propio, no se les permite

²³⁶ *Ibidem*, pp. 73-74, 89.

²³⁷ Un claro exponente de esta tendencia es Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, del mismo autor “Argumentación y Constitución”, en Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid, 2007, pp.113-181 y *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

²³⁸ Según García Figueroa, a pesar de la aparente compatibilidad entre una teoría del derecho positivista y una teoría de la argumentación, estas dos áreas de la reflexión jurídica presuponen concepciones del derecho enfrentadas. Véase *Criaturas de la moralidad*, ob. cit., pp. 89-91. Aunque hay que resaltar que el mismo autor en una obra anterior, había admitido lo contrario, véase *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., pp. 266, 283-286.

²³⁹ Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, ob. cit., p. 110. Esta caracterización merece algunas aclaraciones. Ante todo, hay que tener en cuenta que Schauer en su análisis no distingue entre reglas y principios, sino que se refiere a las reglas y a éstas las distingue de sus justificaciones subyacentes. Schauer comienza explicando que las reglas se refieren a *tipos* y no a casos particulares, por eso se sirven de generalizaciones en sus predicados fácticos. Esas generalizaciones son percibidas como causalmente relevantes respecto de alguna meta que se persigue o de algún mal que se busca evitar, es decir, respecto de la *justificación* de la regla. Luego hace notar que en ocasiones particulares esas generalizaciones pueden resultar *sobreincluyentes* o *subincluyentes*, es decir, puede suceder que el predicado fáctico de la regla comprenda estados de cosas que podrían no producir la consecuencia que representa la justificación de la regla o que no cubra estados de cosas que producen la consecuencia que representa la justificación de la regla, respectivamente. A esos casos los llama *experiencias recalitrantes*, pues desde la perspectiva de la justificación de la regla, el predicado fáctico no la favorece, sino que la obstaculiza. *Ibidem*, pp. 76-96.

²⁴⁰ Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, ob. cit., pp. 53-54.

interferir con la consideración plena de todas las características relevantes del suceso que requiere una decisión²⁴¹.

Ese tipo de tratamiento, según el profesor de Harvard, implica objetar la autonomía semántica del lenguaje, o sea, rebatir la aptitud que tiene el lenguaje (plasmado en una regla) de portar significados independientes de los propósitos comunicativos que persigan sus usuarios en ocasiones particulares²⁴². En consecuencia no logra distinguir un contexto universal, que se reconoce variable, del contexto particular y, lo que es menos plausible aún, introduce en una teoría del significado, lo que resulta ser una teoría sustantiva de los fines de un tipo particular de entorno de toma de decisiones²⁴³.

Asimismo, sigue Schauer, considerar que las reglas son derrotables cuando no sirven a los propósitos de sus justificaciones subyacentes²⁴⁴ (suponiendo –agrego– que siempre fuera posible identificar dichos propósitos), conllevaría la posibilidad de que incluso la justificación de la regla pueda ser considerada derrotable respecto de *su propia* justificación. Y, en palabras del autor: “un proceso de decisión que tome a todas las *instanciaciones* [como también denomina a las generalizaciones que constituyen la regla] como derrotables con respecto a su justificación del siguiente nivel resultará extensionalmente equivalente a un proceso de decisión en el que se aplican directamente a cada caso justificaciones últimas”²⁴⁵. Eso y la inexistencia de reglas, es equivalente²⁴⁶. Como se puede ver, lo que descartan los

²⁴¹ Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, ob. cit., pp. 137-138. Para el autor, esta concepción del procedimiento “particularista” se encuentra próxima a la idea de Raz de actuar “según el balance de razones”.

²⁴² *Ibidem*, p. 115. En igual sentido Atria, Fernando, “Lo que importa sobre los principios”, ob. cit., p. 76.

²⁴³ Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, ob. cit., p. 121. Estos son los mismos defectos que se le atribuyen al “Realismo Jurídico” y cuyas consecuencias a la hora de la aplicación del derecho tan bien criticó Hart definiéndolas como “pesadilla”. Véase “American jurisprudence through english eyes: the nightmare and the noble dream”, ob. cit., pp. 969-989. Especialmente cuando describe la Revuelta contra el Formalismo explica: “they urged upon judges a forward-looking form of adjudication according to which legal rules are treated as displaceable presumptions or working hypotheses, to be modified or rejected if the predictable consequences or their application in a shifting social context proved unsatisfactory”, *Ibidem*, p. 976. En igual sentido Ferrajoli habla de “convergencia del constitucionalismo argumentativo con el realismo” en “Costituzionalismo principialista, costituzionalismo garantista”, ob. cit., p. 2803.

²⁴⁴ Schauer cita como exponente de este tipo de concepción a Fuller en cuanto sostiene que el significado de un término no puede divorciarse ni del contexto específico en el que se lo usa ni de “alguna intención específica al usarlo”, *Las reglas en juego*, ob. cit., p. 134.

²⁴⁵ *Ibidem*, pp. 135-136.

²⁴⁶ Sobre este punto también es necesaria una explicación. Para Schauer el concepto de regla se ubica en la divergencia extensional entre la generalización que constituye una regla (su

particularistas, es la posibilidad de aplicar el derecho mediante una actividad de subsunción entre conceptos ya dispuestos²⁴⁷.

Estas derivas particularistas también han recibido críticas entre los autores hispanos. Por caso Moreso²⁴⁸, aunque únicamente al estudiar la ponderación de principios, advierte que la noción de derechos y deberes *prima facie* no logra huir del desafío particularista. Por ello propugna por la posibilidad de aplicar, incluso a los principios, mediante “subsunción” de los casos individuales en algunos de los casos genéricos disponibles²⁴⁹; o sea, tratándolos como reglas.

Con la misma preocupación Bayón auspicia la comprensión de la ponderación como un paso previo a la subsunción y no como una operación distinta a ésta. Es que a su criterio el particularismo, al entender a la ponderación como el ejercicio de un discernimiento acerca de la situación concreta que habría de conducirnos directamente, sin pasar por inferencia subsuntiva alguna, a la respuesta jurídica correcta para el caso individual;

instanciación) y la justificación subyacente a ella (p. 114), la que es posible únicamente cuando se trata a la instanciación de una justificación como atrincherada a la luz de esa misma justificación (p. 136). Que una regla está atrincherada, significa que puede resistirse al impulso de modificación que generan las experiencias recalcitrantes (pp. 122-124), en otras palabras, la regla existe si suministra una razón para la decisión incluso cuando esa instanciación no sirve a la justificación que la genera (p. 136). En el modelo particularista en cambio, en tanto se pretende una equivalencia entre la instanciación y la justificación, se hace desaparecer la regla. Véase *Ibidem*, pp. 114-136. En palabras de Atria, Fernando “Lo que importa sobre los principios”, ob. cit., p. 74: “las reglas pretenden precisamente ser aplicables con independencia de su racionalidad, no porque no la tengan, sino porque esa racionalidad se encuentra en la ponderación de la que ellas son resultado y que la ciencia jurídica reconstruye”.

²⁴⁷ Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, ob. cit., p. 31. Sobre este punto es interesante la distinción que realiza Bayón cuando afirma que de la derrotabilidad de las normas jurídicas, no se puede llegar a la derrotabilidad del razonamiento jurídico (en el sentido de negar que la inferencia sea deductiva), en “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, *Doxa*, nº 24, 2001, p. 50.

²⁴⁸ Cabe aclarar que este autor, enrolado dentro del llamado neoconstitucionalismo normativo, acepta que aunque la “toma de decisiones en virtud de principios aumenta la discreción, debe apreciarse cuál es la alternativa. En mi opinión la alternativa es menor discreción judicial, pero decisiones más injustas –en el sentido de que violan en mayor medida la autonomía personal-, puesto que lo que permite precisamente la aplicación del derecho basada en principios, es la posibilidad de que los jueces acudan a las razones, morales, que justifican regular los casos de determinada manera”. Moreso, José Juan, “Comanducci sobre neoconstitucionalismo”, *Isonomía*, nº 19, octubre 2003, p.275. Este argumento me parece falaz porque justamente lo que hay que probar es que este modo de adjudicación sea más justo que su alternativo y no basta un ejemplo aislado para hacerlo.

²⁴⁹ Moreso, José Juan, *La constitución: modelo para armar*, ob. cit., p. 280. De igual manera Prieto Sanchís advierte que la ponderación es un paso previo a la subsunción, por lo que no opera suministrando respuestas irrepetibles para casos también singulares, sino que ofrece respuestas para casos genéricos y con vocación de permanencia y universalización. Así, a su juicio: “La ponderación se endereza a la construcción de una regla y [...] ello significa el respeto a un principio de universalización que opera como garantía última de racionalidad”. Véase *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, ob. cit., pp. 194, 206.

dejaría sin explicar en qué consiste esa “misteriosa capacidad del discernimiento”. Y esto porque, si se rechaza la idea esencial de que la justificación implica una inferencia a partir de una pauta general apropiada (es decir, de que es una operación gobernada por normas), se debe explicar por qué una decisión que parece apropiada para el caso concreto, no puede generalizarse y regir también en otros contextos sin ser arbitraria. En suma para Bayón: “carece de sentido calificar como ‘correcta con arreglo al derecho’ la decisión sobre un caso concreto si éste no se considera al mismo tiempo como instancia de una generalización que rige también más allá de ese contexto particular”²⁵⁰.

Laporta *in extremis*, nos advierte sobre la imposibilidad de un “mundo sin reglas”²⁵¹. Así nos dice que siendo los principios normas de fin cuyo contenido son estados de cosas complejos, tales principios son susceptibles de ser satisfechos mediante una multiplicidad de acciones casi inabarcable y por ello, fundamentarían o justificarían un sinfín de normas de conducta.

El problema que se presenta entonces es que los destinatarios no habrían podido saber con antelación qué conducta han de desarrollar en el momento que se encuentran, pudiéndolo saber sólo cuando la decisión que responde a la pregunta está tomada, es decir, *ex post*. Este análisis arroja a la postre un resultado paradójico porque “un mundo en el que puede disponerse incluso de un catálogo de enunciados valorativos de principio a favor de [la] autonomía personal y de exigencias como la dignidad humana, la libertad y la justicia, resulta que es incapaz de suministrar los elementos normativos básicos para conseguir que esos estados de cosas se realicen como fines, es decir, es incapaz de presentarse en forma de reglas”²⁵².

²⁵⁰ Bayón, Juan Carlos, “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, *ob. cit.*, pp. 56-58. “La justificación, por consiguiente, tiene un carácter subsuntivo; y si verdaderamente es posible (es decir, si el derecho no está sencillamente indeterminado), presupone metanormas convencionales de prioridad relativas a casos genéricos, esto es, susceptibles de universalización consistente”.

²⁵¹ Llamando la atención sobre algunos rasgos de “la justicia de Cadí” de Weber que habrían sobrevivido hasta la jurisprudencia contemporánea, a saber: la solución pensada para el “caso concreto” y el uso de criterios de “equidad”. Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, *ob. cit.*, pp. 117 y ss.

²⁵² *Ibidem*, p. 126.

b) Un particularismo sensible a las reglas

Ahora bien, son importantes los autores neoconstitucionalistas que han tomado nota de estas críticas y que por ello han señalado que del hecho de sostener que todas las normas pueden ser derrotadas, no se sigue necesariamente el que la presencia de reglas no marque diferencia alguna a la hora de tomar decisiones²⁵³. Cuando existen reglas, en la ponderación de razones no sólo se deben tener en cuenta los principios sustantivos del sistema aplicables al caso, sino también los principios institucionales vinculados al seguimiento de reglas. De manera que las reglas son derrotadas *únicamente* en aquellos casos en los que el balance entre los principios que sustentan el apartarse de la regla tiene un peso mayor que el de los principios institucionales vinculados al seguimiento de las reglas²⁵⁴.

Este modelo de toma de decisiones se correspondería con lo que Schauer ha denominado “particularismo sensible a las reglas” que trata a las reglas como transparentes respecto de sus justificaciones sustantivas²⁵⁵, pero, permitiendo que su misma existencia y efectos *como* reglas constituya un factor relevante para determinar si deberían dejarse de lado cuando sus resultados difieren de los resultados indicados por la aplicación directa de sus justificaciones sustantivas²⁵⁶.

²⁵³ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “La derrotabilidad y los límites del positivismo jurídico”, ob. cit., p. 113.

²⁵⁴ *Ídem*. Bayón, comparte este abordaje y explica: “... un agente que trata de determinar si, *todas las cosas consideradas* debe o no realizar la acción exigida por una regla, debe naturalmente incluir en el balance *todas* las razones relevantes: también, si las hay, las invocadas por las reglas”. A esto lo llama, realizar un “balance de razones refinado o ‘esclarecido’”. En: “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, ob. cit., p. 147.

²⁵⁵ Según la conocida terminología de Regan, un agente trata a una regla como completamente “transparente” cuando considera que sólo es racional hacer lo que la regla establece cuando se tiene la certeza de que ésa es la acción correcta según el balance de razones. Por el contrario, un individuo trata a la regla como absolutamente “opaca” si considera que ha de hacer siempre lo que la regla establezca aun cuando tenga la certeza de que no es ésa la acción correcta según el balance de razones. Véase Regan, Donald H., “Authority and value: Reflections on Raz’s *Morality of Freedom*”, *Southern California Law Review* 62, 1989, pp. 995-1095.

²⁵⁶ Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, ob. cit., p. 157. Cabe resaltar que el autor distingue dos tipos de justificaciones: 1) justificaciones sustantivas, que determinan las razones que sustentan u objetivos que subyacen a la regla y 2) justificaciones para la generación de reglas, que suministran el fundamento para especificar la justificación sustantiva *en forma de una regla*. En este sentido, la justificación para tener una regla es el reconocimiento de que la aplicación directa de la justificación sustantiva generaría excesiva incertidumbre en aquellos cuyas conductas han de ser reguladas. *Ibidem*, pp. 154-156. Estas justificaciones podrían corresponderse con lo que Atienza y Ruiz Manero llaman principios sustantivos e institucionales, o bien, en la terminología de Alexy, con la distinción entre principios materiales y formales respectivamente, que se verán a continuación.

Considero que en este modelo también puede incluirse a Alexy, en la medida que distingue entre principios materiales y principios formales a la hora de introducir excepciones no previstas a una regla y, por tanto, hacerle perder su carácter “estrictamente definitivo”. El autor alemán explica que, a diferencia de lo que ocurre con un principio, una regla no puede ser soslayada sólo cuando en el caso concreto un principio opuesto al que apoya la regla, tenga mayor peso. “Además, [afirma] tienen que ser esquivados los principios que establecen que reglas que son impuestas por una autoridad legitimada para ello tienen que ser seguidas y que no debe apartarse sin fundamento de una práctica transmitida”²⁵⁷. A estos últimos principios los denomina “principios formales”²⁵⁸ y, explica Alexy que, si no se les diera ningún peso la consecuencia sería “el fin de la validez de las reglas en tanto tales”²⁵⁹.

Schauer de todos modos, también critica esta forma aparentemente superior de particularismo sensible a las reglas, propiciando un modelo más fuerte de toma de decisiones basado en reglas donde “las ventajas de tener reglas se establecen en el nivel de la creación de reglas y no quedan abiertas para su reevaluación en el nivel de la aplicación”²⁶⁰.

3.2.- El regreso a las reglas

Así llegamos a la diferencia esencial que señalé *ut supra* en la contraposición entre el positivismo y el neoconstitucionalismo; pues el positivismo parte de que incumplir una regla es más grave que incumplir un principio. Y “ello porque las reglas tienen una pretensión de *decidibilidad* que los principios no tienen: mientras la reglas pretenden ofrecer una solución provisional a un conflicto de intereses ya conocido y previsible por el Poder Legislativo, los principios sólo ofrecen razones complementarias para solucionar un conflicto verificable en el futuro”²⁶¹.

²⁵⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 100.

²⁵⁸ Un principio formal o procedimental es el que dice que el legislador democrático debe tomar las decisiones importantes para la comunidad. Este principio de competencia del legislador para decidir, se legitima a partir del principio democrático. *Ibidem*, p. 133. El principio es formal porque no establece ningún contenido, sino que sólo señala quién debe establecer dicho contenido. Véase también: “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, ob. cit., p. 52.

²⁵⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 100.

²⁶⁰ Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, ob. cit., p. 158.

²⁶¹ Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, ob. cit., pp. 80, 92-96.

Como adelanté, la mayor parte de los positivistas aceptan que “puede haber efectivamente normas jurídicas derrotables”, pero de ahí a sostener que *todas* las normas lo sean, a su criterio, no sólo es contraintuitivo, sino también falso²⁶². Sobre el punto justamente se pone al descubierto que la consecuencia de afirmar que todas las normas jurídicas son derrotables es la de admitir que el derecho es globalmente indeterminado²⁶³, lo que si bien podría ser conceptualmente posible, no parece que sea de hecho como están configurados nuestros sistemas jurídicos²⁶⁴.

Además, se discute el sentido mismo que tiene decir que una norma sea derrotable. Así, Bayón, en una posición opuesta a la sostenida por García Figueroa, nos explica que sin duda pueden haber razones morales concluyentes para apartarse en alguna ocasión de lo dispuesto por una norma jurídica, pero ello no hace a las normas derrotables. Si fuera así, a su criterio, se estarían confundiendo dos cuestiones: qué es lo que habría que hacer en un caso determinado para actuar de acuerdo con el derecho y si moralmente se debiera o no hacerlo²⁶⁵.

²⁶² Bayón, Juan Carlos, “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, ob. cit., pp. 37-38. Esta posibilidad de derrotabilidad de las normas, con diferentes alcances, claro está, es reconocida por autores que comienzan por Hart (quien inauguró la expresión) y pasan por Raz, Schauer, Regan, Sartor, Atria, entre otros. Pero también hay quienes niegan la posibilidad de que las normas jurídicas sean derrotables y atribuyen esta idea a confusiones conceptuales. Así por ejemplo es paradigmático el trabajo de Rodríguez, Jorge y Súcar, Germán, “Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho”, *Doxa*, 21-II, 1998, pp.403-420, quienes en parte siguen el modelo llamado “clásico” de Alchourrón y Bulygin, donde no habría espacio para la derrotabilidad de las reglas, pues, según estos autores, no hay circunstancias en las que las mismas puedan resultar derrotadas Véase Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*, Springer Verlag. Wien, New York, 1971. Para un análisis de la evolución de las ideas de Alchourrón a este respecto véase Caracciolo, Ricardo, “Normas Derrotables. La concepción de Carlos Alchourrón”, *Análisis Filosófico XXVI*, nº 1, mayo 2006, pp. 156-177. Como se puede observar, la crítica a este tipo de posturas pasa porque no dejan espacio a los valores y propósitos a lo que se supone que las normas tratan de servir; véase Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “La derrotabilidad y los límites del positivismo jurídico”, ob. cit., p. 104. Su consecuencia, suponiendo que se cuenta con información completa al momento de la aplicación de la norma, sería que el razonamiento jurídico podría ser reconstruido como una inferencia deductiva ordinaria. Bayón, Juan Carlos, “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, ob. cit., p. 41.

²⁶³ “El derecho, suministraría razones que sopesar pero no criterios últimos para sopesarlas, de manera que siempre habría que ponderarlas con arreglo a pautas extrajurídicas. Si se asume que la objetividad del derecho es convencional, todo ello convertiría al sistema jurídico en una suerte de ‘convención que se autoanula’”. Bayón, Juan Carlos, “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, ob. cit., p. 55. Sobre la vinculación entre los conceptos de indeterminación y derrotabilidad, véase Ródenas, Ángeles, “En la penumbra: Indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, *Doxa*, nº 24, 2001, pp. 63-83

²⁶⁴ Bayón, Juan Carlos, “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, ob. cit., p. 55.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 51. En este sentido, es diferente la posición que ocupa el juez de aquella que puede ocupar otra persona cualquiera. Sobre el punto creo que distingue bien Peczenik, en

Lejos de ello, para Bayón, lo que se sostiene cuando se habla de que una norma es derrotable, es que “está sujeta a excepciones en virtud de su potencial colisión con otras normas *jurídicas* y que una excepción implícita no es lo mismo que un *cambio* de la norma por parte del juez en el momento mismo de su aplicación”²⁶⁶.

Eso no significa que los principios (o las razones subyacentes a las normas) no tengan una importancia fundamental, pero lo que se intenta es establecer un “modelo sensato de aplicación”, porque de lo contrario, la ponderación “no pasa de ser una técnica, no jurídica, que *explica* todo, pero no *orienta* nada, una ‘caja negra’ legitimadora de un decisionismo y formalizadora de un intuicionismo moral”²⁶⁷. En cambio, las reglas sirven para establecer lo que debe hacerse con exclusión de consideraciones morales²⁶⁸ por eso se dice que son indiferentes (resistentes) a las razones que pretenden armonizar.

También Schauer apoya esta prioridad de las reglas²⁶⁹ mediante un modelo de toma de decisiones que llama “positivismo presuntivo”. Donde “presuntivo” se refiere a la fuerza que poseen las reglas y, más

tanto afirma que “un individuo debe adoptar una actitud crítica hacia el Derecho”, por tanto, si bien tiene una obligación *prima facie* de seguir el Derecho, hay un límite, que hace que no tenga el deber *considerando todas las cosas* de seguir una norma jurídica injusta. Ahora bien, cuando el Derecho inmoral es claro (sigue Peczenik) un intérprete del Derecho (digamos, un juez) “no puede hacer gran cosa. Sopesar no lleva a ningún resultado. Sería imposible entonces formular una norma que pudiera satisfacer simultáneamente dos condiciones necesarias de la interpretación jurídica, a saber: 1) que tuviera un apoyo relevante de las normas jurídicas socialmente establecidas; y 2) que tuviera un apoyo suficiente de normas morales *prima facie*. En un caso así, simplemente no existe una norma jurídica ‘considerando todas las cosas’. En cuanto prestamos atención al Derecho establecido, tenemos que dejar de lado la moral y viceversa. [...] Hay una laguna en el Derecho; no ya simplemente en el Derecho *prima facie*, socialmente establecido, sino en el Derecho ‘considerando todas las cosas’, interpretado”. Véase Peczenik, Aleksander, “Dimensiones morales del derecho”, ob. cit., p. 108. Obviamente un positivista no estaría de acuerdo con esta conclusión, puesto que para él no habría laguna en el derecho sino un derecho válido, aunque calificable de injusto. Igualmente considero que su construcción es útil para marcar la diferencia que pretendía señalar. A una conclusión contraria llega en cambio Raz cuando acepta como una convención interpretativa imperante en nuestra práctica jurídica la posibilidad de que el juez introduzca excepciones en el derecho usando su discrecionalidad, lo que haría que para éstos el derecho no constituya un conjunto de razones perentorias (es decir, el derecho para los jueces tendría fuerza *prima facie*; diferente de lo que sucedería con el resto de las personas). Véase Raz, Joseph “Postema on Law’s Autonomy and Public Practical Reason: A Critical Comment”, *Legal Theory* 4, 1998, pp. 1-20. Para una crítica de esta posición véase Bayón, Juan Carlos “Derecho, convencionalismo y controversia”, ob. cit., pp. 67-68.

²⁶⁶ Bayón, Juan Carlos, “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, ob. cit., p. 51.

²⁶⁷ Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, ob. cit., p. 108. Una crítica similar en Ferrajoli, Luigi, “Costituzionalismo principialista y costituzionalismo garantista”, ob. cit., p. 2806.

²⁶⁸ Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, ob. cit., p. 97.

²⁶⁹ Una prioridad que acepta, no es absoluta -como pone de manifiesto el caso *Riggs vs. Palmer* indicado por Dworkin- pero es una prioridad después de todo. Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, ob. cit., p. 266.

específicamente, a un grado de fuerza tal que la regla ha de ser aplicada a menos que puedan ofrecerse *razones particularmente exigentes* para no aplicarla²⁷⁰.

Aún así, para Schauer, ese grado de prioridad fuerte es derrotable dentro de un universo normativo²⁷¹ en el cual las normas en conflicto pueden producir resultados mutuamente excluyentes. En otras palabras, la regla podrá ser dejada de lado cuando el resultado que ella impone se encuentre *enormemente reñido* con el determinado por ese conjunto más amplio y moralmente aceptable de valores²⁷².

Ahora cabe preguntarse de nuevo, por un lado, cuáles son los casos en los que el aplicador puede recurrir a la razón justificativa de la regla para no aplicarla, o cuáles son los casos en los que debe mantenerse fiel a los elementos descritos en el supuesto normativo, de manera de entenderlos como la razón misma de la toma de decisión, con independencia de razones contrarias²⁷³. Por otro lado, en qué casos en que es aplicable una regla puede concurrir una razón fundada en un principio, que no fue tomado en cuenta en ese balance anticipado que la regla refleja y debe entonces recurrirse de nuevo a la ponderación²⁷⁴.

Schauer responde con fórmulas indeterminadas, pues nos dice que el destinatario de la regla con fuerza presuntiva tiene que inspeccionar un espectro más amplio de factores que los comprendidos por el predicado fáctico de la regla para saber si ésta puede ser superada por otras razones. Pero el grado de intensidad de esa inspección no debe ser el de un cuidadoso escrutinio de todas las razones, sino el de un mero *vistazo*. Justamente, el estrechar el rango de factores a ser considerados por los decisores particulares viene a ser la esencia de la toma de decisiones basada en reglas para Schauer, lo que establece y restringe la jurisdicción de tales decisores²⁷⁵.

²⁷⁰ *Ibidem*, p.267.

²⁷¹ Recordemos que Schauer caracteriza el núcleo del positivismo bajo el concepto de aislamiento sistemático, donde la idea de reconocimiento reside en poder distinguir las normas jurídicas de otras normas, tales como las de la política, las de la moral, las de la economía o las de protocolo, que integran el "universo normativo". *Ibidem*, p. 262.

²⁷² *Ibidem*, pp. 267, 269.

²⁷³ Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, ob. cit., p. 52.

²⁷⁴ Bayón, Juan Carlos, "¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?", ob. cit., p. 53.

²⁷⁵ Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, ob. cit., pp. 297-298.

No es difícil advertir las críticas que la propuesta de Schauer ha sufrido. En primer lugar, se le ha objetado que su análisis no prevé en ningún caso la posibilidad de reglas dictadas irracionalmente, es decir, reglas que no posean una razón o propósito subyacente a ser tomado en cuenta. Esto, según se apunta, contribuye a una tergiversación (idealización) de la forma en que son tomadas las decisiones colectivas e impide dar cuenta o describir los casos en que el legislador obra por error, desinterés o desconocimiento del tipo de valores que está favoreciendo²⁷⁶.

Se atribuye a la vertiente *crítica del derecho* el insistir en la necesidad de desmitificar los procesos de legislación y decisión colectiva, invitando a deconstruir los verdaderos factores que motivan una decisión (ideológicos, económicos, políticos, etc)²⁷⁷. Si esta objeción fuera correcta, no sólo serviría para criticar las posturas de Schauer, Atienza o Ruiz Manero, sino que con más razón, tiraría por tierra la idea de Dworkin de que la teoría del derecho es imposible si no intenta dar cuenta de la referencia a valores y principios sustantivos del derecho, que a su criterio son su aspecto central²⁷⁸. Así mismo se opondría a la “pretensión de corrección” intrínseca del derecho aludida por Alexy. Y ello porque estas posturas de tipo iusnaturalista que afirman “...*existe, por tanto es bueno; es bueno, por tanto es debido...*”, violan la Ley de Hume (es decir enmascaran el paso de premisas descriptivas a prescriptivas)

²⁷⁶ Bouvier, Hernán, “Reglas y razones subyacentes”, *Doxa*, nº 27, 2004, p. 399. El autor hace extensible esta crítica a la posición de Atienza y Ruiz Manero, *Ibidem*, p. 400. Además señala que no debe confundirse tomar a las reglas como razones para la acción con considerar que *tras* las reglas subsisten razones. Para la primera postura, que atribuye a Hart o Wittgenstein – y que comparte-, la regla no incluye algo subyacente sino la noción de identidad según la cual *tener* una regla es *tener* una disposición a seguirla y a criticar su desobediencia: una regla es una razón. *Ibidem*, p. 403.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 422.

²⁷⁸ Hay que tener en cuenta que Dworkin, Ronald, en *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., profundizó en el tema de la interpretación del derecho, haciendo hincapié en una teoría del valor que asigna la responsabilidad al intérprete de buscar, con su interpretación, cumplir con los valores que tiene la práctica a interpretar. En el caso de la interpretación legal: el gobierno de la comunidad más justo, sabio y equitativo. En ese sentido, no importan tanto los motivos que pudo haber tenido el legislador (autor) al momento de la creación del derecho, que incluso pudo no haber entendido siquiera la ley que estaba votando. Lo que importa es continuar con el proyecto que éste inició, mediante una interpretación “colaborativa”. Véanse pp. 129-136. Así Dworkin no admitiría la crítica aquí expuesta, pues distingue las interpretaciones “explicativas” del derecho (que serían las que realiza la teoría crítica) de aquellas interpretaciones convencionales “colaborativas”, que son las que apuntan a mejorar el derecho, presentando un grado mayor de integridad y principio en la doctrina (y que él mismo propicia). Así afirma que este tipo de interpretaciones no tienen por qué competir entre sí, pues son complementarias y diferentes. *Ibidem*, pp. 143-144.

pretendiendo la adecuación entre los deberes existentes (dictados por la autoridad) y cierto sistema de valores²⁷⁹.

Si bien me parece que lleva razón el investigador argentino al advertir sobre los riesgos de idealizar el proceso de toma de decisiones y enmascarar el hecho de que éstas son imputables a alguien²⁸⁰; no me parece que cuando Schauer alude a las razones subyacentes necesariamente haga referencia a razones morales o correctas, como sí podría decirse de Dworkin o Alexy.

Incluso suponiendo al mal legislador, errático o movido por razones de clase o egoístas, podríamos seguir manteniendo un esquema de toma de decisiones basado en reglas como el de Schauer y, en caso de que esas reglas entraran en conflicto con los principios del ordenamiento jurídico o incluso, resultaran gravemente reñidas con la moralidad (por ejemplo), dejarlas de lado “descubriendo” esas “razones” subyacentes, erráticas, de clase o egoístas. Volveré sobre este punto más adelante.

Otro foco de objeciones al modelo de Schauer proviene de reclamarle el uso de expresiones de contornos borrosos para apuntalar distinciones que son claves en su reconstrucción del papel de las reglas en la deliberación práctica de los órganos jurisdiccionales²⁸¹. Como señala Bayón, no es claro en qué punto la fuerza presuntiva de las reglas deja de ser suficiente para su aplicación. Pareciera que la única respuesta posible proviniera de añadir a las razones subyacentes a las reglas, las razones para tener esas reglas y en ese caso: “no existe diferencia extensional alguna entre el modelo presuntivo basado en reglas y lo que Schauer había llamado antes particularismo sensible a las reglas”. Por esto es que el profesor español considera, como anunciamos antes, que el particularismo sensible a las reglas es el único modelo racionalmente defendible²⁸².

Sin embargo, lo que se marca como diferencial entre esos dos modelos “intermedios” es la posibilidad o no de que el derecho determine positivamente la conducta de los jueces. Para el particularismo sensible a reglas se deben

²⁷⁹ Bouvier, Hernán, “Reglas y razones subyacentes”, ob. cit., pp. 408, 420-421.

²⁸⁰ En este sentido véase Tushnet, Mark, “An Essay on Rights”, *Texas Law Review* 62, 1984, pp. 1397-98 “The point of the instability, indeterminacy, and reification critique is that the social world is entirely constructed by choices that people make..”

²⁸¹ Ródenas, Ángeles, “Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial”, *Doxa*, n° 21-1, 1998, p. 116.

²⁸² Bayón, Juan Carlos, “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, ob. cit., p. 160.

considerar “todas las cosas” en la solución del caso, incluyendo especialmente el hecho de que existan reglas. Ahora bien, una vez que éstas resultaran derrotables, no habría razones para que los jueces no compusieran a su arbitrio, por ejemplo, un nuevo compromiso entre las razones de primer orden contenidas en las reglas²⁸³. Por el contrario, para el positivismo presuntivo ésta no es una posibilidad: según este último modelo, “los jueces sólo pueden dejar de lado las reglas oponiendo la prevalencia de otros compromisos entre las razones de primer orden aplicables al caso en cuestión, que ya figuran expresa o tácitamente en el sistema”²⁸⁴.

Aunado a lo anterior, me parece que se puede realizar otra distinción útil al momento de evaluar hasta qué punto una norma jurídica podría ser derrotable y que aclararía los puntos flacos de la tesis de Schauer, acercándola un poco más a la postura de Raz²⁸⁵.

Para éste último autor, “las reglas son expresiones de compromisos (*compromises*) o juicios acerca del resultado de conflictos” entre razones de primer orden²⁸⁶. Por su parte Schauer entiende por regla el significado de una formulación normativa. Según explica Ródenas, a quien sigo en este punto, tiene sentido hablar de atrincheramiento en ambos niveles, es decir, es posible atrincherar tanto significados de formulaciones normativas, como los compromisos (o juicios de prevalencia) entre razones de primer orden que se consideran expresados por las reglas. En este último caso, sería posible preguntarse por el alcance y las excepciones a una regla sin cuestionar el compromiso entre razones que subyacen a la misma, es decir, tratar a las reglas como razones excluyentes *dentro de su alcance*²⁸⁷.

²⁸³ Ródenas, Ángeles, “En la penumbra: Indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, ob. cit., p. 76.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 77.

²⁸⁵ No me he detenido en la tesis de Raz, aludiendo a ella sólo tangencialmente, pues considero que su tratamiento merecería un espacio que no se corresponde con las pretensiones que tiene este apartado. De todos modos, todos los autores cercanos al positivismo que aquí trato, usan como punto de partida la tesis de Raz (como los no positivistas la usan para de allí justificar su alejamiento del positivismo).

²⁸⁶ De allí se puede hablar de que “un caso está ‘simplemente’ fuera del alcance de la regla si las principales razones que respaldan la regla no son aplicables al mismo”. En cambio, los casos caen bajo una excepción a la regla “cuando algunas de las principales razones en pro de la regla son aplicables a ellos, pero el ‘compromiso reflejado en la regla’ considera que prevalecen otras consideraciones en conflicto”. Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 232.

²⁸⁷ Ródenas, Ángeles, “Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial”, ob. cit., p. 115.

Con estos conceptos la autora intenta vislumbrar en qué casos la regla puede resultar derrotable, es decir, cuándo puede ser dejada de lado por el juez²⁸⁸. Así dice que “el error no puede consistir en que el compromiso entre razones expresado en las reglas esté mal construido”, esto significa que los balances entre razones de primer orden son autoritativos o, en otras palabras, no son susceptibles de ser sometidos a una continua revisión por parte de los aplicadores.

El error que en cambio permite dejar de lado la regla aplicable es el que se produce cuando el resultado al que llevaría aplicar una regla con autonomía semántica, no se compadece con el compromiso entre razones de primer orden expresado en la regla. Esa falta de adecuación se pondría de manifiesto tanto en los casos de excepción, en los que falta alguna consideración en el balance de razones de primer orden; como en los casos que quedan fuera del alcance de las reglas²⁸⁹, lo que se condeciría con las experiencias recalcitrantes.

Según esta forma de entendimiento, para Ródenas cobraría sentido la afirmación de Schauer de que basta con que los aplicadores echen un *vistazo* meramente superficial a las razones de primer orden aplicables, pues es más rápido comprobar si el supuesto constituye una excepción a la regla o cae fuera del alcance de la misma que entrar a reconsiderar la corrección o no del compromiso entre razones de primer orden expresado en las reglas²⁹⁰.

Pero, sigue la autora, hay otros supuestos excepcionales en los que los jueces podrían dejar de lado una regla aplicable “alegando que el compromiso entre razones expresado en la regla está mal construido”. A estos “errores” los llama “de segundo grado” y se producirían cuando las razones de la regla entraran en conflicto con “otros compromisos o juicios de prevalencia entre razones, que se hallan implícitos o explícitos en otras partes del sistema jurídico y que son aplicables al caso”²⁹¹. Según la profesora, este planteamiento

²⁸⁸ La autora habla de dos tipos de “errores” que se pueden alegar para no tomar decisiones basadas en reglas en principio aplicables. *Ibidem*, p. 116. Esos dos errores serían correlativos a dos tipos de derrotabilidad, según luego ella misma explica en: “En la penumbra: Indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, ob. cit., p. 75, aunque en este último artículo agrega un tercer tipo de derrotabilidad al que llama “derrotabilidad radical” y sobre el que me detendré *infra*.

²⁸⁹ Ródenas, Ángeles, “Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial”, ob. cit., p. 116.

²⁹⁰ *Ibidem*, pp.116-117.

²⁹¹ *Ídem*. Yo entiendo que en este segundo caso entrarían las reglas dictadas por el “legislador irracional” al que aludía Bouvier.

explicaría con más precisión los supuestos en los que Schauer hablaba de *error de una magnitud particularmente grave*. Pero aquí lo que está planteando Ródenas es la “derrotabilidad” de las reglas en base a principios *jurídicos*²⁹², es decir, un conflicto normativo que, de corroborarse, debería resolverse con la expulsión de la regla para todos los casos por ser contraria a los fines del propio ordenamiento²⁹³. Considero que aquí la autora mezcla las cosas.

A mi criterio, los casos a los que alude como en los que se produce un “error de segundo grado” no serían de derrotabilidad sino de “invalidez”²⁹⁴ de la regla (por inconstitucionalidad, si los compromisos con los que choca son de esta jerarquía²⁹⁵). En cambio, sí podría haber un supuesto de “derrotabilidad” si se produjera una colisión²⁹⁶ entre los fines propios de la regla (sus principios

²⁹² De hecho señala que esto tiene estrecha relación con la idea de coherencia del Derecho. *Ibidem*, p. 119.

²⁹³ Ródenas, Ángeles, “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, ob. cit., p. 75. Para usar las palabras de la autora: ...“lo que se refuta por erróneo es *el propio juicio de prevalencia* que opera como razón subyacente de la regla, por lo que se asume que ésta no debe jugar ningún papel en la toma de decisiones futuras. Abundando en esta idea, podríamos añadir que, mientras lo que se cuestiona en el primer tipo de supuestos es la aplicabilidad de la prescripción al caso concreto, en el segundo es su validez. De manera que, mientras en el primer caso decimos que la norma queda desplazada, en el segundo nos referimos a su nulidad”.

²⁹⁴ Uso la palabra “invalidez” entrecomillada dado que, según una concepción formal (o positivista) de la validez, el hecho de que se considere que una regla contraría a otras normas del ordenamiento (de mayor jerarquía) no la hace de por sí inválida. Con esto no sólo estoy aludiendo a los sistemas de control difuso en los cuales las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad de una regla son la inaplicación (más nunca la expulsión de la norma del ordenamiento y menos aún su nulidad), sino también a sistemas concentrados donde el propio Tribunal Constitucional podría declarar la inconstitucionalidad sin nulidad. Véase Jiménez Campo, Javier, “Qué hacer con la ley inconstitucional”, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*, CEPC, Tribunal Constitucional, Madrid, 1997, p. 24.

²⁹⁵ Aquí el caso típico que se plantea es el de conflicto entre un(os) principio(s) de jerarquía constitucional, frente a una regla infraconstitucional. Aunque a simple vista pueda parecer sencilla la invalidación de la regla frente al principio, la solución no es obvia y creo que por esta razón se confunde este supuesto con uno de derrotabilidad. Es que los principios constitucionales admiten expresamente su restricción por parte del legislador infraconstitucional, por lo que si bien el legislador puede violar esos principios si los restringe de forma irracional o incompatible con los requisitos procedimentales, el principio democrático establece una presunción de legitimidad a favor de las restricciones legislativas. Todo ello hace que quien alegue la inconstitucionalidad de una restricción a un principio, si ésta no está expresamente prohibida, deba demostrar que el legislador fue más allá de los límites del “margen de libre apreciación” que tiene y, si no puede hacerlo, prevalecerá la regla. Véase Bustamante, Thomas, “Conflictos normativos y decisiones *contra legem*...”, ob. cit., p. 104.

²⁹⁶ Es importante distinguir dos tipos de conflictos normativos: uno, que siguiendo a Bustamante se llama *conflicto en sentido estricto*, se da cuando no se puede admitir la validez simultánea de las normas confrontadas. En este tipo de conflicto pueden participar tanto reglas como principios y se resuelven por medio de la invalidación de una de las normas. El otro que se denomina *colisión*, es un tipo de conflicto en sentido amplio que es resuelto en la dimensión de la aplicabilidad. Aquí ambas normas superan la situación de conflicto manteniendo intocada su validez. El caso tipo es la colisión de principios de igual jerarquía que se resuelve por ponderación, pero también pueden colisionar reglas y principios, aunque no así reglas entre sí.

subyacentes) con otros principios que, si bien no dieran razones para declarar la invalidez de la regla, sí las dieran para introducirle una excepción. Aquí se podría hablar de ponderación entre el (o los) principio(s) que fundamenta(n) la excepción y el principio que se encuentra detrás de la regla²⁹⁷. Evidentemente esa excepción, al ser universalizable, haría que en futuros casos iguales no se aplicara la regla, pero como se puede apreciar, aquí el conflicto sigue planteándose en términos de aplicabilidad y no de validez.

Distinta es la postura de Schauer que, a mi criterio, cuando habla de casos excepcionales *enormemente reñidos* con el conjunto más amplio y moralmente aceptable de valores, incluye en la consideración también a principios extrajurídicos, aunque no entra en la discusión de calificar a esos principios como “derecho”²⁹⁸, acercándose más a la que he identificado con la concepción neoconstitucionalista y confundiendo lo que Bayón insistía en distinguir: qué es lo que el derecho determina hacer en un caso y si, moralmente debemos o no hacerlo.

Hasta ahora la explicación de Ródenas nos permite mantener una postura positivista sin tener que prescindir absolutamente de los propósitos e intenciones subyacentes a las reglas, es decir, sin caer en un formalismo. Pero, todavía cabe hablar de una “tercera acepción de derrotabilidad” de la que no se ha hablado y que sucede cuando, de acuerdo con el derecho, concurren razones para basar la respuesta a un problema de indeterminación en criterios extrajurídicos²⁹⁹.

Este último caso es el único que acepta Bayón como de “genuina derrotabilidad” y su presencia en el derecho sería meramente contingente, dado que dependería de dos variables. Por un lado, que el derecho no incluya una regla de clausura respecto a la relevancia, es decir, que no contenga “una prescripción de considerar el conjunto de propiedades relevantes obtenido al

Ibidem, p. 101. Hay que tener en cuenta que este autor sigue a Alexy y por consiguiente, un modelo fuerte de distinción entre reglas y principios.

²⁹⁷ Aunque cabría preguntarse si en este caso no estaríamos reiterando el ya aludido error de primer grado por *suprainclusión*. Este caso es descrito por Bustamante como de “auténtica derrotabilidad” y, a su criterio, sólo puede resolverse con la prioridad del principio sobre la regla infraconstitucional cuando se admite una decisión *contra legem*. *Ibidem*, p. 105.

²⁹⁸ Puesto que a su criterio, llamar o no “derecho” a ese conjunto de factores derrotantes es una discusión que resulta en cierta medida terminológica. Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, ob. cit., p. 269.

²⁹⁹ Ródenas, Ángeles, “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, ob. cit., p. 77. A esta noción la denomina “derrotabilidad radical”.

final del proceso de identificación de las normas como condiciones suficientes de las calificaciones normativas correspondientes³⁰⁰. Esto haría que las normas fueran aceptadas como meras reglas de experiencia³⁰¹, lo cual dejaría el derecho indeterminado en lo que concierne a los casos subsumibles en su supuesto de hecho y haría que la resolución de éstos requiera una decisión discrecional entre alternativas abiertas por parte del aplicador³⁰².

Por otro lado, dependería de que el derecho no contenga una ordenación completa de reglas de prioridad para casos de colisión de normas³⁰³, es decir, que las convenciones interpretativas³⁰⁴ existentes dejaran en algunos o todos los casos en que dos normas colisionan, sin establecer cuál de ellas representa una excepción a la aplicabilidad de la otra. Nuevamente aquí la solución del conflicto requerirá de una decisión discrecional entre alternativas abiertas por parte del aplicador³⁰⁵.

En suma, de darse cualquiera de estas dos variables, estaríamos ante una indeterminación del derecho y surgiría la necesidad de basar la respuesta a un caso subsumible en el supuesto de la norma derrotable, en criterios extrajurídicos. Es que para un positivista como Bayón, la realidad del derecho es convencional y esto admite que pueda existir la convención interpretativa

³⁰⁰ Bayón, Juan Carlos, "Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y positivismo jurídico", ob. cit., pp. 104, 114.

³⁰¹ Regan definió las reglas de experiencia (*rule of thumb*) como aquellas guías para la acción que una persona adopta para lidiar con casos en los que tiene información incompleta, quiere reservar recursos que se gastan en la toma de decisiones, quiere contradecir las propias tendencias a la parcialidad, etc. Estas reglas son menos sustanciales que las reglas indicadoras (*indicator-rules*), de las que las distingue, pues no son vinculantes y son infalibles. Véase Regan, Donald, "Authority and value: reflections of Raz's *Authority of Freedom*", ob. cit., pp. 1004-1009.

³⁰² Bayón, Juan Carlos, "Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico", ob. cit., p. 105.

³⁰³ Aquí si bien el autor habla de "normas" aclara que se refiere a significados *prima facie* de las formulaciones normativas, puesto que en puridad aún no se han identificado las relaciones de prioridad que determinan la norma. Esto hace que pueda apartarse de la idea de Rodríguez y Sucar (en "Las trampas de la derrotabilidad" ob. cit., p. 289) de que en este tipo de supuestos, de lo que se trata es de normas contradictorias y no derrotables. Bayón, Juan Carlos, "Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico", ob. cit., pp. 107-108.

³⁰⁴ Según Bayón en toda práctica jurídica compleja encontramos "convenciones interpretativas", "esto es, convenciones (específicas de dicha práctica) de segundo nivel respecto a las convenciones semánticas en virtud de las cuales tienen significado ordinario los enunciados formulados en ese lenguaje natural". En otras palabras, son convenciones sobre el uso concreto de un enunciado en un contexto determinado. Véase Bayón, Juan Carlos, "Derecho, convencionalismo y controversia", ob. cit., p. 63.

³⁰⁵ Bayón, Juan Carlos, "Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico", ob. cit., pp. 107, 109.

según la cual se deba supeditar la validez de una norma jurídica a determinados criterios *no convencionales*³⁰⁶.

Para explicarlo con el ejemplo que proporciona el propio autor y que toma de Raz, puede suceder que la norma jurídica misma determine como criterio de validez de los contratos que éstos “no sean inmorales”. La determinación de qué es un contrato inmoral podría estar definida convencionalmente, es decir, según creencias compartidas acerca de qué es inmoral y en ese caso, si bien habrá que recurrir a las convenciones interpretativas para identificar cuál es la norma, una vez identificada, no parece que pueda decirse que es derrotable. Ahora bien, puede ocurrir en cambio que para determinar lo que es un contrato inmoral haya que recurrir a “consideraciones no basadas en fuentes”³⁰⁷, esto quiere decir que el derecho dejará *indefinido* qué cuenta como contrato inmoral.

Según Bayón en estos supuestos tiene sentido hablar de fuerza *prima facie* de las disposiciones jurídicas, ya que el derecho dispone “que debemos actuar según algún criterio que él mismo establece (es decir, convencionalmente determinado), a condición de que no haya razones para apartarse de él a la luz de criterios que no establece (o sea, no convencionales) con lo que serán éstos los que, en definitiva, gobiernen la decisión”³⁰⁸.

Aquí habla entonces de una “convención que se autoanula” que, en sus palabras sería la convención que establece la procedencia de una argumentación –de otro modo inexistente- para apreciar la concurrencia en el caso concreto de alguna excepción al criterio convencionalmente fijado a la luz de los criterios no convencionales a los que la propia convención se supedita³⁰⁹. En estos casos, la decisión que se tome será inevitablemente una elección entre alternativas abiertas, es decir, un ejercicio de discrecionalidad.

Como se puede apreciar, el circunscribir los alcances de la derrotabilidad de las reglas, dándoles a éstas siempre prioridad dentro del universo normativo, es una tarea que el positivismo se ha tomado en serio. Esto a fin de enmarcar el ejercicio de discrecionalidad judicial, por un lado y por el otro, de sortear las críticas de formalismo que se le han realizado.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 111.

³⁰⁷ Véase Raz, Joseph, “Razones jurídicas, fuentes del derecho y lagunas”, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. de R. Tamayo, México, UNAM, 1982, p. 101.

³⁰⁸ Bayón, Juan Carlos, “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, *ob. cit.*, p. 111.

³⁰⁹ *Ibidem*, p.112.

a) Interpretación del derecho y discrecionalidad judicial

A esta altura entonces se puede hacer una última distinción entre interpretación del derecho y creación discrecional del mismo³¹⁰. El aplicador del derecho estará interpretando una norma en principio indeterminada cuando necesite acudir a las convenciones establecidas para resolver problemas de tipo lingüístico, de coherencia o congruencia normativa³¹¹. Por el contrario, usará su discrecionalidad en los casos de indeterminación del derecho en los que las convenciones no se puedan aplicar y sea necesario acudir a elementos externos³¹².

Volviendo a los supuestos de derrotabilidad, vemos que se pueden resolver los primeros casos de derrotabilidad que señalaban Ródenas y Bustamante -es decir derrotabilidad por sub y sobreinclusión de la prescripción normativa y derrotabilidad en base al balance de razones subyacentes-, mediante la interpretación del derecho, es decir, acudiendo a las propias convenciones interpretativas. Por esta razón es que Bayón no considera estos casos como de “genuina derrotabilidad”, pues a su criterio “se trata de excepciones cuya admisibilidad está predeterminada por las convenciones

³¹⁰ Aunque se acepte que la creación judicial del derecho no necesita ser intencional. Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, ob. cit., p.259. No muchos autores estarían dispuestos a compartir esta “diferenciación”. Véase por ejemplo Barranco Avilés, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, ob. cit., pp. 130-133 que, apartándose de autores como Alexy o Dworkin que niegan la tesis de la discrecionalidad y también de autores como Ferrajoli, que consideran la actividad jurisdiccional como de carácter cognoscitivo; sostiene que “la interpretación es creación”.

³¹¹ Ródenas, Ángeles, “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, ob. cit., p. 80. Reconociendo que la mayor o menor extensión que se dé a las reglas o pautas interpretativas dependerá de la concepción del derecho de la que se parta. *Ibidem*, p.81.

³¹² A esto Laporta le llama “discrecionalidad judicial fuerte” puesto que el juzgador no dispone de pauta para resolver el caso y por tanto debe *crear* dicha pauta. A este tipo de discrecionalidad la distingue de aquella en sentido “débil” que se presentaría cuando el juzgador requiere de discernimiento y reflexión para la aplicación del derecho, puesto que las pautas del sistema no permiten una aplicación mecánica o el caso resulta técnicamente difícil. Este tipo de discreción, según el autor, se pretende compatible tanto con la idea de plenitud del ordenamiento como con la idea de “única respuesta correcta” que se analizó *ut supra* y que el autor no considera adecuadas. Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, ob. cit., p. 208. Lo anterior se debe a que, a su criterio, la afirmación que los jueces crean derecho es conceptualmente necesaria y empíricamente inevitable. *Ibidem*, p. 209-210. Pero no considero que discreción en sentido débil se corresponda con las tesis neoconstitucionalistas de las que habla Laporta, que prácticamente niegan cualquier discrecionalidad, sino más bien con aceptar convenciones interpretativas o necesidad de ponderación incluso dentro de posicionamientos positivistas.

interpretativas existentes”³¹³. En estos supuestos entonces, la llamada “ponderación” no consiste en una elección discrecional del aplicador, sino en el seguimiento de un criterio convencionalmente predeterminado para la identificación del derecho, que reconoce el carácter provisional de los pasos intermedios de dicho proceso.

En cambio, en los casos llamados de “genuina derrotabilidad” (o derrotabilidad radical en la clasificación de Ródenas), la norma jurídica derrotable no determina por sí sola de manera completa ninguna decisión particular, por eso se necesitará de la creación discrecional del juez para aplicarla³¹⁴. A mi entender, tanto en los primeros casos como en estos últimos, puede hablarse de derrotabilidad y por tanto, de toma de decisiones discrecionales por parte del aplicador, aunque podríamos graduar esa discrecionalidad de distinta manera: “débil” y más “fuerte” respectivamente. Por

³¹³ Bayón, Juan Carlos, “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, ob. cit., p. 113. Una postura similar sostiene García Amado desde un positivismo inclusivo, enfrentándose a lo que él llama posturas iusmoralistas. Aunque se califica a este autor como más extremo desde que niega que haya diferencia entre reglas y principios y, como consecuencia de ello, equipara la ponderación (entre principios) a una tarea interpretativa/subsuntiva (entre reglas), considerando a la primera más “engañosa” que a ésta última. Véase García Amado, Juan Antonio, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”. en Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pp. 249-331. Por todo lo dicho, para este autor, la derrotabilidad tendría su ubicación en el campo de la lógica deductiva, ergo, no se fundamentaría en la ponderación sino en excepciones elaboradas por los órganos de aplicación del derecho en base a convenciones interpretativas comúnmente aceptadas. Del mismo autor “Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas” en Pablo Raúl Bonorino Ramirez (ed.), *Teoría del Derecho y Decisión Judicial*, Bubok, Madrid, 2010, pp. 179-204. Si rizamos un poco más el rizo, creo que remitir a “convenciones interpretativas” para salvar la indeterminación del derecho, termina siendo un poco difuso y cuasi *dworkiniano*. Es que no veo cómo se salvaría la posibilidad de que diferentes aplicadores invocaran distintas convenciones según su propio entendimiento (es decir, utilizaran su discrecionalidad), en tanto estas convenciones no tengan una determinación formal, clara y solo aceptaciones parciales. Cosa que advierte el propio Bayón. Así nos explica que hay diferentes “convenciones interpretativas”, desde la más simple regla del significado literal, que no causaría problemas mayores, hasta las más complejas. Y si bien anuncia que “no parece haber pleno acuerdo [...acerca] de cuál sería el contenido y alcance de nuestras presuntas convenciones interpretativas”, luego afirma que la determinación de su contenido se realizaría mediante una forma compleja de deliberación coherentista. Véase Bayón, Juan Carlos, “Derecho. Convencionalismo y controversia”, ob. cit., pp. 63, 77 y 81. En ese sentido, la confianza en “convenciones interpretativas” se trasladaría a las diferentes teorías de la interpretación y de alguna manera, de la argumentación racional; lo que lleva a aceptar que en el límite de estas convenciones, que no es muy lejano, sigue jugando un papel importante la discrecionalidad... aunque la calificaría de débil. Lo que sí no cabe en ningún caso es aludir al “genuino razonamiento moral”. En ese sentido llama la atención la posición de Laporta que, reconociendo los límites de las convenciones interpretativas, nos dice que “no es imposible la objetividad en el razonamiento moral”, es decir, que “la argumentación en materia moral es racionalmente controlable y que puede alcanzar conclusiones plausibles y compartidas por una audiencia racional”. Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, ob. cit., p. 199.

³¹⁴ Bayón, Juan Carlos, “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, ob. cit., pp. 113-114.

lo que considero que el problema deberá orientarse al establecimiento de mecanismos de control o responsabilidad al juez³¹⁵.

Por último, estarán los casos en que el derecho establece una solución concreta para el asunto en cuestión, pero que su aplicación resulta repugnante a la moral y en los que el juez también podrá acudir a argumentos de esa índole para dejar de aplicarlo. Aquí no se trata de derrotabilidad en ninguna de sus acepciones, sino de un uso de la discrecionalidad judicial que también será tarea del juez justificar debidamente.

b) Las ventajas de seguir reglas

Como en parte he adelantado, el priorizar el seguimiento de reglas y circunscribir correctamente el concepto de derrotabilidad, responde a fines y valores importantes para un sistema jurídico³¹⁶. Por empezar, se centra en la idea de autoridad³¹⁷, ya que respeta la decisión que ésta, tras una deliberación, ha tomado sobre un determinado curso de acción, dadas ciertas circunstancias, sin tener que reabrir esa deliberación cada vez que se presente la situación regulada³¹⁸. Y esto es importante porque refuerza la legitimidad de la decisión,

³¹⁵ Barranco Avilés, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, ob. cit., p. 63, siguiendo las posiciones de Tarello, Guastini, Troper y Saavedra, quienes señalan la necesidad de que los intérpretes hagan explícitas sus decisiones y los argumentos – a veces ideológicos – que las justifican, para hacer posible la crítica pública. En igual sentido Asís Roig, Rafael, “Argumentación y derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 2, 1999, p. 30-32, exigiendo coherencia en los contenidos de las decisiones por parte del aplicador. En un sentido más amplio, es decir, refiriéndose a la responsabilidad de los servidores públicos en general, Vázquez destaca que el principio de legalidad requiere que las normas sean dictadas por la *autoridad* competente, sean *generales, prospectivas, estables* (aunque no inmutables), *claras y transparentes*; de esa manera se puede deslindar responsabilidad, y los individuos pueden ejercer control sobre los funcionarios públicos. La responsabilidad en esta lógica, tiene que ver con “la libertad o *autonomía* del individuo así como con su capacidad de comprometerse consigo mismo y, sobre todo, con otros hasta el punto de tener que responder de sus acciones. Esa relación de *compromiso*, de expectativas o exigencias hace que la responsabilidad sea una actitud esencialmente *dialógica*”, postulado que comparto plenamente. Véase Vázquez, Rodolfo, *Entre la Libertad y la Igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, ob. cit., pp. 203-205 con cita a Camps, Victoria, *Virtudes Públicas*, Espasa Calpe, Madrid, 1990, p. 66.

³¹⁶ Schauer detalla las razones en apoyo de las reglas en *Las reglas en juego*, ob. cit., cap. VII (pp.197-228).

³¹⁷ Véase Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, ob. cit., especialmente pp. 34 y ss. Asimismo Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, ob. cit., p. 100.

³¹⁸ Por eso Raz habla de las normas jurídicas como razones para actuar excluyentes que tienen la pretensión de pasar por alto razones para la no conformidad. Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, ob. cit., p. 48. Sobre este punto dice Schauer “la cuestión de la autoridad sólo se plantea cuando existe desacuerdo entre la autoridad y el sujeto” para el caso de aplicación de una regla, en *Las reglas en juego*, ob. cit., p. 194.

en tanto esa autoridad sea democrática³¹⁹. Repito que eso no quita, como el mismo Raz reconoce, que el juez conserve cierto margen de discrecionalidad para apartarse de lo ordenado por el propio derecho, siempre que haya razones morales importantes para hacerlo³²⁰. Mucho menos que estas razones muevan a la ciudadanía a desobedecer el derecho o a intentar modificarlo.

Aún así, priorizar el seguimiento de reglas evita que surjan conflictos morales permanentes y excluye la incertidumbre, reduciendo la arbitrariedad que potencialmente podría surgir en el caso de aplicación directa de valores morales³²¹. Esta no es una meta “nueva” que desafíe al derecho –complejo- de nuestros tiempos, de hecho remite a la justificación misma del Estado de Derecho.

Hace hincapié en este punto Waldron, interpretando a Kant, para quien, el mayor problema del estado de naturaleza es que la gente intenta comprender los derechos y la justicia por sí misma y eso es causa de violencia, pues hay un desacuerdo sobre lo que es bueno y justo. De allí que el derecho positivo, al prescindir de los juicios subjetivos de cada uno, cumpla la función de evitar el conflicto, pues, ante la dificultad de encontrar certezas sobre lo que es justo o injusto, se torna necesario tomar una decisión; y a ésta sólo la puede tomar el legislador³²². Así se entiende la idea de *rule of law*, donde el derecho positivo asegura que nuestra libertad será limitada en la medida necesaria para compatibilizarla con la libertad de los demás según una regla universal. A través del legislador, se sustituye la unilateralidad por la reciprocidad asegurando a todos una sola regla de acción³²³.

Otro argumento de gran peso a favor de tener reglas, tiene que ver con su función de mecanismos para la distribución del poder. Es que si tenemos en cuenta esta particularidad, ya no resulta para nada deseable conferir al

³¹⁹ En este sentido hay autores que incluso dan a la decisión tomada democráticamente una presunción de aceptabilidad moral que la decisión de un juez, en tanto no cuenta con el fundamento epistémico correcto, no tiene. Véase Nino, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, ob. cit., entre otras obras del autor, sobre cuya teoría volveré *in extenso* en los capítulos siguientes, especialmente en el capítulo cuarto.

³²⁰ Atienza, Manuel, Ruiz Manero, Juan, “La derrotabilidad y los límites del positivismo jurídico”, ob. cit., p. 105. En cuyo caso, agrego so pena de resultar reiterativa, es importante saber que el juez se aparta de la regla por razones morales y no hacer de cuenta que incluso así aplica derecho.

³²¹ Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, ob. cit., p. 101.

³²² Waldron, Jeremy, “Kant’s legal positivism”, *Harvard Law Review*, vol. 109, n° 7, 1996, pp. 1535-1566, pp. 1538-1552.

³²³ *Ibidem*, pp. 1557-1564.

aplicador de una regla el poder para determinar si de conformidad con el balance de razones es aconsejable o no seguir la regla en determinada ocasión³²⁴. Esto tiene que ver con la conocida tesis de filosofía política según la cual, en principio, la determinación de cuestiones sustantivas debe recaer en autoridades democráticas y no en autoridades no representativas, como las judiciales³²⁵. El alterar o cuestionar esta forma de distribución de poder es uno de los problemas que a mi criterio acarrea el neoconstitucionalismo y que tiene consecuencias graves para los diseños institucionales.

Además de las razones más familiares para resaltar el papel de las reglas como son el promover la coordinación, el control social, la prevención y resolución de conflictos, ofrecer defensas parciales contra las injusticias y miedos perpetrados por el ejercicio arbitrario del poder (ejercido sin reglas) y, si operan en contextos donde todo lo que no está prohibido está permitido, el garantizar una esfera de autonomía en la que los individuos y colectivos pueden actuar como quieran³²⁶. Quisiera destacar con Campbell, otras justificaciones del gobierno por reglas que se relacionan con la idea de democracia y autogobierno y que son distintas a la idea de rule of law *per se*.

Estas virtudes democráticas son: 1) la ventaja del control democrático, que se relaciona con el hecho de que las mayorías pueden ejercer más poder a través de la elección de reglas que con la elección sola de sus gobernantes. Si las políticas se presentan en términos de reglas promulgadas para su implementación, el control sobre los representantes se incrementa desde que las bases para evaluar su desempeño están claras. 2) La ventaja de la “forma moral”, que deriva del hecho de que toda conducta que afecta a otros debe expresar algún principio que permita su evaluación moral. Así, toma la idea de universalidad de la filosofía moral y la aplica no sólo a la práctica de la legislación sino también a su contenido. De allí se sigue que toda conducta requerida por los gobernantes a los ciudadanos debe ser universalizable y que quienes la sostienen tienen que estar dispuestos a verla aplicada a cualquier persona en circunstancias similares. Esto garantiza la igualdad en los

³²⁴ Schauer, Frederick, *Las reglas en juego*, ob. cit., pp. 158, 221 y ss.

³²⁵ Ródenas, Ángeles, “Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial”, ob. cit. p. 118.

³²⁶ Campbell, Tom, “Legal Positivism and deliberative democracy”, en Freeman, M. D. A. (org.) *Current Legal Problems*, 1998, vol. 51, pp. 65–92, p. 70.

resultados y, según Campbell, moraliza tanto la discusión como las decisiones y las torna legítimas, en tanto tratan sobre reglas generales y no sobre particulares³²⁷. Con ello el autor propone un “positivismo democrático”, que es una teoría normativa donde el derecho tiene que ser un sistema de reglas que puedan ser seguidas y aplicadas sin acudir a las visiones morales o políticas involucradas³²⁸.

4.- Recapitulación

En suma, el presente capítulo se centró en una de las características estructurales que el neoconstitucionalismo reclama como propia, cual es la presencia de “principios” en el sistema jurídico político. Dije que la corriente de pensamiento bajo estudio tomó como punto de partida a Dworkin y su idea de que el derecho está constituido por estándares morales reflejados en los principios, que se distinguen lógicamente de las reglas, entre otras cosas, por no poder ser identificados a través de su “pedigrí”.

Estos principios, en la construcción de Dworkin, desempeñan un papel esencial a la hora de resolver casos difíciles, pues permiten al juez imponer derechos preexistentes, que se desprenderán de una teoría política que se pueda presentar como la más lógica y mejor fundada para su justificación. Es más, esta teoría es la que posibilita llegar a la tesis de la única respuesta correcta para cada caso, a través de argumentos de principios o “tesis de los derechos”. En cuanto a la tesis de la única respuesta correcta, pretendí demostrar por qué no era sustentable ni teóricamente ni en la práctica, pero además quise resaltar los riesgos que podría acarrear su aceptación incluso como ideal regulativo.

³²⁷ *Ibidem*, p. 71. El autor reconoce que en las sociedades actuales se requieren distinciones que permitan que las reglas no afecten a todos los ciudadanos por igual, pero eso no implica perder el ideal y por tanto, todas esas distinciones deben ser justificadas y aplicadas tanto a gobernantes y gobernados., *Ibidem*, p. 72.

Finalmente Campbell nos habla de 3) la centralidad del gobierno por reglas para las formas constitucionales de gobierno, en tanto toma a la democracia como un sistema de gobierno que depende de su constitucionalidad no sólo en cuanto a las reglas del sistema electoral sino también, en cuanto presupone ciertos derechos civiles y políticos como prerequisites para la legitimidad de los resultados electorales. Campbell se refiere a la libertad de expresión, la responsabilidad de los gobernantes y la igual capacidad electoral como estos prerequisites para la democracia, que deben ser garantizados para que no queden en una mera posibilidad formal. Véase también del autor *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, 1996, p. 61. Sobre estos puntos volveré más adelante.

³²⁸ *Ibidem*, p. 75.

De allí me pareció importante señalar claramente cuál es la disputa entre positivistas y neoconstitucionalistas en cuanto a los principios y sus alcances, dado que los primeros no niegan su presencia en el derecho. Para ello tomé la clasificación de Wroblewsky, resaltando que sólo los principios extrasistémicos traen problemas para el positivismo jurídico. Sobre todo en cuanto son éstos los que dejarían ingresar a la moral en el derecho.

Dado los problemas que genera sostener una distinción fuerte entre reglas y principios, me pareció importante estudiar otra tesis, de gran relevancia para el neoconstitucionalismo, cual es la de la derrotabilidad de las normas jurídicas. Para esto tuve que partir de una diferenciación débil entre reglas y principios y explorar las distintas consecuencias que, dependiendo de cómo se enfrente la tesis, puede tener para el derecho y para la discrecionalidad en la interpretación del mismo.

El quid de la cuestión pasa por establecer una relación de prioridad entre reglas y principios. Claramente he propiciado una prevalencia de las reglas y he enunciado las ventajas que considero tiene esta opción, frente a la propuesta neoconstitucionalista de dar prioridad a los principios. Inspiró esta narración la preocupación por el lugar que va quedando a la democracia dentro de la teoría constitucional y la pregunta que dejamos abierta en el primer capítulo: ¿es el neoconstitucionalismo una buena teoría?

Es que si bien este capítulo arrancó con el propósito de describir a los principios como nota distintiva -según la teoría neoconstitucional- del funcionamiento y estructura de los sistemas constitucionales actuales, no es posible escapar a la cuestión normativa. García Figueroa lo corrobora claramente al afirmar que “[e]l neoconstitucionalismo partió de un modelo normativo (el constitucionalismo) para convertirse en una teoría del Derecho”, por eso rechaza el esencialismo, es decir, renuncia a la búsqueda de la *esencia* del Derecho para conformarse con explicar *cómo funciona el Derecho de los Estados constitucionales*³²⁹. De allí la función que le atribuyen a la teoría del derecho, que no será sólo descriptiva sino también prescriptiva, pues respalda el modelo jurídico que describe y se compromete con él, considerándolo deseable y propiciando su optimización³³⁰.

³²⁹ García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad*, ob.cit., pp. 187,221.

³³⁰ *Ibidem*, p. 228.

Por el contrario, he querido resaltar que la función y los alcances que el neoconstitucionalismo da a los principios, no se circunscriben a “explicar cómo funciona el derecho” sino que responden a una concepción determinada del mismo que tiene consecuencias problemáticas. Desde la consideración de los principios extrasistémicos como jurídicos, hasta la extensión del fenómeno de la derrotabilidad a todo tipo de normas basada en la prevalencia de principios, tiene detrás una política constitucional debatible, que a lo menos, resulta cuestionable desde el punto de vista democrático. Aunque no sea esto un problema para los neoconstitucionalistas, que no dudan en aplaudir el hecho de que “la importancia creciente de los principios en los ordenamientos jurídicos...corr[a] paralela a la progresiva judicialización del Derecho”³³¹. Me detendré en estos arreglos institucionales en los capítulos siguientes.

³³¹ Atienza, Ruiz Manero, *Las piezas del derecho...*, ob. cit. p. 19.

CAPÍTULO 3: El neoconstitucionalismo como modelo constitucional: El modelo de rigidez

1.- Sobre los arreglos institucionales en el neoconstitucionalismo: La constitucionalización del ordenamiento jurídico

En los capítulos anteriores quise repasar el sustento teórico del neoconstitucionalismo y ya desde allí anunciar algunos problemas. En lo que sigue, me detendré en el modelo constitucional en sí, es decir, en las principales características estructurales del sistema jurídico y político que son descritas y explicadas por el (neo)constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo)constitucionalismo como ideología¹.

No abunda decir que el hecho de haber comenzado esta investigación por la “teoría” para luego explicar el modelo, no atañe a una correspondencia cronológica. Más bien, por el contrario, los modelos que se describirán son las “idealizaciones” (abstracciones) de ciertos arreglos institucionales fácticos como por ejemplo los del Estado constitucional alemán, italiano o del propio español posterior a la constitución de 1978 y que sirvieron de base a la ya estudiada formulación teórica. Si bien los modelos de referencia son posteriores a la Segunda Guerra Mundial, el que se los tome como propios de un “cambio de paradigma”², ya vimos, puede ser discutible puesto que, para muchos autores, rasgos como la rigidez constitucional o el control judicial de constitucionalidad de las leyes en un sentido fuerte, ya se encontraban en varios modelos constitucionales anteriores.

En este capítulo y en el siguiente diseccionaré entonces el conjunto de mecanismos institucionales de los modelos constitucionales que el

¹ Según la definición de Comanducci a la que ya se hizo referencia en el capítulo primero, punto 2. Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, ob. cit. p. 75.

² Sobre el punto además hay que decir que sólo tendría sentido respecto de los cambios constitucionales que sucedieron en Europa después de la IIGM, cosa que no sucedió en EEUU ni tampoco en Latinoamérica. Las reformas en materia de derechos que en ésta última región se han producido, sucedieron a principios del siglo XX pero no trajeron inmediatas consecuencias. Las reformas que tuvieron que ver con la cuestión institucional y que en parte activaron las reformas sociales anteriores, se dieron en los noventas y son en gran parte reflejo del auge de esta teoría europea en estudio. Sobre la idea de “cambio de paradigma” remito al punto 1.2 del capítulo primero de esta tesis.

neoconstitucionalismo destaca como propios y los iré evaluando a la luz de una teoría normativa del derecho y especialmente de la democracia.

Como vimos en el capítulo primero, uno de los fenómenos que se ha destacado como paradigmático a la hora de comenzar a hablar de neoconstitucionalismo ha sido el llamado de la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”³. Señalé en ese capítulo, siguiendo a Guastini, las condiciones necesarias que debían cumplirse como mínimo para poder hablar de este proceso de constitucionalización, a saber: 1) rigidez de la constitución y 2) control de constitucionalidad de las leyes⁴.

En este capítulo deseo detenerme en esta primera condición y en las justificaciones que ha recibido dentro del modelo neoconstitucional (tanto en su sentido normativo como conceptual), dejando el análisis de la segunda condición para el capítulo siguiente. Respecto de las otras características, que vienen a ir completando los distintos grados de constitucionalización⁵, como bien señala Guastini, en muchos casos están vinculadas entre sí de modo estrecho, por lo cual surgirá su tratamiento transversalmente en cuanto trate los puntos que aquí me interesan.

Antes de comenzar vale la pena resaltar que del mismo modo que el neoconstitucionalismo encuentra críticas en su formulación global (como teoría y como modelo constitucional) también la rigidez constitucional y el control de constitucionalidad de las leyes -que se le atribuyen como rasgo de identidad- han sido objeto de ardua discusión y desacuerdo. La discusión, por supuesto, va más allá del llamado neoconstitucionalismo pues estos rasgos pueden encontrarse en el constitucionalismo *tout court*. Por eso, si bien me detendré -como anticipé- en los desarrollos que se le han dado desde el neo-

³ Guastini, Riccardo “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano” ob. cit., p. 49. Remito al capítulo primero, punto 1.2.

⁴ *Ibidem*, p. 50. Las dos características que justamente Bellamy señala como del constitucionalismo “legal” en oposición al constitucionalismo “político”. Véase Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político*, ob. cit., pp. 19-23. Podría decirse que no se puede hablar de control de constitucionalidad de las leyes sin la tercera condición a la que alude Guastini: “fuerza vinculante de la constitución”, pero como bien advierte el autor, esta condición no tiene que ver con la estructura del ordenamiento, sino “más bien considera la ideología difundida en la cultura jurídica del país del que se trate”. Guastini, Riccardo “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, ob. cit., p. 52.

⁵ Recordemos: 3) fuerza vinculante de la constitución; 4) “sobreinterpretación” de las disposiciones constitucionales; 5) aplicación directa de tales disposiciones por parte de los jueces; 6) interpretación conforme de la ley ordinaria; 7) influencia directa de la constitución en las relaciones políticas. *Ibidem*, pp. 52-57.

constitucionalismo utilizaré una doctrina mucho más amplia y que remite a las discusiones acerca de los mejores modos de diseñar las instituciones de una democracia constitucional, que es lo que en el fondo, se pregunta esta tesis.

Cabe por último anticipar que a pesar de que se suelen colocar estas dos “ideas fuerza” conjuntamente como necesariamente implicadas o lógicamente dependientes, son cuestiones distintas. La idea de la “rigidez” significa que la constitución goza de un régimen jurídico especial, diverso del que tienen las leyes, “en el sentido de que el procedimiento de reforma de la Constitución es distinto del procedimiento de formación de las leyes”⁶. Esta idea se vincula estrechamente a la de supremacía constitucional, aunque se puedan distinguir.

Por otra parte encontramos la idea, también diferenciable de la anterior y que no se deriva necesariamente de ella, “que postula que esa primacía de la Constitución sobre la ley ha de garantizarse recurriendo a procedimientos judiciales y debe llevarse a cabo por órganos del poder judicial” y que se sitúa más bien en el terreno del procedimiento de adjudicación⁷.

Como se verá a continuación, en ambas instituciones puede encontrarse la llamada “objeción democrática” en tanto son mecanismos “contra-mayoritarios”⁸. Por lo cual, al identificar al (neo) constitucionalismo con este tipo de arreglos institucionales, la clásica tensión entre constitución y democracia se hace patente⁹, en tanto se entiende que mientras la “esencia” de la democracia consiste en que las decisiones políticas han de ser adoptadas según el principio mayoritario, la “esencia” del constitucionalismo parece estar en el que

⁶ Guastini, Riccardo, “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano” en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n° 30, año 2000, pp. 175-194, p. 175. Idea esta tomada de Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1924, pp. 121 y ss.

⁷ Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, ob. cit., p. 221.

⁸ Según la expresión de Bickel, Alexander en referencia al control judicial de constitucionalidad, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1962, pp. 16 y ss.

⁹ Este punto es tratado también como la tensión entre “razón y voluntad”, como reflejo de la tensión entre Derecho y Poder, donde “La razón es la de la Constitución y los derechos, la de los contenidos sustantivos protegidos a través de su inclusión en el texto constitucional” y “La voluntad es la de las mayorías que toman decisiones en el marco de un sistema democrático”. Véase Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico jurídico*, ob. cit., pp. 279-280. No he seguido esta distinción puesto que me parece que de antemano el uso de las palabras que la nombran inclina la balanza a favor de “la razón” sin considerar que dicha “razón” es producto de una voluntad y que la voluntad contiene la razón. Además considero que la equiparación entre razón y constitución es falsa.

algunas decisiones queden protegidas o atrincheradas frente a esa mitad más uno¹⁰.

El constitucionalismo contemporáneo enfrentaría esta tensión debido a su doble compromiso: por un lado con la idea de derechos, que se expresa con la adopción de un catálogo de derechos incondicionales e inviolables dentro de constituciones rígidas; y por el otro, con la idea de democracia como ideal de sociedad autogobernada¹¹. Pero el mero hecho de que exista ese “doble compromiso” hace que muchos teóricos del neoconstitucionalismo nieguen que haya tensión (o pérdida para la democracia) y reconduzcan la discusión a otra respecto la propia definición de democracia¹².

Una última aclaración parece pertinente y es que consideraré como dado el “hecho del pluralismo”¹³, es decir, la asunción de que vivimos en sociedades con contextos distintos, en las cuales a su vez, sus habitantes tienen distintos planes de vida, distintas formas de concebir el bien, la justicia, el mundo; por lo tanto existe un profundo y persistente desacuerdo sobre estas cuestiones. Pero la presencia del desacuerdo no es vista como un impedimento para la actuación colectiva, sino más bien como la causa de su necesidad, la que dará pié al debate y a la consecuente toma de decisiones de conjunto, de decisiones

¹⁰ Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, ob. cit., p.156, aunque considero que el decir que el principio mayoritario de toma de decisiones es la esencia de la democracia es un reduccionismo. Por otro lado, como se advirtió en el capítulo 1, hay varias formas de entender el constitucionalismo y una de ellas lo identifica con ciertos arreglos institucionales, diseños o “modelos” propios de los Estados liberales de Derecho. Ahora bien, los arreglos institucionales no necesariamente tienen que ser contramayoritarios y estar en tensión con la idea de democracia. Lo que sucede es que el constitucionalismo contemporáneo sistemáticamente ha adoptado instituciones que reflejan una ideología que se ha llamado “el liberalismo del miedo”. Véase Shklar, Judith, “The liberalism of Fear” en *Political Thought and Political Thinkers*, Stanley Hoffman, University of Chicago Press, Chicago, 1998, p. 3. En palabras de Waldron, esta idea “... is that the concentration of power leads to its abuse and this is why the power-dispersing, the power-slowness, and the power checking elements of constitutional structure are thought to be important”. Waldron, Jeremy, “Constitutionalism: A Skeptical View”, ob. cit., p. 14.

¹¹ Claro que el problema así planteado es simplista y da por presupuestas demasiadas cosas que será necesario analizar a lo largo de la tesis. En este sentido, como se anticipó en el capítulo 1, no hay una sola forma de concebir el constitucionalismo, ni tampoco, como veremos *infra*, una única noción de la idea de democracia. Corolario de esto, tampoco habrá un único modo de abordar la tensión planteada, ni tendrá las mismas consecuencias para el diseño institucional según los presupuestos que se adopten. En el transcurso de esta investigación abordaré el análisis de la tensión entre constitución y democracia y las distintas formas de abordarla e intentar resolverla

¹² En esta línea, como se verá más adelante, encontramos claramente a Dworkin y Ferrajoli.

¹³ He tomado esta expresión de Rawls, *El liberalismo político*, traducción de Antoni Domèch, Crítica, Barcelona, 1996, p. 66, 67 (que a su vez la toma de Joshua Cohen y la distingue del pluralismo como tal). Así mismo Habermas, Jürgen y Rawls, John, *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós I.C.E/ U.A.B, Barcelona, 1998; discutiendo este mismo tema.

políticas. Este presupuesto ayudará a iluminar el análisis tanto de las instituciones referidas, como de la tensión democrática.

2.- La rigidez de la constitución

Como señalé en el capítulo primero, gran parte de la doctrina neo-constitucionalista encuentra en la rigidez constitucional la clave del cambio de paradigma desde el “antiguo” Estado de derecho a este “nuevo” Estado constitucionalizado. Para ser fiel a la descripción de Guastini, comenzaré por la definición que él mismo realiza de este primer punto: “Una constitución es rígida si y sólo si, en primer lugar, es escrita; en segundo lugar, está protegida (o garantizada) contra la legislación ‘ordinaria’, en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (más complejo respecto del procedimiento de formación de leyes)¹⁴.”

Este concepto rescata la definición original de Bryce, según la cual las constituciones rígidas tienen un rango superior al de las leyes ordinarias y por tanto, pueden ser modificadas sólo por un método diferente a aquel por el cual esas leyes son promulgadas o derogadas¹⁵. Pero es a la vez superior de ésta, en la medida en que analiza la rigidez (y la flexibilidad) como cualidades *graduables* y no de todo o nada, como se verá a continuación¹⁶.

2.1.- La cuestión de la supremacía

Antes de continuar con la idea de rigidez y detenerme en la cuestión de grado, quisiera resaltar que estas caracterizaciones identifican la rigidez

¹⁴ Guastini, Riccardo “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, ob. cit., p. 51.

¹⁵ Bryce, James, *Studies in history and jurisprudence*, vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1901, p. 19. Con sus palabras, el rasgo característico de este tipo de constituciones reside: “in the fact that every constitution belonging to it enjoys an authority superior to the authority of the other laws of the State, and can be changed only by a method different from that whereby those other laws are enacted or repealed”, pp. 198-199. Aunque para Pace, la presencia de un procedimiento especial de revisión constitucional no resultaba esencial para la existencia de una constitución rígida desde la concepción de Bryce, sino que fue una eventualidad resaltada por Dicey. Véase Pace, Alessandro, “La ‘natural’ rigidez de las constituciones escritas”, en Alessandro Pace y Joaquín Varela, *La rigidez de las constituciones escritas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 9-80, p. 29.

¹⁶Guastini, Riccardo “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”, ob. cit., pp. 178 y ss.

constitucional con la supremacía de la constitución¹⁷, pero también estas dos cualidades pueden distinguirse. La supremacía constitucional como idea fuerza del constitucionalismo tiene que ver “con la estructura jerarquizada del ordenamiento, y es la exigencia de que por encima de las leyes emanadas del poder legislativo se sitúe un texto jurídico que tenga primacía sobre ellas, es decir, que sea jerárquicamente superior a las leyes¹⁸”. Es cierto que a fin de garantizar la supremacía es posible acudir a las instituciones especiales de reforma y/o a ciertos procedimientos de fiscalización¹⁹, pero eso no significa confundirla con ellas.

Una forma habitual de realizar la distinción entre rigidez y supremacía es definiendo esta última por la existencia de un proceso especial de reforma. Entonces, si se parte de la aceptación de que rigidez y flexibilidad son cuestiones graduables, se sigue que puede haber supremacía con constituciones flexibles, en tanto y en cuanto se excluya la posibilidad de reformas implícitas a la constitución (o mediante el criterio cronológico de reforma)²⁰. En otras palabras, el sólo hecho de que para poder modificar la constitución sea necesario hacerlo expresamente, aunque el órgano que la modifique sea el mismo que aprueba las leyes y para ello utilice el mismo procedimiento, ya hace que se pueda hablar de supremacía constitucional²¹.

¹⁷ Según Guastini “... una Constitución rígida –y más todavía, se entiende, una Constitución inmodificable- es una fuente que se distingue de todas las demás (en particular de la ley) en virtud de su posición de “supremacía”, o sea, en virtud de su posición en la jerarquía de las fuentes”, *ibídem*, pp. 177-178. Aunque es cierto que en otro trabajo Guastini nos dice que la jerarquía *formal* se da entre “normas producidas por dos poderes normativos distintos cuando uno de los poderes en cuestión debe su fuente de legitimidad al otro” y afirma que esto se da incluso en un régimen de constitución flexible. Pero también aclara que en estos regímenes no habría una subordinación *material* de las leyes a las normas constitucionales. Guastini, Riccardo, “Normas Supremas”, *Doxa* n° 17-18, 1995, pp. 257-270, p. 260. También Pace, que no comparte la caracterización de la rigidez constitucional por el procedimiento especial de reforma, insiste en que “La superioridad jurídica de la constitución y la rigidez de la misma son las dos caras de la misma moneda”, en Pace, Alessandro, “La ‘natural’ rigidez de las constituciones escritas”, *ob. cit.*, p. 71. Este autor a su vez rechaza la idea de la supremacía como un concepto relacional como lo califica Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, *ob. cit.*, p. 160, anclándolo a la constitución en sí misma considerada, p. 73.

¹⁸ Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, *ob. cit.*, p.220.

¹⁹ Como los llama Ruiz Miguel, Alfonso, “El principio de jerarquía normativa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, n° 24, septiembre-diciembre 1988, pp. 135-154, p. 138.

²⁰ De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 62 se refiere a las constituciones flexibles como normas superiores “... si se exige que esa reforma por la vía ordinaria se haga de forma expresa”. En igual sentido Ferreres, Victor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, n° 23, 2000, p. 30, nota n° 2.

²¹ Claro está que para algunos autores, las constituciones que permiten ese trámite de reforma son rígidas (en el grado más bajo de rigidez, como las calificaría –entre otros- Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *ob. cit.*,

Esta tesis se asienta en la lógica según la cual, del hecho de que se pueda modificar o derogar la constitución por medio de mayorías simples en el Congreso, no se sigue el que una regulación contradictoria con la misma no se considere una infracción a la constitución, al menos en tanto esa modificación o derogación constitucional no se realice. Así el sólo hecho de tener que presentar explícitamente una norma aprobada por el procedimiento legislativo ordinario como norma de reforma constitucional, implica asumir una carga de deliberación, transparencia y generalidad que no tiene la mera violación más o menos inadvertida²².

Así todo, esta forma de entender la supremacía constitucional, que en el plano procedimental me parece bastante iluminadora, no deja de tener problemas. Podría decirse, por un lado, que para algunos autores peca por exceso. En este sentido se critica el criterio de la *especialidad derogatoria* por el hecho de hacer depender la superioridad de una norma de la gravosidad para su reforma, cuando pueden preverse procedimientos de reforma diferentes para normas del mismo rango jerárquico o ser esos procedimientos simplemente incomparables²³. Así la rigidez (el procedimiento) no podría definir la supremacía (el nivel jerárquico)²⁴.

Pero por otro lado podría, para otros autores, pecar por *defecto*. Así hay quienes, si bien defienden la tesis según la cual rigidez constitucional y jerarquía son cosas distintas, supeditan la supremacía a la verificación de esta y otra condición. Afirman que la superioridad de la constitución necesita de la rigidez como condición necesaria, pero no suficiente. Lo que se necesita

p. 288, pues para el autor es rígida toda constitución que prevé un procedimiento de reforma más complejo o exigente que el procedimiento legislativo ordinario; por lo que habrían grados de rigidez, mas no de flexibilidad). En este caso supremacía y rigidez se confundirían. Mientras que para otros, estas constituciones son flexibles (en un grado no absoluto, como las califica Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, ob. cit., p. 164, para quien serán rígidas las constituciones que han de ser reformadas por un sujeto distinto del poder legislativo o cuando éste requiera de una mayoría cualificada y serán flexibles en cambio cuando la misma mayoría que aprueba las leyes puede aprobar también la reforma, aun cuando haya de seguir un procedimiento diferente). Aquí he seguido el criterio según el cual, el carácter expreso del cambio tiene la función de identificar a las normas constitucionales, posibilitando que éstas puedan valer como normas jurídicas supremas y por tanto, no haciendo encuadrable ese procedimiento dentro de la categoría de rigidez. Véase Alaez Corral, Benito, "Supremacía y rigidez constitucionales" ob. cit., p. 381.

²² Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, ob. cit., p. 166.

²³ Ruiz Miguel, Alfonso, "El principio de jerarquía normativa", ob. cit., p. 140 y ss.

²⁴ De Cabo Martín, Carlos, *La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003, p. 57.

además, es un control de constitucionalidad de las leyes²⁵. En esta lógica, la supremacía sería una consecuencia de tener constituciones rígidas y garantizadas con control de constitucionalidad.

Como advertí *ut supra* no comparto esta última tesis. Además, parafraseando a Guastini, se puede decir que una constitución que no cuenta con una forma de control sobre la conformidad de las leyes a la constitución, tiene una supremacía *proclamada* aunque no *garantizada*²⁶. Esta situación, en palabras de Nino, correspondería a un problema práctico de escasa eficacia de la constitución, pero no a uno lógico. Así nos dice: “no es cierto que un sistema que no cuente con un control judicial de constitucionalidad [...] excluya la supremacía de la Constitución. [...] La facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las leyes es un arreglo contingente de ciertos sistemas jurídicos, que puede no darse aún cuando cuenten con una Constitución suprema”²⁷.

En cambio sí me parece atinada la primera crítica. Es que si bien estoy de acuerdo en que el establecimiento de procedimientos especiales de reforma, por mínimos que sean, son fundamentales para garantizar la supremacía constitucional, creo que la razón de ser de ésta tiene que ver más con criterios sociopolíticos, es decir con un contexto político- cultural y una opinión pública que la apoya²⁸, que con cuestiones meramente jurídico formales o de procedimiento. En otras palabras, si la constitución es suprema es porque cuenta con la aceptación ético-política desde el punto de vista interno de su

²⁵ Varela, Joaquín, “Sobre la rigidez constitucional” en Alessandro Pace y Joaquín Varela, *La rigidez de las constituciones escritas*, ob. cit., pp. 81-114, especialmente p. 113.

²⁶ Guastini, Riccardo “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”, ob. cit., p. 181. En el mismo sentido Ruiz Miguel, Alfonso, “El principio de jerarquía normativa”, ob. cit., p. 138 nos alerta de no confundir la razón de ser de la jerarquía con sus posibles consecuencias, entre ellas, con la previsión de sistemas de control de constitucionalidad de las leyes. Para afirmarlo nos dice: “No parece dudoso que la Constitución de los Estados Unidos habría seguido siendo la norma superior aunque no se hubiera resuelto como se resolvió el caso *Marbury vs. Madison*: aun suponiendo que esa sentencia y las que la secundaron no hubieran existido, no sería en absoluto forzoso, sino más bien inaceptable, identificar la posición jurídica del legislador estadounidense, limitado por la Constitución, con la del ilimitado legislador británico”, p. 139.

²⁷ Nino, Carlos Santiago, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y debates*, nº 29, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1991, p. 107.

²⁸ Pace, Alessandro, “La ‘natural’ rigidez de las constituciones escritas”, ob. cit., p. 63. De hecho se puede pensar como ejemplo de constitución suprema que no cuenta con un procedimiento especial de reforma, a la británica. Si es que claro, aceptamos que este país tenga constitución aunque sea no escrita.

superioridad²⁹, que es lo mismo que decir que goza de un regular nivel de eficacia³⁰. Apenas esa aceptación y/o eficacia se pone en duda o se rompe, por más que la misma constitución se autoproclame suprema, disponga de procedimientos de reforma rígidos y cuente con otras garantías, pierde su lugar de suprema y con ello su normatividad³¹.

Ahora bien, en los Estados democráticos de derecho esa eficacia no se puede reducir al mero acatamiento sin más. Para considerar que la constitución es suprema, a mi criterio, se necesita contar con cierto grado de adhesión de la comunidad política a la misma³², la que se mide mediante la verificación de procesos de deliberación robustos tanto en los momentos de su fiscalización como en los que se ponen en marcha los mecanismos de reforma, en su caso, de rigidez³³. El garantizar entonces esos procesos sustanciales de deliberación,

²⁹En especial referencia a Hart. A lo que Guastini llama punto de vista normativo. Guastini, Riccardo, "Normas Supremas", ob. cit., p. 268.

³⁰Ruiz Miguel, Alfonso, "El principio de jerarquía normativa", ob. cit., p. 150. Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, ob. cit., p. 157. En un sentido similar Carrió Sampedro, Alberto, "La aporía del soberano encadenado. Análisis crítico de 'las limitaciones jurídicas al soberano' del profesor Ernesto Garzón Valdés", *Doxa* n° 30, 2007, pp. 73-77, dice: "...lo que verdaderamente determina la pervivencia de la autoridad reconocida como soberana en cada comunidad es una cuestión de hecho, una práctica social colectiva en la que lo importante será que esa autoridad suprema continúe siendo reconocida como tal por todos aquellos agentes que se encuentran implicados en la obediencia y aplicación de sus normas". Y específicamente con respecto a la constitución, que "... su pervivencia nunca podrá ser asegurada por ella misma ya que dependerá en todo momento de esa práctica colectiva"; p. 77.

³¹No puedo detenerme aquí en la infinidad de asuntos que apareja tratar el tema de la supremacía constitucional y las diferentes tesis al respecto. De hecho no he mencionado la tesis según la cual la superioridad de la constitución respecto de la ley viene dada por la diferente voluntad normativa de la que es producto. Para esa tesis, mientras la constitución expresaría la voluntad del soberano, la ley expresaría la de la colectividad (véase entre otros Bastida Freijedo, Francisco citado por Alaez Corral, Benito, "Supremacía y rigidez constitucionales", ob. cit., p. 389, tesis que tendría su origen en Bryce). Sólo quisiera explicar el por qué sostengo la conclusión expuesta en el texto. En primer lugar porque salvo que estemos hablando de constituciones "petreas" o con rigidez absoluta, las constituciones pueden modificarse (con procedimientos especiales) y seguir manteniendo su supremacía. Es decir que el resultado de la "modificabilidad" de la constitución, no pone en cuestión su supremacía, sino más bien la garantiza. Esta tesis es sostenida expresamente por De Cabo Martín, Carlos, *La reforma constitucional*, ob. cit., p. 89 y ss. Tal es así que, por el contrario, las constituciones que corren riesgo de perder su lugar supremo son aquellas absolutamente inmodificables ante eventuales tensiones sociales o crisis políticas. Véase Pace, Alessandro, "La 'natural' rigidez de las constituciones escritas", ob. cit., p. 20. En segundo lugar, como forma de corroborar lo anterior, hay que considerar el punto de vista empírico o histórico. Como bien señala Pace – aunque para sostener una tesis diferente– "... la pérdida de normatividad de las constituciones del siglo pasado era el resultado de un contexto político-cultural orientado primordialmente a exaltar la certeza de la ley ordinaria...", etc. (*Ibidem*, pp. 70-71) y no consecuencia de la falta de previsión de su rigidez.

³²Es decir, una adhesión a los supuestos fundamentales de la democracia, de los derechos y libertades; lo que no significa a una formulación determinada o cerrada de éstos.

³³Que no es más que un mecanismo posible para proteger el cumplimiento de la constitución suprema, su subsistencia o estabilidad, entre otros. De Cabo Martín, Carlos, *La reforma*

viene a ser el fin de los procedimientos especiales de reforma y no el obstaculizarlos o impedirlos petrificando una formulación constitucional específica, ciega al cambio social³⁴.

Así, podemos compartir con de Cabo Martín que, además del servicio a la estabilidad, el procedimiento de reforma (agrego, en tanto deliberativo, participativo y democrático) realiza “una doble función de legitimación: una legitimación política respecto de la prosecución de fines o defensa de opciones no constitucionales (en cuanto no se puede reprimir la persecución de fines como ciudadanos cuando esos mismos fines podrían imponerse como Poder constituyente) y una legitimación jurídica en cuanto que la observación del procedimiento convierte en correcta, desde el punto de vista positivo, la reforma constitucional...”³⁵.

Recapitulando, considero importante distinguir rigidez de supremacía constitucional. Realizar esta distinción permite poder evaluar críticamente una institución como la de rigidez sin comprometer el sistema de jerarquía normativa. Además, una definición de supremacía constitucional como la propuesta, es decir no ligada exclusivamente al procedimiento para su reforma sino al grado de adhesión/ aceptación ético política que encuentra (medida como se dijo en términos procedimentales) permite evaluar el funcionamiento del sistema constitucional como un todo, considerando también el punto de vista democrático³⁶.

constitucional, ob. cit., p. 55. Esta particularidad de los Estados democráticos se puede confirmar reparando en los sistemas autoritarios. Así es ilustrativo el siguiente pasaje comparativo: “Judicious proposals to amend constitutional provisions in a way that would enhance rather than diminish constitutional discipline would be evidence of fealty to the constitutional system, whereas hasty, frequent, or indiscriminate use of amendment procedures may conceal attempts at usurping power. In the former case, we would expect to see diligent weighing of the wording of particular constitutional provisions by political actors, and widespread public debate about the merits of proposed amendments. In my account, such constitutional engagement would constitute evidence that a political community, that is to say, current and aspiring office-holders as well as citizens and civil society institutions, takes its constitution seriously”. Isiksel, Turkuler “Between text and context: Turkey’s tradition of authoritarian constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, n° 3, pp. 702-726, p. 704.

³⁴ Y en muchos casos protectora del status quo. Un riesgo que se corre claramente con las constituciones rígidas, como bien advertía ya Bryce en su obra de referencia.

³⁵ De Cabo Martín, Carlos, *La reforma constitucional*, ob. cit., pp. 57-58.

³⁶ En los dos últimos párrafos he introducido las cuestiones de la legitimidad y la democracia sin mayores explicaciones. Pido paciencia al lector o la lectora pues serán temas que se abordarán más adelante y que permitirán completar las ideas aquí enunciadas.

2.2.- Tipos de rigidez

Volvamos ahora a concentrarnos en los grados de rigidez o flexibilidad. Es en las disposiciones de reforma donde se hospeda la mayor o menor rigidez de las constituciones, desde un punto de vista jurídico-formal³⁷. Así, siguiendo a Ferreres podemos enumerar los siguientes factores a tener en cuenta:

En primer lugar, el número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir para poder reformarse la constitución. Así, la presencia del federalismo en el procedimiento de reforma, puede ser un factor de rigidez³⁸. En segundo lugar, el tamaño de las mayorías exigidas para la reforma. Por último, si se exige o no la participación del pueblo en el proceso³⁹. De allí podemos decir que las distintas combinaciones de esos requisitos, hacen que se produzcan distintos grados de rigidez y que a mayor cantidad de requisitos, mayor rigidez.

Entonces, comenzando por el extremo más rígido⁴⁰, podemos decir en abstracto que (1) hay constituciones que directamente prohíben su modificación o reforma, llamándoseles constituciones “petrificadas”. En éstas, los preceptos constitucionales se declaran intangibles⁴¹. Existe la discusión doctrinal sobre si dentro de esta categoría se deben colocar también a las constituciones que no prevén ningún mecanismo para su reforma, o si, por el contrario, éstas son constituciones flexibles⁴². Considero que no es un tema

³⁷ Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, ob. cit., p. 224; Ferreres, Victor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, ob. cit., p. 32.

³⁸ Claramente lo es en el sistema norteamericano, puesto que para modificar la constitución de Estados Unidos se requiere, además del consentimiento del Congreso Federal (o la Convención convocada por éste) el de los legisladores (o convenciones) de $\frac{3}{4}$ partes de los Estados. Lo mismo ocurre en México. En cambio, no por ejemplo en Argentina, que es un país federal con una constitución originalmente muy similar a la norteamericana, ni en los países federales de la Unión Europea.

³⁹ *Ibidem*, p. 31. Cabe decir que estos factores de rigidez ya habían sido identificados por Bryce en su trabajo original. Véase Bryce, James, *Studies in history and jurisprudence*, ob. cit., pp. 210-213.

⁴⁰ En realidad no puede decirse a ciencia cierta que determinados mecanismos de reforma hagan a una constitución más rígida que otra, sobre todo porque solemos encontrarlos combinados. Además y como vimos, el grado de rigidez también tiene que ver con un contexto socio-cultural y otros elementos. Por lo que esta enumeración es sólo orientativa.

⁴¹ Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, ob. cit., p. 225.

⁴² Para una discusión sobre este punto véase Pace, Alessandro, Varela, Joaquín, *La rigidez de las constituciones escritas*, ob. cit.. También Alaez Corral, Benito, “Supremacía y rigidez constitucionales. (A propósito del libro *La rigidez de las Constituciones escritas*, de Alessandro Pace y Joaquín Varela, y del debate celebrado el 20 de mayo de 1996 en la Universidad de Oviedo), *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, n° 47, mayo-agosto 1996, pp.

que se pueda resolver en abstracto y que dependerá, finalmente, de la idea que la propia comunidad tenga de su constitución, es decir, del contexto socio-político en que una constitución “ambigua” como ésta, se encuentre⁴³.

En segundo lugar, y con más frecuencia, encontramos (2) constituciones que si bien pueden modificarse, contienen algunas cláusulas de intangibilidad, haciendo a las constituciones “rigidísimas”⁴⁴. También existe discusión en torno a la posibilidad de considerar a ciertas disposiciones constitucionales como pétreas implícitamente⁴⁵. La idea de fondo es proteger principios considerados irrenunciables. Así de hecho lo ha considerado la Corte Constitucional italiana⁴⁶ y, como en el caso anterior, considero que finalmente es una cuestión que tendrá que ver con la aceptación que ese tipo de decisiones despierte. Retomando el fenómeno de constitucionalización descrito por Guastini, éste se considera más acentuado en aquellos ordenamientos jurídicos en los cuales existen principios constitucionales que no pueden ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional⁴⁷.

En tercer lugar encontramos (3) constituciones que, si bien pueden modificarse, requieren para ello del concurso de distintos órganos o

373-391. Por otro lado, vale la pena mencionar otra discusión doctrinal respecto de la posibilidad de reformar las cláusulas de reforma constitucional establecidas mediante el procedimiento previsto por esas mismas cláusulas. Sobre el punto véase Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963, pp. 79-81 y del mismo autor “On Self-reference and a Puzzle in Constitutional Law”, *Mind*, n° 78, 1969, pp. 1-24. Moreso, José Juan “Disposiciones de reforma constitucional”, *Doxa*, n° 10, 1991, pp. 201-222. Saucá Cano, José María, “La reforma de la reforma de la constitución. El puzzle constitucional de Alf Ross” en Francisco Laporta y Josep Aguiló (eds.), *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 281-326; aunque no me ocuparé de esta discusión aquí.

⁴³ Sobre la naturaleza ambigua de las constituciones que no disponen nada en torno a su modificación o reforma, véase Guastini, Riccardo, “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”, ob. cit., p. 176.

⁴⁴ *Ídem*. Un ejemplo lo encontramos en la cláusula 139 de la constitución italiana, que dispone que no podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana; o el artículo 79 (3) de la Ley Fundamental alemana que no permite ninguna modificación a la organización de la federación en Länder y su participación en la legislación, la protección de la dignidad humana y el respeto por los derechos fundamentales y los fundamentos del orden estatal y derecho de resistencia (artículos 1 y 20).

⁴⁵ Una defensa de esta posibilidad en De Vega, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.

⁴⁶ Guastini cita las sentencias de la Corte constitucional italiana 1146/1988, 183/1973 y 179/1984 en las que se declaran los ‘derechos inviolables de la persona humana’ como absolutamente sustraídos a la reforma constitucional. Guastini, Riccardo, “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”, ob. cit., p. 187, nota al pie n° 39.

⁴⁷ Guastini, Riccardo “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, ob. cit., p. 51. Y agrega: “El conjunto de los principios ‘inmutables’ es lo que algunos llaman la ‘Constitución material’ (en uno de los muchos sentidos de esta equívoca expresión).

autoridades, incluso pudiendo ser alguna de ellas no elegida democráticamente⁴⁸. Otra forma de rigidez elevada se puede conseguir con (4) el requisito del consentimiento de mayorías cualificadas (o supermayorías) para la reforma, que es lo más habitual⁴⁹.

Otros tipos de rigidez se pueden establecer mediante la previsión de las llamadas (5) cláusulas de enfriamiento, que pueden ser de dos clases: (5.1) temporales, es decir, aquellas que obligan a posponer y reiterar la decisión en el tiempo y (5.2) orgánicas, que obligan a replantear electoralmente la composición del órgano decisorio, lo cual también dilata la decisión en el tiempo⁵⁰. Estas cláusulas pueden exigir que la decisión del órgano se tome por mayoría simple o también, por mayoría agravada. Finalmente encontramos constituciones que exigen (6) la manifestación del pueblo en referéndum para la aprobación de la modificación o reforma constitucional⁵¹.

Por último podemos referirnos a constituciones con baja rigidez o con flexibilidad (no absoluta) que prevén (7) su reforma mediante la mera decisión del poder legislativo por mayoría simple y cuyo único requisito es que se realice mediante ley especialmente identificada como ley de reforma constitucional⁵².

Es importante destacar que una consecuencia de la rigidez, como reaseguro de la supremacía constitucional, es que “la conformidad con las normas constitucionales es condición necesaria de validez de la ley”, es decir que, si la ley es formalmente disconforme o materialmente incompatible con la constitución, esa ley es constitucionalmente ilegítima y por tanto, puede invalidarse⁵³. En este sentido, algunos consideran que la rigidez constitucional

⁴⁸ Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, ob. cit., p. 225, toma como ejemplo algunas constituciones decimonónicas que requerían el acuerdo del rey para su modificación.

⁴⁹ Vale decir que aún previéndose sistemas de mayorías simples, algunos consideran que el hecho de que una decisión deba ser aprobada por dos cámaras (bicameralismo) ya configura un mecanismo supermayoritario. Véase Przeworski, Adam, *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*, traducción de Stella Mastrangelo, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2010, pp. 220, 224-225.

⁵⁰ Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, ob. cit., p. 225, nota nº 11. Según cita el autor, el mecanismo bicameral parece ser el origen de la expresión.

⁵¹ Véase también Elster, Jon, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, traducción de J. Mundó, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 124 y ss.

⁵² Como indiqué *up supra*, hay quienes consideran este mecanismo como un mecanismo de rigidez y quienes en cambio lo ven como parte de una constitución flexible.

⁵³ Guastini, Riccardo “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”, ob. cit., p.181. Vale aclarar que en ciertos sistemas de control constitucional, la declaración de inconstitucionalidad de la norma inferior no necesariamente conlleva su invalidez.

es un mecanismo que impone límites sobre aquello que los poderes públicos pueden decidir⁵⁴.

Esto ha generado desde los inicios del constitucionalismo, la acusación de que la rigidez entra en tensión con la democracia⁵⁵. Como explica Laporta, si se supone que el órgano legislativo representa fidedignamente a la mayoría de los ciudadanos y su pluralidad de convicciones, opiniones y preferencias, y que toma sus decisiones mediante la regla de la mayoría, ¿cuál puede ser la razón que justifique la existencia de un texto constitucional rígido que limite sus competencias?⁵⁶ Me detendré en estas justificaciones *infra*.

Por ahora baste con adelantar que la rigidez no es necesariamente un problema para la democracia⁵⁷. De los tipos de rigidez que vimos, solo algunos de ellos chocan con la objeción democrática. Así los tipos enumerados del 1 al 4, es decir, las constituciones pétreas o con cláusulas de intangibilidad⁵⁸, las que requieren del concurso de autoridades no elegidas democráticamente o que prevén mayorías agravadas para su reforma, pueden clasificarse como contramayoritarios. Mientras que el resto, recordemos, las cláusulas de enfriamiento de cualquier clase -en tanto no se acompañen de mayorías agravadas-, el referéndum popular o la reforma constitucional por mayoría simple mediante ley expresa, son mecanismos no contra-mayoritarios⁵⁹ que, si

⁵⁴ Martí, Jose Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 288. Aunque a mi criterio no es la rigidez la que impone los límites, sino la supremacía.

⁵⁵ Aludo a las advertencias que ya formulaba Jefferson sobre el poder de vinculación que, mediante la prevalencia de las decisiones tomadas por una generación precedente en la constitución, tendrían los muertos sobre los vivos, cosa que consideraba inaceptable. En igual modo Paine decía que: “cada época y generación debe ser tan libre de actuar por sí misma, *en todos los casos*, como las edades y generaciones que la precedieron”, Paine, Thomas, “The rights of man” en Phillip Foner (comp.), *The Life and Major Writings of Thomas Paine*, Citadel, New York, 1961, p. 251, citado por Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia” en Jon Elster y Rune Slagstad (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1999, pp. 217-262, p. 222.

⁵⁶ Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, ob. cit., p. 221.

⁵⁷ En otras palabras, “no existe una correlación directa entre rigidez y menos respeto por la soberanía popular, ni a la inversa, entre flexibilidad y mayor respeto por ella”. Martí, José Luis, *La república deliberativa*, ob. cit., p. 293. Aunque lógicamente soberanía popular y democracia no son términos equivalentes. Sobre el punto véase Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., p. 306.

⁵⁸ Las que ni siquiera cumplen con el fin de garantizar la supremacía constitucional, según se vio, entendida como adhesión democrática a la misma, verificada mediante la deliberación y eventual ratificación o cambio de sus contenidos o entendimientos.

⁵⁹ Bayón, Juan Carlos hace referencia a tipos de rigidez, pues como advertí en nota nº 21, este autor no admite grados de flexibilidad constitucional. La clasificación aquí transcrita la he tomado de su curso “La legitimidad de la Justicia constitucional en el Estado Democrático”,

bien se distinguen del procedimiento legislativo ordinario por hacerlo más exigente y en esa medida, garantizan la supremacía constitucional, no comprometen la voluntad democrática, sino que buscan hacerla más consciente o deliberada.

2.3.- Justificaciones para la rigidez constitucional

Muchas son las justificaciones que se han formulado para mantener a las constituciones lejos del alcance de las mayorías coyunturales. Por empezar, los valores básicos de estabilidad y seguridad jurídica, seguidos de la diferenciación entre distintas voluntades: la del pueblo en caso de la constitución (soberana), la de sus representantes (los gobernantes) en caso de las leyes ordinarias⁶⁰, hasta justificaciones más complejas relacionadas con la necesidad de establecer pautas para la deliberación democrática, como la de los mecanismos de autocensura estratégica como la “ley mordaza”⁶¹, la estrategia del precompromiso y la de las precondiciones de la democracia.

De estas justificaciones mucho se ha escrito ya y es cierto que no todas son igualmente plausibles ni aplicables a todo contenido constitucional. Sólo haré un repaso rápido de algunas de éstas para poder situar el debate que aquí interesa, dejando otras para cuando analice el control judicial de constitucionalidad de la ley, pues en tanto ambos son mecanismos de garantía

impartido en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, los días 14 a 17 de enero de 2013.

⁶⁰ Esto es patente en la reciente ola de reformas constitucionales ocurrida en Latinoamérica, que han encontrado en la voluntad soberana del pueblo el fundamento de legitimidad de sus nuevas constituciones, rígidas. Volveré sobre este tema en el último capítulo.

⁶¹ Básicamente el argumento es que hay asuntos tan profundamente controvertidos en la sociedad, que es preferible directamente sacarlos del debate político para evitar el fraccionamiento social. Un ejemplo que da Bayón es el de las reglas de amnistía en momentos de transición democrática. Pero a continuación critica con razón esta estrategia pues la “autocensura” se consigue siempre mediante una decisión que de alguna manera congela la discusión sin resolverla. Esa decisión, para quienes están en desacuerdo, pero también para la sociedad toda, puede ser incluso más nociva que dejar abierto el debate, pues podría impulsar el saltarse las reglas y pretender cambios al margen del propio sistema. De todos modos esta justificación aplica a un número muy limitado de contenidos constitucionales. La misma justificación es usada en ocasiones para defender la última palabra autoritativa de la justicia constitucional. Así se dice que existen temas morales o políticos tan controvertidos que es mejor quitarle un peso de encima a la comunidad, dejando la resolución en manos de los jueces. De esta manera la justicia constitucional desempeñaría una labor de “pacificación” y ayudaría a relajar la crispación. Sin embargo, aquí aplican las mismas críticas que ya esbocé para con la rigidez, pues un fallo judicial puede generar por el contrario, una enorme frustración para los perdedores y el empleo de violencia, como lo demuestran las reacciones en EEUU ante varios fallos polémicos. Véase Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 285.

de la supremacía constitucional, en muchos casos sus justificaciones se superponen.

Para empezar, creo que nadie cuestionaría valores como la estabilidad y la seguridad jurídica que puede concedernos un documento difícil de modificar como ley fundamental. Claro está que hasta este argumento es difícil de sostener para aquellos contenidos constitucionales “triviales”, como podría ser, en el caso español, la anchura exacta de la franja roja de la bandera⁶². Pero dejaré estos contenidos al margen para centrarme en las justificaciones que se dan para la rigidez del establecimiento tanto de un catálogo de derechos fundamentales (provisiones sustantivas) como de los órganos del Estado y su funcionamiento para la toma de decisiones (provisiones procedimentales)⁶³. En estos casos, podríamos estar de acuerdo en que la estabilidad o certeza son valores importantes⁶⁴. Es más, si consideramos que la ciudadanía no puede estar permanentemente alerta y deliberando sobre los contenidos constitucionales, la estabilidad permite garantizar la supremacía constitucional, sin la necesidad de una custodia y debate permanente por parte de la ciudadanía⁶⁵. Aunque, como bien apunta Sunstein “un sistema constitucional que es estable e injusto debería probablemente hacerse menos estable”⁶⁶.

En cuanto a los derechos fundamentales, la justificación es compleja aunque muchos autores estarían de acuerdo en que la constitución tiene su reaseguro como fin principal. Tal es así que algunos reclaman una rigidez

⁶² Artículo 4.1 de la constitución española.

⁶³ Una defensa moderada de la rigidez constitucional en materia procedimental, “by showing that majority rule has no special default status” en Linares, Sebastian, “Constitutional Rigidity and the Default Rule”, *Ratio Juris*, nº 27 (4), diciembre 2014, pp. 540-549.

⁶⁴ Aunque no los únicos, como señala Kramer, hay otros valores que son aún más importantes y que difícilmente querríamos asumirlos como costos en pro de los primeros. Kramer, Larry, “Popular Constitutionalism, circa 2004”, *California Law Review*, vol. 92, núm. 4, 2004, p. 989. En ese sentido comparto la idea de de Cabo Martín sobre el “cambio” como ínsito al derecho constitucional. Es decir, si bien se aceptan las ventajas que otorga cierta estabilidad institucional, no por ello se deja de resaltar lo que hasta aquí he apuntado: que el derecho, en tanto positivo, es expresión de una voluntad, de una decisión, contingente (lo que lo inscribe dentro del racionalismo ilustrado). Y que su fundamento es democrático (por lo cual el cambio constitucional también tiene que serlo y cuando ocurra, implicará un ejercicio democrático). Véase de Cabo Martín, Carlos, *La Reforma constitucional*, ob. cit., p. 25.

⁶⁵ Es inevitable pensar en este punto en la *libertad de los modernos*. Véase Constant, Benjamin, “Sobre la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos”, discurso pronunciado en 1819 en el Athénée Royal de París, traducción disponible de Carlos Patiño Gutierrez, *Libertades*, verano 2013, pp. 83-95.

⁶⁶ Sunstein, Cass, “Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional”, traducción de Alicia Fernández, p. 17, disponible en: <http://www.mediafire.com/download/c4w3he8obh79o1m/sunstein2010seminario.pdf>

absoluta en esta materia. Entre las justificaciones para la misma, encontramos a quienes consideran que “la constitución establece un contenido mínimo y cierto de derecho natural, cuya corrección es independiente de (y anterior a) cualquier proceso político”⁶⁷. Así las cosas, cualquier decisión contraria se reputa incorrecta en términos morales y por tanto debe ser invalidada. Este argumento nos recuerda algunas de las posiciones neoconstitucionalistas que viéramos en los capítulos anteriores, en la medida en que realizan una vinculación necesaria entre derecho y moral correcta. En el punto 1 del tercer acápite de este capítulo me detendré un poco más en las ideas de Garzón Valdés y su “coto vedado” de derechos, en tanto exponente claro de este argumento.

Otra de las justificaciones habituales para la rigidez constitucional, como modo de garantía ante posibles excesos de las mayorías, es la que apela a los mecanismos de autocensura estratégica. Sin duda el más popular de sus sostenedores fue Elster con su metáfora de Ulises atado al mástil para evitar los encantos del canto de las sirenas⁶⁸. Así, la rigidez sería una “autolimitación” que los propios individuos nos daríamos como mecanismo de racionalidad imperfecta para evitar los momentos de debilidad de la voluntad o *akrasia*⁶⁹. En este sentido se habla de un “precompromiso” racional que realizaría la comunidad misma tras una larga y pausada reflexión, según el cual ésta se autoprotegería de futuros actos de irracionalidad y se daría una cierta estabilidad democrática. Según Martí, este argumento encuadraría dentro de una “justificación deliberativa de la rigidez”⁷⁰.

En este sentido también Ferreres, inmerso en una justificación instrumental de la rigidez constitucional, sustenta la teoría del precompromiso bajo el argumento de que “incluir estos principios fundamentales en el texto constitucional, en forma de derechos fundamentales, es una buena estrategia para forzar a los órganos estatales a tomarlos en cuenta cuando adoptan sus decisiones. Los derechos adquieren mayor visibilidad en las discusiones

⁶⁷Según explica Martí, José Luis, *La república deliberativa*, ob. cit., p. 289.

⁶⁸ Elster, Jon, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, traducción de Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1995. Hablo en pasado pues el propio autor luego se dio cuenta de los problemas que acusaba esta propuesta y cambió de posición en *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad precompromiso y restricciones*, ob. cit.

⁶⁹ Elster, Jon, *Ulises y las sirenas*, ob. cit., p. 66.

⁷⁰ Martí, Jose Luis, *La república deliberativa*, ob. cit., p. 294.

públicas, y la asamblea parlamentaria experimenta una mayor presión para sopesarlos con cuidado cuando discute y aprueba las leyes ordinarias”⁷¹.

Sobre esta idea de precompromiso se han presentado numerosas críticas que no repetiré aquí, baste con mencionar algunas. El problema que se plantea principalmente es cómo justificar las restricciones cuando pasan a afectar a generaciones futuras, tornándose “hetero-restricciones” y por tanto configurando –en el mejor de los casos- situaciones de paternalismo que es necesario justificar (si es que presumimos y/o queremos –y en ese sentido creamos las condiciones institucionales y de otro tipo- que los futuros miembros de la comunidad política sean sujetos morales, racionales y por tanto autónomos⁷²).

La doctrina se refiere a este problema como de identidad⁷³. Básicamente el argumento plantea que la pluralidad de una comunidad política, la inevitable existencia de diversidad de opiniones y desacuerdos entre sus miembros y la dinámica de la deliberación a lo largo del tiempo, difícilmente puedan permitir hablar de que la mayoría que apoya una determinada decisión contraria a la que se adoptó en un primer momento, representa la debilidad que los que se oponían a esa posición en el momento constituyente tenían razones para temer. “*Puede* representar la *akrasia* que tenían. Pero igualmente puede no representar nada más que el tipo de cambio en la ponderación de la opinión que asociamos naturalmente con la deliberación continua”⁷⁴.

Otra de las críticas se refiere al alcance de esas precondiciones. Si las cláusulas rígidas son abstractas, dejando algún espacio para el juicio al momento de su aplicación y, como es mayormente aceptado, se descarta una interpretación originalista o que remita a las “intenciones” del constituyente, difícilmente se pueda decir que hay coincidencia entre las condiciones que se establecieron al momento del compromiso y las que se hacen realmente

⁷¹ Ferreres Comella, Víctor, “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. Un problema de legitimidad democrática” en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, ob. cit., p. 375.

⁷² Lema Añón, Carlos, “Sobre generaciones presentes, pasadas y futuras. Entre la responsabilidad y la reciprocidad” en J.L Rey, M E. Rodríguez Palop e I. Campoy (eds.). *Desafíos actuales a los derechos humanos: el derecho al medio ambiente y sus implicaciones*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 93-131, especialmente pp. 110 a 115.

⁷³ Gargarella, Roberto, “Los jueces frente al coto vedado”, *Doxa. Discusiones. Publicaciones periódicas*, n° 1, 2000, p. 55.

⁷⁴ Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., p. 323.

efectivas en un momento posterior. Al respecto Waldron explica “el acto de precompromiso puede ser autónomo pero su funcionamiento puede no llegar a ser una consumación de la autonomía del agente en la medida en que esté sujeto al juicio de otro”⁷⁵. Máxime si se considera que las aplicaciones particulares de principios constitucionales abstractos suelen ser controvertidas y por tanto no pueden ser *ex ante* previsibles⁷⁶. Si en suma, “resulta controvertido con qué se comprometió el pueblo, se pierde todo fundamento de la idea del precompromiso para defender una interpretación determinada en contra de las objeciones democráticas”⁷⁷.

Por su parte Gargarella señala otras múltiples razones para rechazar la tan utilizada metáfora de Ulises como forma de justificar y explicar el desarrollo constitucional. Entre ellas resalta el problema de la pluralidad de miembros, es decir, cuando se indica que cierta sociedad dicta su constitución, a lo que se hace referencia es a que cierta parte de la sociedad, por ejemplo, los convencionales constituyentes, adoptaron una constitución que (al menos, en la mejor de las hipótesis) ha sido ratificada por todos o por una gran mayoría de los ciudadanos. Ante esto aparece “una trágica posibilidad (ausente en el ejemplo de Ulises): la posibilidad de que la minoría que elaboró la constitución ‘ate las manos’ del resto de la sociedad, dejando libre las propias”⁷⁸.

Sobre este punto llama la atención Hirschl al indagar sobre los orígenes de la constitucionalización de derechos (y el establecimiento del control judicial de constitucionalidad). Este autor rechaza expresamente la idea del precompromiso por basarse en un conjunto de presuposiciones hipotéticas y especulativas concernientes a los orígenes de las constituciones (y del control judicial) que como mucho provee una justificación normativa *ex post facto* para su adopción, pero que no pueden explicar su causa⁷⁹. Según este autor, el fenómeno de la constitucionalización no se explica por reflejar un genuino compromiso con la democracia, la justicia social o los derechos universales, sino más bien, se entiende como producto de una estrategia realizada por la

⁷⁵ *Ibidem*, p. 313.

⁷⁶ “Si pudiera ser previsto con antelación, nunca sería realmente necesario entonces el ejercicio del juicio; la jurisprudencia constitucional pasaría a ser ‘mecánica’”. *Ibidem*, p. 314.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 317.

⁷⁸ Gargarella, Roberto, “Los jueces frente al coto vedado”, ob. cit., p. 56.

⁷⁹ Hirschl, Ran, “The political origins of the New Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 11, (1); Article 4, 2004, pp. 71-108, p. 81.

interacción de las élites políticas hegemónicas crecientemente amenazadas, los depositarios del poder económico y los líderes judiciales, buscando aislar sus preferencias políticas de los cambios azarosos que pueden producir los procesos mayoritarios de toma de decisiones⁸⁰. Así, estas élites habrían utilizado el acceso y la influencia privilegiados que tienen en la toma de decisiones para atrincherar constitucionalmente unos derechos y transferir poder a las cortes supremas⁸¹. De esta forma, establecen fronteras a la actuación de los gobiernos, especialmente protegiendo la esfera privada (humana y económica) de la “injustificada” intervención estatal y del “colectivo”⁸².

Pero lo que unos miran con sospecha, otros ven como potencialidades dignas de celebración. Así Ferrajoli no duda en afirmar que lo que algunos llaman “la ‘tiranía de los muertos sobre los vivos’ generada por el constitucionalismo rígido es lo que yo llamo la ‘normatividad de las constituciones rígidas’ [que] tienen precisamente el fin de atar las manos de las generaciones presentes en cada momento a fin de impedir [...] que ellas amputen las manos de las generaciones futuras...”⁸³. O en palabras de Holmes, los primeros constitucionalistas nos ataron mínimamente “para impedir que nosotros atáramos máximamente a nuestros sucesores”⁸⁴.

Es cierto que todo el argumento en torno a las generaciones es difícil de sostener. Como señala Bayón, “es insensato pretender evitar que las decisiones actuales estén condicionadas por normas preexistentes”⁸⁵, pues para que el pueblo exprese su voluntad, tienen que haberse establecido las

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 72, 98. El autor llama a su tesis: *The strategic approach and the hegemonic preservation thesis*.

⁸¹ *Ibidem*, p. 91. La misma tesis explicaría las causas de la transferencia de poder a instancias supranacionales. Como cita el autor en p. 93: “governments may turn to international enforcement when an international commitment effectively enforces the policy preferences of a particular government at a particular point in time against future domestic political alternatives”. Véase también Moravcsik, Andrew, “The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe”, *International Organization*, vol. 54, nº 2, Spring 2000, pp. 217-252, p. 220.

⁸² Hirschl, Ran, “The political origins of the New Constitutionalism”, *ob. cit.*, p. 94. El autor utiliza como ejemplo la constitucionalización de derechos en Sudáfrica (con especial énfasis en la protección de la propiedad individual) efectiva desde 1996, como legado del apartheid ante el cambio político en ese país, pp. 99-102.

⁸³ Ferrajoli, Luigi en Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, *ob. cit.*, p. 84.

⁸⁴ Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, *ob. cit.*, p. 248.

⁸⁵ Bayón, Juan Carlos, “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *ob. cit.*, p. 333.

condiciones de esa expresión⁸⁶. “La cuestión no es entonces si el pasado debe condicionar el presente, sino *cómo* debe condicionarlo”⁸⁷.

Esto último da pie para detenernos en otra de las justificaciones posibles de la rigidez constitucional, cual es la de establecer las “precondiciones de la democracia”. En este sentido la rigidez protegería elementos necesarios para el propio funcionamiento de la democracia, por lo que la democracia no puede modificarlos por razones conceptuales⁸⁸. Con este tipo de argumentos se intenta refutar la clásica tensión entre constitucionalismo y democracia⁸⁹. Esta justificación, como ocurre con las demás, ha tenido múltiples y diversos desarrollos. Brevemente repasaré aquí a dos autores: el primero Holmes, que lo encara respecto la estructura y relaciones de los diversos órganos del Estado y el segundo, Nino, que lo hace en relación a los derechos fundamentales⁹⁰.

Así Holmes, considera que una constitución rígida más que limitar el autogobierno lo haría posible en tanto establecería las reglas constitutivas para el mismo⁹¹. “En efecto: dada la existencia de una pluralidad de sistemas razonables de gobierno, y dada la necesidad de estabilizar uno de ellos para que la vida política pueda desenvolverse de manera ordenada”, que la constitución opte por uno de ellos y lo rigidice, permite la estabilidad de la opción elegida⁹². Retomando a Madison, Holmes explica que el hecho de poder dar por sentados ciertos procedimientos e instituciones permite centrarnos en alcanzar nuestros actuales objetivos mejor que si tuviéramos que preocuparnos

⁸⁶ Retomando el argumento de Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia” cit.

⁸⁷ Bayón, Juan Carlos, “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo” ob. cit., p. 334.

⁸⁸ Martí, Jose Luis, *La república deliberativa*, ob. cit., p. 288.

⁸⁹ Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, ob. cit., p. 219, dice: “La existencia de una ‘tensión’ irreconciliable entre constitucionalismo y democracia es uno de los mitos centrales del pensamiento político moderno”.

⁹⁰ Otros autores en España que han sostenido la justificación democrática de la limitación de la democracia a través de aquellos preceptos constitucionales que contienen “la fundamentación de la democracia misma como sucede con los derechos fundamentales” son Tomás y Valiente, Francisco, “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa*, nº 15-16, 1994, pp. 635-650, p. 638 y de Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., pp. 59-61.

⁹¹ Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, ob. cit.

⁹² En igual sentido Ferreres, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, ob. cit., p. 29.

permanentemente en establecer un marco básico para la vida política⁹³. Dos cosas me parece importante resaltar de la propuesta de este autor.

Por un lado su concepción de la constitución como un conjunto de “reglas capacitadoras” es decir, reglas que hacen posible una práctica, así como las reglas de un juego o de la gramática. En este sentido la constitución democrática “asigna facultades (de estructura al gobierno, garantiza la participación popular, etc.) y regula el modo en que se emplean esas facultades”, por lo que es vista como un instrumento de autogobierno⁹⁴. El problema del argumento que justifica la rigidez constitucional como restricciones *self enhancing* es que nuestras constituciones están llenas de restricciones que no pueden ser consideradas como autocapacitadoras, por lo que la justificación no funciona para esas cláusulas⁹⁵.

Por otro lado, la idea de posibilitar la democracia y estabilizarla no se compromete con una permanencia absoluta sino sólo relativa de la constitución. Es que se asume que el pueblo soberano tiene capacidad de aprender y por tanto, puede buscar el cambio y la innovación en materia constitucional⁹⁶. Ahora bien, lo que se procura es desalentar los intentos “frívolos” de reforma y promover en cambio la reflexión y deliberación, logrando mayor calidad en las enmiendas⁹⁷.

Por su parte Nino, en referencia a los derechos, realiza una distinción crucial que le permite aislar a algunos de la contingencia deliberativa y ubicarlos conceptualmente en un ámbito diferente, como “*derechos a priori*”. Los derechos *a priori* (en contraste con los derechos *a posteriori*) son así definidos como “condiciones de validez del proceso democrático y su valor no se encuentra determinado por el proceso sino que está presupuesto por éste.

⁹³ Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, ob. cit., p. 237. Vale aclarar que Holmes retoma en parte los desarrollos de Elster respecto al precompromiso, pero se aleja de la analogía del *autopaternalismo* o dominio de sí mismo (aunque en referencia a Schelling), pues encuentra en ella varios problemas.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 249, 252. El autor ilustra su posición de la siguiente manera: “Las decisiones se toman sobre la base de las predecisiones. Cuando entran en la casilla para votar, los votantes deciden quién será presidente, pero no cuántos presidentes habrá”.

⁹⁵ Véase Rosenkrantz, Carlos, “La teoría epistémica de la democracia revisitada” en Harold Hongju Koh y Ronald Slye (comps.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*, ob. cit., pp. 286-287.

⁹⁶ Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, ob. cit., p. 261.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 240. Lo cual en alguna medida superpone esta justificación con la anterior, en cuanto sus fines deliberativos.

Estos derechos *a priori* deberían ser respetados por el proceso democrático como prerequisites de su validez⁹⁸.

Es que para Nino el valor epistémico de la democracia⁹⁹, y por eso de las decisiones tomadas en su seno, depende de que se cumplan ciertos requisitos previos como la participación libre e igual en la discusión y toma de decisiones, argumentando y justificando las posiciones, sin que existan minorías congeladas y aisladas y sí en cambio, un marco emocional apropiado para la argumentación; todos los cuales pueden ser vistos como el contenido de los derechos fundamentales. Ese contenido tiene que estar establecido en la constitución y ser garantizado por los jueces¹⁰⁰. En el siguiente capítulo volveré al tipo de control judicial de constitucionalidad que Nino acepta.

Por ahora vale alertar sobre lo que el mismo Nino reconoce: es muy difícil determinar cuáles son esos derechos *a priori*. Lo mismo preocupa a Bayón que, tras entender que *al menos algunos* derechos y libertades individuales son en realidad *prerequisites* de la genuina democracia, advierte que el problema es que es controvertible qué derechos deberíamos considerar “precondiciones de la democracia”, sobre todo pensando en que debemos garantizarlas¹⁰¹. A este problema se lo conoce como el de la paradoja de las precondiciones de la democracia¹⁰².

Permítaseme la digresión y ocupar unos párrafos en este punto, ya que también será útil al momento de analizar el control de constitucionalidad de las leyes y luego, la teoría de la democracia deliberativa. Esta paradoja, como se adelantó, es un grave problema para quienes defiendan la democracia (sobre todo en su versión deliberativa) y, en general, cualquier otro procedimiento de toma de decisiones colectivas que valore la autonomía del decisor¹⁰³.

⁹⁸ Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit. p. 275.

⁹⁹ Volveré sobre esta concepción de la democracia luego.

¹⁰⁰ *Ídem*.

¹⁰¹ Como así también, qué alcance debería reconocerse a cada uno y cómo deberían resolverse los conflictos entre los mismos. Bayón, Juan Carlos “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, ob. cit., pp. 297-298.

¹⁰² Un análisis de la misma en Martí, José Luis, “Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de la democracia deliberativa) en Carlos S. Nino” en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos Rosenkrantz (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, ob. cit., p. 307-323, también en Martí, José Luis, *La república deliberativa*, ob. cit., p. 115.

¹⁰³ Martí, José Luis, “Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de la democracia deliberativa) en Carlos S. Nino”, ob. cit., p. 308. De hecho, en su versión “privada”, la paradoja se equipara a la paradoja del individuo que se convierte autónomamente en esclavo, es decir: a la paradoja de las precondiciones de la libertad individual. Holmes analiza

La paradoja consiste en que por un lado, el valor epistémico de la democracia requiere que se cumpla con ciertos prerrequisitos (derechos *a priori*) cuyo respeto provee el valor epistémico de la democracia. Pero, por el otro, si cubrimos todas estas precondiciones para otorgar valor a la democracia, quedan muy pocas cuestiones a ser resueltas por la misma¹⁰⁴. Es decir, “cuanto más potente es un procedimiento deliberativo, menor es el rango de decisiones en el que podremos aplicarlo. Inversamente, [...] cuanto más abierto dejemos el rango de cuestiones sobre las que vamos a deliberar, menor será la fiabilidad del procedimiento democrático deliberativo”¹⁰⁵. Aquí la elección que hace a la paradoja se da entre un valor intrínseco (la democracia) y un valor instrumental que es condición necesaria del primero (las precondiciones de la democracia), que no son lógicamente independientes pero son incompatibles entre sí: dado que cualquier elección supone la pérdida del único valor que se halla detrás del problema, el democrático¹⁰⁶.

Nos dice Martí que ante una paradoja caben dos actitudes distintas: o se asume que son irresolubles, o se afirma que toda paradoja encubre un error en el razonamiento o en las premisas que permite explicar la aparente contradicción, de modo que no existen verdaderas paradojas y nuestro reto consistirá en descifrar cuál es dicho error¹⁰⁷. Nino toma este segundo camino y pretende resolverla con la *estrategia del equilibrio gradual*, que consistiría en la posibilidad de que cambiemos de opinión respecto a las precondiciones de la democracia y revisemos así, mediante el propio procedimiento democrático, las políticas públicas que intentaban garantizar dichas precondiciones, siempre que no revisemos todas a la vez. Esto generaría un círculo *virtuoso*, apelando a la auto-referencia (*self-reflection*) y el carácter continuo (*ongoing*) del procedimiento democrático deliberativo. Por eso la idea de gradualidad, es

esta cuestión prohibiendo la autoesclavización. Véase Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, ob. cit., pp. 260 y ss.

¹⁰⁴ Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., pp. 192-193.

¹⁰⁵ Martí, José Luis, “Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de la democracia deliberativa) en Carlos S. Nino” ob. cit., p. 311. O en palabras de Bayón: “cuanto más perfectas fueran las condiciones de ejercicio del derecho de participación, menos posibilidades habría de ejercerlo”. Bayón, Juan Carlos, “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, ob. cit., p. 298.

¹⁰⁶ Martí, José Luis, “Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de la democracia deliberativa) en Carlos S. Nino” ob. cit., p.314. Porque la elección no es entre dos valores intrínsecos y lógicamente independientes es que no podemos hablar de un dilema. También en Martí, José Luis, *La república deliberativa*, ob. cit., p. 120.

¹⁰⁷ *Ídem*.

decir, no se aspira a alcanzar el ideal democrático completamente desde el principio, sino a alcanzar un umbral mínimo de democracia que pueda ser superado progresivamente con el paso del tiempo¹⁰⁸.

Pero esta “solución” según Martí no es tal, entre otros problemas, por la imposibilidad de hallar el criterio concreto para identificar el punto de equilibrio. Para Martí, si bien aún no hay solución para la paradoja y todas las propuestas nos devuelven a un círculo inevitable, esto no quita que el criterio formulado por Nino sea el mejor para afrontar las consecuencias de la misma¹⁰⁹. Aunque esta “solución” también ha sido causa de críticas.

Incluso pudiendo establecer ese punto de equilibrio o umbral mínimo, se desafía la idea misma de *gradualidad*. Es que cuando se establece el cumplimiento de las precondiciones como ideal regulativo y se asume que mientras el procedimiento se aproxime más a cumplir esas precondiciones, más fiable será epistémicamente, se está dando por sentada una relación directa entre aproximación a las precondiciones y aproximación al estado de cosas deseado, que es problemática. Así se plantea que “cuando una de las condiciones que definen un estado de cosas como óptimo no puede ser satisfecha, no siempre es cierto que el segundo estado de cosas mejor sea “el *más cercano posible* al óptimo”. Por el contrario, es posible que el “segundo mejor” implique de hecho apartarse también de algunas de las demás condiciones que definen el óptimo¹¹⁰.

En igual sentido Ovejero afirma: “la aproximación a las condiciones no equivale sin más a una aproximación al estado de cosas deseado”¹¹¹. Además, el autor resalta que cabría contemplar la posibilidad de que el mismo ideal, el mismo resultado, se “instanciara” de diversa forma. Así, la existencia de diversas vías (en las que unos componentes compensan a otros o, incluso,

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 121-122.

¹⁰⁹ El hecho de no contar con un criterio para el equilibrio, nos remite a la paradoja de la auto-destrucción de la democracia. Y si esta no se acepta y lo que se busca es un umbral mínimo que establece la frontera de lo democrático, aparece entonces, según Martí, la paradoja de las precondiciones de la democracia más legítima. *Ibidem*, p. 124. Concluyendo, ante la pregunta clave de quién y con qué criterio debe establecerse el punto de equilibrio, que la respuesta no puede ser otra que el conjunto de la ciudadanía a través de un procedimiento democrático. Martí, José Luis, “Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de la democracia deliberativa) en Carlos S. Nino” ob. cit., p. 319 y 320.

¹¹⁰ Bayón, Juan Carlos, “¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, nº 9, 2009, pp.189-228, p. 209.

¹¹¹ Ovejero, Félix, “¿Deliberación en dosis?”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, nº 9, 2009, pp. 323-332, p. 330.

llevan a prescindir de algunos) desdibujaría notablemente la nitidez del avance hacia la meta en los términos de “condiciones necesarias”¹¹²

Retomando lo dicho hasta aquí podría decirse que las justificaciones que apelan tanto a la estrategia del precompromiso como a las precondiciones de la democracia se condicen con la finalidad de fortalecer la deliberación democrática que tiene la rigidez (en tanto procedimiento especial de revisión), sin juzgar sobre el contenido de las cláusulas constitucionales. Por lo demás, una y otra justificación pueden resultar más o menos democráticas, según el tipo de rigidez que propicien.

Lo cierto es que si se tiene en miras una rigidez que exija mayorías calificadas (como lo hace el neoconstitucionalismo), habrá un desequilibrio en materia deliberativa pues este mecanismo incrementará los costos transaccionales en un determinado sentido, favoreciendo el *status quo* al privilegiar la posición de la decisión vigente, blindándola contra la opinión de la mayoría simple que pretende modificarla. Este tipo de rigidez hace que sea más fácil que la voluntad de una minoría prevalezca, otorgándole mayor valor a su postura, que se alza con una especie de “poder de veto”¹¹³.

Si consideramos, como lo hemos hecho, que los desacuerdos que la gente mantiene sobre la justicia política son testarudos y que se modifican conforme sus ideales y preocupaciones cambian según se van adaptando a las circunstancias, “el proceso constituyente necesita ser entendido como un proceso político continuo”¹¹⁴. Por tanto pareciera que la mejor solución es contar con procesos de rigidez no contramayoritarios, que den cierta estabilidad a los procedimientos democráticos y al ejercicio de los poderes del Estado y que establezcan derechos fundamentales posibilitando su concreción mediante la deliberación democrática.

¹¹² *Ibidem*, p. 331.

¹¹³ Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 298-299.

¹¹⁴ Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político*, ob. cit., p. 123.

2.4.- La formulación de las cláusulas constitucionales en materia de derechos fundamentales

Si aceptamos que algunos derechos deben constitucionalizarse de manera rígida¹¹⁵, nos quedará aún la tarea de definir cuáles derechos y en qué términos se deberán constitucionalizar. Es común la afirmación que “la declaración de derechos que figura en la Constitución debe expresar los valores compartidos por la comunidad política”¹¹⁶, aunque quepa la duda sobre la posibilidad de consensuar sobre esos valores compartidos¹¹⁷. No me ocuparé aquí de ese tema, sino más bien del cómo se puede formular ese

¹¹⁵ Cosa que no es para nada pacífica. Ya vimos la cautela con que la toma Hirschl y veremos en el último capítulo que autores como Waldron se han opuesto de manera contundente a esta constitucionalización. Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., cap. 10, del mismo autor “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, nº 1, Oxford University Press, 1993 y también, ya criticando el hecho general de una constitución escrita: “Constitutionalism: A Skeptical View”, ob. cit., pp. 7 y ss.

¹¹⁶ Ferreres, Victor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, ob. cit., p. 33, del mismo autor “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”, ob. cit., pp.373-374.

¹¹⁷ Como expresa Post, “If constitutional law is meant to affirm common principles of agreement, the debate over campaign finance reform could not be more disheartening”, Post, Robert, *Citizens Divided. Campaign Finance Reform and the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 2014, p. 3. Un ejemplo a considerar es el de Israel, que carece de constitución escrita porque sus ciudadanos no pueden ponerse de acuerdo sobre principios básicos. Véase Sunstein, Cass, “Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional”, ob. cit., p. 11. Aunque ese país estableció un control de constitucionalidad sobre algunos derechos básicos en 1995 como respuesta estratégica de la burguesía secular hegemónica ante la pérdida de su histórica preeminencia en la toma de decisiones mayoritarias. Sobre el punto Hirschl, Ran, “The Political Origins of the New Constitutionalism”, ob. cit., p. 104. En constituciones que pretenden en cambio superar este problema reconociendo los distintos valores de los diferentes grupos dentro de la comunidad, aunque sean muchas veces contradictorios, está el problema de las antinomias y tensiones que ese reconocimiento puede generar al momento de la interpretación constitucional. Véase Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano. (Una perspectiva crítica)”, en Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013, pp. 345-387, p. 357, a cuyas constituciones califica de “fábrica de aporías”. En contra, se dice que las constituciones tienen que tener una “vocación universalista, racional e imparcial” donde los particularismos, en tanto manifestaciones del poder de negociación, no puedan primar sobre los aspectos racionales e imparciales. Así no habría “demasiado espacio para la interpretación subjetiva o intencionalista de la constitución”. Aguiló Regla, Josep, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *Doxa*, nº 26, 2003, pp. 289-317, p. 300. Un defensor claro de esta unidad de valor es Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., p. 1, donde expresa “... the unity of value. [...] Value is one big thing. The truth about living well and being good and what is wonderful is not only coherent but mutually supporting: what we think about any one of these must stand up, eventually, to any argument we find compelling about the rest”.

supuesto consenso para que no genere (o genere menos) problemas con la democracia, al ser plasmado en constituciones rígidas.

Analizaré dos propuestas, que claro está, pueden presentarse mixturadas en cualquier constitución. Por un lado, la de formular estos derechos de modo abstracto, como principios; propuesta que apareja los problemas de contar con menores significados concretos de esos principios y de tener que confiar en un intérprete constitucional para su aplicación. Por otro lado, la de plasmarlos de la manera más concreta posible (en lo que se suele llamar “constitución de detalle”), que trae como problemas consecuentes la mayor posibilidad de error o cambio de creencias por parte de la ciudadanía¹¹⁸ y con ello, la posibilidad de que las constituciones queden rápidamente desactualizadas¹¹⁹, y el menor margen de acción/elección para los órganos representativos, sin contar con lo difícil que es llegar a un acuerdo de este nivel de especificidad. Veamos.

La primera propuesta es sostenida por quienes consideran que la constitución debe cumplir una función “constitutiva” especificando aquello que es común a todos los ciudadanos. Esto hace que se entienda a la constitución como “condición de una práctica política democrática” que, con sus preceptos abiertos, abstractos e indeterminados (a modo de principios), permitiría que los individuos puedan identificarse con ella y deliberar en torno a sus conceptos, comprendiéndose como miembros de una comunidad¹²⁰.

Uno de los objetivos a lograr es la duración de la constitución como norma suprema. Para ello, a la rigidez se le añade el concepto de “resistencia”, entendido como adaptabilidad de la constitución a la dinámica política, permitiendo y encauzando las diversas opciones políticas; así como su capacidad para ser interpretada de forma flexible y hasta cierto punto cambiante, “a propósito de los derechos fundamentales en ella positivizados pero no definidos”¹²¹.

¹¹⁸ Martí, José Luis, *La república deliberativa*, ob. cit., p. 291.

¹¹⁹ Ferreres alude a un problema de “deslegitimación”. Ferreres, Victor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, ob. cit., p. 33.

¹²⁰ Atria, Fernando, “Lo que importa sobre los principios”, ob. cit., pp. 77-78. Atria es enfático en diferenciar constitución de ley constitucional. En un sentido similar, Aguiló Regla, Josep, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, ob. cit., p. 299 afirma que la función de la constitución es fundar la unidad de una comunidad política, por lo que el ideal es el consenso.

¹²¹ Tomás y Valiente, Francisco, “La resistencia constitucional y los valores”, ob. cit., p. 639. Concluyendo, “Si la rigidez implica prohibición o dificultad de reforma del texto de la Constitución, resistencia significa adaptabilidad al cambio haciendo innecesaria la reforma”.

Este nivel de abstracción, sumado a la admisión de excepciones implícitas al ejercicio de los derechos constitucionales en función de otros derechos y valores que se ponderan¹²², permite sostener a los neo-constitucionalistas que “... una constitución así diseñada mantiene abierto el proceso deliberativo [...] y de esta forma evita en gran medida la ‘tiranía de los muertos sobre los vivos’ que se ha reprochado frecuentemente al constitucionalismo rígido”¹²³. Una afirmación que ya había hecho Dworkin al elogiar a la constitución estadounidense por proteger los derechos individuales en términos muy abstractos, permitiendo así sostener un debate continuado acerca de cuál es la mejor forma de interpretar sus principios¹²⁴. Es que con esta base es fácil pensar en que la configuración de esos derechos va a ir variando en el tiempo, según la interpretación y/o ponderación que se vaya realizando, lo que a criterio de Ferreres permite que la constitución rígida mantenga su legitimidad democrática¹²⁵.

Esta idea nos recuerda la tesis de Sunstein sobre los “acuerdos incompletamente teorizados”¹²⁶. Lo que este autor sugiere es que la gente se suele poner de acuerdo sobre prácticas constitucionales, incluso a veces sobre derechos, cuando no puede ponerse de acuerdo sobre *teorías constitucionales*¹²⁷. Con esto quiere decir que, dada la pluralidad de valores presentes en la ciudadanía, los conflictos sobre asuntos fundamentales se pueden resolver apelando, a veces a abstracciones (en medio de desacuerdos severos sobre casos particulares), o a veces a resultados concretos (obviando

¹²² Ferreres, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, ob. cit., p. 33. Lo que remite al tema de la derrotabilidad visto en el capítulo anterior.

¹²³ Ruiz Manero, Juan en Ferrajoli Luigi y Ruiz Manero, Juan; *Dos modelos de constitucionalismo*, ob. cit., p. 80.

¹²⁴ Véase Dworkin, Ronald, *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, trad. de Ernest Weikert García, Paidós, Barcelona, 2008, p. 195.

¹²⁵ Ferreres, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, ob. cit., p. 34. En igual sentido Aguiló Regla, Josep, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, ob. cit., p. 315. Este último autor diferencia este tipo de constituciones abiertas y rígidas de sus extremos “desviados”, a los que llama: “Fundamentalismo constitucional procedimentalista”, que se configuraría con constituciones abiertas pero inmodificables y “Judicialismos radicales” (o particularismos extremos) que serían los propiciados por constituciones abiertas pero flexibles y que difícilmente podrían ser parte del constitucionalismo. *Ibidem*, p. 317.

¹²⁶ Sunstein, Cass, “Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional”, ob. cit. También puede verse del autor, *One case At a Time. Judicial minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1999 y *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, New York, 1996.

¹²⁷ Sunstein, Cass, “Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional”, ob. cit., p. 1.

las teorías que subyacen a sus juicios). Esto consigue silencio sobre cuestiones básicas, como mecanismo para generar convergencia a pesar del desacuerdo¹²⁸. Es un buen ejemplo de esta propuesta lo expresado por Jacques Maritain respecto de la firma de la Declaración Universal de Derechos Humanos por numerosos países culturalmente diversos: “Sí, estamos de acuerdo sobre los derechos, pero con la condición de que nadie nos pregunte por qué”¹²⁹.

En un marco constitucional, estos acuerdos incompletos tendrían la ventaja de mantener la estabilidad, mostrar respeto mutuo, reducir el costo político de desacuerdos duraderos y sobre todo, serían valiosos al permitir la evolución moral y el progreso en el tiempo de las sociedades, que al concebir la posibilidad de error, prefieren mantener un grado de apertura a nuevos hechos y perspectivas¹³⁰. En efecto, harían posible poner en primer plano el consenso básico a partir del cual puede construirse una práctica jurídico-política discursiva o deliberativa¹³¹.

Pero también tienen sus problemas. Así se dice que la estrategia de las formulaciones abstractas enmascara el conflicto en lugar de resolverlo y lo que alcanza son falsos acuerdos o falsos consensos¹³². Sin contar que implican el problema añadido de la necesidad de un intérprete constitucional que

¹²⁸ *Ibidem*, p. 2.

¹²⁹ Glendon, Mary Ann, *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House, New York, 2001, p. 77. Todo esto nos recuerda de modo inevitable la teoría del *overlapping consensus* en Rawls. Sobre el punto véase Rawls, John *El liberalismo político*, ob. cit., especialmente conferencia IV “La idea de un consenso entrecruzado”, pp. 165-205. Del mismo autor “La idea de un consenso por superposición” en Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo (coords.), *Derecho y Moral: ensayos analíticos*, Ariel, 1990, pp. 63-86.

¹³⁰ Sunstein, Cass, “Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional”, ob. cit., pp. 13-15. Una fuerte crítica a la propuesta de Sunstein en Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, ob. cit.

¹³¹ Aguiló Regla, Josep, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, ob. cit., p. 312. Podría decirse que esta es la concepción que adopta la Corte Suprema estadounidense, que en el caso *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558, 2003) expresó: “Had those who drew and ratified the Due Process Clauses of the Fifth Amendment or the Fourteenth Amendment known the components of liberty in its manifold possibilities, they might have been more specific. They did not presume to have this insight. They knew times can blind us to certain truths and later generations can see that laws once thought necessary and proper in fact serve only to oppress. As the Constitution endures, persons in every generation can invoke its principles in their own search for greater freedom”. Brest, Paul, Levinson, Sanford, Balkin, Jack, Amar, Akhil y Siegel, Reva, *Processes of Constitutional Decisionmaking. Cases and Materials*, Aspen, 5ª ed., Nueva York, 2006, p. 1490.

¹³² Martí, José Luis, *La república deliberativa*, ob. cit., p. 35, citando sobre los falsos acuerdos a Young, Iris, “Activist Challenges to Deliberative Democracy”, *Political Theory*, vol. 29, nº 5, 2001, pp. 115-118.

determine el significado y alcance de cada principio y que resuelva los potenciales conflictos entre los mismos¹³³. Un problema que, claro está, es tal si se mira desde la perspectiva de ser “fieles” a la voluntad originalmente expresada en la constitución. Si en su caso se determina que los intérpretes sean los tribunales, “la estructura de los derechos fundamentales deriva hacia un problema político de gran trascendencia, que cabría condensar encadenando dos expresiones de Alexy: la ‘omnipresencia de la Constitución’ da lugar a la ‘omnipotencia de los tribunales’”¹³⁴. Pero este es otro tema que, para no distraernos de lo que aquí interesa, abordaré en el capítulo siguiente.

Aunque justamente, y en parte por ese tipo de problemas tenemos una segunda propuesta, sostenida por quienes consideran que este tipo de resguardo a los derechos (o valores) fundamentales es insuficiente pues éstos son tan importantes que deberían ser establecidos “en detalle” (a modo de reglas¹³⁵) y de forma intangible, es decir no siendo susceptibles de ninguna modificación¹³⁶. Así, por ejemplo Ferrajoli, toma a los derechos una vez constitucionalizados como “objetivos”¹³⁷, como consignas claras que únicamente pueden generar discusión en cuanto a sus medios de concreción -y de modo limitado¹³⁸- pero no en cuanto a sus contenidos, ni tampoco entrar en

¹³³ Martí, José Luis, *La república deliberativa*, ob. cit., p. 291. Esto independientemente de quién sea el intérprete, si el poder legislativo, el ejecutivo, el judicial o indistintamente los tres, sumando o no a la sociedad civil.

¹³⁴ García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la Moralidad*, ob. cit., p. 111, con cita a su vez de Alexy, Robert, “Rechtssystem und praktische Vernunft”, *Rechtstheorie* 18/4, 1984, pp. 405-419, p. 406.

¹³⁵ En palabras de Ferrajoli: “qualunque principi che enuncia un diritto fondamentale, [...] equivale alla regola consistente nell’obbligo o nel divieto corrispondente”, Ferrajoli, Luigi, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, ob. cit., p. 2800.

¹³⁶ Esta propuesta claramente es un extremo (al que Josep Aguiló llama “fundamentalismo constitucional sustantivista”), pues podríamos considerar también constituciones “cerradas” con un nivel menor de rigidez, o incluso, en otro extremo, flexibles, en lo que el mismo autor califica de “anticonstitucionalismo legalista”. Aguiló Regla, Josep, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, ob. cit., p. 317.

¹³⁷ En este sentido Ferrajoli explica que “los discursos de la ciencia jurídica positiva y de la jurisdicción tienen un *objeto*, o sea, una referencia empírica que es el discurso y el lenguaje del legislador, sobre la base del cual las proposiciones normativas son verificables o falsables”. Ferrajoli, Luigi en Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo*, ob. cit., p. 76.

¹³⁸ Pues sólo será posible en caso de que se trate de “principios directivos”, es decir los que se refieren, por ejemplo en la Constitución Italiana, a los “principios que informan la política social y económica” mas no en caso de los “principios regulativos”, que comprenden a casi todos los derechos fundamentales (con la salvedad de los derechos sociales, a los que coloca a caballo de las dos definiciones) y que no son susceptibles ni siquiera de ponderación. Ferrajoli, Luigi, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, ob. cit., pp. 2798-2799, 2807.

conflicto entre sí¹³⁹. De ahí la oposición del autor al llamado constitucionalismo principialista (o neoconstitucionalismo conceptual), que los concibe como principios sujetos a ponderación.

Estos derechos fundamentales, que conformarán el “ámbito de lo indecible” para cualquier mayoría, deberían ser formulados en un “lenguaje constitucional lo más preciso y riguroso posible”, dejando poco margen para la interpretación de los jueces, cuya legitimidad se funda “en el carácter lo más cognoscitivo posible de la subsunción y de la aplicación de la ley, dependiente a su vez, mucho más que de su formulación como regla, del grado de taxatividad y de determinación del lenguaje legal”¹⁴⁰. En este sentido, una constitución es “cerrada”, es decir, sólo requiere ejecución o aplicación, de donde se sigue un rol normativo más intenso, pero menos extensivo¹⁴¹. Como podemos imaginar, este tipo de formulaciones trae mayores problemas democráticos, no sólo en términos de tiranía del pasado, sino también, en términos políticos, como veremos *infra*.

¹³⁹ En este sentido, Ferrajoli usa como parangón para el derecho constitucional al derecho penal, auspiciando la mayor taxatividad del primero a fin de excluir cualquier consideración política (volveré sobre este punto en el capítulo siguiente). En efecto, afirma que los conflictos no se dan en materia de derechos sino en cuanto a las circunstancias concretas de su aplicación. *Ibidem*, pp.2812-2816. Sobre el punto parecería aplicable la idea filosófica general, que se puede encontrar al menos en Platón, de la coherencia de todos los valores. Postura criticada ya a inicios del S. XX por uno de los padres del no cognocitivism ético, Max Weber y su tesis del “politeísmo de los valores”, Véase Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, ob. cit., pp. 276, 278. Una crítica a la posición “fuertemente coherentista” de Ferrajoli en Prieto Sanchís, Luis, “Constitucionalismo y Garantismo” en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.), *Garantismo*, Madrid, Trotta, 2009, p. 46 y en Moreso, J. Juan, “Sobre los conflictos entre derechos” en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.), *Garantismo*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 159-170. En respuesta, Ferrajoli, Luigi, *Garantismo*, ob. cit., pp. 83-84 afirma: “no pienso en absoluto no existan [sic] conflictos entre derechos fundamentales [...] Simplemente he criticado la tendencia habitual en la actual filosofía jurídica a generalizar, enfatizar y dramatizar la existencia de conflictos entre derechos, cualquiera sea su naturaleza...” Lo mismo también en *Principia Iuris*, ob. cit., vol. 2: *Teoría de la Democracia*, p. 71, haciendo a continuación “un análisis diferenciado de los distintos (supuestos) derechos en conflicto”, “los criterios de solución” y “los espacios de discrecionalidad en los cuales –a su modo de ver- se resuelven gran parte de los conflictos pensables”

¹⁴⁰ Ferrajoli, Luigi, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, ob. cit., p. 2813. Quien quiere trasladar el ideal regulativo plasmado en la “ciencia de la legislación” a la “ciencia de la constitución”, afirma: “sería oportuno que la cultura iusconstitucionalista [...] promoviera el desarrollo de una lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible”, *Ibidem*, p. 2815.

¹⁴¹ Según Aguiló Regla, Josep, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, ob. cit., p. 305. Por supuesto que el mencionado problema de lograr consenso en torno a formulaciones de este tipo aquí no es tal porque como veremos luego, para Ferrajoli el consenso no es importante en este punto.

3.- La rigidez en su máxima expresión: Algunas propuestas neoconstitucionales

El presente acápite pretende abordar en profundidad uno de los conceptos centrales en que se basa el neoconstitucionalismo: me refiero específicamente al concepto de derechos fundamentales como “coto vedado” o como “ámbito de lo indecible” para las democracias constitucionales, plasmado en constituciones rígidas¹⁴². Quisiera ante todo aclarar sobre este particular que hay autores que consideran que la clasificación de Bryce entre constituciones rígidas y flexibles debe matizarse, incluso proponiendo una oposición conceptual trimembre, donde la flexibilidad fuera una propiedad no graduable, la rigidez una propiedad graduable y la inmodificabilidad o rigidez absoluta, otra propiedad no graduable¹⁴³. Las tesis que aquí se desarrollan entrarían entonces dentro de esta tercera categoría.

Para los propositores de esta corriente de pensamiento el propio ideal democrático -rectamente entendido- sería el fundamento para el establecimiento del “coto vedado” y por tanto, para la limitación del poder de la mayoría. Está claro que si se pretende que esta justificación tenga sentido, se debe partir de una robusta concepción sustancial de la democracia¹⁴⁴. Con esa lógica, cuando se restringe el poder de la mayoría para impedir que sus decisiones menoscaben los derechos fundamentales, el ideal democrático no sufriría daño alguno: al contrario, lo que se estaría haciendo es proteger a la democracia de lo que puede ser una seria amenaza para ella. En suma, como explica Bayón, la democracia sería en sí misma el fundamento de la limitación del poder de la mayoría y por eso, no sólo no habría ninguna verdadera tensión, sino que el Estado constitucional resultaría ser precisamente “la juridificación de la democracia”¹⁴⁵.

¹⁴² Vale decir que estos conceptos guardan parentesco con el desarrollado por Dworkin de los derechos como “cartas de triunfo” frente a las mayorías. Pero como la idea de Dworkin ha tenido más implicaciones en el ámbito del control judicial de constitucionalidad de la ley, lo trataré cuando aborde ese tema.

¹⁴³ Véase Aguiló Regla, Josep, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, ob. cit., p. 301.

¹⁴⁴ Bayón, Juan Carlos “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, ob. cit., p. 303. Retomaré esta concepción de la democracia en el capítulo siguiente.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 293.

El análisis que sigue lo realizaré de la mano de dos autores emblemáticos en este tipo de propuestas. Por un lado, la de un neoconstitucionalista “propriadamente dicho” como Ernesto Garzón Valdés¹⁴⁶, y por otro y en mayor medida, la de un neoconstitucionalista de tipo “normativo” como es Luigi Ferrajoli¹⁴⁷. Si bien ya se han estudiado las diferencias notables que hay entre estas dos posiciones, aquí realizaré una comparación resaltando sus similitudes¹⁴⁸. Nuevamente presentaré los problemas que plantean estas tesis respecto la tensión a la que vengo refiriéndome con la democracia, pues a mi criterio, estas concepciones exacerban la misma, llevándola a su extremo.

3.1.- El “coto vedado” de derechos

Comencemos por la posición de Garzón Valdés y su “recurso del coto vedado”¹⁴⁹. En el “coto vedado”, según su mentor, han de resguardarse los derechos fundamentales no negociables, como condición necesaria de la democracia representativa¹⁵⁰, es decir, como “núcleo mínimo sustantivo para la

¹⁴⁶ Como se sabe, fue Garzón Valdés quien adaptó la expresión del “coto vedado” al debate democrático constitucional, que de ahí en más la ha utilizado para la discusión de las restricciones a las mayorías. En palabras del propio autor: “Hace ya años que vengo insistiendo en la necesidad conceptual de incluir en todo diseño democrático-representativo lo que suelo llamar ‘coto vedado’, expresión tomada del título de una obra de J. Goytisolo, compañero de mis años madrileños a comienzos de los cincuenta del siglo pasado. Al recurrir a esta expresión me pareció que no sólo introducía una referencia literaria en el vocabulario jurídico-político sino que, además, me servía adecuadamente para denotar un campo en el que debía estar prohibido el ingreso de la política”. Garzón Valdés, Ernesto “Para ir terminando” en Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Fontamara, México, 2003, p. 43.

¹⁴⁷ He elegido principalmente a Ferrajoli por su relevancia y claridad expositiva para el tema propuesto. Así, no sólo ha publicado su teoría sistemáticamente en numerosas obras: en 1989 *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (Trotta, Madrid, 1995) hasta en 2007 *Principia Iuris: Una teoría del diritto e della democrazia* (Laterza, Roma, 2007), cuya traducción al castellano he estado utilizando; sino que también ha discutido sus tesis con prestigiosos autores del ámbito internacional, lo que ha dado como resultado, valiosas publicaciones, incluso comparativas de ambos tipos de neoconstitucionalismo y que se utilizan en la presente tesis.

¹⁴⁸ Estas similitudes son las que hacen que se termine calificando a Ferrajoli, muy a su pesar, de neoconstitucionalista y que han llevado incluso a muchos estudiosos a confundir sus teorías. Véase Salazar Ugarte, Pedro, “Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: Algunas claves para su distinción”, *Doxa* nº 34, 2011, pp. 289- 310.

¹⁴⁹ Garzón Valdés, Ernesto, “Consenso, racionalidad y legitimidad” (1990), en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 469; también “El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías”, *Isonomía*, nº 12, 2000, pp. 7- 34.

¹⁵⁰ El autor defiende una “relación conceptual entre democracia representativa y coto vedado”, en tanto se entienda por democracia representativa no el “‘dominio de la mayoría’ sino la vigencia del ‘principio de la mayoría’ dentro de un marco de homogeneidad social que permita alentar la esperanza de autodeterminación individual”. Garzón Valdés, Ernesto, “Algo más acerca del ‘coto vedado’”, *Doxa*, nº 6, 1989, pp. 209-213, p. 209.

legitimidad”¹⁵¹. Sólo fuera de este "coto vedado" cabe el disenso, la negociación y la tolerancia. Quien pretenda abrir la puerta del "coto vedado" y transformar derechos fundamentales en objeto de disenso y negociación - continúa Garzón Valdés- elimina la posibilidad de que la democracia pueda satisfacer la pauta de corrección moral que de ella se espera¹⁵².

Por esto -sigue su desarrollo- el ámbito de la gestión de los representantes, como así también, el marco en el que el disenso sería ético-jurídicamente aceptable, se daría: “cuando se intenta hacer valer deseos secundarios en un proceso de negociación parlamentaria o en una votación ciudadana se procura ampliar la agenda de temas que deberían ser objeto de discusión parlamentaria”¹⁵³.

Claro está que para sostener esto, Garzón da por supuesto que “el consenso, tanto en su versión fáctica [...] como en su versión hipotética [...] no puede servir como punto de partida para la fundamentación de la legitimidad política de la democracia”¹⁵⁴. Para este autor, sólo un consenso (o, en su caso, un disenso) que respete los derechos humanos es éticamente aceptable, pues “quien no comprende la relevancia de los bienes básicos puede ser incluido en la categoría de incompetente básico”¹⁵⁵.

No dejan de sorprender estas palabras del profesor argentino, que serían más bien inaceptables si no fuera porque son tautológicas. Parece una obviedad decir que es una competencia básica comprender la relevancia de los bienes básicos, como decir que es absurdo no aceptar que lo bueno es bueno y que lo lindo es lindo. Lo que resulta un poco más complejo es determinar cuáles son esos bienes básicos y qué es lo que los hace relevantes, pero esta tarea parece no interesarle al constitucionalista.

Más allá de este “detalle”, a simple vista se puede advertir un primer problema que se presenta dentro de la teoría de Garzón Valdés: la asociación

¹⁵¹ Martí, José Luis, “Legitimidad y espacio para la democracia en Ernesto Garzón Valdés”, *Doxa*, nº 30, 2007, pp. 135-141, p. 136.

¹⁵² Garzón Valdés, Ernesto, “El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías”, ob. cit., p. 9. También véase Garzón Valdés, Ernesto, “La alternativa del disenso. La propuesta de Javier Muguerza” en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 485.

¹⁵³ Garzón Valdés, Ernesto, “El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías”, ob. cit., p.16.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 15.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 22.

acrítica y lineal que realiza entre los principios (o derechos) constitucionales (y por tanto positivos) y lo moralmente correcto. La idea de los derechos como cognoscibles por la razón y directamente opuestos a las consideraciones de la mayoría que, a su vez, representan el peligro potencial para los mismos.

En efecto, este autor asigna al “coto vedado” un valor moral, desde que lo define como el “ámbito constitucionalmente especificado que incluye principios y valores vinculados con bienes espirituales y materiales primarios”, confiándose la determinación de su contenido y fuerza vinculante a la “moral crítica”¹⁵⁶. Tal es así que, nos llega a decir Garzón Valdés, dentro del “coto vedado” no rige el “principio de no dictadura” porque la no aceptación es una clara señal de irracionalidad o de ignorancia, lo que justifica en última instancia, el paternalismo de una generación hacia otra¹⁵⁷. La consecuencia jurídica positiva de esta afirmación es que para los derechos incluidos en el coto vedado vale la prohibición absoluta de reforma¹⁵⁸.

Un segundo problema importante, es el de dejar un ámbito muy reducido o prácticamente inexistente para la democracia¹⁵⁹. Así la autoridad democrática sólo puede decidir sobre: 1) el “afianzamiento de la vigencia efectiva de los bienes básicos”, o sea, el del cumplimiento de los derechos fundamentales más el despliegue normativo necesario para garantizar dichos bienes básicos¹⁶⁰ y 2) los “deseos secundarios de la gente, es decir, aquellos que no están relacionados con los bienes primarios”¹⁶¹. Pero si, como señala Martí, la autoridad democrática no puede tomar decisiones en este segundo ámbito sin caer en políticas perfeccionistas (interfiriendo en los planes de vida razonables de las personas) que a su vez, vulnerarían el coto vedado, sólo le resta poder de decisión para casos de irrelevancia moral como los de pura coordinación y

¹⁵⁶ Bovero, Michelangelo, “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, *Doxa*, nº 31, 2008, p. 225.

¹⁵⁷ Garzón Valdés, Ernesto “El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías”, ob. cit., p.17.

¹⁵⁸ “Como la establecida por el artículo 79,3 de la Ley Fundamental alemana”. *Ibidem*, p. 24.

¹⁵⁹ Martí, José Luis, “Legitimidad y espacio para la democracia en Ernesto Garzón Valdés”, ob. cit., p. 137.

¹⁶⁰ *Ídem*. Actividad a la que Martí califica de “ eminentemente técnica” y por tanto más objetiva; y la que, por una cuestión de consistencia interna de la tesis de Garzón Valdés, debería ser excluida también de la labor democrática.

¹⁶¹ Garzón Valdés, Ernesto “El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías”, ob. cit., p. 23. Que son plenamente subjetivos y dependientes de los deseos y voluntades de la gente, a diferencia de los intereses primarios, objetivos e independientes.

de afirmación expresiva de la comunidad política¹⁶². Lo que es sin dudas, anular prácticamente la decisión democrática.

Como vemos Garzón Valdés sostiene abiertamente la conexión entre derecho y moral -distintiva del neoconstitucionalismo conceptual- y un temor a la política y su expresión mediante mayorías. Como bien dicen sus críticos, en teorías como la expresada pareciera que se sitúan “todos los valores que defendemos del lado de la Constitución, y todos los defectos que queremos evitar del lado de la llamada ‘política ordinaria’¹⁶³. Retomemos ahora la posición que adopta un positivista como Ferrajoli, que defiende la diferenciación tajante entre derecho y moral¹⁶⁴, aunque comparte el temor mencionado.

3.2.- La “esfera de lo indecible”

En palabras de Ferrajoli, la “*esfera de lo indecible*” se trata del “conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías”¹⁶⁵. Se trata de una noción que, según su propio mentor, tiene un parentesco pero que no es idéntica a la ya vista del “coto vedado” o a la de lo “no opinable” de Bobbio¹⁶⁶. La noción nos refiere tanto a lo que no podría decidirse nunca (lo “*no decidible que*”, que estaría determinado por el conjunto de los derechos de libertad y autonomía que impiden a cualquier poder, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan lesionarlos o reducirlos); como a lo que no puede dejar de decidirse, también de modo inexorable (o lo “*no decidible que no*”, determinado por el conjunto de los derechos sociales que imponen al Estado, en cuanto expectativas positivas, decisiones dirigidas a satisfacerlos)¹⁶⁷.

Así, dentro del ámbito de lo indecible hallamos dos esferas: “la primera esfera es la de las prohibiciones, esto es, la de los límites negativos impuestos a la legislación en garantía de los derechos de libertad. La segunda es la de las obligaciones, es decir, la de los vínculos positivos igualmente impuestos a la

¹⁶² Martí, José Luis, “Legitimidad y espacio para la democracia en Ernesto Garzón Valdés”, ob. cit., p. 140.

¹⁶³ Laporta, Francisco, *El imperio de la ley*, ob. cit., p. 222.

¹⁶⁴ Sobre este punto consúltese especialmente Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, ob. cit., pp. 219-221.

¹⁶⁵ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, ob. cit., p.102.

¹⁶⁶ Véase Bobbio, Norberto, “La regla de mayoría: límites y aporías”, en Michelangelo Bovero (ed.), *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 478-479.

¹⁶⁷ Ferrajoli, Luigi: *Democracia y Garantismo*, ob. cit., p. 81.

legislación en garantía de los derechos sociales”¹⁶⁸. El conjunto de estas prohibiciones y obligaciones abarca la totalidad de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos.

Esta noción de Ferrajoli, como puede apreciarse con lo dicho hasta aquí, va mucho más allá en sus implicancias que las de los autores antes mencionados, pues designa “no solamente el espacio o el territorio prohibido sino también el espacio y el territorio obligado: no sólo lo que no puede ser decidido, sino también lo que no puede dejar de ser decidido, o sea lo que debe ser decidido”¹⁶⁹. Con esta otra exigencia, Ferrajoli incluye a los derechos sociales como derechos fundamentales y los coloca como obligaciones de hacer que tienen los Estados y cuyo cumplimiento no puede depender de la voluntad política¹⁷⁰.

Fuera de lo indecible queda –agrega Ferrajoli- el reino de la política y el mercado, es decir, la *esfera de lo decidible*, de lo discrecional, donde vale la regla de la mayoría aunque rígidamente delimitada por los derechos fundamentales¹⁷¹. Esta esfera de lo decidible es propia de lo que Ferrajoli llama “funciones” e “instituciones de gobierno”, que estaría apoyada en una legitimidad de tipo “política representativa” y que sería complementaria y simétrica a la esfera de lo indecible, vinculada a la sujeción a la ley propia de

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 103.

¹⁶⁹ *Idem*.

¹⁷⁰ Este punto ha despertado numerosas críticas al autor. Entre ellas, destaco la de Pablo de Lora, quien nos alerta: “Si los derechos sociales han de ser efectivamente garantizados, al menos al modo en que lo son los derechos de libertad, los jueces encargados de controlar la constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos deberían poder controlar también el presupuesto del Estado indicando qué cantidad de recursos ha de destinarse para poder dar satisfacción a las distintas prestaciones en las que se traducen los derechos sociales. Ferrajoli ha indicado que para ello deberían establecerse cuotas mínimas de presupuesto asignadas a los diversos capítulos de gastos sociales, [...] lo que quiere decir [...] cuotas mínimas para cuya reforma se exigirían mayorías súper reforzadas. ¿Podría por esa vía el juez constitucional decidir también la política impositiva? ¿Qué queda entonces del gobierno y del legislador?” De Lora, Pablo, “Luigi Ferrajoli y el Constitucionalismo Fortísimo” en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.), *Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2005, pp. 251-265, p. 259.

¹⁷¹ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, ob. cit., p. 32. Aunque, a su criterio, su teoría reconoce una amplia discrecionalidad a la función legislativa, de la que se requiere solo el respeto de las normas constitucionales, pero que entraña el poder de decidir todo lo que es coherente o compatible con ellas. Ferrajoli, Luigi en Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo*, ob. cit., pp. 21-22. También *Principia Iuris*, vol. 1, ob. cit., pp. 525-539.

las “funciones” e “instituciones de garantía”¹⁷², a su vez apoyadas en un tipo de legitimidad “legal”¹⁷³.

Vale aclarar que la teoría de Ferrajoli, al ser una teoría *formal*¹⁷⁴, no nos dice nada respecto a cuáles sean o deban ser los contenidos de los derechos, sólo nos dice que si son proclamados de modo universal, serán considerados derechos fundamentales¹⁷⁵, quedarán sustraídos de las decisiones políticas y por ello determinarán límites y vínculos a la política¹⁷⁶. Esto hace que tenga que admitir que incluso unos principios espurios se conviertan en *deber ser* al interior de la teoría y en fuente de legitimación indecible¹⁷⁷. Todo lo cual no deja de resultar sorprendente, pues como señala Josep Aguiló: “la rigidez y la normatividad de las constituciones sólo son valiosas en la medida en que sean garantía de cosas a su vez valiosas. Estas mismas técnicas al servicio, por ej., no de una expectativa considerada valiosa sino de un privilegio, resultan simplemente insoportables e irracionales”¹⁷⁸.

Pero esta posibilidad no cabe en la teoría de Ferrajoli, pues si bien proclama que su teoría sólo responde a la pregunta sobre qué es un derecho

¹⁷² Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, ob. cit., p. 104.

¹⁷³ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, vol. 1, ob. cit., p. 532, también véase pp. 822 y ss. donde el autor explica por qué deben mantenerse separadas las instituciones de gobierno y de garantía y por lo cual considero que la distinción va en contra de un deseable diálogo inter-orgánico en materia de interpretación constitucional, al que haré referencia luego.

¹⁷⁴ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, vol. 1, ob. cit., p. 18. Del mismo autor véase también “*Principia Iuris*, una discusión teórica”, *Doxa*, nº 31, 2008, pp. 393-433, especialmente pp.395-396.

¹⁷⁵ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, vol. 1, ob. cit., pp. 684-689. Según la definición del propio autor, son derechos fundamentales “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” Y sigue “entendiéndose por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “*status*” la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas. Ferrajoli, Luigi, “Derechos Fundamentales” en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 19.

¹⁷⁶ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, ob. cit., vol. 1, p. 774.

¹⁷⁷ Una definición como la propuesta, según el autor, tiene la ventaja de que permite reconocer teóricamente un derecho fundamental en cualquier ordenamiento, incluso aquellos totalitarios o premodernos. Además, “es ideológicamente neutral, desde que es válida cualquiera que sea la filosofía jurídica o política que se profese: positivista o iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal y antidemocrática”. Ferrajoli, Luigi, “Derechos Fundamentales”, ob. cit., p. 21.

¹⁷⁸ Aguiló Regla Josep.; “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la constitución”, ob. cit., p. 248. Se podría pensar que esta crítica no es aplicable a Ferrajoli dado que un privilegio no puede ser un derecho fundamental, pero considero que según la concepción formal de derecho fundamental de Ferrajoli, sí podría serlo, en la medida en que el privilegio esté establecido en términos “universales”. Supongamos derechos que se establecen sólo al género masculino, o a los heterosexuales, a los hombres libres, etc.

fundamental, y no a cuáles son en una constitución determinada (de lo que se ocupa la dogmática jurídica), ni a cuáles deberían ser (lo que se deja librado a la filosofía política normativa de la justicia¹⁷⁹); afirma que en lo que está pensando al elaborar su idea de derechos fundamentales como indecibles es en “nuestros concretos ordenamientos [valga aclarar, los europeos de la segunda postguerra] cuyas constituciones no contienen más que excepcionalmente derechos fútiles o inicuos...”¹⁸⁰. Por lo cual, a su criterio, en estas constituciones se encuentra muy reducida la divergencia entre justicia y legitimidad, concluyendo que: “Hay un nexo entre justificación y legitimación externa y entre garantismo y legitimación interna: en la medida en que la razón externa estipulada en la Constitución como ‘razón social’ es compartida políticamente, justificación externa y garantismo coinciden”¹⁸¹.

3.3.-Distintas posiciones teóricas, idénticas soluciones institucionales

Volvamos por un momento a la teoría del derecho para comprender estas soluciones institucionales. Ya vimos en el capítulo primero los anclajes teóricos del neoconstitucionalismo propiamente dicho. Permítaseme ahora ahondar un poco más en la teoría de Ferrajoli a fin de demostrar por qué, si bien él se aleja del neoconstitucionalismo -bautizando a su teoría como “garantismo”-, se lo puede estudiar junto a esta corriente en cuanto propicia cuasi los mismos arreglos institucionales¹⁸².

Como han destacado De Cabo y Pisarello, la teoría del derecho de Ferrajoli difiere de la de otros autores positivistas como Kelsen o Bobbio para quienes, como vimos en el capítulo 1, aquella debía desempeñar un papel fundamentalmente descriptivo, evitando las consideraciones axiológicas. Las prescripciones, desde esta perspectiva, serían una cuestión valorativa externa

¹⁷⁹ Ferrajoli, Luigi, “Derechos Fundamentales” en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 20.

¹⁸⁰ Ferrajoli, Luigi en Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo*, ob. cit., p. 112.

¹⁸¹ Ferrajoli, Luigi, “*Principia Iuris*. Una discusión teórica”, ob. cit., p. 402.

¹⁸² Algunas buenas comparaciones/diferenciaciones entre neoconstitucionalismo propiamente dicho y garantismo (o neoconstitucionalismo normativo, como lo llamo aquí) pueden encontrarse en trabajos del propio Ferrajoli, Luigi, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, ob. cit., también del autor, en conversación con Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo*, ob. cit. Es interesante el artículo de Salazar Ugarte, Pedro, “Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente”, ob. cit., donde el autor reconoce que Ferrajoli no facilita la distinción porque, “en muchos de sus escritos, sostiene tesis que bien podrían ser catalogadas como neoconstitucionalistas”, p. 295.

al derecho que debe resolverse en sede filosófico-política o moral. Para Ferrajoli en cambio, en la medida en que el paradigma constitucional asume una serie de derechos y principios, de contenidos en definitiva, que vinculan a los poderes públicos y privados, toda teoría jurídica acabaría por incluir también una política del derecho. Por eso, de acuerdo con los editores, la teoría de Ferrajoli “viene animada por una pretensión explicativa y descriptiva, pero también por una dimensión crítica o prescriptiva que atrae al campo del derecho positivo cuestiones que en el paradigma simplemente legalista, pero no constitucional, quedaban relegadas al ámbito externo de lo político”. Sería, en suma, una teoría explicativo-normativa¹⁸³.

Y esto es confirmado por el mismo Ferrajoli, para quien la teoría del derecho, a diferencia de la dogmática jurídica que es descriptiva, es normativa en dos sentidos: en el sentido de que sus postulados y definiciones son convenciones estipuladas libremente -si bien en función de su capacidad explicativa y de su alcance empírico con relación a las modernas democracias constitucionales-; y en el sentido de que las tesis de la teoría son normativas respecto del derecho positivo en el que se dan -aunque teóricamente no deberían darse- tanto antinomias como lagunas¹⁸⁴. Aquí para Ferrajoli, la relación entre derecho y lógica impone que a determinadas estructuras se correspondan determinadas consecuencias (la coherencia es un “deber ser”¹⁸⁵) que muchas veces en el plano positivo no se dan y por eso se habla de lagunas o antinomias desde la teoría y de un papel crítico de la ciencia del derecho, cuando denuncia dichas lagunas y antinomias. Entonces corresponde “aceptar que la teoría diverge del derecho y que pueda ser, por tanto, frente a él, no descriptiva sino normativa”¹⁸⁶.

Aunque también nos advierte, para el plano de los fundamentos: “Mis tesis sobre la democracia y los derechos fundamentales son tesis de teoría del derecho que, por lo tanto, no dicen ni deben decir nada sobre la ‘solución’ del problema filosófico [...] Mis tesis se limitan a dar cuenta de un hecho: que los

¹⁸³ De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo, “Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales” en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 12-13.

¹⁸⁴ Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ob. cit. p. 153.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p.189.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 192.

derechos fundamentales establecidos por una constitución rígida imponen, guste o no, límites y vínculos sustanciales, más o menos apremiantes según el grado de rigidez, a la democracia política tal como se expresa en las decisiones de las mayorías contingentes. Se trata en suma de tesis explicativas, en absoluto normativas”¹⁸⁷.

Por eso Ferrajoli distingue su construcción de la esfera de lo indecible, de las concepciones similares que han elaborado otros autores, puesto que a su parecer él ofrece “*una noción jurídica, como categoría de la teoría del derecho*” que se encuentra diseñada por las constituciones rígidas y que es un componente estructural de las actuales democracias constitucionales. En resumen: los derechos fundamentales conforman el ámbito de lo indecible y a la vez, la dimensión sustancial de la democracia, y esto deriva de la “forma” interna de los ordenamientos constitucionales actuales y no de posiciones axiológicas¹⁸⁸. Esta noción, a criterio del propio autor, es superadora en tanto se agregaría a las propias de categorías filosófico- políticas presentes tanto en Garzón Valdés como en Bobbio y que “expresan el principio político, clásicamente liberal, de los límites impuestos a las decisiones políticas, aunque sean de la mayoría, en tutela de los derechos de libertad”¹⁸⁹.

Por lo que, mientras que el coto vedado no tiene que ver con que unos derechos formulados positivamente a nivel supra ordenado al de la legislación ordinaria sean vinculantes para el legislador por ese motivo, sino con una coincidencia entre su contenido y la moral correcta; lo que distinguiría a lo indecible *ferrajoliano*, desde la descripción del paradigma constitucional actual, sería que resulta la consecuencia normativa lógica de la inclusión de derechos fundamentales en las constituciones.

Esto es plenamente coherente a nivel de un ordenamiento positivo concreto, pues si estamos ante una constitución rígida que establece determinados derechos como inmutables, de ello se sigue que dentro de ese sistema positivo la legislación ordinaria no pueda decidir sobre ellos. Pero este análisis sería propio de la dogmática jurídica, de donde nos pretende sacar

¹⁸⁷ Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales” en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 342.

¹⁸⁸ De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo, “Ferrajoli y el Debate sobre los derechos fundamentales”, ob. cit., p. 13.

¹⁸⁹ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, ob. cit., p. 102.

Ferrajoli. Lo que no es tan claro entonces es que se pueda realizar una teoría general del derecho (que tenga por base postulados formales o abstractos) y que, sin justificación axiológica alguna, prescriba el dejar fuera de discusión a esos postulados, en tanto y en cuanto sean universalmente proclamados. Este es el punto clave de la crítica a Ferrajoli: no parece necesariamente lógico que la elección política actual de ciertos ordenamientos constitucionales, que el autor tiene en mente al pensar en los derechos fundamentales como ámbito de lo indecible, sea la única posible, o la única deseable para todo tiempo y lugar, como para abstraerla y plasmarla en una teoría general del derecho con alcances universales.

En ese sentido, la tesis de Garzón Valdés, aunque susceptible de todas las críticas que pueda hacerse al cognitivismo iusnaturalista, tiene más coherencia. En cambio Ferrajoli, por un lado se autoproclama anticognitivista¹⁹⁰ (o relativista racionalista¹⁹¹) en el plano meta-ético y por tanto, asigna a la historia y a los movimientos sociales un papel preponderante en la creación del derecho, que es siempre derecho puesto y por tanto contingente¹⁹². Pero por el otro, condiciona la validez de las normas a requisitos sustanciales, que no son susceptibles de ninguna modificación, que son “indecidibles” a futuro, tornándolos objetivos. Este carácter vinculante del ámbito de lo indecible de las constituciones -si bien “jurídicamente” vinculante- como concepto de teoría general del derecho universalizable y normativo, deja el plano estrictamente positivo para amarrarse a unos determinados valores no cuestionables.

Esta contradicción no se salva arguyendo que su concepción no es en absoluto una opción política arbitraria o la expresión de una preferencia personal, sino “...por el contrario, la opción adoptada por los propios textos constitucionales, que, por ello, se impone también a la teoría cómo la única posible o, al menos, como la más adecuada porque dotada de mayor alcance

¹⁹⁰ El autor cita la tesis de Böckenförde según la cual el Estado liberal no es capaz de garantizar sus propios presupuestos y fundamentos (*Diritto e Secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa Unita*, G. Preterossi (ed.), Laterza, Roma-Bari, 2007) y agrega: su laicidad está asegurada por el hecho de que no sólo no puede, sino que no debe garantizar sus propios fundamentos ético-políticos, so pena de negarse a sí mismo. Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, ob. cit., pp. 137 y 138.

¹⁹¹ Ferrajoli, Luigi en Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo*, ob. cit., pp. 62, 73 Y en este sentido auspicia tolerar las opiniones disidentes, pues considera que las mismas también pueden estar racionalmente fundamentadas.

¹⁹² Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, vol. 1, ob. cit., pp. 776, 803.

empírico y explicativo”¹⁹³. Y esto porque la teoría de Ferrajoli pretende también ser performativa¹⁹⁴ y él mismo admite el papel que juega en “la construcción tanto del artefacto jurídico como del imaginario jurídico colectivo”¹⁹⁵. Entonces, decir que los derechos fundamentales deben estar sustraídos de la disponibilidad de las mayorías y luego admitir que puede haber otros criterios ético-políticos¹⁹⁶ que compitan con los plasmados en las constituciones, pero que no puedan modificarlos, no se condice con su no cognocitismo ético.

En suma, resulta llamativo cómo, partiendo de una posición jurídica positivista y en lo ético anticognitivistista, puede llegar a los mismos resultados que alguien situado en posiciones tan diferentes como Garzón Valdés.

Puede que parte de estas perplejidades se entiendan leyendo las explicaciones del mismo Ferrajoli. Lo que ocurre para él es que hay una inconsistencia de la alternativa entre “iuspositivismo” y “iusnaturalismo”¹⁹⁷, pues “[s]on necesariamente iuspositivistas la noción teórica y la identificación empírica de los derechos fundamentales ofrecidas por la ciencia jurídica, que tiene como referencia los concretos ordenamientos de derecho positivo. Por el contrario, la determinación, en sede de filosofía de la justicia, de lo que es justo tutelar como derecho fundamental, no puede no ser ‘iusnaturalista’ [...] La fundación histórica y positiva de los derechos fundamentales está informada por principios de justicia que bien podrían llamarse ‘iusnaturalistas’ o simplemente ético-políticos y éstos, una vez constitucionalizados, imponen la coherencia y la censura de la eventual incoherencia del derecho positivo

¹⁹³ Ferrajoli, Luigi en Ferrajoli Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo*, ob. cit., pp. 57-58. Lo mismo afirma en respuesta a críticos como José Luis Martí y Andrea Greppi, diciendo “Los derechos fundamentales de ninguna manera tienen, conforme a las tesis teóricas por mí sostenidas, una rigidez absoluta [...] ni tampoco una ‘absoluta indisponibilidad (política)’ [...], sino exactamente el contenido establecido por las normas en las que se formulan y el grado de inviolabilidad determinado por el grado de rigidez asociado a las decisiones políticas del constituyente” en Ferrajoli, Luigi, *Garantismo*, ob. cit., pp. 101-102. También el autor en *Principia Iuris*, vol. 1, ob. cit., p. 34.

¹⁹⁴ *Ibidem*, pp. 31 y ss.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 35.

¹⁹⁶ Ferrajoli admite que los derechos fundamentales no son “universales” ni en sentido *axiológico*, es decir, como valores objetivos, racionales o autoevidentes; ni en sentido *sociológico*, o sea, como universalmente compartidos. Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, vol. 2, pp. 57-58.

¹⁹⁷ Cuando analiza la relación entre génesis o fundamentos históricos y fundamentos axiológicos de los derechos fundamentales, explicando que: “la coincidencia entre los dos tipos de fundamentos es del todo contingente en el plano lógico y teórico, y sería una falacia naturalista afirmarla como necesaria. [Aunque] no es de ningún modo contingente ni casual en el plano político”. Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, ob. cit., p. 321-322.

respecto a ellos. [...] La teoría es rígidamente iuspositivista: el constitucionalismo teorizado por ella como *deber ser positivo del derecho positivo* no es un paradigma intermedio entre iusnaturalismo e iuspositivismo, sino un desarrollo y un perfeccionamiento del positivismo jurídico”¹⁹⁸.

Esta compleja idea también encuentra seguidores. Así Pedro Salazar explica que esta “vena iusnaturalista” del garantismo tiene sus raíces en el pensamiento *bobbiano*. Así esta teoría podría desdoblarse en dos dimensiones: el plano metodológico que abraza al iuspositivismo y el plano político, en el que se adscribe al pensamiento liberal heredero del iusnaturalismo moderno¹⁹⁹. Con sus palabras, “[e]sta articulación sin contradicciones es posible porque [...] [l]os derechos humanos o fundamentales son, sin duda, principios o aspiraciones deseables que equivalen a las ‘exigencias de justicia’ del iusnaturalismo jurídico clásico y moderno, pero sólo son Derecho si, en su reconocimiento, media una decisión política”²⁰⁰.

En conclusión parecería que, lo que en un momento anterior al paradigma constitucional pudo haber sido materia de deliberación política, una vez positivado en constituciones, cambia su naturaleza controvertida para volverse una “verdad” y/o una exigencia de la justicia y expulsar del discurso cualquier otro principio que por no coincidir (o estar en contra) con el positivado, se torna ilegítimo²⁰¹. Así se explica que para Ferrajoli estemos ante la “superación de la vieja dicotomía expresada por los pares *auctoritas/veritas* y ‘racionalidad formal’/‘racionalidad sustancial’ con la que normalmente se formula la oposición entre paradigma iuspositivista y paradigma iusnaturalista”²⁰².

3.4.- Problemas de la rigidez neoconstitucional

Ya he dejado ver, a la par del desarrollo de estas ideas, algunos problemas que se presentan. Aquí los retomaré agrupándolos en tres temas

¹⁹⁸ Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, ob. cit., p. 323.

¹⁹⁹ Salazar Ugarte, Pedro, “Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: Algunas claves para su distinción”, ob. cit., p. 302.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 303.

²⁰¹ Vale aclarar que Ferrajoli advierte que si bien generalmente el término “legitimidad” hace alusión a la legitimidad política o externa, o sea, se relaciona con parámetros no jurídicos sino ético-políticos, él lo usa y lo redefine como término teórico-jurídico para designar la regularidad de las situaciones y de las normas. Véase Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris*, vol.1, ob. cit., nota n° 38, pp. 551-552.

²⁰² *Ibidem*, p. 463. Lo que aparece un grave problema en términos políticos, también apuntado por Preterossi, Geminello.; “*Principia iuris*, entre normatividad y poder: sobre el Estado Constitucional de Derecho en la teoría de Luigi Ferrajoli”, *Doxa*, n° 31, 2008, pp. 315-324.

que me parecen fundamentales, sobre todo animada por la necesidad de “desmitificar” este concepto ya “cliché” en que se ha convertido el “coto vedado” y sus pares, para el constitucionalismo.

Es que, como lo expresa en mejores palabras Bayón, tras la “configuración estructural [según la cual] los derechos básicos retiran ciertos temas de la agenda política ordinaria para emplazarlos en esa esfera intangible a la que Garzón ha llamado ‘el coto vedado’, [...] hay por supuesto una genuina tesis moral sustantiva”²⁰³. Lo que se critica no es esa tesis sino “el paso que media entre la adhesión a ese ideal moral sustantivo que es la tesis del coto vedado y la elección de un diseño institucional específico para una comunidad política”. Así, suele darse por supuesta una conexión sólida entre el ideal del coto vedado y el diseño institucional resultante, “hasta el punto de presuponer que la impugnación de ese diseño sólo podría ser debida al rechazo previo de la tesis de los derechos como ideal moral sustantivo”²⁰⁴.

En definitiva, pareciera que si tenemos un compromiso con los derechos fundamentales, debemos automáticamente acordar con el modelo de constitución rígida (pétrea) que quita a estos derechos de la discusión democrática y de la política y que subordina a esta última a la constitución, so pretexto de reforzar la democracia misma (o incluso, de hacerla posible). Si por el contrario, consideramos que las constituciones, en tanto resultan de momentos históricos determinados, pueden tener deficiencias y pretendemos dejar abierta la discusión sobre los derechos en ellas consagrados, pareciera que no solo estamos atentando contra la democracia (rectamente entendida), sino que además, no estamos implicados con la defensa de los derechos (los de verdad).

Esta disyuntiva, como advertí en los primeros puntos de este capítulo, me parece mal planteada. Podemos pensar en la defensa de los derechos y hasta de las precondiciones de la democracia, en un esquema de rigidez sin objeción democrática y que por el contrario, refuerce las vías deliberativas. Máxime si se entiende la supremacía constitucional como se la caracterizó aquí, pues en esa lógica los mecanismos que la garantizan tienen que tender a reforzar los procesos deliberativos sobre los temas constitucionales fundamentales y no

²⁰³ Bayón, Juan Carlos, “Derechos, Democracia y Constitución”, ob. cit., p. 212.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 213.

obstaculizarlos o bloquearlos. En suma, podemos tener una genuina preocupación por el afianzamiento de un sistema de derechos inclusivo y acercarnos al constitucionalismo normativamente y, justamente por ello, no considerar bueno este diseño institucional específico.

Como advierte Nino -aún compartiendo la hipótesis de que lo que provee la justificación moral a la existencia de un orden jurídico es la función de hacer efectivos los derechos individuales básicos- existe una gran dificultad en pasar de la autonomía que es característica de la moral a la heteronomía distintiva del derecho. Para el filósofo argentino es obvio que la coincidencia plena entre exigencias morales y normas jurídicas es absolutamente utópica, por lo que considera que la forma de minimizar la probabilidad de desvíos morales en el dictado y aplicación de normas jurídicas es a través de la democracia deliberativa²⁰⁵. Más adelante retomaré esta idea de democracia, baste dejar planteada la duda sobre la plausibilidad de cotos vedados, también desde las filas del neoconstitucionalismo. Veamos ahora los problemas. Sobre todo me voy a enfocar en la teoría de Ferrajoli que es la que más desarrollo ha tenido y desde mi punto de vista, la que presenta más incoherencias.

a) La petrificación de la constitución

La primer cuestión a hacer notar es que concepciones como la del “coto vedado” o la del “ámbito de lo indecible” congelan un estado de cosas determinado. Son conservadores del *status quo*, desconociendo tanto la dimensión política como el carácter ideológico del derecho y relegando la crítica o disidencia a una posición marginal, calificándola de irracional (o ilógica) y dejando como única alternativa la violencia contra el sistema²⁰⁶. Es que si una persona o movimiento social, en un momento dado, considera que el derecho constitucional es injusto y pretende modificarlo, bajo un esquema de rigidez como los estudiados no tiene vía alguna para su expresión.

Como nos muestra Dussel, la situación crítica se da cuando ciertos ciudadanos son excluidos -no intencionalmente- del ejercicio de nuevos

²⁰⁵ Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 368-371.

²⁰⁶ Es persuasiva la comparación de Barberis al decir: “El neoconstitucionalismo [...] parece comparable a la elección de un único Dios [...]. Una opción monoteísta, bien entendida, es perfectamente legítima, pero es siempre una opción”. Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral”, ob. cit., p. 277.

derechos que el “sistema del derecho” no ha incluido todavía. Estos ciudadanos con conciencia de ser sujetos de nuevos derechos se experimentan a sí mismos como víctimas, sufriendo los efectos negativos del cuerpo del derecho. Los movimientos de los “sin derecho todavía” (respecto del derecho vigente) comienzan una lucha por la inclusión de los “nuevos” derechos en la “lista” histórica de los derechos ya aceptados, institucionalizados, vigentes. Se establece así una dialéctica entre “derecho vigente *a priori* versus nuevo derecho *a posteriori*”. Los “sin derecho todavía”, cuando luchan por el reconocimiento de un nuevo derecho son el momento creador histórico del cuerpo del derecho humano”²⁰⁷.

Pero, si no se encuentran en el sistema jurídico y/o en la teoría del derecho canales para captar esas exigencias legítimas (desde un punto de vista ético político, aunque no legal) de los “sin derechos”, la posibilidad de un cambio en esta materia sólo puede ser viable a través de una revolución (que exitosa, haga ejercicio del poder constituyente originario).

A esto lleva la teoría de Garzón Valdés, que directamente descalifica a cualquier disidente con el coto vedado, desde la posesión de “La” verdad moral. En respuesta, cabrían las palabras de Bobbio en relación al fundamento de los derechos humanos, de modo analógico: “conviene recordar que históricamente la ilusión del fundamento absoluto de algunos derechos establecidos ha sido un obstáculo para la introducción de nuevos derechos, en todo o en parte incompatibles con aquéllos. Piénsese en las pegadas puestas al progreso de la legislación social por la teoría iusnaturalista del fundamento absoluto de la propiedad [...]. El fundamento absoluto no es solamente una ilusión, alguna vez es también un pretexto para defender posiciones conservadoras”²⁰⁸.

Pero también la teoría de Ferrajoli nos arrincona allí, dado que: por un lado, las constituciones son rígidas y su contenido es indecible, al punto de que ni siquiera a través de una reforma constitucional se podrían modificar”²⁰⁹.

²⁰⁷ Dussel, Enrique, *Hacia una filosofía política crítica*, Desclée de brouwer, Bilbao, 2001, pp. 151 y ss..

²⁰⁸ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, p. 60. Si bien se refiere al fundamento de los derechos humanos, con mayor razón entiendo, no se puede hablar de “concreciones positivas” absolutas de los mismos.

²⁰⁹ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris*, vol. 2, ob. cit., p. 86. Lo que, en cambio, incluso es admitido por los modelos “fuertes” de (neo)constitucionalismo.

De hecho, de darse una reforma, también ésta *debe ser* sometida a control de constitucionalidad²¹⁰. Por otro lado, la teoría tampoco reconoce poder constituyente “jurídico” a la soberanía popular²¹¹, puesto que ni siquiera por unanimidad los ciudadanos podrían alterar el contenido de los derechos constitucionales²¹². Bien hacen en advertir algunos autores que el quitar los temas pilares de la sociedad de la deliberación democrática, deja sin válvulas de escape eventuales futuros conflictos²¹³.

Ideas como las criticadas en suma, además de cerrar absolutamente el diálogo en materia de derechos fundamentales y orillar a los movimientos sociales a recurrir a la violencia (lo que contradice la idea de una democracia que reconoce el hecho del pluralismo), no sólo no es normativamente deseable, sino que además tampoco se condice con la realidad, ni la explica²¹⁴.

Desde lo normativo y en las antípodas de una postura como la de Ferrajoli, un defensor del constitucionalismo político como Bellamy nos dice: “Debido a que los desacuerdos que la gente mantiene sobre la justicia política son testarudos y a que se modifican conforme sus ideales y preocupaciones cambian según se van adaptando a las circunstancias, el proceso constituyente necesita ser entendido como un proceso político continuo”²¹⁵. En igual sentido Pisarello advierte que la constitución democrática no debería concebirse como un régimen de instituciones definidas de una vez y para siempre. “Por el

²¹⁰ Que anulará las reformas que contradigan las disposiciones formales y *sustanciales* de la constitución reformada. *Ibidem*, vol. 1, pp. 811, 843. Con sus palabras: “...una vez estipulados constitucionalmente, los derechos fundamentales no se hallan en el ámbito de disponibilidad de la mayoría y deberían quedar sustraídos también al poder de revisión...”, *Ibidem*, p. 875. Esto se entiende si se comparte con Ferrajoli que en una democracia constitucional, legitimación sustancial externa e interna son “las dos caras de la misma moneda”. *Ibidem*, p. 852; es decir, se identifican. También vol. 2, pp. 37, 47, 90.

²¹¹ De hecho Ferrajoli declara que el término “soberanía” no figura en su teoría. La soberanía popular con poder constituyente para él es pre-política y pre-jurídica, por tanto, no existe en la teoría del constitucionalismo jurídico. *Ibidem*, vol.1, p. 808. Una crítica a la posición de Garzón Valdés, que va en sentido similar a la de Ferrajoli en Carrió Sampedro, Alberto, “La aporía del soberano encadenado. Análisis crítico de ‘las limitaciones jurídicas al soberano’ del profesor Ernesto Garzón Valdés”, ob. cit.

²¹² Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, vol. 2, p. 49.

²¹³ Ansuátegui Roig, Javier, “Sulla tensione tra costituzionalismo e democrazia”, en M. La Torre, A. Scerbo, (a cura di) *Diritti, Procedure, Virtù*, Seminari Catanzaresi di Filosofia del Diritto, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 15-42, p. 32.

²¹⁴ Como Ferrajoli pretende que haga su teoría. Ferrajoli, Luigi.; *Principia Iuris*, vol. 1, ob. cit., p. 18.

²¹⁵ Bellamy, Richard, *El constitucionalismo político*, ob. cit., p. 123. También Portinaro, Pier Paolo, “Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de los garantes. El programa normativo de Luigi Ferrajoli”, *Doxa*, n. 31, 2008, pp. 299-314 destaca los problemas de la teoría normativa de Ferrajoli, la que lleva, en su opinión, a paralizar la capacidad innovadora de los poderes de gobierno. *Ibidem*, p. 305.

contrario, debería entenderse, sobre todo, como lo que históricamente ha sido: un movimiento dinámico, en las instituciones y fuera de ellas, consistente en la alianza social de sectores no plutocráticos que buscan la constante ampliación del *demos*²¹⁶.

Anclados en la realidad, la reciente ola de reformas constitucionales latinoamericanas tampoco confirman las tesis en cuestión. En especial la de las constituciones ecuatoriana y boliviana²¹⁷, que implicaron modificaciones realmente importantes en materia de derechos -en muchos casos contrarias al paradigma anterior²¹⁸- en vistas a integrar a la esfera pública a una parte mayoritaria de la ciudadanía históricamente excluida²¹⁹. En este sentido y a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de países europeos, “este nuevo constitucionalismo latinoamericano [...] no pretendía cancelar el poder constituyente popular. Buscaba, por el contrario, activarlo, generando un vínculo de complementariedad, y no de oposición, entre constitucionalismo y democracia”²²⁰. Esta integración no entra dentro del supuesto contemplado por Ferrajoli de modificaciones constitucionales “permisibles” por ser un “avance” en materia de derechos²²¹, puesto que junto al avance de algunas reivindicaciones, se produjeron “retrocesos”²²² para otros sectores, ejemplo de ello fue el intento de secesión de Santacruz del Estado boliviano²²³. Retomaré este fenómeno en el último capítulo de esta tesis.

²¹⁶ Pisarello, Gerardo, *Un largo temidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta, 2011, p. 211.

²¹⁷ Realizadas en los años 2008 y 2009 respectivamente.

²¹⁸ Un paradigma de matriz liberal conservador que fue transformado con claras orientaciones anticapitalistas y anticolonialistas. Véase De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, Plural, La Paz, 2010, p. 77.

²¹⁹ Véase Gargarella, Roberto, “Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina” en Cesar Rodríguez Garavito (coord.); *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, pp. 87-108, nota nº 2, p. 88, disponible en www.igualitaria.org.

²²⁰ Pisarello, Gerardo, *Un largo temidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, ob. cit., p. 199.

²²¹ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, vol. 2, ob. cit., p. 89.

²²² Pongo estas palabras entre comillas porque es complicado evaluar si determinada configuración de derechos implica un avance o un retroceso: evidentemente en el posicionamiento habrá siempre una visión subjetiva de la realidad y una diferente concepción de la justicia.

²²³ “...que amenazó la viabilidad misma del proceso constituyente”. Uprimmy, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos” en Cesar Rodríguez Garavito (coord.); *El derecho en América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, pp. 109-137, p. 118. Se atribuye el fallido intento de secesión de Santacruz, zona más rica en hidrocarburos y

En conclusión, propuestas como la de Garzón Valdés o Ferrajoli promueven prácticas que llevan a la petrificación de la constitución, a la exclusión de la disidencia y a la asfixia del llamado “punto de vista externo” del derecho²²⁴ por no permitirle expresión institucional.

b) El problema de la autonomía y de la igualdad política

Las consecuencias de las propuestas estudiadas respecto de la autonomía como de la igualdad política, configuran un punto fundamental para la discusión con Garzón Valdés y Ferrajoli. Me pregunto: ¿qué valor tiene para estos autores el autogobierno o, más específicamente, la autonomía de la persona? Si prestamos atención, las críticas que en general se han ido realizando al “coto vedado” o la “esfera de lo indecible” tienden a apoyarse en un concepto de democracia que tiene como fundamento último la autonomía del individuo y a los derechos como fundamentales en tanto propician o garantizan la misma. Pero entre los autores que estamos estudiando, este postulado no es tan claro. Ya señalé más arriba la opinión de Garzón Valdés.

Ahora leamos lo que nos expone Ferrajoli: “existe una confusión frecuente entre *derechos de libertad* y *derechos de autonomía*, ambos fundamentales, aunque unos primarios y otros secundarios según el carácter de simples inmunidades frente a interferencias de los primeros y (además) de ‘poderes’ de los segundos”²²⁵. Así, la estructura de estas dos clases de derechos es distinta: los derechos (primarios) de libertad, (ya sean “libertades de” o “libertades para”) conviven tendencialmente sin interferencias recíprocas y quedan

producción agrícola del país, a la élite blanca que allí habita y que temía perder sus “derechos” en el manejo de los recursos naturales y los latifundios que poseen ante la victoria de Evo Morales y sus promesas de institucionalizar una justicia social profunda.

²²⁴ Desarrollado en forma profunda en Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Madrid, Trotta, 1995, pp. 905 y ss., especialmente p. 912 en referencia a los derechos fundamentales Ferrajoli sostiene que constituyen: “ el *fundamento axiológico externo* del derecho: [...] lugar de expresión de la autonomía y la primacía del punto de vista ético-político o externo sobre el jurídico o el interno; campo de las garantías jurídicas tanto de la democracia formal como de la sustancial, pero precisamente por esto lógicamente diferenciado y axiológicamente separado del campo de las situaciones jurídicas, sean privadas o públicas, del mismo modo que la sociedad y los individuos están separados del estado y la moral está separada del derecho”.

²²⁵ Ferrajoli Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, ob. cit., p. 302.

sustraídos, en tanto establecidos como universales, a la autonomía política²²⁶. En cambio, los derechos (secundarios) de autonomía (ya sean “derechos civiles” o de autonomía privada; o “derechos políticos” o de autonomía política), en tanto que consisten en potestades agendi -esto es, en la potestad de autodeterminarse mediante actos jurídicos potestativos cuyo ejercicio produce efectos sobre las genéricas libertades negativas y positivas-, están destinados a entrar en conflicto en el caso de que no sean jurídicamente limitados y disciplinados. Por ello los derechos de autonomía, en el Estado de derecho que no admite poderes legibus soluti, se encuentran sujetos a la ley²²⁷.

Esta distinción para Ferrajoli es esencial puesto que las dos clases de derechos caracterizan, respectivamente, al liberalismo y la democracia, y dentro de esta última los derechos civiles y políticos de autonomía constituyen la base, respectivamente, del mercado y de la representación, de la democracia civil y de la democracia política. Por su parte los derechos de libertad, al ser los límites impuestos a los derechos-poderes de autonomía, son la base de la igualdad jurídica²²⁸.

Ahora bien, al no ser la autonomía un valor primario, pero no renunciarse a la democracia como sustento del resto del sistema jurídico, se vuelve necesario buscar otro cimiento para la misma. Como veremos en el capítulo siguiente, Ferrajoli ancla la idea de democracia a la de igualdad y con ella a la idea de derechos fundamentales. Comparto con uno de sus críticos el que “sin embargo, se trata de un anclaje poco sólido: [...] Ferrajoli se refiere de modo explícito, a la igualdad ‘en derechos fundamentales’; pero la igualdad que pertenece a la democracia [...] como su connotación identificadora no es la

²²⁶ Es decir, quedan fuera de la disponibilidad política. En igual sentido véase Bayón, Juan Carlos, “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, ob. cit., pp. 305-306.

²²⁷ Ferrajoli Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, ob. cit., pp. 307-308.

²²⁸ *Ibidem*, p. 311. En este punto se unen las consideraciones plasmadas en la teoría del derecho con el plano axiológico, volviéndose el argumento—a mi criterio- circular: en teoría el carácter universal de los derechos fundamentales (de todos ellos), que hace a su forma, es la base de la igualdad. A su vez la igualdad es uno de los criterios que fundamenta esos derechos. Es decir, porque nos interesa la igualdad, tenemos derechos fundamentales universales, y los derechos fundamentales, en tanto universales, son base de la igualdad.

igualdad en los derechos fundamentales *de todo tipo*, sino la igualdad en los derechos *específicamente políticos*²²⁹.

En el mismo sentido Pintore declara que la teoría de Ferrajoli conduce “al sacrificio de la democracia entendida como método de elección y decisión política de individuos iguales en autonomía moral y, por ello, iguales en su capacidad de ser titulares de derechos. Conduce, en definitiva, a segar el vínculo entre los derechos y sus propios titulares. Y conduce, en último lugar, a una (implícita) solución del problema de la autoridad en clave de un activismo judicial potencialmente ilimitado”²³⁰. Y continúa: “Existe una cierta disonancia pragmática entre esta perentoria exaltación de los derechos y su exclusión de la esfera de la autonomía moral y, por tanto, política de sus titulares. Después de todo, creemos en los derechos porque creemos en la autonomía de los individuos, y no a la inversa”²³¹. Es que es cierto que los derechos desligados de la autonomía corren el riesgo de convertirse en concesiones insidiosas, devoradores del propio valor del que nacieron.

Pero Ferrajoli contesta: “En absoluto: la autonomía de los individuos es sólo uno de los derechos, por lo demás sometido a la ley y no más importante que el derecho a la vida, la libertad, etc.”²³². Pues no está dispuesto a asumir las consecuencias de tener como fundante el valor ético político de la autonomía, desde que “precisamente, contra sus posibles abusos, fueron inventadas las constituciones rígidas y para que sus riesgos, en la medida en que el derecho logre controlar su fuerza, no vuelvan a repetirse”²³³.

Casi idénticas son las palabras de Garzón Valdés: “si en el procedimiento democrático se permite el ejercicio irrestricto de la autonomía individual, no podemos realizar los valores de una democracia liberal”²³⁴, por lo que se

²²⁹ Bovero, Michelangelo, “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta” en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 239.

²³⁰ Pintore, Anna, “Derechos Insaciables” en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 346.

²³¹ *Ibidem*, p. 365. El mismo argumento en Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., p. 23: “...la idea de derechos implica esencialmente el que las personas sean agentes morales a los que se les puede confiar la responsabilidad de dirigir sus propias vidas y de percibir los límites adecuados sobre su propia libertad...”.

²³² Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, ob. cit., p. 355.

²³³ *Ídem*.

²³⁴ Garzón Valdés, Ernesto “El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías”, ob. cit., p. 12.

requieren restricciones institucionales externas inmunes a las motivaciones subjetivas.

Es que ninguno de estos autores encuentra en la voluntad de las personas mediante el consenso la base de los derechos fundamentales. Para el autor italiano “el fundamento democrático del pacto constitucional sobre los derechos fundamentales está no ya en el hecho de que ninguno esté excluido de su estipulación –lo cual sería imposible y generaría, en todo caso, constituciones minimalistas e incluso regresivas- sino en que se pacte en él la no exclusión de ninguno. La no exclusión [...] no se refiere a la forma o a los sujetos del contrato, sino a sus contenidos”²³⁵. Para él, “Una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo, sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. [...] El fundamento de su legitimidad no reside en el consenso de la mayoría²³⁶, sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales”²³⁷.

Pero no se puede asumir, como hasta ahora hace el autor, que las mayorías son portadoras de irracionalidad y potenciales violadoras de derechos y al mismo tiempo, reconocer la labor de unas mayorías (históricas) como creadoras de una constitución que ahora merece la pena ser respetada. En palabras de Ferrajoli, las personas humanas “permiten cifrar en su natural *autonomía* el fundamento positivo de todo fenómeno jurídico: en el sentido de que sólo ellas pueden ser los sujetos constituyentes del derecho positivo y, como veremos, los portadores del punto de vista ‘externo’ al mismo”²³⁸. Entonces, si por un lado se considera que las personas (y también los pueblos²³⁹) en ejercicio de su autonomía han conseguido los derechos fundamentales, no se puede por el otro, limitar el ejercicio de esa autonomía a la esfera de lo decidible, temiendo que se vuelva a expresar en el futuro sin caer en una contradicción²⁴⁰.

²³⁵ Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, ob. cit., p. 369.

²³⁶ Las mismas ideas en Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, vol. 2, ob. cit., p. 55.

²³⁷ Ferrajoli, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, ob. cit., p. 28, también en *Principia Iuris*, vol. 1, ob. cit., p. 841.

²³⁸ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, vol. 1, ob. cit., p. 347.

²³⁹ Como sujetos colectivos tanto preexistentes al derecho (o constituyentes) cuanto constituidos por el propio derecho. *Ibidem*, p. 363. La definición en p. 366.

²⁴⁰ Lo lógico sería que “Las razones que me hacen pensar en el ser humano como portador de derechos son las mismas razones que me permiten confiar en él como portador de

En definitiva me parece que Ferrajoli tiene una forma muy negativa de entender la democracia y la autonomía. Considero que, con todas las limitaciones que pudo haber tenido en sus inicios la institucionalización de la democracia²⁴¹ -ya que la mentada soberanía popular se tradujo en soberanía nacional, en manos de algunos pocos- y con los problemas y disfuncionalidades que aún acarrea²⁴², pensar hoy en un modelo superador tendría más que ver con intentar una ampliación de la participación y de la ciudadanía en la deliberación y formación de la voluntad colectiva²⁴³, que con lo contrario -que es lo que oculta este paso hacia el neoconstitucionalismo-o sea, la exclusión de la ciudadanía de ciertos temas claves, perdiendo en autonomía y en deliberación²⁴⁴.

Además esta distinción que Ferrajoli realiza entre derechos primarios de libertad y secundarios de autonomía me genera algunas dudas extra. En tanto y en cuanto ambos tipos de derechos son fundamentales -más allá que unos sean calificados de primarios y otros de secundarios- entran dentro del “ámbito de lo indecible”²⁴⁵. Pero, si los derechos de autonomía son de hecho (o pueden ser) limitados por los derechos de libertad, ¿quién realiza esa limitación? ¿Hasta qué punto los conflictos que se aceptan entre derechos

responsabilidades políticas. Precisamente porque yo veo a toda persona como un potencial agente moral, dotado de dignidad y autonomía, desearía confiar al pueblo *en masse* la obligación del autogobierno”. Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., p. 266. Esta visión además se condeciría con la idea de supremacía que sostengo, pues de otro modo (lo que podría derivar de las tesis que aquí se critican) la única forma de garantizar la supremacía constitucional sería la fuerza.

²⁴¹ Estoy pensando concretamente en las revoluciones liberales del siglo XVIII.

²⁴² Pienso aquí en las “promesas incumplidas” que menciona Bobbio, Norberto, “La Regla de Mayoría: límites y aporías”, ob. cit., p. 481.

²⁴³ Para indagar sobre algunas de las condiciones necesarias en este sentido, véase Gargarella, Roberto “Representación plena, deliberación e imparcialidad” en Jon Elster (comp.), *La Democracia Deliberativa*, trad. de José María Lebrón, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 323 y ss.

²⁴⁴ Por eso y ante el peligro de “retroceder hacia una dictadura capitalista”, Elías Díaz propone atinadamente como momento superador del Estado Social de Derecho, al Estado Democrático de Derecho. Con sus palabras: “La democracia debe ser propuesta como objetivo constante y debe entenderse como proceso siempre abierto en el tiempo” Díaz, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, ob. cit., pp. 129- 172 y 176.

²⁴⁵ Los derechos políticos (de autonomía) entrarían según Bovero en el ámbito de “lo indecible *que*”, aunque advierte el autor que en el texto *Principia Iuris*, Ferrajoli muestra incertidumbres en este punto, ya que la inclusión de los derechos políticos en este hemisferio, junto a los derechos de libertad, no siempre es mencionada explícitamente. Véase Bovero, Michelangelo, “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, ob. cit., p. 224. Yo entiendo que todos entran en lo indecible en tanto derechos fundamentales, como apunto en el texto, pero otras interpretaciones son posibles. Por ejemplo Bayón, Juan Carlos, “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, ob. cit., pp. 305-306 entiende que los derechos secundarios estarían dentro de lo *decidible*.

primarios y secundarios, que darán lugar a decisiones –entiendo- judiciales, siguen haciendo de los derechos algo perteneciente al ámbito de lo indecible? Dos cosas quisiera dejar apuntadas al respecto.

La primera surge de contestar estas preguntas. No es que los derechos sean indecibles, sino que son indecibles para la mayoría pero decidibles para los jueces en caso de conflicto. O sea, la terminología del concepto teórico resulta equívoca pues al colocar fuera de la discusión política a los derechos fundamentales, no crea –como se pretende- mayor seguridad para los mismos. Al contrario, lo que genera es que la decisión, en caso de conflicto, esté en otras manos, en la élite judicial, pero que sigan siendo decidibles. Este punto lo abordaré cuando veamos el control de constitucionalidad de las leyes en el próximo capítulo.

La segunda cuestión tiene que ver con la prioridad que Ferrajoli otorga a los derechos de libertad por sobre los de autonomía²⁴⁶. Esta prioridad no parece ser una cosa de lógica teórica sino más bien una opción por una determinada ideología política. Nuevamente estamos ante el conflicto entre los dos valores que dividen a la filosofía política: por un lado la autonomía, por el otro, la libertad/ seguridad. La elección por uno u otro puede ser más o menos compatible, pero no deja de ser una opción²⁴⁷.

c) La cuestión política de fondo

En todo el desarrollo anterior he reparado transversalmente en la cuestión política de fondo. Aquí sólo la retomaré parcialmente para no ser reiterativa. Cabe en todo caso comenzar con la relación que hace el propio Ferrajoli entre

²⁴⁶ En sus palabras, no hay conflicto entre derechos de libertad y derechos sociales, por un lado, y derechos-poder de autonomía, tanto políticos como civiles, por otro. Lo que hay es subordinación. Ferrajoli, Luigi, *Garantismo*, ob. cit., p. 88, especialmente nota n° 6.

²⁴⁷ Una crítica similar le ha realizado Comanducci, Paolo, “Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales” en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.), *Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, ob. cit., pp.105-118, especialmente pp. 112-113. La respuesta de Ferrajoli, a mi criterio “tramposa” en Ferrajoli, Luigi, *Garantismo*, ob. cit., pp. 90-91 donde niega la jerarquía entre estos derechos “... todos igualmente fundamentales, universales e indisponibles por sus titulares”. Y aclara: “Jerarquía es la que existe, en cambio, entre lo que puede ser dispuesto por los actos –legislativos, administrativos o negociales- en que se traduce directa o indirectamente el ejercicio de los derechos políticos o civiles y el conjunto de los derechos fundamentales, siendo [el contenido decisional de] los primeros de grado jerárquicamente inferior a los segundos ...”. Para terminar “En todo este discurso, en definitiva, no hay nada de ‘normativo’ [...] Es sencillamente el desarrollo descriptivo de la estructura escalonada de los actuales ordenamientos complejos...”.

derecho y política pues, según sostiene, con el constitucionalismo se invierte “la clásica comprensión del derecho como instrumento de la política, para dejar a la política como instrumento para la actuación del derecho sometida a los límites impuestos por los principios constitucionales”²⁴⁸.

A esta línea argumental se suele acudir para fundar normativamente el (neo)constitucionalismo, desde que afirma que el modelo de organización jurídico-político que llamamos “democracia constitucional” es, sin más, una exigencia inmediata del ideal mismo de los derechos, que sustanciarían el contenido de la idea de justicia. Así “el constitucionalismo no haría sino dar forma institucional a la idea de que la política debe estar subordinada a la justicia”²⁴⁹. Pero si como hemos hecho, partimos del hecho del pluralismo, es decir, admitimos que existen desacuerdos profundos acerca de qué es lo justo, estaremos siempre ante la necesidad de alcanzar una decisión colectiva acerca de qué habría que dejar dentro de lo indecible y que no.

Comparto lo que piensa Bayón, “el trazado de la ‘esfera de lo indecible’ no es ni puede ser un asunto extrapolítico, sino algo que, de un modo u otro, tiene que hacerse precisamente *a través de la política*”²⁵⁰. En otras palabras, “toda comunidad política en la que el ‘derecho a X’ esté institucionalmente sustraído al poder de decisión de la mayoría ha tenido que pasar por algún momento en el que la suerte de ese derecho ha estado, forzosamente, en manos del poder de decisión *de alguien*”²⁵¹. ¿Por qué si se acepta eso, se niega luego que *otros* puedan volver a decidir sobre lo mismo? ¿Qué hace pensar que quienes decidieron en un primer momento, no se hayan equivocado? En suma, ¿qué haría suponer que los derechos que tienen origen político, una vez positivados mutan de carácter para ponerse por encima de la misma política?

Ferrajoli insiste en reconocer que: “El paradigma constitucional desplaza, de hecho, al espacio privilegiado de la política fuera del derecho, colocándolo en las luchas y en las dinámicas sociales y culturales. Pero ello no quita para

²⁴⁸ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, ob. cit., p. 32.

²⁴⁹ Bayón, Juan Carlos “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, ob. cit., p. 304, parafraseando a Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 12.

²⁵⁰ Bayón, Juan Carlos “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, ob. cit., p. 306.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 308.

que el derecho sea, según el modelo iuspositivista del cual el constitucionalismo es sólo un perfeccionamiento, derecho ‘puesto’, es decir, producto de la política y de las luchas sociales mediadas y representadas por ella²⁵². [...] Y es un producto contingente, que puede retroceder pero también progresar [...] en virtud justamente, del papel de la política y, antes aun, de la lucha por el derecho –hecho y por hacer- que, a su vez, es siempre una lucha social y cultural. En este sentido, puede hablarse, incluso en sede de teoría del derecho, de una primacía del punto de vista externo. En un Estado constitucional de derecho, en suma, la relación entre política y derecho es de recíproca dependencia”²⁵³.

Pero lo cierto es que si bien en un primer momento desprende de lo político (de la ideología constitucionalista)²⁵⁴ al constitucionalismo jurídico, que vendría a ser la institucionalización del primero y además, un perfeccionamiento del mismo al dotarlo de garantías positivas mediante constituciones rígidas²⁵⁵. Luego –y aquí radica una importante objeción- desprende o “autonomiza” lo jurídico de lo político, o peor aún, cambia su orden lógico, dejando a la política atada a lo jurídico y cerrándole la puerta para cualquier influencia. Como dije antes, clausurando el punto de vista externo.

Pero los problemas con lo político también se presentan desde el punto de vista interno de la teoría de Ferrajoli. Es decir, desde la disputa que se da por la interpretación/ concreción de las posibilidades del texto constitucional positivado, por parte de los miembros del grupo que las acepta como guía de conducta. Esto tiene que ver con lo que apuntara cuando vimos las distintas posibilidades de formulación de los derechos fundamentales en las constituciones y que complica más las cosas para Ferrajoli.

Según vimos, el padre del garantismo propugna por una constitucionalización de los derechos de la forma más precisa posible, a modo de reglas, negando los conflictos entre derechos y dejando en consecuencia

²⁵² Afirmaciones como esta, según Pintore, harían parecer en un primer momento que Ferrajoli comparte el “divisionismo ético”, que sostiene la idea de que los derechos son un producto de las normas; lo que equivale, según la autora, a reconducir a los derechos (y, en general, a los valores) al campo de la elección humana, a recordarnos que derechos y valores sólo “existen” si nosotros los ponemos como tales, y no porque existan previamente en lo más recóndito de la naturaleza o de la razón. Pintore, Anna, “Derechos Insaciables”, ob. cit., p. 252.

²⁵³ Ferrajoli, Luigi, “Los Derechos Fundamentales en la Teoría del Derecho”, ob. cit., p. 171.

²⁵⁴ Que como vimos en el capítulo 1 llama constitucionalismo político

²⁵⁵ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, vol. 1, ob. cit., p. 469.

poco margen para la interpretación, tratando de evitar así los problemas de indeterminación del neoconstitucionalismo principialista y, a su criterio, de pérdida de normatividad de las constituciones. Este tipo de formulaciones “de detalle” estrecha aún más el ámbito de lo político, sin contar con que exacerba los problemas que se apuntaron de la rigidez²⁵⁶.

En este sentido resulta importante el llamado de atención que nos realiza Greppi sobre la cuestión políticamente relevante de saber hasta dónde alcanza la claridad del lenguaje legal y dónde situamos la responsabilidad de su interpretación. Según este autor, Ferrajoli apuesta por la opción más exigente cuando reclama la ausencia de conflictos *relevantes* entre derechos. Así, la formalización de los derechos implica el ideal de su *despolitización interna*. La práctica de los derechos pierde así el contacto con la esfera en que se ejerce nuestra capacidad de autodeterminación. Pero para ello habría que demostrar que no hay margen alguno de discrecionalidad interpretativa²⁵⁷, cosa que, como se verá en el capítulo siguiente, es bien difícil.

²⁵⁶ Recordemos: mayor posibilidad de error o desapego por parte de la ciudadanía, un texto que puede quedar rápidamente desactualizado, la dificultad para llegar a un consenso en este tipo de formulaciones (cosa que, en todo caso, no es importante para Ferrajoli) y por último, el menor margen de acción para los órganos representativos, que es de lo que me ocuparé aquí.

²⁵⁷ Greppi, Andrea, “Democracia como valor, como ideal y como método” en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.), *Garantismo Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, ob. cit., pp. 341-364, p. 354.

CAPÍTULO 4: El neoconstitucionalismo como modelo constitucional: La garantía jurisdiccional fuerte

1.- La garantía jurisdiccional en el neoconstitucionalismo y la objeción democrática

Como se anunció al comenzar el capítulo tercero, junto a la rigidez constitucional se debe cumplir con una segunda condición necesaria para poder hablar de constitucionalización del ordenamiento jurídico, ésta es el control de constitucionalidad de las leyes. En el caso del neoconstitucionalismo se auspicia ese control en un sentido “fuerte”.

Ya adelanté que, según muchos autores, para poder garantizar la supremacía de la constitución no basta con la rigidez del documento escrito sino que es necesario que se ejerza *un control sobre la conformidad de las leyes a esa constitución*¹. En este capítulo presentaré la forma que el neoconstitucionalismo ha dado a dicho control y discutiré su plausibilidad a la luz de la objeción democrática en estudio. Dejaré en cambio para el capítulo siguiente la exposición de otras formas posibles de establecer dicho control de constitucionalidad propuestas por corrientes constitucionales alternativas.

El origen de esta idea se encuentra en Kelsen, para quien “la anulación del acto inconstitucional es la que representa la garantía principal y más eficaz de la Constitución”². O, de modo más contundente, la constitución se encuentra garantizada sólo “cuando la anulación de los actos inconstitucionales es posible”³.

Como ya es sabido, para Kelsen esto tenía sentido únicamente en constituciones que obviarán toda “fraseología” o formulación abstracta. En ese sentido, la formulación de constituciones abiertas y llenas de valor -como las

¹ Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, ob. cit., p. 51. Para otros autores en cambio, lo único que garantizaría la supremacía es el control judicial de constitucionalidad, no siendo necesaria la rigidez. Véase Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *Razón y Voluntad en el Estado de Derecho*, ob. cit., p. 287: “...asumimos que las críticas a la rigidez constitucional deben ser diferenciadas de aquellas otras dirigidas a la supremacía de la Constitución, que justifica la existencia de los mecanismos de justicia constitucional”, con cita a Prieto Sanchís, Luis, «Constitución y democracia» en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 154.

² Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)” [1928] *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 10, julio-diciembre 2008, pp. 3-46, p. 22.

³ *Ibidem*, p. 23.

del neoconstitucionalismo principialista- choca de plano con la advertencia del autor de evitar los principios abstractos en las mismas, ya que –a su criterio– “no agregan nada al estado real del Derecho” y sin embargo, en el dominio de la justicia constitucional, pueden jugar un papel extremadamente peligroso. Esto en la medida en que un Tribunal Constitucional, llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley, podría anularla en razón de una concepción de un principio constitucional (de entre muchas posibles y en oposición con la de la mayoría de la población, y por tanto, con la de la mayoría del Parlamento que ha votado la ley), deviniendo su poder insoportable⁴.

El problema que plantea Kelsen es real y actual, pero no es inevitable⁵. Así podría salvarse si se toman otras medidas institucionales que hagan que los jueces no detenten ese poder final de interpretar la constitución, sin prescindir de su labor de control de constitucionalidad⁶. Pero no es este el único camino y menos aún el que toma el neoconstitucionalismo que, en lugar de morigerar el problema planteado por Kelsen, lo potencia. Así, si bien el control de constitucionalidad se puede ejercer de distintas maneras⁷, la opción del neoconstitucionalismo es que sea mediante un órgano jurisdiccional. Además dije, que el control es en sentido “fuerte”.

Lo que caracteriza este tipo de control judicial fuerte es que los jueces toman la decisión definitiva sobre las cuestiones de derechos. En palabras de Waldron, un sistema de control judicial fuerte es aquel en que los tribunales tienen la autoridad para negarse a aplicar una ley en un caso particular (a pesar de que la ley sea claramente aplicable al caso) o para modificar los efectos de esa ley de modo de volver su aplicación conforme con derechos individuales (en un modo en que la ley misma no prevé). Además, los

⁴*Ibidem*, p. 35

⁵ De hecho Cuenca Gómez, Patricia, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008, defiende la posibilidad de reconocer la relevancia de los contenidos materiales para la validez del derecho, desde un punto de vista positivista.

⁶ Por ejemplo, mediante formas dialógicas de control de constitucionalidad. Véase Hogg, Peter W. and Bushell, Allison, “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter Of Rights* Isn’t Such a Bad Thing After All)”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, n° 1, 1997, pp.75-124; Gardbaum, Stephen, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2001, pp. 707-760; Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo veintiuno, Igualitaria, Buenos Aires, 2014.

⁷ Puede pensarse por caso en controles endógenos pero extra judiciales (como podría ser que lo ejerza el propio poder legislativo mediante comisiones ad hoc, etc.), como así también exógenos, mediante la institucionalización de controles populares.

tribunales en estos sistemas tienen la autoridad de establecer que una ley o disposición legislativa dada no sea aplicada, lo que la convierte de hecho en letra muerta. Una forma aún más fuerte de control judicial, según el autor, otorga poder a los tribunales para suprimir directamente una parte de la legislación del cuerpo legislativo⁸.

Como se puede apreciar, la tensión democrática que plantea este sistema fuerte de control judicial de constitucionalidad se produce al otorgarle la “última palabra” autoritativa en materia constitucional a los jueces. Sobre este punto es necesario hacer alguna precisión. Comúnmente se entiende por última palabra autoritativa a la que tiene una institución para definir una controversia con carácter final. En el caso de que esa última palabra la tenga la judicatura, significa que puede decidir sobre la constitucionalidad o no de una ley y, eventualmente, sobre la interpretación de determinados derechos y obligaciones definitivamente. Esta primera aproximación da pie para realizar una distinción importante a la hora de evaluar la objeción democrática, pues no es lo mismo que la última palabra de los jueces sea sólo sobre la constitucionalidad de la ley, a que se extienda también a la interpretación de la misma⁹.

En el primer caso, las cortes superiores pueden decidir con carácter definitivo si una ley es o no constitucional (independientemente de que con ello se expulse la ley del ordenamiento o se mantenga inaplicable, como es en los sistemas con control difuso), pero no sobre la interpretación definitiva de los derechos y obligaciones involucrados. En estos supuestos, otras instituciones (legislativas, administrativas, judiciales o de la sociedad civil) pueden realizar

⁸ Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, ob. cit., p. 1354. El tipo de control judicial “más fuerte” es el propio de los países europeos con Tribunales Constitucionales concentrados (en los que se centra el neoconstitucionalismo), aunque según el autor los verdaderos efectos de la autoridad de la Corte norteamericana, no son muy diferentes. *Ibidem*, p. 1355. En igual sentido Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 170. Una crítica exhaustiva a este tipo de control judicial fuerte en Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, ob. cit., especialmente p. 28.

⁹ Esta distinción en Niembro Ortega, Roberto, “Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales”, en Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *Estudos avançados de Direitos Humanos. Democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, Campus Jurídico, Elsevier, 2013, pp.112-140, p. 139.

nuevas interpretaciones, diferentes a las expresadas por la corte, manteniendo la deliberación abierta¹⁰.

En el segundo caso en cambio, los jueces tienen la última palabra tanto sobre la constitucionalidad de la ley como sobre la interpretación (o lo que es lo mismo, son vinculantes para todos los poderes del Estado tanto el fallo como la doctrina constitucional¹¹) por lo que se cierra la posibilidad de desacuerdo y de deliberación institucional con posterioridad a la sentencia, quedando abierta sólo la vía de la reforma constitucional para desafiar dicha interpretación judicial¹². Este segundo caso, que es el más problemático de cara a la objeción democrática, es el que en general, asumen los neoconstitucionalistas para su teoría¹³.

¹⁰ Otro tema es hasta qué punto esas otras interpretaciones podrán prevalecer en un sistema fuerte, dado que en última instancia volverá a ser la judicatura quien decida sobre su constitucionalidad. Es cierto que en estos casos cabría esperar mayor debate y una reconsideración de la interpretación alternativa, con cierta deferencia por parte de la corte (que incluso morigere la objeción democrática). Esta es la postura que adopta Niembro, Roberto, "Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional", ob. cit., pp.139-168. Pero también es cierto que no hay mayores incentivos para que esto ocurra y podría ser que la corte desoyera cualquier otra interpretación distinta a la suya propia. Si ese fuera el caso no se solucionaría la objeción democrática, pues la palabra final seguiría en manos de los jueces. Esta postura menos optimista es sostenida por Bayón, Juan Carlos en "Seminario sobre la legitimidad de la Justicia Constitucional en el Estado Democrático", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 14 al 17 de enero de 2013.

¹¹ Imposibilitándose las respuestas legislativas a los fallos de la corte. Véase Niembro Ortega, Roberto, "Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional", ob. cit.

¹² A esta situación en la que, excluida la posibilidad de reforma constitucional, no hay ningún otro cause por el que la voluntad del legislador pueda prevalecer, se le suele llamar de "supremacía judicial". Volveré sobre este punto más adelante. Aquí sólo valga anotar que el mecanismo de reformar la constitución para dar respuesta a los jueces en una interpretación polémica (con que muchos defensores de controles judiciales fuertes pretenden salvar la objeción democrática) no es el preferible. En primer lugar porque la reforma constitucional no puede ser un mecanismo de uso cotidiano sino que es más bien excepcional. Además depende no sólo de la voluntad de los representantes populares sino del grado de rigidez constitucional al que se enfrenten y de los costos políticos que apareje el pretender revertir una sentencia de inconstitucionalidad. Pero sobre todo en términos de ingeniería constitucional, porque en el afán de responder a la interpretación específica de los tribunales, se pueden producir como resultado reformas constitucionales precisas o "de detalle", erosionando la abstracción constitucional y con ello la posibilidad de deliberación a largo plazo. Sobre el punto Bayón, Juan Carlos, en "Seminario sobre la legitimidad de la Justicia Constitucional en el Estado Democrático", cit.

¹³ En la práctica este sistema tiene reflejo en el ordenamiento alemán, cuya Corte Constitucional ostenta la última palabra sobre la constitucionalidad de las leyes y sobre la interpretación constitucional. Más discutido es el caso del sistema español, donde si bien el Tribunal Constitucional se ha auto-arrogado la última palabra en ambos sentidos, la doctrina está dividida respecto de la facultad o no del TC para dar la última palabra en materia interpretativa. Sobre este punto véase Niembro Ortega, Roberto, "Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional", ob. cit. Cabe adelantar que también se puede tener un control judicial de constitucionalidad sin última

2.- Justificaciones para el control de constitucionalidad fuerte

Como sucediera con el análisis de la rigidez constitucional, hay que decir que mucho se ha escrito desde que se consagró por primera vez el control judicial de las leyes hace unos 200 años¹⁴. También que no en todos los países se recurre a las mismas fórmulas para articular ese control¹⁵ ni se otorgan las mismas justificaciones para hacerlo¹⁶. No es posible, ni viene al caso hacer en este apartado un repaso de todo el material disponible respecto al control judicial de constitucionalidad. Lo que sí interesa es detenerse en las propuestas que hacen algunos de los autores paradigmáticos del neoconstitucionalismo con respecto a esta institución y su justificación de cara a la objeción democrática que me ocupa.

Justamente debido a esa tensión con la democracia, según cómo ésta sea entendida, es que la propuesta de un control judicial de constitucionalidad fuerte requiere justificaciones. Como bien dice Nino “no hay instituciones

palabra en ninguno de los sentidos. Así por ejemplo en Canadá, a partir de la cláusula 33 conocida como *notwithstanding clause* (que inauguró un sistema “dialógico” de control de constitucionalidad, véase Tushnet, Mark, “The Hartman Hotz Lecture: Dialogic Judicial Review”, *Arkansas Law Review* nº 61, 2009, pp. 205-216, p. 205) si bien la Corte Suprema puede declarar la inconstitucionalidad de una norma, la última palabra está en manos del legislativo que puede revertir esa decisión manteniendo temporalmente la constitucionalidad de la ley. Lo mismo ocurre con las interpretaciones constitucionales. Otros sistemas sin última palabra en manos de la judicatura son aquellos de Reino Unido y Nueva Zelanda.

¹⁴ En el caso *Marbury William vs. Madison James*, 5 U.S. (1 Cranch), 137 (1803), donde el juez Marshall dijo: “... hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley Suprema inalterable por medios ordinarios o se encuentra en el mismo nivel que las leyes y de tal modo cualquier de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si, en cambio, es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza”. Sobre el punto véase Dorado Porrás, Javier, *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*, Dykinson, Madrid, 1997.

¹⁵ Afirma en ese sentido Waldron: “Judicial Review, as we know it, comes in all sorts of shapes and sizes” Waldron, Jeremy, “Judicial Review and Judicial Supremacy”, New York University, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper nº 14-57, November 2014. Sobre el caso europeo véase Kelsen, Hans, “El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austríaca y norteamericana”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 12, 2009; Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1919)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1987. Para una perspectiva comparada entre el modelo europeo y norteamericano véase Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional, una visión de derecho comparado*, Dykinson, Tomo I, Madrid, 2009.

¹⁶ Ferreres Comella, Víctor, “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”, *ob. cit.*, p. 356.

distintivas de la democracia desconectadas de una teoría valorativa que las justifica”¹⁷.

Organizaré la exposición tomando como guía los desarrollos de Ronald Dworkin y su teoría de la democracia asociativa, Carlos Nino y su concepción epistémica de la democracia deliberativa, Robert Alexy y su idea de la representación argumentativa, y finalmente Luigi Ferrajoli y su concepción de la democracia sustancial. He elegido a estos autores pues considero que, desde distintas perspectivas, han desarrollado los argumentos más representativos que luego han replicado los teóricos del neoconstitucionalismo.

2.1.- Ronald Dworkin

El norteamericano Ronald Dworkin ha sido sin duda uno de los mayores defensores de la justicia constitucional en sentido fuerte, al punto de considerar a su sistema constitucional como la “contribución más importante que nuestra historia le ha dado a la teoría política”¹⁸.

Ya vimos en el capítulo segundo de esta tesis la centralidad que el juez *dworkiniano* ocupa en su teoría del derecho, tanto para la definición misma de lo que el derecho es, como en la salvaguarda de los derechos individuales. En esta ocasión me detendré en las justificaciones que el autor ha utilizado tanto para defender el control judicial de constitucionalidad como para rebatir las diferentes objeciones democráticas que encuentra el otorgarle la última palabra autoritativa a los jueces. Es que de hecho, según el autor esta institución tiene un carácter democrático.

En lo que sigue entonces comenzaré con las justificaciones al control judicial de constitucionalidad que Dworkin esbozó en un primer momento y que tienen que ver directamente con su concepción de los derechos individuales.

¹⁷ Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., p. 23.

¹⁸ Dworkin, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritarista” en Harold Hongju Koh y Ronald Slye (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, ob. cit., p. 106, el original en *Freedom’s Law. The moral reading of the American Constitution*, ob. cit., pp.1-38. En referencia a la por él llamada “lectura moral” según la cual las cláusulas constitucionales son principios morales que deben ser aplicados a través del ejercicio del razonamiento moral, en una estructura política que le da la autoridad de la interpretación final a los jueces. Hay que decir que la afirmación que se cita apenas empezando tiene el fin de advertir que los argumentos de Dworkin se asientan en una práctica del control judicial ya consolidada, en el contexto del sistema político norteamericano y no en razones justificatorias autónomas. Véase Dworkin, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, ob. cit., p. 136. Lo que no le impide utilizar un lenguaje normativo que ha permeado tanto a la teoría como a las prácticas de realidades bien distintas.

Posteriormente me detendré en su particular teoría de la democracia, que fue en la que se centró en los últimos trabajos y que incluye al control judicial de constitucionalidad como una institución en sí democrática¹⁹.

Para Dworkin, como para el neoconstitucionalismo en general, la estructura institucional que mejor garantiza los principios democráticos, más allá del sufragio universal y aproximadamente igual, se da con la consagración de ciertos derechos individuales en una constitución que deba ser interpretada por los jueces antes que por representantes electos, junto con la condición de que la constitución pueda reformarse sólo por super-mayorías²⁰. Esta estructura responde a una teoría de la democracia propia que el bautizó como democracia constitucional o “asociativa”.

a) Los derechos como triunfos

Como sabemos, la filosofía jurídica de Dworkin está fundamentada en los derechos individuales y de allí sus más rotundas justificaciones para la justicia constitucional. La concepción de los derechos de Dworkin asume que los ciudadanos tienen derechos y deberes morales unos frente a otros y derechos políticos contra el Estado como un todo, e insiste en que esos derechos morales y políticos están reconocidos en el derecho positivo y pueden hacerse valer mediante la demanda individual a través de los tribunales u otras instituciones judiciales²¹. De hecho, bajo su concepción, el ideal en materia de adjudicación es que, en tanto sea practicable, los derechos morales que tienen los ciudadanos deben estar disponibles para ellos en los tribunales aunque las leyes escritas no los contemplen o su formulación sea susceptible de distintas interpretaciones²².

¹⁹ Es importante tener en cuenta la moderación que fue tomando la defensa al control judicial de constitucionalidad de Dworkin, al punto de terminar siendo puramente contextual. Aunque aquí me interesa exponer sus argumentos de justificación sin más, pues son los que influyeron de forma decisiva en el neoconstitucionalismo, independientemente de la fidelidad a los cambios que se vieron en el autor.

²⁰ Dworkin, Ronald, *La democracia posible*, ob. cit., p. 183.

²¹ Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, 9a ed., Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2000, p. 11. Nótese que con su apelación a “derechos morales” Dworkin quiere decir que los ciudadanos tienen derechos distintos y previos a aquellos dados por las leyes positivas, reafirmando su afiliación iusnaturalista. *Ibidem*, p. 13.

²² *Ibidem*, p. 16.

Como adelantamos, para el autor “la garantía de los derechos individuales es la función más importante del sistema jurídico”²³. En la comprensión de Dworkin éstos son entendidos como “triumfos frente a la mayoría”, lo que significa que ninguna directriz política ni objetivo social colectivo pueden hacerse valer frente a un derecho²⁴. Esto implica que los derechos triunfan frente a la maximización irrestricta de la utilidad y frente a las decisiones mayoritarias que sirven a esa utilidad, permitiendo restricciones al accionar público²⁵. O, en otras palabras, que los derechos son triunfos frente a las que de otra forma serían justificaciones adecuadas para la acción política²⁶.

Así distingue dos tipos de argumentos para la toma de decisiones: argumentos políticos basados en principios (*political principle*) y argumentos de política pública (*political policy*) y traslada esta distinción al momento de la adjudicación, siendo que los jueces sólo pueden utilizar los primeros para proteger un derecho²⁷. Con estas herramientas el autor enfrenta una de las críticas democráticas que cuestiona el que los jueces tomen decisiones políticas pues supone que ese tipo de decisiones deben reservarse a funcionarios periódicamente electos por la comunidad²⁸. Y eso es así en tanto y en cuanto se esté pensando en decisiones sobre política pública pero no puede hacerse valer para cuestiones de principios.

Así Dworkin explica que la objeción es persuasiva para cuestiones de política pública en donde están comprometidas decisiones políticas sensibles a las preferencias (*preference-sensitive political decisions*), pero que no hay ningún motivo para pensar que los representantes (las mayorías) son más propensos a tener la razón acerca de cuestiones insensibles a las preferencias

²³ Calsamiglia, Albert, “Prólogo: Ensayo sobre Dworkin”, en Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., pp.7-29, pp. 16,17.

²⁴ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 37: “Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio”.

²⁵ Dworkin, Ronald, “Rights as trumps”, en Jeremy Waldron (ed.), *Theories of rights*, Oxford University Press, New York, 1984, pp. 153-167, p.158, también del autor, *A Matter of Principle*, ob. cit., p. 66.

²⁶ Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, USA, 2011, p. 329.

²⁷ Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, ob. cit., p. 11. Esta distinción remite a la ya mencionada en el capítulo dos entre principios y directrices políticas que Dworkin realizara en *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 72.

²⁸ Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, ob. cit., p. 18.

(*preference-insensitive issues*), es decir, cuestiones sobre derechos o principios en las cuales la mixtura de preferencias u opiniones son sustancialmente irrelevantes²⁹.

Además, según Dworkin, cuando de casos difíciles se trata, si una decisión se sigue más naturalmente de un principio al que la legislatura sirve (o debe servir) cuando promulga una ley, luego los jueces tienen que tomar tal decisión aunque la legislatura nada haya dicho al respecto o incluso, aunque hubiera tomado una decisión contraria. Para el autor, los legisladores afirman principios mediante la promulgación de leyes justificadas por estos principios. Se honra el espíritu de la democracia cuando se respetan esos principios (o derechos)³⁰. De allí que los jueces y el constitucionalismo sean una mejora para la democracia en tanto y en cuanto su jurisdicción se limite a aquella sobre las cuestiones de principio insensibles a las preferencias³¹.

Para afirmar lo contrario debería probarse, según el autor, que las decisiones de los legisladores elegidos por la mayoría son la mejor forma de decidir cuestiones sobre los derechos que los ciudadanos tienen individualmente. Para ello habría que detenerse a analizar dos tipos de razones que se dan en este sentido: (A) razones institucionales y (B) razones de justicia (*fairness*).

²⁹ Dworkin, Ronald, "Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court", *Alberta Law Review*, vol. 28, n° 2, 1989-1990, pp. 324-346, p. 331, elaborando una respuesta epistémica a la cuestión, es decir, una respuesta según la capacidad que se considera tienen las diferentes instituciones para tomar decisiones correctas en esas cuestiones. (Existe traducción al castellano de este artículo en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, *El canon neoconstitucional*, ob. cit., pp.117-149, aunque aquí he usado la versión original.) También en Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge, 2000, p. 204 distingue: *choice-sensitive issues*, that are those whose correct solution, as a matter of justice, depends essentially on the character and distribution of preferences within the political community; and *choice insensitive* ones, in which the right decision do not depends in any substantial way on how many people want or approve those. Por supuesto que la cuestión sobre qué asuntos son "choice insensitive" es asimismo una cuestión "choice insensitive", por lo que poco espacio queda para la decisión democrática. Esta "separación de esferas" se atemperó bastante en la obra *Justice for Hedgehogs*, donde el autor busca una mayor integración entre las cuestiones que pueden someterse a decisión mayoritaria y las que no, aunque sin mayores consecuencias institucionales. Véase Maurino, Gustavo, "La democracia en la teoría de Ronald Dworkin", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, en prensa.

³⁰ Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, ob. cit., p. 22. Más adelante asevera "If we want judicial review at all [...] then we must accept that the Supreme Court must make important political decisions [...]. My own view is that the Court should make decisions of principle rather than policy –decisions about what rights people have under our constitutional system rather than decisions about how the general welfare is best promoted-...." *Ibidem*, p. 69.

³¹ Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, ob. cit., p. 209.

(A) Las razones institucionales nos deberían decir por qué una decisión en materia de derechos de la legislatura es mejor que una que puedan tomar los jueces. Dworkin no encuentra dichas razones, por el contrario considera que, siendo que una decisión en materia de derechos será mejor en tanto esté basada en la mayor cantidad de información, es más probable que se halle en el seno de la judicatura. Esto puesto que el tipo de técnica necesaria para examinar demandas de derechos como es la consistencia especulativa (que incluye test con contra ejemplos hipotéticos) es una técnica desarrollada en mayor medida por los jueces que por los legisladores o los ciudadanos que los votan³².

Además, a su criterio, los legisladores están sometidos a presiones que ejercen grupos políticos mayoritarios, a veces hostiles con ciertas minorías y no así los jueces. En ese sentido para Dworkin, el hecho de que los jueces se encuentren “aislados” hace que puedan tomar decisiones mucho más independientes e imparciales y por lo tanto, no se puede decir que los legisladores estén institucionalmente mejor posicionados para decidir cuestiones sobre derechos.

De hecho, la elección de un control de constitucionalidad en manos de los jueces se debe a que los jueces tienen una propensión a razonar con arreglo a principios, acorde a lo que vimos él propone como “lectura moral de la constitución”³³. Esta idea de los tribunales como “foros de principios” remite a una discusión sobre la interpretación constitucional. Es que para Dworkin, no hay dudas de que la constitución es la ley fundamental de los Estados Unidos y por ello los tribunales tienen que hacerla cumplir. Tampoco hay dudas sobre el hecho de que la constitución prohíbe al Congreso ciertas formas de legislación. El problema comienza cuando se trata de establecer cuáles son las formas que están prohibidas y quién las define³⁴.

Como sabemos, para Dworkin quien debe definirlo es la Corte Suprema³⁵.

³² Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, ob. cit., p. 24.

³³ Dworkin, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, ob. cit., p. 102, el original en *Freedom’s Law*, ob. cit., p. 2. Remito al capítulo segundo de esta tesis.

³⁴ Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, ob. cit., p. 33.

³⁵ Aplicando una teoría sustantiva de la democracia basada en el principio de que el gobierno tiene que tratar a las personas como iguales. Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, ob. cit., p. 69. Sobre la teoría sustantiva de la democracia de Dworkin me detendré en el sub-apartado siguiente.

En lo referente a la dilucidación de cuáles son los límites constitucionales a la legislación, Dworkin descarta la interpretación que apela a la *intención* constitucional, como así también el obtenerlos mediante un procedimiento; apelando a los jueces y su modo especial de razonar con arreglo a principios³⁶. Es que según el autor, el control judicial de constitucionalidad asegura que las cuestiones más fundamentales de moralidad política finalmente van a ser consideradas y debatidas como cuestiones de principio y no como cuestiones de mero poder político. Una transformación que según él, no puede suceder de ningún modo dentro de la legislatura³⁷ y que además, repercute en el debate político general forzándolo a incluir argumentos de principio, no sólo cuando un caso llega a la corte, sino también antes y después de que eso sucede³⁸.

A modo de ver del autor, incluso en la comparación entre la calidad de la discusión pública que un asunto constitucional puede generar si es decidido en la legislatura y la que genera cuando es decidido en sede jurisdiccional, resulta mejor esta última. Así explica que “[l]a calidad de la discusión podría ser mejor, y las contribuciones [de cada ciudadano] podrían ser más auténticamente deliberativas y estar guiadas por un espíritu público, en un debate público general que preceda o siga a una decisión judicial que en la batalla política que culmina con el voto en la legislatura o en un referéndum”³⁹.

Ahora bien, este modo de razonar de los jueces “con arreglo a principios”, no se debería a ninguna cualidad epistémica inherente a ellos⁴⁰, sino a una serie de condiciones estructurales⁴¹: a) los jueces están obligados a confrontar

³⁶ *Ibidem*, pp. 33 y ss.

³⁷ Cabe preguntarse ¿por qué?, a lo que Dworkin no contesta directamente sino que alude a una cuestión de “cultura legal y política cuyo corazón es la Corte”, *ibidem*, p. 71.

³⁸ Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, ob. cit., p. 70.

³⁹ Dworkin, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, ob. cit., p. 131.

⁴⁰ Aunque hay autores como Posner que sugieren que los jueces de los tribunales superiores son como “consejos de ancianos sabios”, véase Posner, Richard, “Pragmatic Adjudication”, *Cardozo Law Review* 18, 1996, pp. 1-20, p. 12.

⁴¹ En igual sentido Fiss, Owen, “The Supreme Court 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice”, *Harvard Law Review* 93, 1979. En España, una postura similar es sostenida por Ferreres Comella, Víctor, “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. Un problema de legitimidad democrática”, ob. cit., pp. 376-377, donde subraya las – a su criterio- ventajas potenciales que presentan los tribunales en comparación con los legisladores, dentro de una justificación instrumental del control de constitucionalidad: 1) la cuestión del tiempo: los tribunales pueden reflexionar acerca de los asuntos en una atmósfera de mayor tranquilidad intelectual; 2) los tribunales tienen una mayor predisposición institucional a tomarse en serio los valores constitucionales (citando a Sager y el “papel especializado que cumplen los jueces respecto las decisiones políticas); 3) los tribunales tienen que decidir con arreglo a principios, ofreciendo razones para justificar sus decisiones (citando a Dworkin y la idea de “foro de

todos los reclamos que se les plantean, b) tienen la obligación de justificar sus decisiones tomando como base el texto constitucional⁴² –que incluye principios– c) el cargo de juez goza de numerosas garantías institucionales que los vuelven menos vulnerables a múltiples presiones o coacciones⁴³.

Pero como bien señala Waldron, la asociación que se hace entre el control judicial de constitucionalidad y una cuidadosa deliberación moral, suele presentar una imagen un tanto irreal de cómo es la toma de decisiones judicial, desmereciendo las ventajas en términos de resultados que pueden hallarse del lado de las legislaturas⁴⁴. Esta “falacia de asimetría” también es advertida por Bayón, quien alerta sobre los problemas de comparar “los peores rasgos o la descripción más pesimista posible de uno de los actores cuyas posiciones institucionales se están contrastando, con los mejores rasgos o la descripción más idealizada del otro”⁴⁵.

principios”), para concluir que “[l]o que importa es que, a pesar de sus limitaciones, la justicia constitucional es *menos imperfecta* que los legisladores en este campo”.

⁴² Estos argumentos en principio resultan similares a los expuestos por Rawls, John, *El Liberalismo Político*, ob. cit., pp. 270 y ss.; al referirse a los tribunales supremos como “criaturas de la razón pública”, lo que significa “que es tarea de los jueces intentar desarrollar y expresar, en sus opiniones razonadas, la mejor interpretación de la constitución que puedan usando su conocimiento de lo que exigen la constitución y los precedentes constitucionales”. Esta idea de Rawls es demasiado ambiciosa y por ello ha sido bien criticada por errónea e irreal. En primer lugar, porque identifica de alguna manera los argumentos constitucionales que dan los jueces con la razón pública, cosa que es incorrecta, sobre todo si se tiene en cuenta que al momento de decidir, los jueces tienen que argumentar teniendo en cuenta todas las fuentes jurídicas. Véase Sadurski, Wojciech, “Legitimacy of Law in a Liberal State: The Contours of Public Reason”, *Sydney Law School Research Paper* n° 14/08, enero de 2014, p.17. Además, la restricción impuesta por Rawls de no poder invocar argumentos de moral personal o ideales y virtudes de moral en general como argumentos de razón pública, y con ello, como argumentos de constitucionalidad, es vista por Dworkin como irreal pues para este último autor la interpretación de la constitución confronta a los jueces con asuntos morales y exige para llevarse a cabo de argumentos morales. Véase Dworkin, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, ob. cit., p. 107. También Waldron, centrándose en “las cargas del juicio”, cuestiona a Rawls el que éstas no aparezcan en los ámbitos en los que impera la idea de razón pública, lo que a su entender implicaría que cuando se discuten cuestiones públicas de justicia y corrección, no existe tal cosa como los desacuerdos razonables. Véase Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., pp. 180-181 y ss.

⁴³ Linares, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 65-66. Otro rasgo estructural que resalta Dworkin es el que los jueces constitucionales no tienen el poder de actuar de forma independiente, sino que siempre necesitan atraer a la mayoría de los otros jueces para hacer prevalecer su visión. Y si bien acepta que en el uso del poder que tienen, los jueces pueden cometer grandes errores, lo mismo ocurre con el poder que tiene el presidente, los ministros y los legisladores encargados de comisiones importantes, quienes según Dworkin, pueden hacer mucho más daño. Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., p.397.

⁴⁴ Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, ob. cit., p. 1379. Volveré sobre este argumento luego.

⁴⁵ Bayón, Juan Carlos, “Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, ob. cit., p. 321.

Con relación al punto que nos ocupa, Bayón explica que no hay ninguna razón sólida para dar por sentado que los ciudadanos o los legisladores actúen sistemáticamente movidos por consideraciones de interés propio y nunca por razones de principio que sean expresión de diferentes concepciones de lo justo⁴⁶. Por lo que no hay por qué aceptar una imagen de una mayoría parlamentaria incondicionalmente dispuesta a configurar los derechos políticos de cualquier manera. Por otro lado, si se toma una visión “realista” (ni idealizadora ni peyorativa) que subraya que el punto de vista de las mayorías no está necesariamente gobernado por su interés, se tiene que admitir que el de los jueces constitucionales no es necesariamente inmune a toda consideración de esa naturaleza⁴⁷.

Además, lo que para Dworkin son beneficios del lado de la judicatura, para otros autores son claras desventajas a la hora de tomar decisiones. Así, el hecho del “aislamiento” institucional en que se encuentran los jueces a la hora de decidir, por una parte puede implicar un cierto elitismo epistemológico que termine por generar decisiones desconectadas con la realidad de las personas involucradas, o que incluso identifiquen de modo equivocado los intereses de algún grupo⁴⁸.

En segundo lugar, esta concentración en el caso individual puede mermar la visión global del asunto⁴⁹. En efecto, como señala Nino, “[m]ientras el juez está sujeto a reglas de designación y procedimentales diseñados para asegurar su imparcialidad, esta garantía de imparcialidad se aplica sólo a las partes involucradas en el proceso judicial. La decisión no alcanza a otras personas

⁴⁶ Y a la inversa, la idea de los tribunales como foros de principios para algunos autores resulta al menos “curiosa”. Kramer, Larry, “Popular constitutionalism, circa 2004”, ob. cit., p. 964. Sobre el punto hay numerosos estudios, un repaso de varios de ellos en Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 223 y ss.

⁴⁷ Bayón, Juan Carlos, “Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, ob. cit., pp. 321-322.

⁴⁸ Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes” *Isonomía*, n° 6, abril 1997, pp. 55-70, p. 66. Esto se debería a la ausencia de ciudadanía en los procesos judiciales, justamente en cuestiones constitucionales básicas donde más se requiere de un amplio proceso de consulta y discusión.

⁴⁹ Sobre el punto véase Bellamy, Richard, *Constitucionalismo Político*, ob. cit., pp.46-49. En igual sentido Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 194: “los órganos jurisdiccionales parecen tener algunas limitaciones importantes para embarcarse en una tarea [que acabe definiendo, de modo general y prospectivo, los perfiles y la configuración precisa de cada derecho fundamental en juego] que tome en cuenta la sociedad desde una perspectiva genérica y que sea capaz de trascender el caso sometido a su conocimiento para medir adecuadamente todas las variables sociales potencialmente afectadas por la decisión”.

que pueden ser afectadas por la decisión que el juez está aplicando”⁵⁰. Este último punto es importante sobre todo a la hora de pensar en la adjudicación de derechos sociales, donde una respuesta judicial individual puede producir resultados injustos para el conjunto⁵¹.

Otra crítica habitual a la posición institucional de los jueces, que el propio Dworkin reconoce, es el sesgo de clase⁵². Normalmente las personas que llegan a ocupar cargos judiciales pertenecen a un estrato social económicamente privilegiado, educado, que los retira de las vicisitudes que sufren otros grupos sociales menos aventajados y que les otorga una valoración diferente de éstas. Esta circunstancia puede ser un obstáculo ante el pluralismo de perspectivas que cabe esperar en circunstancias de desacuerdo.

Un aspecto importante a considerar también es que la diferencia numérica en la composición de las legislaturas hace suponer que éstas son más aptas para dar cabida adecuada al pluralismo social⁵³. Esto no significa que no deba admitirse que en ocasiones hay ciertos grupos que quedan excluidos de la representación parlamentaria y que en efecto, podrían utilizar la vía judicial para lograr ser escuchados⁵⁴; pero definitivamente no es en la vía judicial

⁵⁰ Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., p. 170.

⁵¹ En este orden de ideas se dice que las intervenciones judiciales en las decisiones presupuestarias del Estado con el fin de reconocer derechos sociales, aparecen como una invasión en la órbita de competencias propias del legislativo y del ejecutivo en lo relativo al diseño y planificación del gasto público. Es que, según se alega, el impacto macroeconómico que podrían tener las decisiones judiciales en este sentido, podrían ser verdaderamente graves. Véase Uprimmy, Rodrigo, “Justicia constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de la sentencia de UPAC”, *Revista Pensamiento Jurídico*, n° 13, Universidad Nacional de Colombia, 2000, p. 151. Me adelanto aquí aclarando que esta objeción no aparea ni aceptar que los derechos sociales no son justiciables, ni propicia una actitud completamente deferente por parte del juez. Simplemente plantea los problemas que un activismo “aislado” de los jueces puede tener. Para una conciliación entre la exigibilidad de los derechos sociales y el ideal de democracia deliberativa véase Gargarella, Roberto, “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *Perfiles Latinoamericanos*, n° 028, México, FLACSO, julio-diciembre 2006, pp. 9-32. Por último me permito remitir a un trabajo propio, en coautoría con Niembro Ortega, Roberto, “La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional. El caso ‘vacantes’”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* n° 16, México, julio-diciembre de 2011. De cualquier modo, el asunto de los derechos sociales no es uno que preocupe a Dworkin.

⁵² También véase Bellamy, Richard, *Constitucionalismo Político*, ob. cit., p. 57.

⁵³ Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 110.

⁵⁴ Gargarella, Roberto, “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, ob. cit., p. 21. Este punto invita a pensar en que se pueden obtener diferentes ventajas de las distintas instituciones y que no necesariamente tenemos que enfrentarlas en términos dicotómicos, sino más bien pensarlas como parte de una empresa cooperativa para la interpretación constitucional de un modo dialógico. Así se puede incentivar la deliberación

donde todas las voces estarán representadas ni todos los puntos de vista considerados. Es más, en parte como se dijo, el carácter binario propio de la estructura judicial no siempre resulta apto para ventilar todas las voces y perspectivas que podrían resultar involucradas en una cuestión constitucional; muy por el contrario, a veces puede reducir la multiplicidad de perspectivas a la óptica escueta de demandante y demandado⁵⁵.

Un último punto que se menciona en la defensa de Dworkin es el de la calidad del debate público. Frente a la idea de este autor de que las decisiones judiciales pueden mejorar la deliberación, que de por sí ya es bastante difícil de aceptar⁵⁶, se objeta que la participación en la deliberación no es sólo a los efectos de contar con un debate floreciente. La cuestión tiene que ver “con la posibilidad de que el debate y la participación sean susceptibles de incidir en la adopción final de una decisión...”⁵⁷. Según Waldron, el interés de participar está en la *deliberación política práctica*, no en cualquier ejercicio del debate, sino en una forma de discusión llevado a cabo por aquellos que se ven afectados por la toma de una decisión colectiva vinculante⁵⁸.

(B) En cuando a las razones de justicia (*fairness*) para sostener que la legislación debe ser la única estrategia de decisión en materia de derechos, Dworkin considera el argumento que apela a la importancia de respetar las leyes y otros aspectos de estabilidad política. Así explica que los jueces no enfrentan el problema de tener que conformar a secciones poderosas de la sociedad con sus decisiones, pues no tienen miedo a la desaprobación popular

interinstitucional, manteniendo distintas expectativas que atenderán a las características institucionales de cada rama.

⁵⁵ Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 119. De allí también algunas críticas que se hacen al “individualismo” de la teoría de Dworkin. El autor agrega otras dificultades extras como son el *writ of certiorari* que permite la selección de casos que llegan a la máxima instancia judicial y el costo económico que implica litigar y que de alguna manera supone una barrera para los más desfavorecidos.

⁵⁶ Sobre todo si se piensa en las limitaciones propias del lenguaje técnico jurídico que adquiere este tipo de debate constreñido a las decisiones judiciales, frente a uno que podría ser más “libre” y abierto a desarrollar argumentos. Sobre este punto volveré luego, baste hacer la referencia a Waldron, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, ob. cit., especialmente p. 27. Del mismo autor véase *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., p. 346.

⁵⁷ Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 396. Además, la comparación que hace Dworkin entre la deliberación que puede darse en los parlamentos y aquella que pueda generar en la sociedad una decisión judicial, no toma en consideración las características formales del debate legislativo, que hacen que lo que sucede en el parlamento sea un *procedimiento institucional* y no una conversación. Véase sobre el punto Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., pp. 85 y ss.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 347. En igual sentido Bellamy, Richard, *Constitucionalismo Político*, ob. cit., p. 115: “...lo que importa no es meramente debatir, sino decidir”.

por su actuación. Con ello pueden tomar decisiones inaceptables sin sufrir la consecuencia de que la gente los reemplace. Esta situación podría conllevar que las decisiones políticas que tomara la corte fueran vistas como ilegítimas y erosionaran el respeto por la institución judicial y por los mismos procedimientos legales⁵⁹.

Pero Dworkin arremete contra este argumento por dudoso y no probado. Para ello recurre a ejemplos de los EEUU como el caso de la corte Warren, que a su criterio tomó decisiones altamente impopulares y sin embargo logró una amplia conformidad⁶⁰. Es más, dado que según el autor, la concepción por él defendida otorga mayor protección constitucional a las minorías, es de esperarse que provea de mayor estabilidad y al mismo tiempo que identifique de forma más exacta y así asegure el bienestar general⁶¹.

Pero el argumento de la mayor o mejor protección a las minorías por parte de los jueces también ha sido muy criticado. Por empezar, se recuerda que en el contexto norteamericano, “antes del Tribunal Warren, hubiera resultado imposible concebir al control judicial como una institución para la protección de las minorías, pues hasta dicho momento, por medio del control judicial se había adoptado todo tipo de decisiones contrarias a los intereses de diversos grupos minoritarios”⁶². Es más, varios estudios empíricos han tendido a comprobar que las opiniones de los jueces tienden a adecuarse a las convicciones políticas predominantes⁶³ y además, sus decisiones en muchos casos han causado enorme inestabilidad; piénsese la guerra civil norteamericana que desató un fallo como el de *Dred Scott v. Sandford*⁶⁴.

Aunque éstos no son los problemas más significativos. Como señala Gargarella, el argumento de defensa a las minorías supone que “el carácter

⁵⁹ Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, ob. cit., p. 25. En su último trabajo Dworkin parece volver sobre este punto, reconociendo que la ciudadanía pierde control sobre los actos de los jueces una vez nombrados, pero dice que lo mismo sucede con los funcionarios electos, por lo que la objeción democrática que podría hacerse aquí, a su criterio es irreal. Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., p. 397.

⁶⁰ Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, ob. cit., p. 26.

⁶¹ Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., p. 388.

⁶² Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 306.

⁶³ *Ibidem*, pp. 223, 307, en referencia al trabajo de Robert Dahl, “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy- Maker”, *Journal of Public Law* 6, 1957, p. 279 y ss.

⁶⁴ El fallo, de 1857 (60 U.S. 393), en resumidas cuentas decidió privar a todo habitante de ascendencia africana, fuera esclavo o no, del derecho a la ciudadanía y le quitó al Congreso la autoridad de prohibir la esclavitud en territorios federales de los Estados Unidos.

contra-mayoritario del poder judicial (o sea, el hecho de que sus miembros no resulten electos directamente por la ciudadanía [...] ni tengan que revalidar periódicamente sus cartas credenciales frente al pueblo) aparece como un objetivo buscado: si los jueces dependieran [...] de las simpatías populares, entonces, la suerte de las minorías parecería fuertemente amenazada”⁶⁵. Ahora bien, esa suposición se encuentra con varios defectos. Primero, enfrenta la falacia de asimilar el carácter no-mayoritario de los jueces con su supuesta tarea de defensa de las minorías; sin embargo del hecho que los jueces no representen a las mayorías, no se sigue que representen o tengan alguna conexión especial con la infinita diversidad de minorías que existen en la sociedad. Lo que ocurre según Gargarella es que el argumento apela, injustificadamente, a una cuestión motivacional que en verdad no existe, y se pregunta: “¿Por qué tenemos que pensar que los jueces van a estar especialmente interesados en proteger los derechos de tales grupos?”⁶⁶

Por otro lado, si se piensa que la mayoría es una amenaza para los derechos, es porque se presupone que éstos son por definición de las minorías y contra las mayorías⁶⁷. Pero, como señala Bayón, esa suposición encierra varios equívocos. En primer lugar, la mayoría no tiene por qué ser hostil a los derechos de una minoría. Pero en segundo lugar, no tiene por qué ser necesariamente malo que la mayoría sea hostil a las pretensiones de una minoría. Es que “el que la pretensión de reconocimiento de un derecho provenga de un grupo minoritario, *por sí sólo*, no dice *nada* a su favor, porque sencillamente no todas las pretensiones invocadas por minorías son respetables”⁶⁸.

En el mismo sentido Waldron apunta que una vez que se toma una decisión democrática por mayorías, los miembros de la minoría derrotada pueden sufrir ciertas desventajas, pero eso no es necesariamente *tiránico*. Las

⁶⁵ Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, ob. cit., p. 64.

⁶⁶ *Ídem*.

⁶⁷ De hecho como vimos, para Dworkin los derechos son “triumfos contra la mayoría”.

⁶⁸ Bayón, Juan Carlos, “Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, ob. cit., p. 325. Sobre el concepto de minoría el autor también aclara que se puede referir, o bien a un sentido estrictamente numérico, o bien a la idea de un colectivo marginado o desaventajado. Pero los dos sentidos no coinciden. Es más, Gargarella en el artículo citado en la nota anterior nos llama la atención sobre la minoría que los padres fundadores querían proteger al momento de idear el control judicial de constitucionalidad, esta era la minoría de propietarios. Lo que prueba que si bien éste era un grupo numéricamente inferior, no era ni es el desaventajado.

desventajas pueden ser justas y apropiadas, o su justicia y propiedad pueden ser cuestiones disputadas, pero no por el hecho de generar una desventaja, o no recoger la opinión de un grupo minoritario, la decisión es consecuencia de la tiranía de las mayorías⁶⁹.

En suma se nos recuerda que en realidad sólo algunos derechos pueden caracterizarse como derechos de una minoría en sentido numérico, pues la mayor parte de las veces, la clase de beneficiarios de un derecho fundamental no puede ser identificada con un grupo social específico. Además, como el propio Dworkin ha reconocido⁷⁰, el peligro de que las legislaturas (o mayorías) violen derechos es simétrico al que lo hagan las minorías⁷¹. Por lo que estas razones de justicia invocadas por Dworkin no alcanzan a ser justificaciones sólidas para el control judicial de constitucionalidad de las leyes.

Luego de estas críticas específicas a las primeras justificaciones vertidas por Dworkin, vinieron otras más profundas que directamente cuestionan las bases sobre las que se asienta su concepción de los derechos. Sin duda las más importantes provinieron de Jeremy Waldron, quien insiste en que las personas discrepan de buena fe acerca de qué derechos tienen, por lo que difícilmente se pueda hablar de derechos como triunfos⁷².

El autor cuestiona tanto: 1) la posibilidad de que haya una verdad o corrección como resultado de las discusiones en materia de derechos⁷³ y; como consecuencia, 2) que valgan consideraciones de tipo epistémicas para resolver qué institución debe decidir sobre dichos desacuerdos⁷⁴. Así se opone

⁶⁹ Waldron, Jeremy, "Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?", *The Yale Law Journal* 123, 2014, pp. 1692-1730, p. 1728, el punto ya lo había establecido en *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., pp. 21-22.

⁷⁰ Dworkin, Ronald, "La lectura moral y la premisa mayoritarista", ob. cit., p. 134.

⁷¹ Bayón, Juan Carlos, "Problemas de fundamentación del constitucionalismo", ob. cit., p. 326.

⁷² Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., p. 20.

⁷³ Lo que no significa rechazar la objetividad en este ámbito, sino reaccionar frente al hecho de que, aun cuando haya una respuesta correcta a la pregunta de qué derechos tenemos, la gente sigue discrepando implacablemente acerca de cuál es dicha respuesta. *Ibidem*, p. 291.

⁷⁴ Partir de consideraciones epistémicas para resolver qué institución debe resolver los conflictos que se presentan en materia de derechos, es decir, elegir según la creencia de que es más probable que un procedimiento "X" sea más susceptible de tomar decisiones "correctas" que otro procedimiento "Y" en este tema; implica ignorar el valor intrínseco que cada procedimiento presenta e instrumentalizarlo. En el caso de la propuesta de Dworkin, se compara el valor instrumental de dos procedimientos de toma de decisiones pero no se toma en cuenta el valor intrínseco que el procedimiento legislativo tiene en sí (que honra la igualdad y autonomía de los ciudadanos a través de la representación y la regla de la mayoría). El problema con la instrumentalización, es que deja a dicho procedimiento (o institución) como rehén de los cálculos contingentes que se puedan hacer de esos resultados y en todo caso, candidato a ser reemplazado por otro que prometa resultados mejores. Resultados que al ser

al modelo estadounidense del control judicial de constitucionalidad, propiciando la institución del Parlamento y dentro de este, la regla de la mayoría para resolver los desacuerdos más serios y sustantivos que existen en la sociedad⁷⁵.

Esta idea de los derechos de Waldron se basa en una concepción de las personas como agentes morales a los que se les puede confiar la responsabilidad de dirigir sus propias vidas y de percibir los límites adecuados sobre su propia libertad⁷⁶ y que por ello tienen la capacidad de elegir según sus opiniones reflexivas e imparciales⁷⁷. Volveré de forma más profunda sobre las ideas de Waldron en el capítulo siguiente, ahora retomemos a Dworkin.

b) La teoría asociativa de la democracia

Luego de la defensa que hiciera Dworkin del control judicial de constitucionalidad “basada en derechos” y en parte como respuesta a las múltiples críticas que recibió y a la misma evolución de su pensamiento, el autor se embarcó en una justificación de la institución desde la teoría de la democracia. Para ello fue desarrollando una concepción propia, que en principio llamó concepción constitucional de la democracia⁷⁸ para luego bautizarla como una concepción de la democracia asociativa⁷⁹. Esta concepción básicamente elimina la tensión entre democracia y control judicial

controvertidos, terminan siendo el contenido primario del propio procedimiento de decisión. Parafraseando a Waldron, *Ibidem*, pp. 289, 300 y ss. Sobre el punto también Bayón, Juan Carlos, “Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, ob. cit., pp. 315 y ss. Volveré sobre las críticas a las concepciones epistémicas, en relación con la democracia, en el capítulo siguiente.

⁷⁵ Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., p. 32.

⁷⁶ Una idea que comparte Dworkin, aunque con distintas consecuencias. En el caso de Waldron, esta idea se condeciría con el respeto por la autonomía y responsabilidad que transmite el contenido sustantivo de los derechos. “La relevancia sustantiva de un derecho determinado puede estar basada en una concepción de la persona individual como un agente pensante, capacitado para deliberar moralmente y trascender la preocupación sobre sus propios intereses particulares”. *Ibidem*, pp. 264, 298.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 23.

⁷⁸ Véase Dworkin, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, ob. cit., p. 117, el original como ya he dicho, de 1996, *Freedom’s Law*, ob. cit., p. 17. Aunque comienza a formular esta concepción de modo articulado a partir de 1987, con la cuarta parte de la serie de artículos “What is Equality”, cuando se refiere a la igualdad política. Véase Maurino, Gustavo, “La democracia en la teoría de Ronald Dworkin”, ob. cit., p. 9.

⁷⁹ Véase Dworkin, Ronald, “The partnership conception of democracy”, *California Law Review* 86, 1998, pp. 453-458, también del autor *Sovereign Virtue*, ob. cit., p. 358 y ss. y sus trabajos posteriores.

de constitucionalidad, para hacer a este último parte esencial de una mejor (y correcta) concepción de la democracia⁸⁰.

El autor asienta su teoría intentando probar que en Estados Unidos se pueden hallar principios compartidos lo suficientemente sustanciales como para posibilitar un debate político nacional provechoso⁸¹. Así enuncia dos principios, abstractos y filosóficos, que a su criterio definen las dos dimensiones de la dignidad humana, cuales son: el “principio del valor intrínseco”, que sostiene que toda vida humana tiene un tipo especial de valor objetivo; y el “principio de la responsabilidad personal”, según el cual cada persona tiene una responsabilidad especial en la consecución del logro de su propia vida, que incluye el empleo de su juicio para estimar qué clase de vida sería para ella una vida lograda⁸². A estos principios, los relaciona respectivamente con los ideales de igualdad y libertad.

Así explica que la obligación básica de todo gobierno es el respeto por la dignidad humana, la que opera como fuente de los derechos humanos *primordiales* (que limitan el tipo de acciones que los gobiernos pueden realizar) y prohíbe a cualquier gobierno que trate a una persona de un modo que contradiga la *propia* interpretación gubernamental de esos ideales⁸³. Dworkin reconoce que el insistir en la concepción de la dignidad como la define, obliga a asumir que es posible alcanzar una verdad objetiva en los reinos de la ética y la moralidad. Pero explica: “debemos hacer esta suposición porque la tesis escéptica opuesta es filosóficamente indefendible”⁸⁴.

⁸⁰ Dworkin reconoce que el hecho de que una sociedad no tenga establecido un control judicial de constitucionalidad, no la hace menos democrática. “La democracia no insiste en la necesidad de que los jueces tengan la última palabra, pero tampoco en que no deban tenerla”. De todos modos, sigue considerando que un arreglo institucional como el norteamericano, es excelente y distintivo de la democracia. Véase Dworkin, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, ob. cit., p. 106.

⁸¹ Dworkin, Ronald, *La democracia posible*, ob. cit., p. 23 y ss. Esta asunción del “trasfondo ético común” que pretende justificar la práctica del control judicial, también es sostenida por Michelman, Frank en varios de sus trabajos (véase por ejemplo “Traces of Self- Government”, *Harvard Law Review* 100, 1986, pp. 4-77, p. 75) y criticada por Habermas en *Facticidad y validez*, ob. cit., entre otras p. 357, dado que no se complace con las circunstancias del pluralismo razonable en las que se desenvuelven las sociedades bien ordenadas. También el tema es abordado por Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 115 y ss.

⁸² Dworkin, Ronald, *La democracia posible*, ob. cit., p. 24 y 25.

⁸³ *Ibidem*, p. 54, la cursiva del original. A esta última característica la llama “principio de consistencia”. Vale aclarar que cuando el autor habla de dignidad humana, entiende que este valor está inserto en la constitución norteamericana y no fuera de ella.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 66. Las implicaciones que esta afirmación tiene son múltiples, gran parte de ellas se abordaron en el capítulo primero cuando hiciera las críticas al iusnaturalismo propio del

Para cumplir con sus obligaciones todo gobierno requiere de acciones colectivas. Las acciones colectivas pueden ser de dos tipos posibles, a saber: la acción colectiva “estadística” y la acción colectiva “comunal”. Según cual se requiera para el gobierno democrático será la concepción de democracia que se adopte. Así, las acciones de tipo “estadística”, son aquellas en las cuales lo que el grupo hace es sólo una función de aquello que sus miembros individualmente hacen por sí mismos. Es decir, es el reflejo de lo que piensa individualmente la mayoría que hay que hacerse, de modo agregado. Mientras que las acciones “comunales” son aquellas que no pueden reducirse a alguna función de acciones individuales pues requieren que los individuos asuman la existencia del grupo como una entidad o fenómeno separado⁸⁵. El ejemplo que utiliza para ilustrarnos es aquel de una orquesta, en donde cada miembro no toca individualmente una sinfonía sino que hace su contribución para la actuación exitosa del conjunto.

Este tipo de acciones colectivas comunales es susceptible a su vez de una nueva distinción. Las acciones pueden ser comunales “integradas”, donde la actitud compartida de los participantes crea una unidad colectiva de responsabilidad, pero no una unidad de juicio, permaneciendo éste en la esfera individual; o pueden ser comunales “monolíticas”, que niegan la importancia del individuo creando una unidad colectiva de responsabilidad y de juicio⁸⁶. De allí que la mejor explicación de la democracia para el autor sea aquella que refleje una concepción comunal integrada de las acciones colectivas. Esta concepción según su exponente es más atractiva en términos de moralidad política y además, ofrece una mejor interpretación de la comunidad política

neoconstitucionalismo, otras se repasaron cuando en el capítulo segundo se habló de la tesis de la única respuesta correcta. Aquí finalmente me dedicaré a las relativas a la justificación del control judicial de constitucionalidad dentro de una teoría sustantiva de la democracia, contraponiéndolo a una propuesta procedimental de la misma, que parte del hecho del pluralismo y acepta un desacuerdo razonable en materia de derechos. Pero si se me permite, como las críticas pueden extenderse a otros autores neoconstitucionalistas, las retomaré más adelante.

⁸⁵Dworkin, Ronald, “Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court”, ob. cit., p. 329.

⁸⁶ Con esta distinción y eligiendo claramente el tipo de acciones comunales integradas, Dworkin evita las críticas que se han hecho al comunitarismo y salva los riesgos de caer en un totalitarismo propiciando un “justo medio” entre la comunidad y el individuo.

norteamericana que incluye tanto la democracia como las restricciones constitucionales a la voluntad mayoritaria⁸⁷.

Con estos puntos de partida Dworkin está en condiciones de distinguir dos concepciones en pugna para concebir la democracia: una concepción *mayoritaria* (que adopta acciones colectivas de tipo estadístico) frente a una concepción *asociativa* (que requiere acciones colectivas comunales integradas). En breve síntesis, lo que Dworkin entiende por estas dos interpretaciones de la democracia es lo siguiente: según la concepción *mayoritaria*, la democracia es el gobierno de la voluntad de la mayoría, es decir, el gobierno de acuerdo con la voluntad del número mayor de personas expresada en elecciones frecuentes con sufragio universal o casi universal, sin garantías de que las decisiones sean justas⁸⁸. De hecho, los sostenedores de la concepción mayoritaria según Dworkin, creen importante distinguir la democracia de la justicia⁸⁹.

Esta concepción de la democracia insiste en que las estructuras del gobierno representativo sean diseñadas para mejorar la probabilidad de que las leyes y las políticas de la comunidad sean aquellas que prefieren el mayor número de ciudadanos luego de una debida discusión y reflexión⁹⁰. Por eso ésta es una interpretación independiente (*detached*) de la democracia, se centra únicamente en los *inputs*⁹¹ del procedimiento y en los rasgos de ese

⁸⁷ *Ibidem*, p. 330.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 167.

⁸⁹ Por esta razón, nos dice Dworkin, es que no debe confundirse la concepción mayoritaria de la democracia con una concepción agregativa de la justicia, como podría ser el utilitarismo. Con sus palabras: "There is no reason to think that a majoritarian electoral process will even typically produce a result that would be deemed just on any particular aggregative standard. On the contrary, a majoritarian process might well produce –and often has produced– laws that injure total or average well-being on any conception of what that is". Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., pp. 283-284.

⁹⁰ Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., p. 383. Vale aclarar que frente a esta versión "sofisticada" de democracia mayoritaria, que requiere de información y deliberación antes de tomar una decisión, hay otra versión que Dworkin llamó "populista" y que sólo requiere la expresión de la voluntad de la mayoría, aunque el autor en sus últimos trabajos sólo considera la versión más sofisticada de la democracia mayoritaria para sus estudios. Véase Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, ob. cit., p. 357. Esto quizá porque los críticos de Dworkin resaltaron más de una vez que la versión de la democracia mayoritarista que presentaba, era como pelear con un "hombre de paja", pues esa versión de la democracia no era ni había sido sostenida por nadie, era inconsistente y absurda y no formaba parte de ninguna tradición de la filosofía democrática. Véase Maurino, Gustavo, "La democracia en la teoría de Ronald Dworkin", ob. cit., p. 10.

⁹¹ Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, ob. cit., p. 60. Según el autor, un caso para la democracia basada en los inputs se concentra en la apropiada localización del poder político,

procedimiento pues, lo que en definitiva define a la concepción mayoritaria es la igual distribución del poder político⁹² y no qué resultados promete producir. Dworkin equipara este requisito al de igual participación, entendido como igualdad de impacto en las decisiones colectivas y lo considera insuficiente para una genuina democracia⁹³.

La concepción opuesta de la democracia, la concepción *asociativa*, sostiene que el autogobierno no significa gobierno por la mayoría de la gente ejerciendo autoridad sobre todos sino de la gente como un todo actuando como asociados⁹⁴. En otras palabras, significa que las personas se gobiernan a sí mismas cada cual como asociada de pleno derecho de una empresa política colectiva, de tal manera que las decisiones de una mayoría son democráticas sólo si se cumplen ciertas otras condiciones que protegen la condición y los intereses de cada ciudadano en tanto asociado⁹⁵.

Es que para Dworkin: “la concepción asociativa no considera la democracia independiente del resto de la moralidad política; según esta concepción, necesitamos una teoría de la igualdad asociativa para decidir qué es o qué no es una decisión democrática, y necesitamos recurrir a las ideas de justicia, igualdad y libertad para construir tal teoría”⁹⁶. Así, en principio para Dworkin la mejor interpretación de la democracia es dependiente (*dependent*),

sin hacer referencia a la justicia o sabiduría de la legislación, que se espera sea el resultado de esa asignación de poder político

⁹² Junto con la libertad de expresión, que juega un papel fundamental en la concepción mayoritaria. Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, ob. cit., pp. 186, 358 y ss.

⁹³ Analizaré la idea de “igualdad de impacto” *infra*.

⁹⁴ Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., p. 384. Esta concepción de la democracia según el autor es aún más abstracta y problemática que la mayoritaria, pues es más difícil saber qué se requiere para que el ideal democrático se dé. De hecho, para evaluar en la medida en que una sociedad ha sido exitosa en crear una democracia de tipo asociativa, no se puede acudir a un estándar simple como el de la democracia mayoritaria, sino a una idealización tripartita que abarca las siguientes dimensiones: 1) la dimensión de la soberanía popular, 2) la dimensión de igualdad entre los ciudadanos y 3) la dimensión del discurso democrático. Véase Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, ob. cit., pp. 358, 363-365. Esta última dimensión del discurso democrático sólo se plasma en la obra citada del autor, para ser abandonada luego “sin dejar rastro” en lo que se ha calificado como un paso “fugaz” de Dworkin por el deliberacionismo. Véase Maurino, Gustavo, “La democracia en la teoría de Ronald Dworkin”, ob. cit., pp. 20 y ss.

⁹⁵ Dworkin, Ronald, *La democracia posible*, ob. cit., p. 168. Es que para el autor, no hay nada inherentemente valioso en un proceso que permita al mayor número de personas imponer su voluntad sobre el menor número. “Majority rule is not fair or valuable in itself: It is fair and valuable only when certain conditions are met...” Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, ob. cit., p. 363.

⁹⁶ Dworkin, Ronald, *La democracia posible*, ob. cit., p. 170. En igual sentido afirma: “The partnership conception ties democracy to the substantive constraints of legitimacy”, en *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., p. 384.

pues será la que sea más apta para producir las decisiones sustantivas y los resultados (*outcomes*⁹⁷) que traten a todos los miembros de la comunidad con igual consideración⁹⁸. La democracia es entonces un ideal sustantivo no meramente procedimental⁹⁹. El objetivo definitorio de la democracia es que “las decisiones colectivas sean tomadas por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad como individuos, con igual consideración y respeto”¹⁰⁰.

Para ello en principio requiere la misma estructura de gobierno que la concepción mayoritaria, pero no encuentra ninguna razón por la cual no emplear un procedimiento no mayoritario –como el de los tribunales- en ocasiones especiales en las que “éste ampliaría o protegería mejor el estatus igual que considera la esencia de la democracia”¹⁰¹. Así el control judicial de constitucionalidad es una de las posibles estrategias para mejorar la legitimidad del gobierno –por ejemplo, mediante la protección de la independencia ética de las minorías- y de esa manera, asegurar las credenciales morales de la mayoría para imponer su voluntad en otros asuntos¹⁰².

b.1) El mito de la igualdad de poder político

Como se anticipó, la concepción de la democracia de Dworkin no encuentra su rasgo definitorio en la igualdad de poder político de los ciudadanos, sino en la igual consideración y respeto que se tenga de cada uno de ellos. Por eso es lógico que Dworkin se detenga a explicar qué entiende por igualdad de poder político, cómo se mide y por qué no es –en contra de lo que

⁹⁷ Véase también Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, ob. cit., p. 60.

⁹⁸ Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, ob. cit., p. 186. De hecho para el autor la igual consideración es la virtud soberana de la comunidad política. *Ibidem*, p. 1.

⁹⁹ Como se habrá notado, se han utilizado las categorías de democracia sustantiva y democracia procedimental como características de concepciones opuestas de la democracia. Por una cuestión de orden no me detendré en una diferenciación profunda de dichas categorías en este capítulo, dejando su tratamiento para el capítulo siguiente.

¹⁰⁰ Dworkin, Ronald “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, ob. cit., p. 117.

¹⁰¹ Dworkin, Ronald “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, ob. cit., p. 117. Dworkin específicamente ilustra el contraste entre ambas concepciones de la democracia por medio del debate respecto la *judicial review*, resaltando que para la concepción mayoritaria no habría una justificación para esta institución, salvo que sirviera a la propia concepción mayoritaria haciendo más probable que la legislación refleje la visión de la mayor cantidad de gente. Este entendimiento sería según Dworkin, el que defendió John Hart Ely. Véase Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, traducción de Magdalena Holguín, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, 1997 y Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., p. 384.

¹⁰² *Ibidem*, p. 385.

comúnmente se cree— esencial en una democracia. Es que a la postre, la posibilidad de justificar una institución como el control judicial de las leyes dependerá de qué concepción de la democracia se defienda o más bien, de qué sea la democracia, correctamente entendida¹⁰³. Permítaseme entonces abordar este punto principal por partes.

Según Dworkin debemos medir el poder político en dos dimensiones: una “horizontal”, que compara el poder que tienen los diferentes ciudadanos o grupos entre sí; y otra “vertical”, que compara el poder que tienen los ciudadanos con aquel que tienen los funcionarios. En una democracia representativa no puede existir ninguna genuina igualdad de poder político en sentido vertical, por lo que pareciera que la demanda de igualdad de poder político se enfrenta a un dilema desde el comienzo: si insiste únicamente en una igualdad horizontal -entre los gobernados- puede ser satisfecha incluso por tiranías antidemocráticas; si en cambio, requiere de igualdad en sentido vertical, es irrealizable¹⁰⁴.

Con esta dificultad en mente Dworkin pasa a distinguir otras dos interpretaciones de lo que puede significar igualdad de poder político: puede ser igualdad de “impacto” o igualdad de “influencia”¹⁰⁵. Por “impacto” se refiere a la diferencia que una persona puede hacer por sí misma al votar o elegir una decisión en lugar de otra. Por “influencia” se refiere a la diferencia que alguien puede hacer, no por sí mismo sino, liderando o induciendo a otros a que elijan o voten como lo haría ella¹⁰⁶. Esta diferencia permitiría escapar del dilema

¹⁰³ La expresión es del propio Dworkin, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, ob. cit., p. 115.

¹⁰⁴ Dworkin, Ronald, “Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court”, ob. cit., p. 332. Estas dimensiones del poder político y las que siguen, las vuelve a explicar en *Sovereign Virtue*, ob. cit., pp. 190 y ss.

¹⁰⁵ En *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., p. 388, Dworkin retoma el tema de la igualdad política a secas y distingue tres significados, el de igualdad de impacto, el de igualdad de influencia y agrega un tercer entendimiento -que suscribe- que no se basa como los dos primeros en una igualdad de poder matemática, sino en una cuestión de “actitud”, que a su entender, requiere que la comunidad divida el poder político, no necesariamente de modo igual, pero de una manera que trate a las personas como iguales. Este último sentido de igualdad política sí sería esencial en la democracia y no se vería afectado por una eventual transferencia de poder a instituciones no mayoritarias.

¹⁰⁶ En *A Matter of Principle*, Dworkin había diferenciado entre un derecho y el valor de un derecho para medir el poder político, diciendo que no era lo mismo que todos tuvieran la misma oportunidad de influenciar una decisión política, que, que esa oportunidad tuviera el mismo valor para todos. Así se concentraba en el valor de la oportunidad y con ello en los resultados del proceso político más que en los procedimientos en sí, para concluir: “Rights to participate in the political process are equally valuable to two people only if these rights make it likely that each will receive equal respect, and the interests of each will receive equal concern not only in

planteado en un primer momento, pues si bien es obvio que es imposible tener igualdad de impacto en sentido vertical, empieza a tener sentido, como ideal, si nos atenemos a la igualdad de influencia¹⁰⁷. El ejemplo que nos da el autor es que un senador X vote por una reducción de impuestos cuando y sólo cuando él crea que la mayoría de sus votantes están a favor de ello, independientemente de su propia preferencia al respecto. Si bien su voto es el que produce el impacto, en realidad ese voto no es “suyo” sino que refleja la voluntad de sus representados.

Por otro lado, desde la perspectiva horizontal, la igualdad de impacto también es implausible pero por razones opuestas. Es que según el autor, la igualdad de impacto resulta un ideal muy poco exigente desde que se conforma con que cada ciudadano tenga uno y el mismo voto, pero no se detiene en las asunciones centrales para una democracia como son que haya libertad de expresión, de asociación y otros derechos políticos y libertades. En este caso el autor propone ir más allá de la igualdad de impacto hacia la igualdad de influencia¹⁰⁸. Pero la igualdad de influencia también es compleja, pues no sólo implicaría terminar con las desigualdades económicas de los ciudadanos, sino también con aquellas a nivel educativo, de carisma o interés en la política.

Finalizadas estas precisiones, el autor se cuestiona: ¿Es realmente la igualdad de influencia un ideal atractivo? Y concluye que no lo es. Que una comunidad política atractiva desea que sus ciudadanos participen en política debido a una preocupación compartida por la justicia y la corrección de los resultados. En ese sentido, anima a los ciudadanos a estar orgullosos o sentirse avergonzados por los éxitos o fracasos de su comunidad como si fueran propios y un ideal de igual influencia desafía esa ambición pues considera el poder político como un recurso y no como una responsabilidad colectiva¹⁰⁹. En suma para Dworkin, el ideal de una igualdad aritmética de

the choice of political officials, but in the decisions these officials make. [...] Whether the value of the political opportunities a system provides is equal will depend on whether the legislation likely at the end of the process treats everyone as equals”, ob. cit., pp. 63, 64.

¹⁰⁷ Dworkin, Ronald, “Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court”, ob. cit., p. 332.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 333. Lo que no significa descartar la igualdad de impacto, pues garantiza la dignidad de la igual participación. Véase *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., p. 391.

¹⁰⁹ Dworkin, Ronald, “Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court”, ob. cit., p. 334.

poder político (entendido como igualdad de influencia) es tan implausible como artificial¹¹⁰.

Una vez afinado el concepto de igualdad política, Dworkin vuelve al terreno de la definición misma de democracia, que según el argumento por él enfrentado, supondría igualdad de poder político. En ese entendimiento, si una decisión política genuina es sacada de la legislatura para ser puesta en manos de los tribunales, entonces el poder político de los ciudadanos individualmente, que eligen a los legisladores y no a los jueces, es debilitado, lo que resulta injusto¹¹¹.

Pero Dworkin llama la atención de que este argumento sólo considera una pequeña y especial clase de decisiones políticas. Además, como se vio, encuentra clarísimo que ninguna democracia provee una genuina igualdad de poder político, defecto que es en parte irremediable¹¹². Lo que propone tomar en cuenta al momento de juzgar la igualdad política es cuánto poder político pierden *efectivamente* los ciudadanos, individualmente considerados, cada vez que un asunto sobre derechos individuales es sacado de la legislatura y entregado a la decisión de las cortes.

Para ello recuerda que los individuos tienen el poder de demandar ante los jueces una nueva adjudicación de sus derechos, que si son reconocidos por la corte, serán efectivos más allá de que ningún parlamento haya tenido el tiempo o la voluntad de imponerlos. Para Dworkin, esta transferencia en la toma de decisiones desde la legislatura hacia los tribunales, bajo un sistema de control judicial de las leyes, implica una gran ganancia de poder político sobre todo para minorías arraigadas o personas de bajos recursos que tienen difícil acceso al foro legislativo¹¹³. Por lo que concluye en que no hay razón para

¹¹⁰ También en Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., p. 391.

¹¹¹ Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, ob. cit., p. 27.

¹¹² De hecho, según el autor, una comunidad genuinamente igualitaria, que acepta que el imperativo de la comunidad colectivamente debe ser tratar a sus miembros individualmente con igual consideración, no puede tratar el impacto político o la influencia como recursos que pueden ser divididos matemáticamente. La política, en tal comunidad, es una cuestión de responsabilidad, no otra dimensión del bienestar. Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, ob. cit., p. 210.

¹¹³ *Ibidem*, p. 209. Desde una perspectiva diferente y en línea con lo que se expuso en el subapartado de los derechos, autores como Michelman afirman que los tribunales "estarían mejor situados para escuchar las voces marginales de la sociedad que desafían los paradigmas dominantes, así como para realizar una indagación con cierta simpatía hacia las interpretaciones que dichas voces pueden intentar ofrecer del desarrollo y evolución de la

pensar, en abstracto, que dicha transferencia merme el ideal democrático de igualdad de poder político¹¹⁴.

A pesar de estos argumentos, Dworkin reconoce que la institución del control judicial de constitucionalidad sustantivo crea una disparidad de impacto político que es necesario justificar: “en *América* sólo se necesitan cinco jueces de la Suprema Corte para deshacer lo que los representantes de millones de ciudadanos comunes –o ellos mismos en un referéndum- decidieron”¹¹⁵. Además de que esos jueces no son directamente elegidos por los ciudadanos.

Pero sobre éste último punto inmediatamente replica que, en los tiempos que corren, la candidatura para ser juez de la Suprema Corte cuenta con mucha publicidad y trae aparejada consecuencias políticas enormes tanto para el presidente que lo nombra como para los senadores que votan esa nominación. Por lo que la ciudadanía norteamericana tiene mucha más influencia sobre quien se convierte en juez, que aquella que pudiera tener para elegir un senador¹¹⁶.

De lo dicho hasta aquí se deriva entonces que si bien la igualdad política de impacto es necesaria¹¹⁷, no es indispensable y se puede prescindir de ella, y con ello justificar una institución como la del control judicial de constitucionalidad, siempre que 1) la diferencia no genere signos que hagan presuponer que algunas personas nacieron para gobernar a otras, y que 2) sea plausible suponer que los arreglos constitucionales que crean la diferencia de impacto, mejoran la legitimidad de la comunidad¹¹⁸. Dworkin da por sentada la primera condición en las maduras democracias modernas. Por lo que se centra en la segunda, que es en suma la que tiene que demostrar para justificar el control judicial de constitucionalidad sustantivo, como institución democrática¹¹⁹.

práctica constitucional”, en “Law’s Republic”, *Yale Law Journal* 97, 1988, pp. 1493-1537, p. 1532.

¹¹⁴ Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, ob. cit., p. 28.

¹¹⁵ Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., p. 396, la cursiva es mía solo para resaltar que con “*América*” se refiere a los Estados Unidos.

¹¹⁶ *Ídem*.

¹¹⁷ Pues cualquier desviación que dejara sin voto a un grupo de ciudadanos implicaría un insulto para ellos.

¹¹⁸ Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., p. 392.

¹¹⁹ Por control judicial de constitucionalidad *sustantivo* se refiere al poder que tienen los jueces no sólo para asegurar que los ciudadanos tengan la información adecuada para sostener sus propias convicciones, preferencias y políticas o para protegerlos de intromisiones indebidas por

b.2) De la legitimidad política

La primera vez que Dworkin aborda la discusión específica sobre la legitimidad política es en su obra *Law's Empire* de 1986. Esta incorporación es importante porque allí distinguirá entre legitimidad y justicia de una comunidad política, valores que incluso pueden entrar en conflicto, lo que tendrá repercusiones para su teoría de la democracia¹²⁰.

Entonces, cuando Dworkin habla de legitimidad política, reconoce que ésta no puede coincidir con el “gobierno justo” porque es una exigencia demasiado fuerte. Tampoco con el consenso ni con el consentimiento tácito, por lo mismo. Entonces debe partir de un supuesto diferente, y explica: “...en el momento en que los ciudadanos nacen en una comunidad política o se incorporan a ella con posterioridad, contraen obligaciones hacia esa comunidad que incluyen la obligación de respetar sus leyes [...] pero los ciudadanos contraen dichas obligaciones sólo si el gobierno de la comunidad respeta su dignidad humana. Un gobierno legítimo debe dispensar a todos aquellos sobre quienes reclama tener dominio [...] *igual* consideración”¹²¹.

Pero esta afirmación por sí sola no nos dice mucho, es por eso que Dworkin continúa: “La legitimidad política no es un asunto de todo o nada, sino una cuestión de grado. Un gobierno elegido mediante unos procedimientos que permiten que una mayoría de personas lo sustituya cuando convenga y que en general respeta la igual consideración y la responsabilidad personal, puede ser lo suficientemente legítimo como para que la desobediencia general no esté justificada ni siquiera cuando alguna de sus políticas [...] muestre una indiferencia hacia la dignidad humana que, si fuese mucho más general, comportaría la pérdida total de legitimidad”¹²².

parte de gobiernos que sólo buscan perpetuar sus mandatos, sino sobre todo, para declarar inconstitucional legislación cuyo *pedigrí* mayoritario sea innegable. *Ibidem*, p. 396. Con esta definición Dworkin pretende alejarse de propuestas como las de Ely que justifican sólo un control judicial de constitucionalidad de tipo “procedimental”.

¹²⁰ Que como vimos, antes era “dependiente” de la teoría de la justicia y ahora queda atada a la legitimidad. Maurino, Gustavo, “La democracia en la teoría de Ronald Dworkin”, ob. cit., p. 9. Véase Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, ob. cit., pp. 141 y ss. (dentro del capítulo sobre la Integridad) y del mismo autor, *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., p. 321 donde reafirma: “Legitimacy is a different matter from justice”.

¹²¹ Dworkin, Ronald, *La democracia posible*, ob. cit., p. 127.

¹²² *Ibidem*, pp. 127-128.

Ahora bien con respecto a la mayor legitimidad que podría otorgar la institución del control judicial de constitucionalidad en una comunidad, se dice poco y nada. Menos aún se nos ofrece orientación alguna respecto de cuál sería el nivel razonable de igual consideración que debiera dispensar la misma, por encima de las instituciones representativas, para justificar la desigualdad de impacto político que produce. Como bien se pregunta Maurino: “si una comunidad cumpliera significativamente las condiciones de legitimidad, ¿podría esa comunidad ser institucionalmente mayoritarianista [sic] en sus procedimientos y métodos decisorios, de manera consistente con la propia *partnership conception*?¹²³ Finalmente, tampoco se nos dice exactamente qué debemos entender por igual consideración (aunque está vinculada al abstracto principio ético de dignidad), determinaciones que, dicho sea de paso, en una sociedad signada por la circunstancia del desacuerdo se vuelven prácticamente imposibles.

Lo único que dice el autor es que cualquier defensa del control judicial como democrático deberá argumentar que mejora la legitimidad global *haciendo más probable que la comunidad se asiente sobre y haga cumplir alguna concepción apropiada de la libertad negativa, una distribución justa de recursos y oportunidades, así como la libertad positiva*¹²⁴. Por lo que, según parece, “al final del día la distinción entre legitimidad y justicia (igualdad, libertad negativa, etc.), y la idea de que el valor de la democracia se asociaba a las condiciones de legitimidad termina sorpresivamente borrada, eliminada conceptualmente. Dworkin parece poner una vez más a la legitimidad como dependiente de la justicia [y] la democracia queda, otra vez, instrumentalizada con respecto a valores políticos sustantivos”¹²⁵.

Pero peor aún, Dworkin concluye que en realidad, que la institución del control judicial de constitucionalidad sustantivo mejore la legitimidad democrática de la comunidad “dependerá” de un cúmulo de factores que varían de lugar en lugar. Entre ellos se deberá considerar: “la fuerza del *rule of law*, la independencia del poder judicial y el carácter de la constitución que los jueces deben hacer cumplir” en cada comunidad. Así el control judicial de

¹²³ Maurino, Gustavo, “La democracia en la teoría de Ronald Dworkin”, ob. cit., p. 33.

¹²⁴ Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., p. 398.

¹²⁵ Maurino, Gustavo, “La democracia en la teoría de Ronald Dworkin”, ob. cit., p. 28.

constitucionalidad sería menos necesario en naciones donde las mayorías tienen un fuerte historial de protección de la legitimidad de sus gobiernos mediante la identificación correcta y el respeto de los derechos individuales y las minorías¹²⁶.

Con esto Dworkin no duda en negar “lo que muchos abogados y científicos políticos afirman: que el control judicial de constitucionalidad sustantivo es inevitable y automáticamente un defecto en las democracias”. Aunque tampoco afirma que toda democracia se va a beneficiar con esta institución. Así todo nos dice que el balance general del impacto histórico que ha tenido es positivo y que “hay que cruzar los dedos” para que así siga¹²⁷.

Entiendo que la moderación contextual que adquirió la defensa de Dworkin, tiene mucho que ver con las críticas que se realizaron a sus postulados más absolutos y con un desarrollo más profundo de su propia teoría. Para empezar, se atacó el hecho de minimizar el valor del derecho a participar sobre la base de su insignificancia para afectar el resultado. Luego, se resaltó que “el defecto principal de la concepción de Dworkin es que éste pretende definir la democracia de una manera más o menos concreta, sin prestar una adecuada atención al proceso institucional que estaría encargado de sustentar el funcionamiento de la democracia en la práctica”¹²⁸.

Es que se suponía que “la elección entre concepciones alternativas de la democracia nos proveería principios para evaluar y optar por diferentes arreglos institucionales”, lo que sin embargo no sucede. “Dworkin falla en proveer una respuesta consistente sobre el punto”¹²⁹. Lo que hace es terminar atando indefectiblemente las condiciones de legitimidad a la existencia misma de procedimientos contramayoritarios, coherentemente con su inveterado recelo mayoritario¹³⁰.

¹²⁶ Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., p. 398. Esta afirmación, como se advirtió al inicio, implica un giro en la defensa original que hacía el autor, que si bien nunca se desdijo de ninguno de sus trabajos, sus argumentos a favor de la *judicial review* fueron moderándose para terminar en esta defensa “contextual” de la institución.

¹²⁷ Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., p. 399.

¹²⁸ Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 387.

¹²⁹ Maurino, Gustavo, “La democracia en la teoría de Ronald Dworkin”, ob. cit., p. 29.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 33. Lo que hace que Maurino concluya: “...esa aversión individualista, y en buena medida elitista, seguía presente hasta el final”, p. 36.

Ahora bien, ya se sabe sin duda que las críticas más conocidas que recibió Dworkin son las que le hizo Waldron. Respecto la idea de igualdad de poder político, el autor explica que a pesar del poco impacto que pueda tener en una decisión el voto individual, el que ésta se tome por mayoría de votos es señal de respeto hacia los individuos de dos maneras: 1) respeta las diferencias de opinión sobre la justicia y el bien común que cada ciudadano sostiene e 2) incorpora un principio de respeto hacia toda persona en el proceso por el cual se decide sobre una concepción que debe ser adoptada como la *nuestra*, incluso a la luz de los desacuerdos¹³¹. Ese respeto, según Waldron, tiene que ver en suma “con la manera en que tratamos las *creencias* de los demás sobre la justicia en circunstancias en las que ninguna de ellas es autojustificatoria...”¹³². Por ello es que el método mayoritario, al otorgar igual peso al punto de vista de cada persona, se presenta como un método *equitativo* de toma de decisiones¹³³.

Si se aceptan estas ideas, no se encuentra justificación alguna para que se viole la igualdad de poder político dándole la decisión sobre cuestiones controvertidas de justicia (cuestiones sustantivas) a un grupo de jueces¹³⁴. Descartando todos los otros argumentos que ya se consideraron, ni siquiera se ve cómo el suplantar a los individuos o sus representantes en la toma de decisiones puede mejorar la vaga noción de legitimidad política que sostiene Dworkin.

Como explica Waldron, siempre hay algo que se pierde, desde un punto democrático, cuando un individuo o una institución no electa ni responsable toma una decisión vinculante. En este sentido, incluso si se considera posible la idea de Dworkin de que lo que importa en una decisión democrática son los

¹³¹ Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., p. 131. El derecho de participación en este sentido tiene que ver con evitar el insulto, el deshonor o la denigración que se produce cuando las opiniones de alguien son menos tenidas en cuenta que las de los demás en una cuestión que afecta tanto a unos como a otros. *Ibidem*, p. 284.

¹³² *Ibidem*, p. 134.

¹³³ *Ibidem*, p. 137.

¹³⁴ Con esto no se pretende sostener un puro relativismo en materia moral, como se ha expresado en reiteradas ocasiones, sino una consideración de que “la verdad sobre la justicia misma [...] nunca aparece en política *in propria persona*, sino solo, si es que lo hace, en forma de la creencia controvertible de alguien” *Ibidem*, p. 134.

“resultados”, es decir, que la decisión sea *correcta*¹³⁵; si quien la toma son los jueces, se producirá algún beneficio que oponer a esta pérdida, pero nunca será lo mismo que si no hubiera habido pérdida alguna en primer lugar. Por otra parte, si una institución que sí es electa y responsable toma la decisión *equivocada*, entonces, aunque se produce alguna pérdida para la democracia en el contenido de la decisión, no es insensato que los ciudadanos se consuelen pensando que al menos han cometido su *propio* error y no que se les haya impuesto el error de algún otro¹³⁶.

Estas críticas, como muchas otras sin duda más profundas, tienen que ver con la afiliación de la teoría de Dworkin a concepciones sustantivas de la democracia. Dado que el neoconstitucionalismo en general se asienta en este tipo de concepciones sustantivas, me permitiré agrupar sus problemas en el próximo capítulo.

2.2.- Carlos Nino

Carlos Nino, uno de los autores a los que, como ya vimos, se considera pilar del neoconstitucionalismo, tomó el tema de la tensión entre democracia y constitución como preocupación central de sus desarrollos intelectuales. Por ello es que su teoría “sobre el control judicial se inscribe dentro de su más amplia concepción acerca de la justificación de la democracia”¹³⁷. En palabras del propio autor: “sin una determinada justificación de la democracia y de cuáles son los límites de la democracia, estos problemas [...] como qué tipo de control de constitucionalidad debemos sostener [...], cuál es el alcance de las llamadas cuestiones políticas o [...] el alcance de la posible constitucionalización de los derechos sociales y lo que esto implicaría respecto a una intervención activista por parte del Poder Judicial en la preservación de esos derechos, no se podrían responder. Lo que subyace a todas estas cuestiones son diferentes concepciones de la democracia y creo que ése es el

¹³⁵ Aunque este supuesto es discutible si discrepamos acerca de qué resultados serían los correctos. Sobre este punto volveré al analizar las concepciones sustantivas de la democracia en general.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 351.

¹³⁷ Gargarella, Roberto, “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El ‘constitucionalismo popular’ frente a la teoría de Carlos Nino” en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, ob. cit., p. 203.

tema central que deberíamos discutir”¹³⁸. Así que en eso me centraré aquí, aunque para ello, primero haré un breve repaso de los fundamentos filosófico-políticos en que se asienta.

a) Los fundamentos filosófico-políticos de la teoría de Nino

En el capítulo primero se hizo un primer acercamiento a la filosofía de Nino, un autor que como se pudo ver, sostiene la tesis de la vinculación entre derecho y moral. En lo que sigue ahondaré un poco más en esta conexión, pero lo haré atenta a las consecuencias institucionales que el autor deriva de ella.

Nino en sus trabajos comienza por buscar el fundamento de cada institución que va a analizar. Apunté antes que para comprender el derecho, él se basa en el “teorema fundamental de la filosofía política” según el cual las decisiones de los jueces (como cualquier acción o decisión) sólo pueden justificarse si derivan de principios morales¹³⁹. Así, Nino explica las dificultades que presenta el identificar esos juicios morales con las normas jurídicas¹⁴⁰ y concluye en que “una norma jurídica sólo juega un rol justificatorio en el razonamiento práctico de los jueces y de otros actores sociales en la medida en que ella sea aceptada en virtud de la aceptación de un juicio moral que otorga legitimidad a cierta autoridad y de un juicio descriptivo de las prescripciones de esa autoridad”¹⁴¹. Por lo que pasa a buscar el fundamento de la legitimidad de esa autoridad y esa búsqueda la realiza en el camino de alcanzar un mayor acercamiento a las verdades morales.

Para ello, Nino comienza analizando los presupuestos de las diferentes aproximaciones al conocimiento de los principios valorativos que permitirían justificar una acción o decisión. El autor realiza un intento por superar lo que para él son las insuficiencias en el campo de la moral, tanto del individualismo epistémico (reflejado por ejemplo en la postura de Rawls y yo agregaría que en

¹³⁸ Nino, Carlos Santiago, “La filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 4, 1989, p. 85.

¹³⁹ Remito al capítulo 1, punto 3.1.b).

¹⁴⁰ A través de analizar los problemas que a su criterio presenta la teoría de Kelsen, cosa que excede las pretensiones de este capítulo pero que puede verse en Nino, Carlos Santiago, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, ob. cit., pp.108 y ss. También del mismo autor, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., pp. 261 y ss.

¹⁴¹ Nino, Carlos Santiago: “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, ob. cit., p. 110.

la de Dworkin también) como del colectivismo epistémico (que a su criterio sostiene Habermas); a través de su *constructivismo epistémico*. Así su postura sería una posición intermedia que daría sustento a la concepción epistémica de la democracia, que a su vez da legitimidad a las decisiones colectivas.

Nino critica el individualismo epistémico, pues presupone que cualquier persona (por ejemplo un juez) puede acceder por sí misma al *conocimiento* de los principios valorativos que permiten justificar una acción o decisión¹⁴². El autor advierte que es muy difícil que la reflexión individual conduzca a resultados imparciales, dado la improbabilidad de que una persona aislada pueda representarse todos los intereses de todos los afectados por la decisión. Además, esta posición tiene el defecto de conducirnos a la paradoja de la irrelevancia moral del gobierno o conducirnos a una anarquía o tiranía según la correlación de fuerzas entre los que llegan a diversas conclusiones sobre pautas intersubjetivas moralmente válidas.

Pero Nino también critica la posición opuesta que llama colectivismo epistémico, que sostiene que sólo a través de la interacción comunicativa es posible acceder al conocimiento de pautas morales válidas superando el condicionamiento y la falsa conciencia a los que los individuos están sometidos¹⁴³. La objeción que encuentra a esta posición es que afirma que los principios morales *se constituyen* como *resultado* de una discusión *real*

¹⁴² *Ibidem*, p. 117. Esta tesis se basa en un principio ontológico y en uno epistemológico. El primero afirma que “La verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales inherentes al razonamiento práctico de cualquier individuo, en particular el presupuesto de acuerdo al cual un principio moral es válido si es aceptable para todas las personas que se encuentren bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes”. El segundo afirma que “El conocimiento de la verdad moral se alcanza sólo por medio de la reflexión individual”. Este principio epistemológico conduciría según Nino a un “elitismo moral”, Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., pp.160, 161.

¹⁴³ Nino, Carlos Santiago: “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad” ob. cit., p. 117. Esta tesis también se basa en un principio ontológico y otro epistemológico. El primero sostiene que “La verdad moral se constituye por el consenso que resulta de la práctica real de la discusión moral cuando se lleva a cabo de acuerdo con algunas restricciones procesales acerca de los argumentos que se esgriman”. El segundo que “El método de la discusión y decisión colectiva es la única forma de acceder a la verdad moral [...] Sólo el consenso real logrado después de un amplio debate con pocas exclusiones, manipulaciones y desigualdades es una guía confiable para tener acceso a los mandatos morales”. Esto conduciría a un “populismo moral”, Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., pp.160, 161, 165.

sometida a ciertas condiciones, por lo que parecería que antes de la conclusión de una discusión, no habría principios morales válidos¹⁴⁴.

Así llega a la tesis del *constructivismo epistémico* que sostiene que efectivamente, el proceso de discusión y decisión colectiva de todos los afectados tiene una mayor confiabilidad en cuanto al acceso a principios válidos de moral intersubjetiva que la reflexión individual. Pero, a diferencia del colectivismo epistémico, esta tesis no sostiene que ese proceso sea la vía exclusiva de conocimiento moral, y no descarta que la reflexión individual pueda determinar la satisfacción de exigencias de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes¹⁴⁵. Así, “el resultado del discurso no tiene un valor constitutivo. Pero sí tiene un *valor epistemológico* [...] se puede presumir que el resultado del discurso se aproxima a una solución correcta...” Por ello es que “[l]a discusión es un buen método, aunque falible, para acercarse a la verdad moral”¹⁴⁶.

Las implicaciones de considerar como más confiable el método de la discusión y decisión colectivas son relevantes pues da razones para observar

¹⁴⁴ Nino, Carlos Santiago: *Ética y Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 388-389, criticando a Habermas y también a Ackerman en lo que llama constructivismo ontológico, también en Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., p. 159. Esta atribución de un “constructivismo ontológico” de Nino hacia Habermas y su intento de distinguir sus teorías es sin embargo puesta en cuestión. Es que se dice que con certeza Habermas rechazaría las dos tesis (ontológica y epistemológica) del constructivismo ontológico que Nino formula. En efecto, en la teoría *habermasiana* la aprobación que se requiere de las normas válidas puede ser real o “hipotética o en principio”, Orquendo, Ángel, “Democracia deliberativa en Nino y Habermas” en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos Rosenkrantz, *Homenaje a Carlos S. Nino*, ob. cit., pp. 278-279. También Michelman, Frank, “Review of Jurgen Habermas, *Between Facts and Norms*” *XCIII Journal of Philosophy* 307, 1996, p. 308.

¹⁴⁵ Nino, Carlos Santiago, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, ob. cit., p. 119. Como en los casos anteriores y según se desprende de lo dicho, también el constructivismo epistémico se apoya en dos principios. El primero ontológico sostiene que “La verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales o procesales de una práctica discursiva dirigida a lograr cooperación y evitar conflictos”. Y un principio epistemológico que afirma que “La discusión y la decisión intersubjetivas constituyen el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral, pues el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones frente a los otros no sólo incrementa el conocimiento que uno posee y detecta defectos en el razonamiento, sino que ayuda a satisfacer el requerimiento de atención imparcial a los intereses de todos los afectados. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que a través de la reflexión individual alguien pueda tener acceso al conocimiento de soluciones correctas, aunque debe admitirse que este método es mucho menos confiable que el colectivo, debido a la dificultad de permanecer fiel a la representación de los intereses de otros y ser imparcial”. Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., pp.160, 161.

¹⁴⁶ Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, ob. cit., p. 390. Sobre el dilema que enfrenta el constructivismo ético de Nino, por ejemplo al tener el discurso presupuestos valorativos tales como el principio de autonomía personal, véase Moreso, Juan José, “El constructivismo ético y el dilema de Eutifrón” en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (coords.) *Homenaje a Carlos S. Nino*, ob. cit., pp. 13-21.

sus resultados aun en los casos individuales en que se esté seguro de que la reflexión individual es más acertada. Esta reflexión individual de todos modos sirve para proseguir la discusión colectiva y justificar el pedido de reabrir el debate con la esperanza de que la decisión cambie¹⁴⁷.

Pero más relevantes aún, para los efectos de este estudio, son las consecuencias que una aproximación como la anterior tiene para el sistema político. En particular, de este fundamento deriva la especial concepción de la democracia de Nino y su valor, como así también, la posibilidad -o no- de justificar el control judicial de constitucionalidad de las leyes.

b) La concepción epistémica de la democracia deliberativa

Como bien explica Nino, la mayor dificultad de aplicar las consideraciones que se vieron en el acápite anterior al procedimiento democrático, proviene de que éste tiene diferencias cruciales con el proceso de deliberación colectiva y de decisión consensual. Principalmente, una discusión cualquiera frente a un conflicto que se quiere resolver moralmente concluye cuando se llega a un consenso *unánime*, mientras que la democracia opera a través del método de mayoría simple¹⁴⁸.

Lo que entonces hay que determinar es si “[c]uando el discurso moral es institucionalizado y reemplazado, debido a consideraciones operativas, por un sucedáneo regimentado, como la regla de la mayoría [...] ese sucedáneo aún garantiza, aunque sea a un nivel menor, el requerimiento de imparcialidad”¹⁴⁹. Para ello Nino propone examinar este pasaje del consenso unánime (práctica original no institucionalizada del discurso moral) a la regla de la mayoría (sucedáneo regimentado de la democracia) que tiene lugar básicamente por la necesidad de tomar una decisión en un tiempo limitado y de votar¹⁵⁰.

Así, explica el autor, este cambio se produce pues es necesario poner fin a la discusión en un momento determinado y exigir la unanimidad implicaría favorecer a una minoría que está a favor del *statu quo*. Este paso de la unanimidad a la mayoría simple significa un cambio cualitativo, pues mientras

¹⁴⁷ Nino, Carlos Santiago, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, ob. cit., p. 119.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 120.

¹⁴⁹ Nino, Carlos Santiago: *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., p. 166.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 167.

la primera es un equivalente funcional de la imparcialidad, la mayoría puede ser gravemente parcial en contra de la minoría.

Así todo según Nino, si se compara esta posibilidad con riesgos análogos de otros procedimientos de decisión colectiva, el procedimiento de discusión amplia y decisión mayoritaria presenta aspectos que generan una mayor tendencia hacia decisiones imparciales, a saber: 1) la participación en el debate de todos los afectados, con la posibilidad de que hagan conocer sus intereses; 2) la exigencia de que justifiquen sus propuestas, intentando mostrar que ellas derivan de principios universales –que serían aceptados por cualquier persona imparcial, racional y que conociera los hechos-; 3) la necesidad de contar con el apoyo, para la propuesta realizada, del mayor número de participantes posible; y 4) las estructuras formales que proyectan hacia el plano colectivo la imparcialidad que el método democrático genera en el nivel individual¹⁵¹.

De este modo, concluye Nino, aun cuando se reconozca el hecho obvio de la falibilidad del proceso democrático, parece haber más razones para suponer que, en general, conduce con mayor probabilidad a decisiones correctas que cualquiera otro método de decisión colectiva¹⁵². “[E]sto que se predica *en general* del método democrático fundamenta que se observe sus resultados en cada caso particular...”. En efecto, “Si bien sólo los principios morales y no las normas jurídicas [...] proveen razones para actuar, cuando las normas jurídicas tienen un origen democrático ellas proporcionan razones para *creer* que hay razones para actuar”¹⁵³

Claro está que el valor epistémico del procedimiento democrático de discusión y toma de decisiones tiene algunos límites. En ese sentido Nino explica que el valor no se aplica a ciertos temas como por ejemplo, al contexto

¹⁵¹ Nino, Carlos Santiago, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, ob. cit., p. 120.

¹⁵² Por supuesto que la capacidad epistémica del procedimiento democrático será mayor o menor para el autor, según se acerque o se aleje de las exigencias que generan su tendencia inherente a la imparcialidad, entre ellas: participación en el debate y en la decisión de todos los afectados, libertad de presentación de todos los puntos de vista y relativa igualdad de las partes, concentración en la justificación de las propuestas que establecen diferentes balances de intereses, sobre la base de principios universalizables y aceptables, no sobre la base de convenciones o prescripciones de la autoridad, sino sobre la base de exigencias de imparcialidad y racionalidad, el consenso más amplio posible a favor de una cierta solución, etc., *ibidem*, pp. 121. También en Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., p. 181.

¹⁵³ Nino, Carlos Santiago, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, ob. cit., p. 121.

de temas científicos o fácticos, pues “[n]o hay ningún presupuesto a favor de los juicios científicos y fácticos en general sólo porque ellos sean apoyados por una opinión mayoritaria”¹⁵⁴. Lo mismo ocurre con los asuntos religiosos, filosóficos o con la totalidad de la dimensión moral.

Sobre este último tema hay que enfatizar que el autor no se refiere a los principios morales intersubjetivos, sino a los “ideales morales autorreferentes o personales” que se distinguen no por valorar las acciones por su impacto sobre los intereses de otras personas, sino sobre la calidad de la vida y el carácter del agente mismo¹⁵⁵. Así protege el principio de autonomía personal y prohíbe al Estado interferir con la libre adopción de estos ideales mediante leyes perfeccionistas, pues sobre éstos el proceso democrático no tiene ningún valor epistémico.

Recapitulando entonces, la tesis central de Nino es que la democracia tiene un valor epistémico porque constituye un método de discusión y de decisión colectiva que, bajo ciertas condiciones, permite identificar “decisiones moralmente correctas”; por ello constituye la fuente última de legitimidad de la constitución normativa. En ese entendimiento, el derecho resultado del legislador elegido democráticamente sería el único que no podría considerarse moralmente superfluo, pues tendría una obligatoriedad epistémica. Además, reduciría la probabilidad de que existan problemas de acción colectiva y sería capaz tanto de conciliar la dimensión ideal sustantiva de una constitución (la constitución de los derechos) con la dimensión procesal ideal (la constitución del poder), cuanto de preservar la práctica constitucional (la constitución histórica)¹⁵⁶. Me interesa detenerme en esta penúltima idea, que remite a la tensión entre constitución y democracia.

¹⁵⁴ Nino, Carlos Santiago: *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., p. 182.

¹⁵⁵ *Ídem*. Sobre esta distinción entre dos dimensiones de la moral, una pública, intersubjetiva o social y otra privada, autorreferente o personal, véase Nino, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, ob. cit., cap. III.

¹⁵⁶ Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., pp. 187 y ss. Ya he dicho algo sobre el problema de la superfluidad del derecho que ocupaba a Nino. Sobre la relación entre dimensión ideal sustantiva y procedimental, me detendré *infra*. Faltaría decir algo sobre los problemas de la acción colectiva y sobre la preservación de la constitución histórica. Según el autor, respecto los problemas de acción colectiva, la democracia que centra su atención sobre la discusión reduce la probabilidad de que dichos problemas ocurran pues atenúa la búsqueda del autointerés, que es su causa. Para Nino, la deliberación obliga a las partes a argumentar y así se pueden prever daños colectivos percibidos desde un punto de vista imparcial. Además, la deliberación crítica según el autor es binaria, es decir, implica decidir entre dos opciones, la verdadera o la falsa. Esto evita a su criterio, los problemas

Para Nino, en la visión deliberativa de la democracia no hay tensión entre el reconocimiento de los derechos y el funcionamiento del proceso democrático, “dado que el valor de éste reside en su capacidad para poder decidir asuntos morales como lo es el contenido, alcance y jerarquía de los derechos”. Así, “el valor del proceso no puede ser menospreciado por los resultados alcanzados a través de él, dado que el valor del proceso yace en producir los resultados que son presumiblemente valiosos”¹⁵⁷.

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales son un producto democrático y el valor de una decisión depende del procedimiento con el que fue adoptada y no tanto de su contenido. Para Nino, la legitimidad del contenido de una decisión es una variable dependiente de la legitimidad del procedimiento con el que fue adoptada. En sus palabras: “La discusión de los derechos [...] debería tomarse como una mera propuesta para ser considerada dentro del debate democrático [...]. El intento de excluir algunos derechos básicos del proceso democrático no parece estar permitido”. Y sigue: “la exclusión de los derechos del ámbito de decisión democrática vaciaría completamente el campo de acción del procedimiento democrático”¹⁵⁸.

Hasta aquí parecería que Nino abraza una concepción procedimental de la democracia sin cortapisas¹⁵⁹ y como consecuencia institucional de su postura resulta que la revisión judicial sustancial de las leyes en manos de los jueces no sería aceptable moralmente porque no tiene el fundamento epistémico correcto. Así, si bien es obvio que las mayorías pueden estar

propios del teorema de Arrow. Respecto de la preservación de la práctica constitucional, Nino da dos razones por las cuales la democracia basada en su valor epistémico explica mejor la relación entre las constituciones ideal e histórica. La primera es que esta visión implicaría una congruencia casi automática entre los derechos reconocidos por la práctica constitucional y el grupo ideal de derechos, siempre que el proceso democrático real no esté demasiado lejos del ideal. La segunda es que su concepción de la democracia provee razones para calificar el resultado de decisiones democráticas presentes que afectan negativamente la práctica constitucional, tomando en cuenta otras decisiones democráticas tomadas dentro del contexto de la misma práctica. *Ibidem*, p. 197. Esta última idea tiene similitudes con la noción de integridad de Dworkin que vimos en el capítulo segundo, cuando defiende la consistencia articulada en el proceso de legislación e interpretación. Como veremos más adelante, la preservación de la constitución histórica es una de las misiones que Nino encomienda excepcionalmente al Poder Judicial.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 190. Además, el proceso democrático no es contingente, por lo que no hay que demostrar que esos buenos resultados podrían producirse mediante otros procedimientos. Se presume que los resultados son buenos sólo porque ellos han sido producidos a través de ese proceso.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 191-192.

¹⁵⁹ Siempre y cuando se cumpla con ciertas precondiciones o *derechos a priori* como vimos en el apartado 2.3 del capítulo tercero sobre las justificaciones de la rigidez constitucional.

tentadas a suprimir los derechos de una minoría, “no hay ninguna garantía de que otra minoría u otros individuos aislados [los jueces] sirvan de mejor protección, a menos que coincidan con los individuos afectados”¹⁶⁰.

Sin embargo -y es por esto que analizo al autor nuevamente en este acápite- él mismo reconoce que no se puede circunscribir el problema a lo hasta aquí enunciado, pues el valor epistémico de la democracia y por eso de las decisiones tomadas en su seno, depende de que se cumplan ciertos requisitos previos, que incluyen: la participación libre e igual en el proceso de discusión y toma de decisiones; la orientación de la comunicación en el sentido de la justificación; la ausencia de minorías congeladas y aisladas, y la existencia de un marco emocional apropiado para la argumentación. Algunos de estos prerequisites, que como vimos califica de “*derechos a priori*”¹⁶¹, pueden ser vistos como el contenido de los derechos fundamentales. Es misión de los jueces, según Nino, garantizar su respeto¹⁶². Me detendré en este punto que, como se aprecia, parece un cambio notable respecto a lo dicho anteriormente.

c) El control judicial de constitucionalidad como excepción

Según Nino, su “concepción del control judicial de constitucionalidad refleja la relación compleja entre la democracia deliberativa y las otras dos dimensiones del constitucionalismo, que son el reconocimiento de los derechos individuales y la preservación de una práctica constitucional”¹⁶³.

Así, son tres las excepciones admitidas por Nino a la primigenia negativa del control judicial de constitucionalidad y que, según el autor, están encaminadas a proteger las condiciones que hacen epistémicamente confiable el ideal democrático. En efecto, sería en atención a los mismos fundamentos

¹⁶⁰ Nino, Carlos Santiago, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, ob. cit., p. 122. Y concluye: “el argumento apoyado en el valor epistémico de la democracia parece implicar un desconocimiento radical de la posibilidad de que los jueces hagan un control de constitucionalidad”, *ibidem*, p. 124.

¹⁶¹ Nino, Carlos Santiago: *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., p. 192.

¹⁶² *Ibidem*, p. 275.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 293.

filosóficos en los que se apoya la negativa, lo que permitiría “abrir algunos resquicios para algún control judicial de constitucionalidad”¹⁶⁴.

Sucintamente, la primera excepción es para *el control del procedimiento*. El proceso democrático es una actividad reglada, cuyas reglas responden a la finalidad de maximizar el valor epistémico del proceso. Como ya se dijo, este proceso depende de condiciones, muchas de las cuales se denominaron *derechos a priori* y, al parecer de Nino, éstas no pueden ser cuidadas a través del mismo proceso democrático pues éste estaría afectado por el incumplimiento precisamente de las reglas y condiciones que fundamentan su valor epistémico.

Así Nino, apoyándose en Ely¹⁶⁵, considera que es el Poder Judicial el que debe garantizar que el procedimiento cumpla con su fin convirtiéndose en una especie de *referee* del proceso democrático¹⁶⁶. En ese sentido, sería misión de los jueces intervenir para ampliar el proceso democrático, exigiendo más participación, más libertad de las partes, una mejor igualdad, etc. al momento de anular una norma por razones procedimentales.

Más problemático se vuelve el control de los llamados *derechos a priori*. La cuestión controvertible en este punto, como se vio al analizar la paradoja de las precondiciones de la democracia, es determinar cuáles son y su alcance¹⁶⁷. Nino reconoce que “el punto exacto de medida puede ser difícil de determinar”¹⁶⁸ y apunta como única respuesta posible a una cuestión de grado: los jueces deberían ocuparse de garantizar aquellas cuestiones tan fundamentales que si no se atienden como condición para la participación adecuada en el proceso democrático, la calidad de éste se deteriora tan seriamente que se desvanece su valor epistémico¹⁶⁹.

¹⁶⁴ Nino, Carlos Santiago, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, ob. cit., p. 125.

¹⁶⁵ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza*, ob. cit., especialmente cap. IV, pp. 97-131.

¹⁶⁶ En realidad, la idea de Nino sobre el proceso democrático está asociada con la idea de deliberación democrática, la que no se superpone completamente con la visión de Ely. Véase Gargarella, Roberto, “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El ‘constitucionalismo popular’ frente a la teoría de Carlos Nino”, ob. cit., p. 205.

¹⁶⁷ Puesto que como bien reconoce Nino, toda decisión política afecta en última instancia, por acción u omisión, un derecho individual, por lo que el alcance del control judicial de constitucionalidad parece a primera vista, sumamente amplio. Nino, Carlos Santiago, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, ob. cit., p. 127.

¹⁶⁸ Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., p. 194.

¹⁶⁹ Nino, Carlos Santiago, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, ob. cit., p. 128. Siguiendo a Nino en este punto, Alegre explica que la regla de la mayoría es una regla

La segunda excepción tiene que ver con la defensa de *la autonomía personal*: este valor como también se adelantó, proscribire interfiere con la libre elección de los individuos de ideales de excelencia humana y de planes de vida basados en ellos¹⁷⁰. Puesto que la validez de los ideales personales no depende de la satisfacción de la exigencia de imparcialidad, una decisión colectiva no contribuye a acrecentar el valor epistémico de la solución que se alcanza. Así, los jueces no tienen razones para observar una norma jurídica de origen democrático que esté fundada en ideales personales, deben por el contrario, descalificar las normas de índole *perfeccionista*¹⁷¹. Esta sería la contracara de uno de los límites que Nino considera para la aplicación de la regla de la mayoría¹⁷².

El problema aquí es poder realmente determinar cuándo una ley afecta la autonomía personal. Nino propone centrarse en los fundamentos de la ley, que será perfeccionista si lo que intenta es la imposición de un ideal de excelencia humana. En cambio, si la razón genuina de la adopción de una ley es otra,

igualitaria pues, otra forma distinta de adoptar decisiones colectivas implicaría que hay ciertas personas o grupos que son merecedores de mayor respeto o que poseen una mayor dignidad. Pero –continúa– hay otras formas de transgredir el principio igualitario del que emana el valor de la regla de mayoría, y una de ellas consiste en negarle a una persona el acceso a un mínimo de recursos (económicos, educativos, sanitarios, etc.) para que pueda desarrollar una vida autónoma. De modo tal que no constituye una respuesta, frente a una persona que no dispone de lo mínimo necesario para llevar adelante una vida con sentido, decirle que debe respetar la decisión de su comunidad de no acudir en su ayuda, porque si queremos saber por qué la regla de la mayoría (que en este caso condena a esa persona a vivir una vida subhumana) es valiosa, habremos de acudir al valor igualitario de esa regla. Cuando a través de un procedimiento mayoritario se niega la redistribución de recursos para garantizar un mínimo adecuado para todos, se vulneran los mismos valores que sustentan la legitimidad de la regla de la mayoría. Alegre repara en que todos los factores que contribuyen al valor de la regla de mayoría apelan a una idea igualitaria por lo que correcciones [entiéndase: judiciales] a la distribución desigualitaria de recursos, información e incentivos para la participación, pueden ser vistas como medidas que fortalecen la legitimidad de la regla de mayoría, al robustecer sus precondiciones de funcionamiento. Véase Alegre, Marcelo, “Igualitarismo, Democracia y Activismo Judicial”, Seminario Latinoamericano en Teoría Constitucional, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2002, pp. III-20, 21.

¹⁷⁰Nino agrega un argumento adicional para defender el valor de la autonomía personal y es la naturaleza autofrustrante de cualquier política que imponga a la gente ideales de vida. Es que la mayoría de ellos incluye como requisito para ser satisfechos el que sean adoptados por convicción y libremente. Véase también Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., p. 278.

¹⁷¹Nino, Carlos Santiago, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, ob. cit., p. 130.

¹⁷²Habría que diferenciar la concepción de la regla de la mayoría de Nino, que es axiológica, de la de Dworkin y Bobbio, que es técnica y por ello admiten muchas más excepciones a la regla de la mayoría. Sobre estas concepciones de la regla de la mayoría volveré en el capítulo siguiente.

como por ejemplo, proteger a terceras personas, su validez debería discutirse a través del proceso democrático¹⁷³.

Por último, la tercera excepción se refiere a *la protección de la constitución como resultado de la acción colectiva*. Esta excepción, según Nino tiene un carácter diferente a las anteriores pues no tiene que ver con las condiciones que hacen valioso al proceso democrático, sino con la estructura del razonamiento jurídico justificatorio¹⁷⁴. Así Nino explica que las acciones de los jueces (sus decisiones), a diferencia de las de otros órganos o de los ciudadanos, son acciones *institucionales* que se realizan en el marco de una práctica social que es el derecho de una comunidad. Esto implica que los efectos de su accionar están determinados por una serie de expectativas, actitudes, reacciones que son parte de dicha práctica.

Para Nino, “[l]a Constitución histórica debe verse como un intento exitoso de fundar la práctica social en que consiste el derecho”¹⁷⁵. Por lo que si bien el razonamiento justificatorio debe -según Nino- partir necesariamente de principios morales, en el caso de acciones institucionales, al no ser éstas conductas o decisiones aisladas sino ítems de la práctica jurídica en su conjunto, debe modificarse la visión tradicional sobre el objeto del razonamiento práctico y tomar en cuenta la compatibilidad con la constitución histórica. Esto le lleva a plantear un desdoblamiento del razonamiento práctico jurídico en dos etapas: una primera en donde se determina si la práctica jurídica está moralmente justificada y, si el resultado es positivo, una segunda etapa en que se determina cuál es la acción o decisión individual compatible con la continuidad de la práctica jurídica que es más admisible desde el punto de vista valorativo¹⁷⁶.

Aquí el papel de los jueces vuelve a ser importante para el autor, pues ellos entrarían a cuidar la *eficacia* de las decisiones democráticas. El propósito del control judicial de constitucionalidad es entonces preservar la práctica social

¹⁷³ Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., p. 279. El ejemplo que utiliza es la prohibición del uso de drogas, que según el fundamento podría ser perfeccionista o razonable y con ello constitucional.

¹⁷⁴ Nino, Carlos Santiago, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, ob. cit., p. 131.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 132. Sobre la importancia de la constitución histórica, véase Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., cap. 2.

¹⁷⁶ Nino, Carlos Santiago, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, ob. cit., p. 133.

dentro de la cual esa decisión opera, es decir, la constitución histórica¹⁷⁷. Así, si una decisión democrática infringe el texto de la constitución histórica, aunque no se vea violado ningún derecho, el juez podría invalidarla de forma justificada a fin de evitar que la práctica social constituida por la constitución histórica se vea debilitada y, como resultado de ello, la eficacia de las decisiones democráticas en general se vea afectada.

Con esta última excepción, Nino instala el control judicial de constitucionalidad *tout court* y genera un dilema que intenta resolver dándole al juez la tarea de “equilibrar el daño inmediato a los ideales participativo y liberal del constitucionalismo *vis a vis* el daño que se le causaría a esos ideales si la práctica constitucional fuera afectada negativamente debido a la decisión democrática que la infringe”¹⁷⁸. Es una cuestión de juicio nos dice, pero lo cierto es que nos vuelve a dejar en manos de los jueces.

Como se puede imaginar, la teoría de Nino también ha provocado muchas críticas. Por un lado se apunta que da lugar a una paradoja: “cuando los jueces declaran la inconstitucionalidad de una decisión, aunque sea para proteger derechos *a priori*, cancelan el valor epistémico de la decisión democrática que anulan”¹⁷⁹. Pero a esta crítica Nino contestaría fácilmente: justamente el hecho de que no se respeten los derechos *a priori*, cancela el valor epistémico que se presume tienen las decisiones democráticas, por tanto declarar la inconstitucionalidad de dicha decisión no cancelaría un valor que nunca tuvo.

Más fuerte es la crítica de Rosenkrantz. Para este autor, la teoría de Nino no puede explicar lo que parece sensato que explique, por ejemplo, no puede explicar una constitución¹⁸⁰. En efecto, una constitución especifica la forma en la que debe funcionar el gobierno y determina los derechos de los ciudadanos; por lo que su justificación es una narrativa que nos dice por qué es obligatoria, por qué tenemos que respetarla y por qué tenemos que evitar acciones que la contradigan¹⁸¹. Pero Nino no puede ofrecernos, según Rosenkrantz, esa justificación de la constitución desde su teoría epistémica. Según él, habría que ofrecer otras teorías que expliquen por qué y cuándo se justifica una restricción

¹⁷⁷ Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., p. 280.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 282.

¹⁷⁹ Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, ob. cit., p. 258.

¹⁸⁰ Rosenkrantz, Carlos, “La teoría epistémica de la democracia revisitada”, ob. cit., p. 285.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 286.

al sistema democrático y esas nuevas teorías, contradecirían lo que la justificación epistémica de la democracia tiene que decir sobre el valor moral de una determinada decisión democrática¹⁸².

En otro orden de ideas y como Nino parece reconocer para la segunda excepción, es muy difícil poder definir cuándo una decisión democrática afecta de manera injustificada, por ejemplo, la autonomía personal. Según su argumento, bastaría con que los fundamentos de la ley fueran dirigidos a otros fines no perfeccionistas (aunque se basaran en argumentos erróneos) para evitar su invalidación, lo que habilita la ocultación de los “verdaderos fundamentos” y pone a los jueces en la tarea de adivinar las intenciones del legislador. Pero además, como señala Gargarella, “¿qué decisión, finalmente, no afecta la autonomía individual?”¹⁸³ Y al revés, reproduciendo las críticas que se hicieran a la distinción de J.S. Mill entre lo que concierne a uno mismo vs. lo que concierne a los demás: “existen muy pocos actos personales, si es que existe alguno, que no tengan consecuencias para el bien común”¹⁸⁴.

Si bien aquí Nino está pensando en cuestiones personales protegidas en última instancia por el derecho a la intimidad¹⁸⁵, este enfoque puede ser visto con suspicacia por aquellos que consideran que las cuestiones sacadas de la esfera pública y convertidas en privadas, son intentos de algunos individuos de escapar de sus obligaciones/responsabilidades sociales y de ignorar los efectos que las elecciones personales tienen sobre los demás¹⁸⁶.

En definitiva, la tarea de interpretación constitucional involucra desacuerdos irresolubles que nos hacen dudar sobre la posibilidad de distinguir más o menos claramente entre cuestiones procesales y cuestiones que no lo son, cuestiones que afectan a la autonomía individual y cuestiones que no,

¹⁸² *Ibidem*, p. 290.

¹⁸³ Gargarella, Roberto, “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El ‘constitucionalismo popular’ frente a la teoría de Carlos Nino”, ob. cit., p. 214.

¹⁸⁴ Bellamy, Richard, *Constitucionalismo Político*, ob. cit., p. 117.

¹⁸⁵ Consagrado en el artículo 19 de la Constitución nacional argentina.

¹⁸⁶ Bellamy, Richard, *Constitucionalismo Político*, ob. cit., p. 117, refiriéndose a la teoría de Dworkin. En sentido similar véase Benhabib, Seyla, “Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas” en Craig Calhoun (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1992, pp. 73-98, especialmente p. 84: “All struggles against oppression in the modern world begin by redefining what had previously been considered private, nonpublic, and nonpolitical issues as matters of public concern, as issues of justice, as sites of power that need discursive legitimation”. También Glendon, Mary Anne, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, New York, 1991, p. 65 comparando el tratamiento que se ha hecho del aborto en EEUU y Alemania.

cuestiones que socavan la práctica constitucional vigente y cuestiones que no¹⁸⁷.

De hecho, respecto de la tercera excepción mencionada se presentan aún más contradicciones, pues finalmente termina haciendo de las excepciones la regla y por tanto *todo* acabaría en manos de los jueces constitucionales¹⁸⁸. En efecto, parece haber una cierta inconsistencia en la teoría de Nino al no perseguir hasta el final las implicaciones de su teoría de la democracia y por el contrario, traer a la discusión algunos de los aspectos más conservadores y útiles para mantener el *statu quo* constitucional¹⁸⁹.

Ahora bien, más allá de los problemas que presenta el control judicial de constitucionalidad en la teoría de Nino, también su teoría de la democracia deliberativa con fuerte valor epistémico ha sido susceptible de numerosas críticas. Sólo repasaré algunas que me parecen importantes en atención a la sintonía que presentan con las críticas al neoconstitucionalismo, obviando las críticas que se hacen en general a las concepciones deliberativas de la democracia, sobre las que volveré luego.

Por empezar se apunta que al subordinar su teoría a la moral, Nino provoca una reducción de la democracia a la deliberación moral, lo que torna difícil confrontar la posibilidad de resultados democráticos distintos de una sociedad a otra¹⁹⁰. Es que al partir de una moral objetiva, el modelo de Nino sugeriría que no importan las diferencias contextuales, todas las sociedades tenderían a la convergencia¹⁹¹. Y si bien es cierto que la constitución histórica podría restringir a nivel nacional dicho proceso homogenizante, las variaciones no pueden ser inmensas so pena de perder legitimidad (anclada a la constitución ideal)¹⁹².

¹⁸⁷ Gargarella, Roberto, "Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El 'constitucionalismo popular' frente a la teoría de Carlos Nino", ob. cit., p. 213.

¹⁸⁸ Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, ob. cit., p. 258.

¹⁸⁹ Gargarella, Roberto, "Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El 'constitucionalismo popular' frente a la teoría de Carlos Nino", ob. cit., pp. 213, 215.

¹⁹⁰ Oquendo, Ángel, "Democracia deliberativa en Nino y Habermas", ob. cit., p. 271. En este sentido Oquendo explica que en comparación, la teoría de Habermas es más amplia dado que además de las cuestiones morales, contempla en la deliberación cuestiones éticas y pragmáticas o transaccionales.

¹⁹¹ En igual sentido véase Álvarez, Silvina, "Pluralismo moral" en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (coords.) *Homenaje a Carlos S. Nino*, ob. cit., p. 84.

¹⁹² Oquendo, Ángel, "Democracia deliberativa en Nino y Habermas", ob. cit., pp. 290-291. No me he detenido a explicar la constitución ideal de los derechos para Nino por cuestiones de

Pero independientemente de la moral de la que se parte, el que la teoría de Nino tome como objetivo de la deliberación el alcanzar un consenso, también es motivo de crítica¹⁹³. Así, según Waldron, pareciera que Nino realiza una “conexión necesaria entre imparcialidad y la *singularidad* en el contexto de la democracia deliberativa”, donde la votación se asemeja al reconocimiento del fracaso, ya que muestra que una discusión basada en las razones ha fracasado en la resolución de una cuestión¹⁹⁴.

Esta visión de Nino contrasta con otra que toma a las *visiones u opiniones individuales sobre el bien común* como la moneda corriente de la política y en consecuencia, convierte a la votación en la culminación natural de la deliberación¹⁹⁵. Así es como Waldron insiste en que en política es probable que se presenten una diversidad de opiniones imparciales sobre la justicia y el bien y que el consenso no sea esperable. Es más, según el autor, “[l]a idea de que deberíamos pensar en la deliberación como una forma de suavizar nuestras diferencias para preparar el camino hacia el consenso es una terrible distorsión...”¹⁹⁶. A su criterio, una teoría de la democracia debe pensar en la deliberación de modo que encaje con la votación y no que se sienta incómoda con ella¹⁹⁷.

espacio, pero sobre el punto véase Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., cap. 3, que remite a los tres principios de moral crítica de cuya combinación, según Nino, derivan los derechos fundamentales, a saber 1) la inviolabilidad de la persona, 2) la autonomía de la persona y 3) la dignidad de la persona. Véase también del autor, *Ética y derechos humanos*, ob. cit., cap I y toda la segunda parte relativa a estos principios.

¹⁹³ Waldron, Jeremy, “Deliberación, desacuerdo y votación”, ob. cit., pp. 249 y ss. La crítica de Waldron abarca otros aspectos de la teoría de Nino, como el hecho de que considere como la virtud fundamental de la democracia deliberativa su capacidad para *transformar* los intereses y preferencias parciales de las personas hacia soluciones imparciales, aunque a mi criterio esta crítica es mucho más débil y cuestiona en sí misma el hecho de la deliberación.

¹⁹⁴ *Ibidem*, pp. 250-251.

¹⁹⁵ En este sentido Greppi, Andrea, “Concepciones epistémicas y concepciones doxásticas de la democracia”, *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 4, marzo-agosto 2013, pp. 42-72, p. 46 dice: “Sólo tiene sentido acudir al método democrático cuando nos enfrentamos a decisiones sobre las que existe diversidad de opiniones e intereses, y cuando carecemos de un método objetivamente cierto para componer las diferencias. Únicamente deliberamos sobre aquello que podría ser de otra manera y votamos sobre aquello en lo que discrepamos”.

¹⁹⁶ Waldron, Jeremy, “Deliberación, desacuerdo y votación”, ob. cit., p. 259.

¹⁹⁷ Contestando a Waldron, Martí explica que el consenso razonado es sólo un ideal regulativo inalcanzable; que nadie pone en cuestión el hecho de que los procesos reales no producen el consenso, pero que “La práctica misma de la argumentación *presupone* la existencia de una respuesta correcta intersubjetivamente compartida sobre aquello que estamos argumentando”. Y aclara en nota al pie, “Esto no quiere decir que realmente exista, y menos aún que dicha respuesta posea algún tipo de objetividad ontológica. Únicamente significa que cuando argumentamos [...] suponemos que hay una forma de zanjar correcta y racionalmente la controversia”. Martí, José Luis, *La república deliberativa*, ob. cit., p. 29. Sobre el problema de “la respuesta correcta” remito a lo dicho en el cap. 2. Ahora bien, sobre el contraste entre el

En línea con Waldron, Gutmann explica que la votación es esencial para la democracia “porque: 1) las personas tienen desacuerdos razonables durante y después de deliberar sobre cuestiones políticas, 2) los desacuerdos razonables de las personas deben ser respetados, y 3) una forma de respetar esos desacuerdos, y de respetar a las personas como iguales políticamente, consiste en tener en cuenta todas sus opiniones en una votación final”¹⁹⁸. Así la votación se concentra en la necesidad de decidir, lo que en parte da sentido a la deliberación¹⁹⁹.

Si esto es así, “la necesidad de un mecanismo de toma de decisiones políticas frente al desacuerdo no es sólo una consecuencia del hecho de que las necesidades políticas nunca dejan tiempo suficiente para que la deliberación siga su curso y alcance un resultado unánime”²⁰⁰. Más bien pareciera que necesitamos estos mecanismos porque nos enfrentamos a las

ideal regulativo y la realidad, Martí dice “Todos los deliberativistas aceptan que argumentar consiste en intentar convencer racionalmente a los demás [...] ¿Por qué no iba a ser más valioso convencerlos a todos que convencer sólo a unos pocos?” Pero aquí creo que el consenso como singularidad no puede sostenerse ni como ideal, pues en ese caso, ante el desacuerdo real, quedará la sensación de que hay una parte del foro que está equivocada, que hay una sola concepción del bien admisible y que hay quienes viven en el error. Si se acepta en cambio como ideal la posibilidad de un acuerdo sobre una política determinada común, aunque no esté sustentada en una concepción “más correcta” que otra, el diálogo aún sirve para generar mejor comprensión de los diferentes puntos de vista, llegar a ese acuerdo y para, luego de producida la decisión, seguir manteniendo el mismo respeto hacia las posiciones que resultaron vencidas. Es más, considero que un ideal deliberativo, independiente del consenso, es más coherente con la idea de una “*ongoing discussion*” y una permanente revisión de nuestras “certezas”. Por último, tampoco es bueno el argumento del consenso como ideal de la democracia deliberativa con valor epistémico, pues, como bien explica Bayón, por un lado, en condiciones ideales no entraría en juego el voto como regla de decisión, sino que la regla de decisión sería el consenso razonado. Así, en condiciones ideales coincidirían el procedimiento de decisión con el juicio que resulta de la reflexión individual, por lo que ya no tendría sentido la idea del valor epistémico del resultado de un procedimiento como “*indicador más fiable de lo correcto*”. (Recuérdese que Nino –como Martí– afirma que el procedimiento no es infalible, sino sólo más fiable que la reflexión individual) Ese valor epistémico del procedimiento entonces sólo tiene sentido en condiciones *no ideales*. Véase Bayón, Juan Carlos, “¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?”, *ob. cit.*, pp. 198-199.

¹⁹⁸ Gutmann, Amy, “Democracia deliberativa y regla de la mayoría: una réplica a Waldron” en Harold Hongju Koh y Ronald Slye (comps.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*, *ob. cit.*, p. 270.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 273. Ahora bien, tras resaltar este acuerdo con Waldron, Gutmann critica la idea del neozelandés de que sea la regla de la mayoría la característica de la democracia. En parte por esto es que se califica la postura de Gutmann como “ecuménica”. Véase Greppi, Andrea, “Concepciones epistémicas y concepciones doxásticas de la democracia”, *ob. cit.*, p. 52, nota al pie n° 19.

²⁰⁰ Kahn, Paul, “Democracia y filosofía: una réplica a Stotzky y Waldron”, en Harold Hongju Koh y Ronald Slye (comps.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*, *ob. cit.*, p. 298.

“circunstancias de la política”²⁰¹, o en otras palabras, a “la sensación de necesidad de una política compartida o una decisión o curso de acción sobre una cuestión determinada entre los miembros de un grupo determinado, incluso frente al desacuerdo sobre cómo debería ser esa política, esa decisión o ese curso de acción”²⁰².

Por eso es que Waldron explica, “el desacuerdo no importaría si las personas no prefirieran una decisión común; y la necesidad de una decisión común no daría lugar a la política tal como la conocemos si no existiera al menos la potencialidad del desacuerdo sobre cuál debería ser esa decisión común”²⁰³. Esto, según el autor, es indispensable para comprender las reglas procedimentales de toma de decisiones y las ideas concomitantes de autoridad y obligación. Pero incluso también, pueden justificar el proyecto democrático deliberativo²⁰⁴ cuyo punto de partida sea el radical pluralismo cultural de las sociedades modernas²⁰⁵.

Directamente relacionado con lo anterior, otras críticas se centran en el propio valor “epistémico” que se le da a la democracia. Se dice que el hecho de subordinar la democracia a estándares normativos tales como que los resultados políticos se aproximen a la verdad, puede poner en peligro a la democracia misma²⁰⁶. Así de nuevo, dado que la participación democrática supone diversas y, en ocasiones, irreconciliables opiniones, imponer un estándar sustantivo puede amenazar la libertad²⁰⁷.

²⁰¹ Según la terminología de Waldron, en una adaptación al concepto rawlsiano de las “circunstancias de la justicia”. Véase Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, trad. de M.D. González, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1978, pp. 152-155.

²⁰² Waldron, Jeremy: “Deliberación, desacuerdo y votación”, ob. cit., p. 260, también ver del mismo autor, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., p. 123.

²⁰³ *Ídem*.

²⁰⁴ A pesar de que Waldron no lo considere así.

²⁰⁵ Velasco Arroyo, Juan Carlos, *La teoría discursiva del derecho Sistema Jurídico y democracia en Habermas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 206.

²⁰⁶ Del mismo modo que ya vimos se decía para la justificación del control de constitucionalidad en Dworkin. Para una contraposición entre concepciones epistémicas y *doxásticas* de la democracia, véase Greppi, Andrea, “Concepciones epistémicas y concepciones doxásticas de la democracia”, ob. cit., p. 48, donde explica cómo las concepciones epistémicas anclan los procesos de legitimación democrática en la verdad como criterio para medir la corrección de las decisiones, en tanto las concepciones doxásticas apelan a la opinión de los ciudadanos, expresada bajo determinadas condiciones.

²⁰⁷ Saffon, María Paula y Urbinati, Nadia, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, *Political Theory* 41 (3), 2013, pp. 441-481, p. 442.

Esto es plenamente aplicable a Nino a pesar de que su teoría ate los resultados sustantivos a la corrección del procedimiento²⁰⁸, desde que pone el acento en los potenciales objetivos sustantivos (morales) que el procedimiento debe lograr y se centra en las condiciones (ideales) bajo las cuales pueden ser logrados²⁰⁹. Como se pudo ver por medio de las excepciones para admitir el control judicial de constitucionalidad, el procedimiento democrático de Nino puede ser dejado de lado cuando arroje por resultado leyes que violen las precondiciones mismas del procedimiento, los llamados derechos *a priori*, la autonomía individual o incluso la práctica constitucional que refleja la constitución histórica, todos estos estándares *independientes* del procedimiento. Por esta razón, la principal debilidad del enfoque epistémico está en su carácter inevitablemente condicional²¹⁰.

²⁰⁸ De hecho como explica Rosenkrantz, Nino creía que el sistema democrático tiene un valor que no es instrumental, ni reducible, ni dependiente del valor de otra cosa, pensaba que existe una conexión entre lo que decide una mayoría y lo que es moralmente correcto. Por eso, su justificación epistémica de la democracia, siempre según Rosenkrantz, era un intento de relacionar de manera intrínseca al sistema democrático con lo que es moralmente verdadero. Véase Rosenkrantz, Carlos, "La teoría epistémica de la democracia revisitada", ob. cit., p. 280. Esto a mi criterio resulta discutible: no parece lógico que exista una justificación intrínseca de la democracia que a la vez esté atada a ciertos resultados que parece que le dan valor más bien instrumental, a no ser que se sostenga que la democracia es un caso de justicia procedimental perfecta, cosa que claramente no se hace. Por el contrario, considerar la democracia como un sistema de justicia procedimental imperfecta significa que el seguimiento del procedimiento no asegura, sino que meramente hace probable, la corrección del resultado. Esto, según la definición de Rawls, porque contamos con un criterio *independiente* del resultado justo, pero no podemos diseñar un procedimiento seguro para acceder a él en todos los casos, sino sólo en la mayoría de ellos. Rawls, John, *El liberalismo político*, ob. cit., p. 104, nota al pie 25.

²⁰⁹ Saffon, María Paula y Urbinati, Nadia, "Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty", ob. cit., p. 444.

²¹⁰ Greppi, Andrea, "Concepciones epistémicas y concepciones doxásticas de la democracia", ob. cit., p. 21. Aunque esta conclusión no sería obvia. Greppi especula la posible respuesta que nos daría Nino: en el juego de presunciones y desmentidos que caracteriza la democracia es donde se pone de manifiesto la *afinidad estructural* que existe entre el método de la democracia y las estructuras argumentativas de la razón pública, dos modalidades de una misma práctica reflexiva de intercambio de razones, regida por principios de imparcialidad y simetría (citando a Nelson, W. *La justificación de la democracia*, Ariel, Barcelona, 1986). Además, podría decir que las sociedades democráticas, con sus aciertos y errores, a la larga tienden a ser más justas y pacíficas que las no democráticas, confirmando que la democracia es un método más *confiable* para la adopción de decisiones colectivas. Finalmente Nino podría argumentar que la conservación a través del tiempo de los falibles procedimientos constitucionales cabe esperar que acabe generando una generalizada tendencia a la imparcialidad en el juicio. Citando a Mill, "llegamos a ser buenos demócratas practicando la democracia", *ibidem*, p. 53, nota al pie 20; por lo que parecería que no habrían buenas razones para reemplazar el procedimiento democrático por ningún otro... y estoy de acuerdo con ello, por eso no veo la necesidad del elemento epistémico, pues todos estos beneficios podrían darse igualmente sin tener que suponer que además, el procedimiento democrático nos aproximará al "resultado correcto".

En resumen, las teorías epistémicas de la democracia deliberativa como las de Nino²¹¹ avanzan en dos proyectos que chocan con una noción de democracia procedimentalista. Por un lado transforman el proceso de toma de decisiones políticas en un capítulo en busca de la verdad²¹² y, por el otro, sujetan el proceso democrático a criterios de juicio que lo trascienden. El primer proyecto desafía la promesa democrática de proteger la igual libertad²¹³; pues la democracia según los procedimentalistas “doxásticos”, no promete decisiones que serán más correctas que aquellas que pueden alcanzar un grupo de expertos, sino decisiones que expresen la opción de la mayoría²¹⁴, respetando los derechos de todos²¹⁵.

²¹¹ De las que David Estlund es uno de sus máximos exponentes. Véase de ese autor, *La autoridad democrática. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*, traducción de Sebastián Linares y Sara Palacio Gaviria, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 2011; véase también los trabajos de Hélène Landemore, como por ejemplo “Collective Wisdom *Old and New*” y “Democratic Reason: The Mechanisms of Collective Intelligence in Politics” en Hélène Landemore and Jon Elster (eds.), *Collective Wisdom. Principles and Mechanisms*, Cambridge University Press, 2012, pp.1-20 y 251-289 respectivamente. En español uno de sus exponentes es José Luis Martí, *La república deliberativa*, ob. cit. Algunos autores también calificarían de epistémica a la teoría de la democracia de Habermas, aunque considero que este autor tiene una visión deliberativa puramente procedimentalista.

²¹² Esta afirmación debe moderarse, pues por ejemplo Gargarella, que continúa la senda de Nino y su concepción epistémica de la democracia, considera que puede defenderse una concepción como ésta que no se comprometa con la verdad moral, y sin embargo lo que busque es conocer (*episteme*) el punto de vista de todos los participantes en la deliberación y sus argumentos en vistas de lograr decisiones más imparciales. Con sus palabras: “...our defense of an ‘epistemic’ conception of democracy does not mean that we assume that, through discussion, we get to the ‘correct’ or ‘right’ decisions [...] What we assume, instead, is that inclusive discussions favor the creation of more impartial decisions...”, Gargarella, Roberto, “The place of the people in Criminal Law”, artículo presentado en el Seminario de profesores del ITAM, México DF, 28 de enero de 2015, p. 5. Así, siguiendo a Greppi, podría distinguirse entre concepciones epistémicas que identifican lo correcto con aquello que opinen en cada momento los ciudadanos (como sería el caso de Gargarella), de otras que utilizan un criterio independiente del procedimiento y por tanto también de la concreta voluntad de los participantes, para medir el valor de las decisiones. Greppi, Andrea, “Concepciones epistémicas y concepciones doxásticas de la democracia”, ob. cit., p. 49. En esta tesis criticaré a las teorías epistémicas como las de Nino, Estlund o Martí que, a mi criterio buscan acceder a respuestas correctas o verdaderas y dejaré de lado las que buscan cualquier otro “objetivo” eventual que pueda conseguir la deliberación, como méritos para preferir una democracia deliberativa frente a cualquier otra, sin atarla a dichos resultados, pues es la tesis que comparto.

²¹³ La libertad se protege a través de la participación del mayor número de ciudadanos de dos maneras: 1) el gran número es un obstáculo contra la corrupción –es muy difícil corromper a todos-, 2) la posibilidad de actuar en conjunto facilita el autogobierno –trascendiendo la debilidad individual-. Por ello la cooperación, más que el conocimiento, es su herramienta fundamental. Saffon, María Paula y Urbinati, Nadia, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, ob. cit., p. 449.

²¹⁴ Que involucrará personas con capacidades cognitivas diversas y también con diferentes valores.

²¹⁵ Saffon, María Paula y Urbinati, Nadia, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, ob. cit., pp. 446-447. En este sentido se apela a las restricciones constitucionales (procesales como sustanciales) como inherentes al proceso democrático, dado que el proceso

El segundo proyecto epistémico viola el principio de inmanencia que caracteriza a las democracias. Así, siempre según la crítica, el hecho de que se haga depender la legitimidad democrática de las cualidades epistémicas del procedimiento hace que esa legitimidad descansa sobre unos resultados determinados. Ahora bien, ¿quién puede definir la corrección de las decisiones políticas ordinarias más allá del pueblo y sus representantes?

Una posición contraria afirma que la democracia es un circuito cerrado sin referencias externas. En ese sentido, puede generar decisiones correctas y otras que no lo sean, pero en cualquier caso protege la igual libertad si los procedimientos son seguidos por todos. Para esta visión, el objeto de la democracia es la opinión y no la verdad. Es que apelar a la verdad no contribuye a la acomodación y el compromiso, por lo que en contextos de pluralismo no transitorio, fomenta la intolerancia e incluso la violencia²¹⁶. En suma, un modelo epistémico de democracia como el de Nino, apareja el peligro de fomentar principios aristocráticos basados en criterios de competencia²¹⁷, o lo que se conoce como “elitismo epistémico”²¹⁸ y, pareciera que en el fondo ese es el fundamento que tiene el control judicial de constitucionalidad.

2.3.- Robert Alexy

Trataré a Alexy en lo que sigue por las continuidades que se encuentran en sus análisis con respecto a los que realizara Nino. Alexy explícitamente asume algunas de las tesis centrales de Nino, como el fuerte anclaje de los derechos humanos en el principio de autonomía personal²¹⁹ y la distinción entre

democrático no podría funcionar si se pusiera en cuestión de forma permanente las reglas que lo hacen válido. *Ibidem*, p. 448. Esta visión del constitucionalismo acerca a las autoras a la obra de Holmes vista en el apartado anterior.

²¹⁶ *Ibidem*, pp. 447-448.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 449.

²¹⁸ Martí, José Luis, *La república deliberativa*, ob. cit., p. 205, responde a esta objeción sin poder eliminarla, sino sosteniendo que “el valor epistémico no es el único que nos importa. Necesitamos alguna otra justificación de la democracia deliberativa complementaria a la epistémica”.

²¹⁹ Que al igual que Nino divide en autonomía privada y autonomía pública, ligando en esta última los derechos humanos y la democracia. Alexy, Robert, “Discourse Theory and Human Rights”, *Law of Ukraine Legal Journal*, n° 4, 2013, pp. 83-104 (el mismo artículo fue antes publicado en *Ratio Juris* vol 9, n° 3, 1996, pp.209-235). Esta opción es parte de asumir una posición kantiana que abarca tanto el principio de autonomía como el de universalidad, lo que conduce a Alexy a adoptar abiertamente una teoría política liberal en materia de derechos.

derechos *a priori* y derechos *a posteriori*²²⁰ para sus propios desarrollos. Asimismo promueve una noción de democracia deliberativa²²¹.

Pero también es cierto que no son menores las diferencias entre estos autores, sobre todo al momento de realizar la defensa del control judicial de constitucionalidad que me ocupa. A modo introductorio podría decirse que la mayor preocupación de Alexy para su teoría está puesta en la protección de los derechos fundamentales. Estos derechos, que en Alemania coincidirían con los derechos constitucionales, tienen para el autor una relación “estrecha, profunda y compleja” con la teoría del discurso que comprende tres dimensiones: 1) la dimensión filosófica de los derechos, que concierne a su fundamentación; 2) la dimensión política, que atañe a la institucionalización de los derechos fundamentales y 3) la dimensión jurídica, que se refiere a la interpretación de los mismos²²².

De esta relación surge también la justificación del control judicial de constitucionalidad, que se yergue como institución necesaria -y no meramente excepcional- para las dimensiones política y jurídica. El control judicial de constitucionalidad estará justificado entonces en la medida que (a) garantice los derechos fundamentales y (b) realice en mayor medida los ideales discursivos que son su fundamento. Por lo que antes que nada me detendré en la relación que establece Alexy entre los derechos fundamentales y la teoría del discurso, para de allí pasar al control judicial de constitucionalidad.

²²⁰ Que en su caso distingue como tipos de justificaciones teórico-discursivas de los derechos humanos: directa e indirecta respectivamente. La justificación directa sería posible de demostrarse que ciertos derechos son válidos independientemente de que se lleven a cabo en los discursos reales, serían derechos discursivamente necesarios. Es decir, aquellos cuya no validez es discursivamente imposible (*derechos a priori*). Por su parte, se da una justificación indirecta de los derechos si la decisión acerca de ellos es delegada a un proceso político fáctico, el cual, de todos modos, tiene que reunir ciertas demandas teórico-discursivas fundadas. Si esas demandas son cumplidas, las decisiones tomadas acerca de los derechos humanos en el proceso político son legítimas y por tanto esos derechos son teórico-discursivamente justificados (*derechos a posteriori*). Alexy, Robert, “Discourse Theory and Human Rights”, ob. cit., pp. 93-94.

²²¹ Que al igual que la considera Nino, sería la única forma de realizar de modo aproximado los principios del discurso. El interés de Alexy en la democracia es explicado por él de esta manera: “Whoever is interested in correctness and legitimacy must also be interested in democracy; whoever is interested in democracy must also be interested in basic and human rights”. *Ibidem*, p. 103.

²²² Alexy, Robert, “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, ob. cit., p. 47. Cabe apuntar que la teoría de los derechos fundamentales de Alexy da cuenta de éstos según tres conceptos íntimamente relacionados: uno formal, otro sustancial y otro procedimental de derechos fundamentales.

a) Los derechos fundamentales y la teoría del discurso

Como adelanté, hay una relación tridimensional: filosófica, política y jurídica, entre los derechos fundamentales y la teoría del discurso. Veamos.

Para empezar, para Alexy los derechos fundamentales tienen su *fundamento* en los derechos humanos²²³ que a su vez se justifican como caso especial de la justificación de las normas morales²²⁴. Por lo que de la posibilidad de justificar las normas morales, deriva la posibilidad de aportar razones a favor de los derechos humanos con pretensiones de objetividad, corrección o verdad²²⁵.

Después de analizar distintas aproximaciones para dicha justificación y descartarlas²²⁶, Alexy explica que “si hay algo que pueda establecer la universalidad de los derechos humanos es el razonamiento que los sustenta” y sigue, “[c]omo es sabido, la teoría del discurso se centra en la noción de razonamiento; y ello constituye la razón más general para sostener la idea de que la teoría del discurso puede contribuir a la fundamentación de los derechos humanos”²²⁷. Así se adentra en la aproximación “teórico-discursiva”, que es “explicativa”, ya que trata de fundamentar los derechos humanos haciendo explícito lo que está necesariamente implícito en la práctica humana.

Muy sintéticamente -según Alexy- el argumento se mueve en tres niveles: Primero, trata de mostrar que la práctica de afirmar, preguntar o argumentar presupone reglas del discurso que expresan ideas de libertad e igualdad necesariamente conectadas con el razonamiento. El segundo paso concierne a la necesidad de las prácticas discursivas como forma más general de la vida

²²³ Que serían los derechos antes de ser recogidos o garantizados en la constitución y cuya definición está compuesta por cinco elementos, a saber: el ser derechos universales, fundamentales, abstractos, morales y prioritarios con respecto de cualquier otra clase de derechos.

²²⁴ Sobre la relación conceptual entre derecho y moral en Alexy, remito al capítulo primero de esta tesis.

²²⁵ *Ibidem*, p. 53. Así Alexy afirma que “los derechos morales son válidos exclusivamente por razón de su corrección. En este sentido son ideales, razón por la cual los derechos constitucionales, como intentos de positivizar los derechos humanos, tienen una doble naturaleza: en tanto derechos positivos tienen una dimensión real o institucional; pero la dimensión ideal y crítica de los derechos morales, en tanto derechos supra-positivos, existe independientemente de su positivización”. Alexy, Robert, “Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa” en Juan Carlos Henao (ed.), *Diálogos constitucionales con el mundo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 48-64, p. 59.

²²⁶ Entre ellas el modelo religioso, el intuicionista, el consensual (o intuicionismo colectivo), el modelo biológico o sociológico, el instrumentalista y el cultural.

²²⁷ Alexy, Robert, “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, ob. cit., p. 57.

humana²²⁸. Es que según Alexy, los seres humanos son “criaturas discursivas”²²⁹, por lo que no pueden evitar participar en algún discurso. Por último, el tercer nivel concierne a la transición del discurso a la acción, la que requiere de premisas adicionales, a saber: 1) el argumento de la autonomía, según el cual cualquier participante en el discurso presupone la autonomía de los copartícipes²³⁰; 2) el argumento del consenso, que sostiene que la igualdad entre los seres humanos es un resultado necesario de un discurso ideal; y 3) la conexión entre discurso, democracia y derechos humanos que pone de manifiesto el hecho de que la justificación teórico-discursiva tiene un carácter holista, es decir, consiste en construir un sistema que expresa en su conjunto la naturaleza discursiva de los seres humanos. Así, esta aproximación explicativa conecta -según el autor- con otra aproximación “existencial” y que concierne a la necesaria naturaleza discursiva de los seres humanos²³¹.

Una vez establecido el fundamento de los derechos fundamentales en la teoría del discurso, Alexy pasa a analizar la dimensión política de los mismos explicando que los derechos humanos se *institucionalizan* mediante su transformación en derecho positivo. Si esa institucionalización tiene lugar en un nivel constitucional, los transforma en derechos constitucionales. A su criterio, la incorporación de un catálogo de derechos humanos en el nivel más alto posible del sistema jurídico es *una exigencia de la teoría del discurso* respecto de la constitución, como así también la organización de cierta forma de

²²⁸ Estas serían las bases trascendentales del argumento que justifica las reglas del discurso y que en otros trabajos Alexy resume en 5 tesis: 1) Quienquiera que afirma algo erige una pretensión de verdad o corrección; 2) la pretensión de verdad o corrección implica una pretensión de justiciabilidad; 3) la pretensión de justiciabilidad implica una obligación *prima facie* de justificar aquello que uno afirma si es requerido para que lo haga (argumentación); 4) Quienquiera que da razones justificadoras para algo, eleva una pretensión de igualdad, no coerción y universalidad, al menos hasta donde a la justificación concierne; 5) Quien nunca en su vida hace una aserción (en el sentido definido en (1)-(3)) y nunca establece un argumento (en el sentido de (4)) no toma parte en la forma más general de vida de los seres humanos. Alexy, Robert, “Discourse Theory and Human Rights”, ob. cit., pp. 88-90.

²²⁹ Alexy, Robert, “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, ob. cit., p. 58.

²³⁰ Para Alexy, este argumento permite afirmar que la autonomía es la fuente de los derechos humanos.

²³¹ *Ibidem*, p. 59. Como se habrá podido apreciar, la justificación filosófica de Alexy no es sencilla. Si no he entendido mal, se podría simplificar mucho diciendo que el fundamento de los derechos humanos está en la teoría del discurso que tiene como base el razonamiento. El discurso es ínsito a la práctica humana y supone las ideas de igualdad y autonomía para su realización. Esos valores son los que se encuentran en los derechos humanos, por lo que los derechos humanos se fundamentan en el discurso.

democracia que exprese en la realidad el ideal del discurso. Esa forma de democracia es la democracia deliberativa (o discursiva)²³².

Ahora bien, este modo de institucionalización no es suficiente para Alexy, pues no tendría forma de evitar la violación de los derechos por parte del legislador. Por lo que según el autor, debe añadirse a los derechos constitucionales y a la democracia discursiva, la institucionalización del control de constitucionalidad. En efecto, siguiendo con la senda neoconstitucional, Alexy sostiene que “los derechos constitucionales son una manifestación de la desconfianza en el proceso democrático”, pues son “tan importantes que la decisión de protegerlos no puede dejarse al arbitrio de las mayorías parlamentarias”²³³.

Pero la incorporación del control de constitucionalidad genera algunos problemas que el propio Alexy identifica. “Para ser compatible con la teoría del discurso en el marco de una democracia discursiva, el control de constitucionalidad debe tener también un carácter discursivo” y lo tendrá “si la interpretación de la constitución –y en especial de los derechos en ella contenidos- puede ser concebida como un discurso relacionado con el discurso democrático general de manera tal que permita que los ideales discursivos se realicen en una mayor medida de lo que sería el caso mediante la operación del discurso democrático por sí sólo”²³⁴.

De allí que pase a analizar la tercera dimensión de la relación, que es la dimensión jurídica o de *interpretación*. Ya he dicho bastante sobre las particularidades que imprime Alexy a la interpretación jurídica a través de la ponderación, que supone tratar a los derechos constitucionales como principios y al discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general²³⁵. Baste agregar aquí algunas ideas a su respecto.

Al entender de Alexy, la naturaleza de la ponderación puede ser caracterizada por algo como la “proposicionalidad”, esto quiere decir que los elementos básicos de su estructura son juicios o proposiciones. Estos juicios tendrían una estructura racional que, según el autor, establece la corrección de los mismos dentro del discurso (a través de la argumentación). Por lo que la

²³² *Ibidem*, p. 60.

²³³ *Ibidem*, p. 51.

²³⁴ *Ibidem*, pp. 60-61.

²³⁵ Remito al capítulo 2 de esta tesis.

ponderación estaría conectada con el discurso y sería tan racional como el propio discurso²³⁶. Asimismo, recuerda Alexy, la ponderación está relacionada con los derechos fundamentales. “De allí se sigue que los derechos fundamentales están necesariamente relacionados con el discurso”²³⁷. Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias de ello para el control de constitucionalidad?

b) El control judicial de constitucionalidad

Alexy comienza afirmando que: “[e]l control de constitucionalidad es la expresión de la superioridad o prioridad de los derechos fundamentales frente a –o en contra de– la legislación parlamentaria. Su base lógica es el concepto de contradicción. La declaración de inconstitucionalidad de una ley implica que ésta contradice, al menos, una norma de la constitución. Esta contradicción a nivel normativo viene acompañada por una contradicción en el nivel de los juicios acerca de las normas”²³⁸.

Este concepto marca una primera particularidad en la defensa de Alexy del control judicial, según la cual, pareciera que éste se restringe a, y se justifica en razón de la protección de los derechos fundamentales. O sea, aquí no hay un argumento directo de supremacía constitucional, ni soberanía popular reflejada en la constitución jerarquizada, sino un argumento valorativo que prioriza los derechos fundamentales (en tanto derechos humanos y morales) por sobre cualquier otro contenido decidible.

Esto se reafirma si se lee el *argumento sustantivo* que Alexy da al control de constitucionalidad. Así dice: “...la justificación del control judicial de constitucionalidad no está limitada [...] a una apelación a la estructura jerárquica del derecho positivo. Más allá de esto, la justificación del control judicial de constitucionalidad se puede basar en razones morales”²³⁹. Esto

²³⁶ Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación” en Perfecto Andrés Ibáñez y Robert Alexy, *Jueces y ponderación argumentativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 10-11. Con sus palabras: “La ponderación no es posible sin el discurso, y las distintas clases de argumentos o estructuras de inferencias incluyen necesariamente la estructura ponderativa, tal y como lo pone de manifiesto la fórmula del peso”.

²³⁷ *Ibidem*, p. 11.

²³⁸ *Ídem*.

²³⁹ Alexy, Robert, “Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa”, ob. cit., p. 59. La justificación que Alexy otorga a esta afirmación es la siguiente: “... los

complica la justificación de cara a la parte orgánica de la constitución²⁴⁰, aunque aquí no me detendré en ese punto.

Ahora bien, el control de constitucionalidad para Alexy se presenta –como la ponderación- como esencialmente proposicional, es decir, su naturaleza es argumentativa o discursiva. Eso no significa que se quede en la mera “afirmación” sino que también “hace algo”, por lo general, invalida actos del parlamento. De allí que también tiene un carácter institucional o autoritativo²⁴¹.

Pero ¿cómo se justifica el poder jurídico de un tribunal constitucional para invalidar actos del parlamento? La tesis de Alexy es que “el control judicial de constitucionalidad se justifica, de una parte, sobre la base de la teoría de los principios y, de otra, sobre la base de la teoría de la representación argumentativa”²⁴². Como ya me he referido a la primera de estas justificaciones (argumento sustantivo según lo califica Alexy), me detendré ahora en la cuestión institucional, es decir en la segunda de sus propuestas, que responde a un *argumento procedimental*²⁴³.

El profesor de la Universidad de Kiel reconoce que “el control de constitucionalidad sólo puede legitimarse si es compatible con la democracia”, según el siguiente razonamiento: En un Estado democrático a) todo poder del Estado emana del pueblo; b) el parlamento es el representante del pueblo; c) esa representación es democrática pues los miembros del parlamento son

derechos humanos, en tanto derechos morales, incluyen un derecho de protección, el cual no se elimina por su positivización. Por el contrario, su positivización [entiéndase de los ddhh] debe concebirse como un intento de fortalecer los derechos humanos en tanto derechos morales. Renunciar al control judicial de constitucionalidad implicaría quebrantar en lugar de fortalecer, el derecho de protección de los derechos constitucionales”. A este argumento suma otro: “Los derechos constitucionales, en tanto principios, requieren ser optimizados...” *Ídem*. Para concluir que “Esta mayor protección es exigida por el principio de protección de los derechos constitucionales, el cual a su vez es un meta-principio, con respecto a diferentes principios, representado por los derechos constitucionales”. *Ibidem*, p. 60.

²⁴⁰ Lo que en un primer momento –vimos- parecía más “fácil” de justificar en tanto precondiciones propias para la democracia, cláusulas habilitadoras o “reglas del juego” (en las tesis de Holmes, Ely e incluso Nino). Aquí por el contrario Alexy obvia estas cláusulas “procedimentales” para centrarse únicamente en las sustantivas, estén o no incluidas en la constitución. Explícitamente descarta considerar las condiciones presupuestas por la democracia como justificación del control de constitucionalidad, para centrarse en la protección a los derechos constitucionales en *ibidem*, p. 61.

²⁴¹ Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, ob. cit., p. 12.

²⁴² Alexy, Robert, “Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa”, ob. cit., p. 50. Cada una de estas justificaciones respondería a una cuestión diferente respectivamente: la cuestión metodológica o de tipo teórico-argumentativo que se pregunta si tiene sentido, en casos de desacuerdo, intentar encontrar la mejor respuesta posible; y la cuestión institucional, que se pregunta si es o no compatible con la democracia que a un tribunal constitucional le sean otorgados poderes para intentar conseguir esa respuesta.

²⁴³ *Ibidem*, p. 60.

elegidos y controlados por elecciones generales y libres; d) el ejercicio de autoridad estatal del poder legislativo es legítimo; e) los jueces de los tribunales constitucionales no son elegidos ni pueden ser controlados por el pueblo, por lo que; f) los jueces no cuentan con legitimación democrática directa. Con lo que concluye: “La única manera de reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia, es considerando que aquél es también una forma de representación del pueblo”²⁴⁴.

A partir de allí Alexy se embarca en elaborar un concepto de representación ajeno a las elecciones y que además, pueda prevalecer frente al resultado de éstas, para así poder dar legitimidad a la autoridad de los tribunales constitucionales. Permítaseme a continuación reproducir sus ideas.

c) La representación argumentativa

Según el autor en estudio, un esquema democrático que comprenda exclusivamente un sistema de toma de decisiones basado en los conceptos de elecciones y de regla de la mayoría sería un modelo puramente “decisionista” de democracia y, por tanto, inadecuado. Un modelo adecuado, en cambio, debe incluir no sólo decisión sino también “argumentación”, tornándose una democracia deliberativa²⁴⁵.

En sus términos: “La democracia deliberativa es un esfuerzo para institucionalizar el discurso como medio para la toma pública de decisiones”. Así, la relación entre pueblo y parlamento no se circunscribe a las elecciones y los votos, sino también a la argumentación. Hasta allí de acuerdo. Pero continúa, con respecto al tribunal constitucional *la representación del pueblo es puramente argumentativa*²⁴⁶.

Antes de adentrarme en este concepto de Alexy, vale aquí remarcar otra enorme diferencia con respecto de la teoría de Nino. Para el profesor argentino la representación es vista en el mejor de los casos como “un mal necesario”²⁴⁷. En efecto explica que para “las concepciones deliberativas de la democracia, la existencia de un reducido grupo de individuos que toma decisiones que afectan

²⁴⁴ Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, ob. cit., p. 13.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 14.

²⁴⁶ *Ídem*.

²⁴⁷ Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., p. 184.

al grupo en su totalidad implica un hiato en el proceso de deliberación”. En otras palabras: “[l]a mediación a través de representantes es una de las distorsiones principales de la democracia que la alejan del valor epistémico máximo dado en la discusión moral ideal”²⁴⁸.

Al modo de ver de Nino, los representantes en general pertenecen a sectores bien definidos de la sociedad y, si bien pueden contar con mayor conocimiento técnico, pueden carecer de la experiencia referida a modos de vida que determinan otras preferencias²⁴⁹. Por eso el iusfilósofo argentino considera que la intermediación en la discusión y decisión que implica la representación, debilita la conciencia y la consideración de los intereses de la gente involucrada en diferentes conflictos, algo crucial para la imparcialidad; por lo que “resulta imperativo buscar formas de democracia directa bajo la concepción deliberativa de democracia”²⁵⁰.

Como se puede apreciar, en la noción deliberativa de Nino, el valor a preservar es la inclusión y participación en la discusión y toma de decisiones como modo de garantizar la imparcialidad y el valor epistémico de la democracia, para la cual el control de constitucionalidad –que no tiene el fundamento epistémico correcto- es excepcional²⁵¹. En cambio para Alexy, basta con que los presuntos valores compartidos por la sociedad (postura que asume la convergencia) sean encarnados por los jueces para que éstos, mediante unos argumentos que reflejen correctamente aquellos valores, tengan legitimidad democrática deliberativa mediante la “representación

²⁴⁸ *Ibidem*, pp. 204-205.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 184. Sin contar con que la intermediación siempre conlleva la posibilidad de que el representante anteponga sus propios intereses a los de los representados.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 185. Reafirmando: “la democracia directa debe ser obligatoria siempre que sea posible”, *ibidem*, p. 205. Esta idea también es muy criticada, no sólo por negar la esencialidad de la representación para las democracias modernas, sino por no dar cuenta del vínculo existente entre representación y deliberación (un vínculo no sólo necesario, sino también deseable –normativo-). Véase por ejemplo Urbinati, Nadia, “Representation as advocacy. A study of Democratic Deliberation”, *Political Theory* 28 (6), diciembre 2000, pp. 758-786, donde afirma “A deliberative form of politics favors representation”, p. 761. Para una crítica a los sistemas de democracia directa véase Sartori, Giovanni, “En defensa de la representación política” en Miguel Carbonell (comp.), *Democracia y representación: un debate contemporáneo*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2005, pp. 21-34. Para una respuesta lúcida a Sartori, véase Gargarella, Roberto y Ovejero, Félix, “Democracia representativa y virtud cívica” en Miguel Carbonell (comp.), *Democracia y representación: un debate contemporáneo*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2005, pp. 53-74.

²⁵¹ Aunque vimos que Nino no lleva este razonamiento a sus últimas consecuencias, en tanto termina aceptando el control judicial de constitucionalidad casi como regla.

argumentativa”; incluso por encima del parlamento. En otras palabras, para este tipo de legitimidad democrática no importaría la inclusión y participación en la deliberación ni en la toma de decisiones (cuestión que contradice las propias reglas del discurso que por otro lado Alexy propicia²⁵²), sino sólo los contenidos de esa discusión y decisión (las razones) que se den dentro de un foro reducido como es el Tribunal Constitucional. Un contenido que por lo demás, no debería ser contestado.

Este tipo de razonamiento refleja una de las posturas que se disputan el debate contemporáneo en torno a la democracia deliberativa²⁵³. Permítaseme un paréntesis para recuperar este debate en pocas palabras y ubicar mejor la postura de Alexy. En éste, algunos teóricos proponen una concepción de la deliberación que tiene reminiscencias a un diálogo platónico en el que a los interlocutores se les permite sostener ideas “incorrectas” siempre que renuncien a las pasiones que impiden la consecución de la verdad. Ellos toman la deliberación en razón de los resultados, que esperan reduzcan las diferencias corrigiendo las interpretaciones “distorsionadas” del bien público. A este modelo, en el que podríamos encontrar a Alexy pero también a Nino, se lo conoce como el modelo del “consenso” (*consensus model of deliberative democracy*)²⁵⁴.

Otros teóricos, en cambio, no tienen problemas con la persistencia de las diferencias porque las ven como necesarias para que la deliberación suceda. Ellos rechazan el “vicio” racionalista, rechazando la dicotomía entre razón y voluntad. Así ponen énfasis en el momento crítico del proceso más que en un consenso racional sobre la definición final del bien común²⁵⁵. A este modelo, en

²⁵² Recordemos que la primera regla del procedimiento del discurso (que es de tipo no-monológico) es que “Todo hablante puede participar en el discurso”, de donde se sigue que “Todos pueden cuestionar cualquier aserción. Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso. Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades”. Así se intenta lograr la imparcialidad de la argumentación práctica y con ello, el de la formación práctica de juicios que en ella se basa. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., pp. 137-138. Esto es parte de la definición de Alexy del discurso ideal (que es la idea regulativa para los discursos reales), donde se encuentra la participación ilimitada en aras de producir una completa claridad lingüístico-conceptual y la capacidad y disposición completa para el cambio de roles, entre otros, como rasgos fundamentales. Véase Alexy, Robert, “Postfacio” en *Teoría de la Argumentación Jurídica*, ob. cit., pp. 300 y ss.

²⁵³ Sigo en este punto a Urbinati, Nadia, “Representation as Advocacy”, ob. cit., pp. 773 y ss.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 773.

²⁵⁵ Dentro de este modelo, el bien común es sólo un ideal regulativo. Así, no se puede encontrar antes del debate público, ni tiene una ubicación definitiva, precisamente porque no puede ser definido de una vez y para todos.

el que podríamos claramente enmarcar a Waldron, Urbinati y, según esta última autora, a la teoría de la democracia representativa de John S. Mill; se lo llama modelo agonista de la democracia deliberativa (*agonistic model*)²⁵⁶.

Si se toma el primer modelo, como resalté cuando mencioné las críticas a la teoría de Nino, el procedimiento por el que se llegue al resultado “correcto” pierde un poco de relevancia y por tanto puede preferirse un procedimiento *menos* democrático o no-democrático en tanto garantice (si es que lo hace) dichos resultados. Una concepción como esta tiene otros problemas, como son la posibilidad de que la gente pierda su interés o lealtad al sistema democrático de toma de decisiones (pues en definitiva, los jueces pueden revertir sus resultados), que finalmente no representa sus intereses²⁵⁷.

Volviendo ahora al concepto de “representación argumentativa” de Alexy, empezaré por decir que éste desentona con los principios de la representación en sí²⁵⁸. Como enseña Manin, si se indaga en los orígenes de la vinculación entre representación y deliberación, se encuentra que la idea era que estén presentes, antes de tomar una decisión, la pluralidad que implicaba la sociedad moderna. Así, a diferencia de la democracia directa que suponía sociedades pequeñas y homogéneas, la democracia representativa se ligó a la aceptación de esa diversidad social²⁵⁹. En ese sentido, la representación se proponía como técnica que permitía el establecimiento de un gobierno emanado de la gente en su heterogeneidad. Mientras la deliberación se justificó como forma

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 774. Se podría decir que también para Alexy el resultado correcto es un ideal regulativo, él de hecho así lo expresa, pero las consecuencias de su teoría y el identificar lo correcto con la objetividad de lo moralmente correcto, hacen que sea contradictorio con esta postura agonista y más bien se enmarque en la consensual primera. Sobre el punto remito a lo dicho en el capítulo 2 de esta tesis.

²⁵⁷ Sobre el punto expresa Urbinati: “...accustoming people to seek solutions through open discussion strengthens their loyalty to democratic procedures, because these procedures are responsible for the rivalry that people come to value”. Y por el contrario: “...deliberators who are exclusively rationalizers are not deliberators –even if they produce rational justifications”. *Ibidem*, pp. 775-776.

²⁵⁸ Al menos en sentido moderno, pues como se verá más adelante, hay concepciones “orgánicas” de la representación que responden a otros principios, viendo a la representación “as a transcription of a pre-or nonpolitical identity”. *Idem*. En esa última concepción, atribuíble a Schmitt, lo representativo sería precisamente el elemento no-democrático en la democracia, pues viene a ser necesariamente la expresión de unidad y no de división, véase Greppi, Andrea, *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Trotta, Madrid, 2012, p. 49.

²⁵⁹ Explica Manin, en sus orígenes la idea del gobierno representativo estaba justificado como “government by discussion”. Con sus palabras: “The link between representation and discussion can be understood only by introducing the intermediary notion of assembly”. Manin, Bernard, *The Principles of Representative Government*, Cambridge University Press, New York, 2002, p. 184.

de transparentar los diferentes puntos de vista pero sin reemplazar a la decisión que se tomaba por consenso mayoritario, donde todas las voluntades valían lo mismo²⁶⁰.

Evidentemente Alexy maneja un concepto muy específico de representación²⁶¹, no muy acorde a la doctrina mayoritaria²⁶². Para Alexy un

²⁶⁰ *Ibidem*, pp.186 y ss. Vale aclarar que esta concepción que se origina en Siéyès no tomaba ese consenso como universal y menos aún como expresión de alguna verdad, p. 189. En palabras de Manin: “The principle of representative government must therefore be formulated as follows: no proposal can acquire the force of public decision unless it has obtained the consent of the majority after having been subjected to trial by discussion. It is the consent of the majority, and not debate, that makes the law”, p. 190.

²⁶¹ Para Alexy la representación consiste en una relación entre dos partes: representado y representante. Esa relación tendría una dimensión volitiva o decisional (que representa el lado real) y otra dimensión argumentativa o discursiva (que representa el lado ideal de la representación). Alexy, Robert, “Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa”, ob. cit., pp.61-63.

²⁶² No es este el lugar para hacer un desarrollo sobre la representación, que por lo demás no estaría en condiciones de realizar. Baste con señalar que la vinculación entre representación y democracia ha sido (y es aún) problemática y requiere de justificación. Y si bien es cierto que a esta altura ya ha adquirido un estatus de institución democrática, este carácter se debe a su relación con el comportamiento electoral y como mecanismo para determinar la responsabilidad gubernamental, dos aspectos que claramente no se encuentran en la representación argumentativa *alexiana*. Véase sobre el punto, Urbinati, Nadia, *Representative democracy. Principles & Genealogy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2006, pp. 17 y ss.; Manin, Bernard, *The Principles of Representative Government*, ob. cit., también Manin, Bernard, Przeworski, Adam y Stokes, Susan, “Elections and Representation” en Adam Przeworski, Susan Stokes y Bernard Manin (eds.), *Democracy, Accountability and Representation*, Cambridge University Press, UK, 2003, pp. 29-54, donde claramente afirman: “The claim connecting democracy and representation is that under democracy government are representative because they are elected [...] then government will act in the best interest of the people”, p. 29. Luego los autores explican sucintamente dos concepciones de la representación: como mandato, según la cual las elecciones sirven para elegir las políticas y los políticos; y como responsabilidad, según la cual las elecciones sirven para responsabilizar a los gobernantes por el resultado de sus acciones pasadas. En palabras de Pitkin, Hanna, *The concept of representation*, University of California Press, Berkeley, 1972, p. 209, podría resumirse diciendo “... representing here means acting in the interest of the represented, in a manner responsive to them”. Esta autora considera en su libro la cuestión de si los jueces son representativos y los argumentos que se han dado a favor de dicha afirmación –ninguno de los cuales coincide con los de Alexy-, véase *ibidem*, p. 116. De todos modos cabe decir que hay autores que ven las concepciones clásicas de la representación como “imposibles” y por tanto intentan “reinventarla” para así “repolitizarla”, caracterizándola como un *proceso deliberativo* cuyos referentes centrales no están en las elecciones y los parlamentos, ni en los sistemas de control, sino en el intercambio discursivo entre ciudadanos e instituciones, en el ir y venir de las razones que permite tomar conciencia de la relevancia de las cuestiones sometidas a debate, en un proceso constitucionalmente reglado, en el que intervienen distintos actores en diferentes roles. Así, el proceso representativo pasa a depender de que en el proceso político intervengan instancias fiables que se hagan eco de las razones de todos y sean sensibles al peso de cada una, favoreciendo al mismo tiempo la elaboración crítica de los intereses y las necesidades de los ciudadanos. Greppi, Andrea, *La democracia y su contrario*, ob. cit., p. 61. Destaco esta versión pues pone el acento en la deliberación y, si bien tampoco se corresponde con el entendimiento clásico que apunté (aunque mantiene mecanismos de transparencia, rendición de cuentas y control de responsabilidad), tiene la virtud de expandir el proceso deliberativo a la ciudadanía a través de mecanismos de mediación más funcionales, por tanto “democráticos”. Por el contrario, la versión de Alexy, al hacer hincapié en los argumentos de un grupo reducido de personas que lo que reflejarían es cierto consenso *previamente determinado* sobre valores,

concepto “adecuado” de representación debe referirse a ciertos “valores ideales”²⁶³. Así, no se agota en una procuración mediante poderes (como según él propone Kelsen) y es más que una transformación de los representados en algo existente (como mantendría Schmitt). A su criterio, la representación incluye elementos de ambas ideas pero estos elementos no agotarían el concepto²⁶⁴. “La representación expresa necesariamente una pretensión de corrección. Por lo tanto, un concepto de representación bien definido deberá contener una dimensión ideal que relacione la decisión con el discurso”. En suma la representación se definiría como la conexión de dimensiones normativas, fácticas e ideales²⁶⁵.

Esta idea de representación de Alexy sería aplicable tanto al parlamento como a los tribunales. Pero en el caso de los magistrados del Tribunal Constitucional, la idea de una representación *puramente argumentativa* genera más problemas. Como bien enfatiza Kumm: si no hay un vínculo volitivo/decisional entre el pueblo y los tribunales constitucionales, difícilmente pueda considerarse a éstos instituciones representativas. En ese sentido la representación argumentativa sería compatible con la de un consejo de justicia hereditario de reyes filósofos²⁶⁶. Kumm sin embargo rescata la naturaleza

sin ningún mecanismo de mediación, estaría faltando no sólo a la idea clásica de representación sino también a su compromiso democrático.

²⁶³ Aquí el autor cita a Leibholz, Gerhard, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 3a ed. Berlín, 1966, p. 35. Una visión similar podría encontrarse en James Mill, que basándose en Rousseau, planteaba la representación como reflejo de lo que la gente tenía en común, esto era, su potencial para alcanzar el bien común. Estos autores presumían una identificación axiomática entre la libertad política y la unidad del cuerpo político. En el caso de James Mill, la representación trabajaba como un *simplificador* de intereses y un *asimilador* de sujetos: se asumía que los industriales promovían los intereses de los demás promoviendo los suyos propios, los intereses de las mujeres se incluían dentro de los de sus maridos y padres, los de los trabajadores dentro de los de los empresarios, etc. El modelo de James Mill socavaba la representación uniéndola a verdades objetivas en lugar de a opiniones. Pero a diferencia de Rousseau, el “pueblo soberano” era la mayoría en el parlamento. Urbinati, Nadia, “Representation as Advocacy”, ob. cit., p. 769. En el caso de Alexy, podríamos decir que ocurre otra traslación que diferencia su teoría de la de estos autores, cual es que el pueblo soberano se encarna en los tribunales.

²⁶⁴ Lo que puede ser difícil de conciliar. Schmitt tiene en vistas una idea de representación que proviene de la representación eclesiástica medieval en la figura del papa como cabeza visible de una unidad: la iglesia católica. Así, en su versión secular, el *führer* es la representación del pueblo como unidad orgánica. Esta idea en su radicalidad es un ejemplo de la incompatibilidad entre la idea de representación como técnica para lograr la unidad (mística) de la comunidad y la representación política democrática. Urbinati, Nadia, *Representative democracy*, ob. cit., p. 22.

²⁶⁵ Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, ob. cit., p. 15.

²⁶⁶ Kumm, Matthias, “Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review” en Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason. The jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 206.

representativa de los tribunales mediante un “vínculo electoral indirecto”, pues son los representantes elegidos de manera directa los que eligen a los miembros del tribunal. Y, más allá de eso, los jueces al interior del tribunal toman sus decisiones por medio del procedimiento mayoritario²⁶⁷. Esto haría que haya al menos una forma débil de representación volitiva²⁶⁸.

Pero para Alexy ese no es el punto decisivo, pues la independencia de los magistrados requiere que el pueblo no tenga posibilidad de ejercer control al votar para que abandonen su cargo. Así, a su criterio, se debe caracterizar la representación del pueblo por un tribunal como *esencialmente* argumentativa, es decir, para los tribunales la dimensión ideal es la dominante²⁶⁹.

Con esta explicación, resulta aún más difícil ver la parte “representativa” del control de constitucionalidad, al menos en el sentido de representación política que se suele asociar a la democracia. Más bien parece un argumento forzado para tratar de salvar la objeción democrática que sigue estando presente. Y creo que Alexy también lo nota, por lo que ensaya otros dos argumentos adicionales para salvar dicha objeción. Por un lado nos dice que el control de constitucionalidad como argumento o discurso no es ilimitado (1). Por otro lado, que el control de constitucionalidad en tanto representación está conectado con lo que la gente “realmente piensa” (2)²⁷⁰. Veamos.

(1) Alexy nos explica que los argumentos constitucionales se pueden distinguir unos de otros, en la medida en que sean buenos, malos, mejores o peores. Así, el control de constitucionalidad no admite todo, sino que se basa en una argumentación racional y por tanto objetiva²⁷¹. Ciertamente -concede el

²⁶⁷ No encuentro relación alguna entre el procedimiento de decisión por mayoría al interior de un tribunal y el vínculo electoral indirecto que mantendría la representatividad de los mismos, presentada por Kumm aquí.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 207. Que por lo demás, explica el autor, históricamente se encuentra en otras instituciones democráticas como la Presidencia y el Senado de los Estados Unidos de América, que eran considerados instituciones representativas a pesar de que –hasta el temprano siglo XX- fueron elegidos mediante colegios electorales y legislaturas estatales respectivamente. En este sentido vale agregar que la idea misma de representación política implica la intermediación o la idea de acción política “indirecta”. Urbinati, Nadia, “Representation as advocacy”, ob. cit., p. 758.

²⁶⁹ Alexy, Robert, “Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa”, ob. cit., pp. 62-63.

²⁷⁰ Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, ob. cit., p. 16.

²⁷¹ Este argumento entra en combinación con otro que Alexy llama de la “discrecionalidad” y que viene a decir que en los casos de “empate” o “punto muerto”, o sea, en los que no sea claro qué argumento es mejor o en los que falte certeza empírica o normativa, debe darse deferencia al legislador. En otras palabras, el Parlamento es libre para decidir lo que desee.

autor- la teoría del discurso racional que da sustento a la argumentación no excluye el desacuerdo razonable; sin embargo excluye la idea de que todos los desacuerdos son razonables²⁷². Y en todo caso -según Alexy- el control judicial es un proceso de aproximación hacia la corrección o la verdad, “[e]s nuestro mejor medio para acercarnos a lo que es discursivamente necesario”²⁷³.

(2) Ahora bien, sigue Alexy, “La existencia de argumentos buenos o plausibles es suficiente para la deliberación y la reflexión, pero no para la representación. Para esto, no sólo es necesario que los tribunales sostengan que dichos argumentos son argumentos del pueblo, sino que, además, *un número suficiente de personas acepte, por lo menos a largo plazo, estos argumentos como razones de corrección*”²⁷⁴. Así para el profesor alemán, el nivel ideal de la argumentación y corrección, se conecta con el nivel *real* de la aceptación actual²⁷⁵.

Ese nivel real –antes obviado²⁷⁶- se trasladaría de la elección a la aceptación, es decir, a una especie de convalidación *ex post facto* que reuniría dos condiciones fundamentales a fin de ser una verdadera representación argumentativa: primero, la existencia de argumentos correctos o razonables, y segundo, la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos o razonables, por la mera razón de que son correctos o razonables²⁷⁷. Así, concluye Alexy, el control de

Alexy, Robert, “Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa”, ob. cit., p. 56.

²⁷² Alexy, Robert, “Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa”, ob. cit., p. 63. Lo que ocurre es que ante estas diferencias de apreciación, el que tiene la última palabra es el Tribunal Constitucional, que según Alexy controla los límites de la competencia del legislativo, sobre unos parámetros que aunque el autor diga que son objetivos, no dejan de ser controvertidos. Sobre el problema de la objetividad ya se ha dicho bastante en el capítulo 2 de esta tesis, a donde remito.

²⁷³ Alexy, Robert, “Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa”, ob. cit., p. 64.

²⁷⁴ Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, ob. cit., p. 17, las cursivas me pertenecen.

²⁷⁵ Alexy, Robert, “Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa”, ob. cit., p. 64.

²⁷⁶ Pues como se dijo, Alexy habla de una representación *puramente argumentativa*, donde la dimensión ideal es dominante. Aunque aquí dice que esa dimensión ideal no es suficiente para que haya representación.

²⁷⁷ Retomando estos mismos argumentos, en conjunto con los de Nino y Ely, Rodolfo Vázquez realiza una defensa al control judicial rígido de constitucionalidad, con una intervención activa de los jueces. Véase Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.), *El canon noconstitucional*, ob. cit., pp. 381-402, especialmente pp.398-401. Aquí nuevamente puede notarse cierto elitismo en tanto y en cuanto la ciudadanía “idónea” para la

constitucionalidad sólo puede tener éxito si los argumentos presentados por el tribunal constitucional son razonables, y si un número suficiente de miembros de la comunidad son capaces de ejercitar sus capacidades racionales y deseen hacerlo²⁷⁸. Por lo que: "...si la razón justifica el constitucionalismo democrático, como pienso que lo hace, entonces el control judicial se justifica como uno de sus elementos necesarios"²⁷⁹.

Más problemas se encuentran aquí. Por empezar con su primer argumento, difícilmente pueda salvarse el hecho del desacuerdo. Por más que Alexy admita que su teoría sirve sólo para excluir los desacuerdos *no razonables*, no nos da una razón de por qué ante desacuerdos razonables, tengan que ser los jueces los que tengan la última palabra, ni por qué ellos serían los que más se acercarían a la verdad o corrección²⁸⁰.

Es que aun cuando el tribunal sea deferente al legislador en muchos casos (en aplicación de la tesis de la discrecionalidad), en definitiva será el propio tribunal el que decida ese grado de deferencia²⁸¹. Sin contar que, como ya se dijo, de acuerdo con las propias tesis de la teoría discursiva, una participación incluyente e igualitaria es condición básica para alcanzar soluciones más correctas. Alexy vuelve a invocar el argumento sustantivo para responder a esta cuestión. Ahora bien, si esta es una de las bases para aceptar la representación argumentativa, es muy endeble.

aceptación racional y razonable de la argumentación judicial incluiría principalmente a los responsables de los medios de comunicación y a la comunidad académica y universitaria. También del autor y con especial referencia a México, "Justicia constitucional, derechos humanos y el argumento contramayoritario", en Rodolfo Vázquez (ed.) *Normas, razones y derechos. Filosofía jurídica contemporánea en México*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 237-256, pp. 244 y ss.

²⁷⁸Alexy, Robert, "Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa", ob. cit., p. 64 y también "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", ob. cit., p. 17.

²⁷⁹Alexy, Robert, "Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa", ob. cit., p. 64.

²⁸⁰Para Alexy los argumentos del tribunal como razones de corrección son los argumentos correctos o razonables que tienen ese carácter porque derivan de un procedimiento en el que se cumplen las reglas y las formas de la argumentación, pero que no pueden producir ninguna certeza definitiva, por lo que son provisionales y refutables. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., pp. 36, 37, 38, 137, 177, 201, 238, 264, 278, 279.

²⁸¹Como señala Kumm, "*Disagreement over a particular issue is reasonable, if and only if it falls within the domain of discretion defined as the result of balancing the relevant substantive and procedural principles*. This means that it is not possible to define the domain of reasonable disagreement in some abstract way", Kumm, Mattias, "Alexy's Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review", ob. cit., pp. 211-212. Las cursivas en el original.

Como adelanté, la noción de representación vinculada a la deliberación tiene poco que ver con esta búsqueda de corrección *alexiana*, sino que se vincula al desacuerdo y a la libertad de expresión. De hecho, estos elementos son los que darían sentido a la votación, que presume la evaluación y discriminación entre opiniones articuladas²⁸². Así se establece un *continuum* entre participación y representación, que es imposible de establecer en la concepción argumentativa alexyana.

Para romper este *continuum* de forma “justificada” Alexy esgrime otro argumento, “formal”, que es tangencial y que remite a un argumento que ya esbozara Dworkin en sus primeros trabajos, cual es el *nemo iudex in sua causa* o lo que es lo mismo, “nadie puede ser juez de su propia causa”²⁸³. Así dice distinguir el problema de la última instancia del problema del control: “Si no hay revisión judicial de constitucionalidad, no hay control del poder judicial con respecto a la cuestión de si –al seguir sus propias evaluaciones de los requisitos de los derechos constitucionales- [el legislador] ha violado estos derechos”. En efecto, que la última instancia no tenga a su vez un control sobre sí, no significa que no se puedan controlar instancias que no son definitivas²⁸⁴.

Pero la cuestión así planteada, en términos dicotómicos, es una falacia²⁸⁵. Se pueden articular distintas formas de control, incluso la de los tribunales, sin tener que sacrificar el autogobierno ni caer en respuestas objetivistas. Por un

²⁸² Urbinati, Nadia, “Representation as advocacy”, ob. cit., p. 765. Estas ideas remitirían al modelo ateniense de democracia, descrito y criticado por Rousseau y tomado por J. S. Mill y Madison para sus desarrollos.

²⁸³ Dworkin perfiló este argumento en *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 223. Según él, “...hacer que la mayoría sea juez en su propia causa parece incongruente e injusto”. El argumento fue rebatido por Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, ob. cit. pp. 1400 y ss. aunque creo que no de manera satisfactoria. Es que si bien es cierto -como afirma Waldron- que los derechos de los jueces de las cortes supremas también se ven afectados por las decisiones que ellos mismos toman, eso no quiere decir que la decisión que juzgan –la ley - haya sido expedida por ellos. En suma se trata de evaluar una de las posibles interpretaciones de esos derechos que hizo la mayoría parlamentaria. Un desarrollo de esta crítica en Niembro Ortega, Roberto, “El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano”, *Foro, Nueva Época*, vol. 16, nº 2, 2013, pp.11-56, pp. 36 y ss.

²⁸⁴ Alexy, Robert, “Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa”, ob. cit., p. 58.

²⁸⁵ Con esto me refiero a la afirmación de Alexy de que “La inseguridad relativa a los resultados que tiene el discurso iusfundamental, conduce a la necesidad de una decisión iusfundamental autoritativa. Si la mayoría parlamentaria no ha de auto-controlarse, lo que significaría ser juez en su causa propia, *queda sólo la posibilidad de un control por parte del Tribunal Constitucional*, cualquiera que sea su forma”. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 509, la cursiva me pertenece. Lo que implica no considerar ninguna otra alternativa como posible.

lado, piénsese en las ideas que propusieron los radicales cuando discutían con los liberales en ocasión de la redacción de la Constitución norteamericana de 1776²⁸⁶. Ante la necesidad de establecer controles, tanto frente al peligro de que los legisladores tomaran decisiones “precipitadas, repentinas e impulsivas”, cuanto sobre los funcionarios públicos mismos para evitar la expansión constante de poder; los radicales favorecieron los controles externos o exógenos, es decir, aquellos provenientes de la masa del pueblo²⁸⁷. Así propiciaron la publicidad de los actos del legislativo y sus motivaciones, la apertura en sus discusiones, el acercar a los ciudadanos a sus representantes y una variedad de mecanismos institucionales que no viene al caso traer aquí.

Por otro lado, incluso manteniendo un control judicial, se pueden pensar en sistemas débiles donde la última palabra no quede en manos de esos mismos tribunales²⁸⁸. Así cabría la posibilidad institucional de que el parlamento por medio de sus representantes responda a las sentencias, revisando las razones que las sustentan y fomentando un diálogo inter-orgánico (*ongoing discussion*) mucho más acorde con los principios que el propio Alexy parece sostener²⁸⁹.

²⁸⁶ Para este punto sigo a Gargarella, Roberto, “La lectura Mayoritaria del Estado de Derecho”, en Mariano Melero (coord.) *Democracia, Deliberación y Diferencia*. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2007, pp. 17-35.

²⁸⁷ Algo que, en muchos casos, venía acompañado de una fuerte sospecha del propósito real y el efecto de los mecanismos contramayoritarios. Gargarella cita a Samuel Williams de Vermont, quien expuso claramente esta postura. Afirmó: “*la seguridad del pueblo no se deriva de la aplicación bella e ideal del sistema de frenos y contrapesos, y de los poderes mecánicos entre las diferentes partes del gobierno, sino de la responsabilidad y dependencia de cada parte del gobierno, sobre el pueblo*”. El principal mal a remediar era entonces “la tiranía de la minoría”. Así Vermont explicaba: “[T]an pronto como el poder delegado se aleja de las manos del poder constituyente, [...] la tiranía se establece en algún grado”.

²⁸⁸ Incluso Alexy ensaya una solución prometedora al decir: “Ante tal estado de cosas [refiriéndose a la dificultad de llegar a respuestas correctas en casos controvertidos], el discurso en varios niveles entre el Tribunal Constitucional, el legislador, la opinión pública y la ciencia, y en el que la decisión aquí esbozada no habrá de ser la última palabra, resulta más adecuado para el problema que la decisión de una mayoría simple en el Parlamento, pues éste decidiría como juez en su propia causa”. Alexy, Robert, “Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático” en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., p. 47. Lamentablemente, esta propuesta no se desarrolla y pierde fuerza si se considera el resto de las formulaciones de Alexy.

²⁸⁹ Incluso se podría fomentar una combinación de controles endógenos y exógenos. En el mismo sentido Elías Díaz, admitiendo la necesidad ineludible de controles para la existencia de un Estado de Derecho nos propone que “la fiscalización (a la Administración) se realice desde la ley y, además, que la voluntad popular –el electorado– aparezca como fuente primaria de legislación y como último y decisivo órgano de control político” en Díaz, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, ob. cit., p. 108.

En realidad, lo que Alexy propicia es el control judicial con supremacía judicial²⁹⁰ sobre el poder representativo. Es más, el tipo de representación argumentativa que propone Alexy expulsa el elemento de control que tiene ínsito toda representación. Como ya apunté *ut supra*, el que la representación esté vinculada a las elecciones, hace que cumpla una función de control sobre la actividad pasada de los representantes, pudiéndoselos “premiar o castigar” por medio del voto. Al desvincular la representación de la voluntad popular, se deja a los tribunales sin ninguna instancia de control por sus actos y se menosprecia la importancia que puede tener continuar el procedimiento discursivo con posterioridad a la sentencia.

Volveré ahora a Alexy para considerar su segundo argumento. La idea de una aceptación popular *ex post facto* como elemento *real* de la representación complica aún más las cosas. Alexy no da ningún parámetro efectivo de comprobación de esa aceptación, sino que más bien da por sentado que ocurrirá. Así no nos dice qué número de personas tendrían que aceptar los argumentos del tribunal como razones de corrección para que la representación se diera de modo “suficiente” (y con ésta, la justificación del control de constitucionalidad). Tampoco nos dice qué plazo tendríamos que esperar para que esa aceptación fuera efectiva. Él alega que aunque sea debe darse en el “largo plazo”, pero por mientras ¿qué sucede? ¿Estaría el control de constitucionalidad justificado o no? Y, en todo caso, si hay razones de corrección para aceptar las decisiones de los tribunales (lo que implica que se cumplió con el procedimiento deliberativo), ¿por qué sería necesario que un número suficiente de personas las aceptaran? Y por el contrario, si a la postre esa aceptación no se da. ¿Cómo podríamos saberlo? ¿Y si la gente “acepta” las decisiones del tribunal no por razones de corrección sino por inercia, o porque no cuenta con mecanismos efectivos para hacer valer su desacuerdo?²⁹¹

²⁹⁰ Volveré sobre este concepto más adelante.

²⁹¹ Otros defensores del control judicial de constitucionalidad han intentado minimizar la objeción democrática por el camino de demostrar, empíricamente, que a la postre “el pueblo” termina avalando/ legitimando las decisiones judiciales. Así Barry Friedman con su teoría del “constitucionalismo popular mediado” desarrolla un estudio por el que pretende probar la tendencia congruente que existiría entre decisiones judiciales y opiniones mayoritarias y, el respaldo popular que existiría hacia la práctica del control judicial, incluso ante casos en donde la opinión pública fuera contraria a la decisión de la Suprema Corte norteamericana. Véase Friedman, Barry, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court*

Muchas cosas quedan en el aire. Supongo que la idea de Alexy ante decisiones judiciales impopulares, no aceptadas o incorrectas, es que la gente se movilice de tal forma que logre una reforma constitucional. Pues como dice: “[q]uien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales –esto es, en la práctica, quien logre que sea la adoptada por el Tribunal Constitucional Federal-, habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo *habrá convertido en parte de la Constitución su propia concepción sobre los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política*, de modo que habrá convertido en insuficiente una mayoría parlamentaria simple y tan sólo el propio Tribunal Constitucional Federal o bien la mayoría de los dos tercios exigida para la reforma constitucional por el artículo 79.2 LF podrán alterar un tal estado de cosas”²⁹². Pero la dificultad y los costes de lograr “alterar un tal estado de cosas” que decidió el Tribunal a través de una reforma constitucional, más bien hacen pensar que su posición será la que primará por defecto, independientemente de su corrección o la aceptación que pudiera lograr.

En definitiva considero que todos estos problemas surgen porque se intenta incorporar dos parámetros diferentes de legitimidad en una misma fórmula: la corrección moral y la aprobación popular, siendo que naturalmente se encuentran en tensión. Nos importa que las decisiones sean “correctas”, con las dificultades epistémicas y metodológicas que ello conlleva; y que sean tomadas por los afectados atendiendo al procedimiento para lograrlo, en este

and Shaped the Meaning of the Constitution, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2009, del autor también "Mediated Popular Constitutionalism", *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003, hay traducción al español de Margarita Maxit en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, nº 1, 2005, pp.123-160. Una idea que también ha recibido numerosas críticas, véase Gargarella, Roberto, “Acerca de Barry Friedman y el ‘constitucionalismo popular mediado’”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, nº 1, 2005, pp. 161-167. De cualquier modo y a pesar de las similitudes, no es este el camino que toma Alexy, que en ningún momento pretende demostrar su tesis empíricamente y aunque así pudiera, no encuentra allí el fundamento para su posición. De hecho afirma que “Las valoraciones de la colectividad no se pueden determinar con exactitud en muchos casos. Incluso con la ayuda de los métodos de las ciencias sociales aparecen con frecuencia valoraciones que no son los suficientemente concretas como para poder servir como fundamento de la decisión”. Por lo que concluye: “... se debe exigir un modelo que, por un lado, permita tener en cuenta las convicciones extendidas y los resultados de las discusiones jurídicas precedentes y, por otro lado, deje espacio a los criterios de lo correcto”. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 31.

²⁹² Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, ob. cit., pp. 36-37. La cursiva es mía.

caso, a la aceptación popular suficiente aunque sea a largo plazo²⁹³. Pero sin terminar de ser conscientes de que puede darse la una y no la otra y en ese caso, se tendrá que buscar un procedimiento para resolverlo, sin hacer de cuenta que el problema no existe.

Alexy es más que consciente de este problema. De hecho lo plantea claramente cuando analiza la relación entre derechos humanos y democracia. En efecto explica que existen tres formas de contemplar esta relación: una *forma ingenua*, según la cual no existen conflictos. Una *concepción idealista* (o modelo *rousseauuniano*) que reconoce el conflicto pero considera que la reconciliación no se halla en este mundo, sino en el ideal de una sociedad bien ordenada, donde tanto el pueblo como sus representantes políticos, no están en absoluto interesados por lesionar los derechos fundamentales de ciudadano alguno por medio de decisiones parlamentarias mayoritarias, sino todo lo contrario. Este modelo resulta inalcanzable según el autor. Por esta razón, considera correcta sólo la *concepción realista*, según la cual la relación entre derechos humanos y la democracia se caracteriza por dos constataciones opuestas: 1) Los derechos fundamentales son profundamente democráticos. 2) Los derechos fundamentales son profundamente antidemocráticos; y la cuestión será cómo hallar una vía media entre ambas posiciones²⁹⁴.

Su vía intermedia es la representación argumentativa, pero insisto esta vía no resuelve de ninguna manera la objeción democrática. Claramente no lo hace en los casos en donde las decisiones judiciales no son aceptadas por la población, ni siquiera en el largo plazo -tomando las decisiones no representativas-. En ese sentido, ni tomando prestada la idea de Dworkin de que es dable esperar que “[las] decisiones verdaderamente impopulares [de los tribunales resulten] erosionadas por la renuncia de la adhesión pública”²⁹⁵ se justifica que intertanto tengan la autoridad final para anular acciones del parlamento. Pero tampoco la resuelve en los casos en que se comprobara la aceptación posterior de las personas, pues deja a los ciudadanos en un papel de meros ratificadores de decisiones tomadas por otros, que podría darse

²⁹³ Suponiendo que este parámetro logra dar en el blanco de la legitimidad democrática.

²⁹⁴ Alexy, Robert, “Derechos fundamentales y estado constitucional democrático”, ob. cit., p. 37-38.

²⁹⁵ Cita de Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, ob. cit., hecha por Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, ob. cit., p. 66.

también en caso de que las decisiones las tomara un dictador benevolente, un consejo de reyes filósofos, etc.

Lo que en el fondo avala la justificación de Alexy del control judicial es una idea más profunda que diferencia lo *argumentativo* (como jurídico) de lo *político*. Así según el autor, lo argumentativo estaría en el campo de la “reconciliación”, pues representaría “aquello que ciudadanos racionales con concepciones personales del bien distintas consideran como condiciones de cooperación social justa tan importantes como para que el simple Legislador no pueda decidir sobre ello”²⁹⁶.

Sobre esto, además de llamar la atención de que en la cita se encuentran dos ideas distintas que no se siguen una de otra: la una, que existan condiciones de cooperación social justa compartidas por los ciudadanos racionales y la otra, que tengan que ser sacadas del ámbito de decisión del legislador. Me interesa cuestionar la diferenciación misma entre estas supuestas condiciones *jurídicas* y lo *político*, donde parece que sí valdría el pluralismo y por ello, el desacuerdo. Algo dije en el último apartado del capítulo anterior cuando critiqué la subordinación de lo político a lo jurídico en Ferrajoli. Aquí valdrían esas mismas críticas, pues si bien se admite cierta “relación” entre ambos terrenos, se postula que el derecho constitucional, materia de argumentación y racionalidad, trata sobre los límites de la política. Esto haría pensar que la representación argumentativa no es representación política y por tanto, no entiendo en qué punto seguiría siendo representación democrática²⁹⁷.

En conclusión, frente a la tensión que genera el control judicial de constitucionalidad con la democracia, se sacrifica esta última en pro de una solución sustancialista, atada a la corrección moral que se supone se encuentra en manos de los tribunales. De allí en más, no se encuentran mayores justificaciones, dado que la idea de representación argumentativa está lejos de ser una idea con bases sólidas y no explica por qué no podrían encontrarse soluciones correctas y aceptables en el marco de la representación

²⁹⁶ Alexy, Robert “Derechos fundamentales y estado constitucional democrático”, ob. cit., p. 40. Pero, como apunta García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la Moralidad*, ob. cit., p. 116, la viabilidad (legitimidad) de una concepción como esta en el plano político depende de la posibilidad de establecer alguna instancia de objetividad (semántica y ética) que permita fiscalizar las decisiones jurisdiccionales.

²⁹⁷ A no ser que se tomara una concepción orgánica de representación, que creo incompatible con los postulados discursivos de Alexy.

política del parlamento, que se da por sentado es democrática, máxime cuando es el foro que más se compadecería con la teoría del discurso de la que parte.

2.4.- Luigi Ferrajoli

Como se ha visto a lo largo de la tesis, Luigi Ferrajoli se enfrenta a los planteamientos del neoconstitucionalismo conceptual desde su teoría neopositivista llamada *garantismo*. Al mismo tiempo, el autor tiende a coincidir con los neoconstitucionalistas en los arreglos institucionales que propicia para las democracias constitucionales²⁹⁸. Esto genera, como ya se pudo apreciar, contradicciones teóricas y desavenencias empíricas que, en el caso del control judicial de constitucionalidad, son patentes.

Permítaseme entonces pasar a las consideraciones que el autor hace respecto de la justicia constitucional, para luego detenerme un poco más en la teoría de la democracia en la que se apoya y encuentra sustento.

a) Del derecho penal a la justicia constitucional

Se podría acordar que la obra “maestra” de Luigi Ferrajoli es *Derecho y Razón*, en la cual presenta su *teoría del garantismo penal*. Es en este extenso trabajo donde el autor italiano aborda con mayor profundidad la “justificación” de la jurisdicción, especialmente de la jurisdicción penal.

Así, con una lógica propia de las particularidades de la disciplina penal, el autor comienza por distinguir entre los parámetros de justificación racional y legitimidad política de la *actividad de gobierno*, que están constituidos por el criterio de aceptabilidad justificada (en relación con el éxito práctico de la satisfacción del interés público o con el consenso mayoritario); de la justificación de la *jurisdicción*, que bajo esos criterios sería inaceptable²⁹⁹. La

²⁹⁸ Más allá de que Ferrajoli insista en que su teoría es descriptiva de las democracias constitucionales, ya he resaltado que la misma tiene un elemento normativo o prescriptivo importante y, en todo caso, cuando el autor sale del análisis teórico para ubicarse en el plano filosófico político, alaba las coincidencias.

²⁹⁹ Ferrajoli distingue estas dos funciones públicas pues a su criterio tienen distinta naturaleza y por tanto deben ser independientes: la función de gobierno (o política) y la función judicial (o de garantía). Estas funciones serían reconducibles *grosso modo* a las dos dimensiones de la experiencia: voluntad y conocimiento, poder y saber, disposición y decisión, consenso y verdad, producción y aplicación del derecho, *legis-latio* y *iuris-dictio*, la primera vinculada a la esfera de lo decidible y la segunda a la esfera de lo indecidible. Véase Ferrajoli, Luigi, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*, trad. de Miguel Carbonell, Instituto Nacional de

única justificación aceptable de las decisiones judiciales -en materia penal-, según Ferrajoli, es la representada por la verdad de sus presupuestos jurídicos y fácticos³⁰⁰. Llegando así a un esquema cognoscitivo de justificación.

En efecto, el autor establece un “nexo entre legitimidad y verdad que asegura este esquema, epistemológico y normativo al mismo tiempo...” y que “representa el fundamento político de la división de poderes, de la independencia del poder judicial y de su sujeción *solamente* a la ley”³⁰¹. De allí es que la función judicial (particularmente la penal) difiera de todas las demás funciones del Estado, pues es una actividad cognoscitiva siempre referida a la búsqueda de la verdad objetiva. Y si bien Ferrajoli acepta que las decisiones que intervienen en el juicio penal expresan un *poder*, se trata a su criterio de un poder “de comprobación” o “de verificación” distinto de cualquier otro poder público³⁰².

Ahora bien, las condiciones para llegar a la verdad procesal no siempre se cumplen y en ese sentido, “se abren en el juicio espacios de incertidumbre que corresponden a otros tantos espacios de poder”³⁰³. No me detendré aquí en todos los problemas y sub-problemas que analiza Ferrajoli en el ámbito penal, sino sólo en algunos que servirán luego para pensar la justificación del papel de la judicatura en la evaluación de la constitucionalidad de las leyes.

Así, por caso, el autor plantea los problemas de vaguedad e indeterminación del lenguaje que no permiten determinar la intención y extensión de la norma con relativa certidumbre. En ese sentido nos dice: “Las proposiciones en las que aparecen no son verificables ni refutables, al no tener ningún valor de verdad y al ser todo lo más argumentables con referencia a

Ciencias Penales, México, 2010, p. 3. Ya he hecho una crítica de este tipo de dicotomías cuando critiqué la clásica que se establece entre “razón y voluntad”, en el capítulo anterior, nota al pie nº 9, a donde remito.

³⁰⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, ob. cit., p. 68. Entendida la verdad -procesal- como correspondencia, donde el presupuesto fáctico se desprende de una inferencia inductiva (prueba) y el jurídico de una inferencia deductiva (subsunción), *ibidem*, p. 64.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 69.

³⁰² *Ídem*. Permítaseme al pie una aclaración casi obvia, cuando Ferrajoli habla de poder de verificación de los jueces, está suponiendo un sistema de estricta legalidad, es decir de taxatividad y precisión empírica de las formulaciones legales (p. 35) con estricta juridicidad (garantías procesales). Así, en un ejemplo muy simplificado, los silogismos que se pueden verificar son si X ha cometido un hecho H, si H configura el delito D, por tanto si X ha cometido el delito D, y dada la norma “Quien cometa el delito D debe ser castigado con la pena P”, la conclusión termina siendo que X debe ser castigado con la pena P. Así la sentencia del juez que condena a X a P, es una sentencia verificable.

³⁰³ *Ibidem*, p. 117 y 166.

otros valores”³⁰⁴. Lo mismo ocurre con el problema de la inclusión de términos *valorativos* en el lenguaje legislativo, insoluble sin opciones discrecionales³⁰⁵.

Entonces, la “taza de irracionalidad y de ilegitimidad”³⁰⁶ que generan estos espacios de incertidumbre es variable³⁰⁷, pero, advierte el autor: “Puede alcanzar formas extremas de arbitrio cuando los vicios [...] son tales que excluyen [...] toda referencia empírica o extensional de los términos empleados en el juicio penal”. En estos casos hay “poder de disposición” del juez, que exige decisiones discrecionales no sobre la verdad sino sobre valores distintos, de tipo ético-político³⁰⁸. Este poder, sentencia Ferrajoli, “es siempre producto de carencias o imperfecciones del sistema y como tal es patológico y está en contraste con la naturaleza de la jurisdicción. Su ejercicio no supone motivaciones cognoscitivas, sino sólo opciones y/o juicios de valor de los que no es posible ninguna caracterización semántica...”³⁰⁹.

De todos modos, afirma Ferrajoli, “[u]na actividad cognoscitiva, aunque incluya inevitablemente opciones, convenciones y momentos de decisión, no puede, por principio, someterse a otros imperativos que no sean los inherentes a la investigación de la verdad. [...] El principio de autoridad, aunque la autoridad sea ‘democrática’ y expresión de la mayoría o incluso la unanimidad de los asociados, no puede ser nunca un criterio de verdad”³¹⁰. De allí que: “El fundamento de la división de poderes y de la independencia de la función judicial de los poderes legitimados mayoritariamente descansa, en suma, no sólo en la intrínseca ilegitimidad de funciones jurisdiccionales informadas por el principio de autoridad [...] sino más bien en el principio de verdad”³¹¹. “La carencia de legitimación legal que aqueja al juicio como consecuencia de los

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 120.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 123.

³⁰⁶ Véase también p. 169 “El problema del carácter político de la función judicial. La ilegitimidad del poder de disposición”.

³⁰⁷ Ferrajoli llama “poder de denotación” a la potestad del juez necesaria para integrar los espacios irreducibles de discrecionalidad dejados abiertos por los defectos inevitables de denotación del lenguaje legal y del lenguaje común. *Ibidem*, pp. 128-129.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 129.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 167. Y refuerza: “El *poder judicial de disposición* consiste precisamente en esta autonomía del juez, llamado a integrar después del hecho el supuesto legal con valoraciones ético-políticas de naturaleza discrecional”, p. 171. “De ahí se sigue [...] una *ilegitimidad política* estructural del poder de disposición del juez de las decisiones en las que se expresa” que “está afectado también por una *ilegitimidad jurídica* no menos estructural”, p. 172.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 544.

³¹¹ *Ibidem*, p. 545. A lo que agrega otra diferencia de estas actividades, cual es que la función jurisdiccional no interviene en casos generales en función de intereses generales, sino en casos particulares y, más concretamente, individuales.

espacios de discrecionalidad potestativa *no es suplible mediante otras fuentes de legitimación*³¹².

A mi criterio, dos cuestiones resultan claras de lo transcrito: una es que no es difícil compartir estas formulaciones para el ámbito penal y la otra es que esto poco tiene que ver con el ámbito constitucional. Me explico, mientras resultan garantías fundamentales del Estado de Derecho para cualquier persona el *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine crimine et sine culpa*, y con respecto a estas evaluaciones al momento de un juicio, se podría hablar - como lo hace Ferrajoli- de relativa verificabilidad³¹³. Por el contrario, cuando lo que se está sometiendo a juicio son leyes en su contrastación con normas constitucionales, esa verificabilidad se pierde casi completamente. De más está decir que justamente en el ámbito constitucional es donde se presentan en mayor medida aquellas particularidades del lenguaje jurídico que Ferrajoli detecta como problemáticas para el ámbito penal. El lenguaje constitucional es (y como vimos en el capítulo anterior, para muchos es bueno que así sea) abierto, vago y cargado de valor.

Este rasgo en la formulación de normas constitucionales tiene que ver con la función que están llamadas a cumplir. Como señala Tushnet, la constitución es una “ley política”³¹⁴ y esto quiere decir, en cuanto “ley”, que es en cierto grado “retrospectiva”, es decir, que su análisis involucra un ejercicio de interpretación de textos, precedentes y prácticas pasadas. Pero que sea una ley “política” implica un cierto carácter “prospectivo”, o sea, un ejercicio acerca de lo que se juzga será mejor para la sociedad en adelante, sin especial referencia a eventos pasados³¹⁵. Esto implica que no se puede pensar en la

³¹² *Ibidem*, p.547. La cursiva me pertenece.

³¹³ En palabras de Ferrajoli: “...en el derecho penal, puesto que la taxatividad y por tanto la verificabilidad del supuesto típico, es la principal garantía del imputado frente al arbitrio, la fuente de legitimación sustancial, tanto interna como externa, se identifica en gran medida con la formal derivada de la máxima sujeción del juez a la ley, tal como resulta asegurada por la estricta legalidad y en consecuencia por la estricta jurisdiccionalidad penal”. *Ídem*.

³¹⁴ Tushnet, Mark, “Popular constitutionalism as political law”, *Chicago Kent Law Review* 81, 2006, p. 991.

³¹⁵ *Ibidem*, pp. 992-993. Post, Robert y Siegel, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, *California Law Review* 92, 2004, pp. 1037-1038 realizan una distinción similar entre “constitutional law” y “Constitution” donde la primera reflejaría las opiniones de la Corte (y en ese sentido serían retrospectivas) y la segunda -más importante- expresaría las creencias fundamentales de “nosotros el pueblo”. Entre estas dos nociones habría una relación dialéctica que debería tender al equilibrio.

“aplicación” de la constitución en términos técnicos, como un acto “cognitivo” de mera constatación y subsunción, carente de disposición.

Justamente, porque los derechos constitucionales distan mucho de ser claros e incontrovertidos, el reconocimiento e intento de solución de esas ambigüedades y conflictos ha sido materia del constitucionalismo desde sus orígenes. Esto, no sólo a través de las teorías de la interpretación (originalista, literalista, teleológica, etc..) que han llegado, con el neoconstitucionalismo, a las modernas teorías de ponderación; sino también en cuanto a la definición de quién debe tener la responsabilidad para asumir esa tarea.

Pero esto no parece ser notado por Ferrajoli, que más bien niega esos conflictos y con ello, la política interna del propio derecho, pretendiendo incluso su erradicación. Esta actitud no sólo me resulta ingenua, sino también peligrosa, en tanto esconde tras un discurso neutral, decisiones políticas concretas (las que toman los jueces en sus interpretaciones, bajo el paraguas de constituciones *indecidibles*) y las impone a la mayoría. En este caso, pretendiendo trasladar su minuciosa teoría del garantismo penal, al ámbito constitucional³¹⁶. Veamos.

Ferrajoli por una parte acepta en el mismo *Derecho y Razón*, que las condiciones sustanciales de la validez constitucional, “consisten normalmente en el respeto de *valores* [...] cuya lesión produce una antinomia, es decir un conflicto entre normas de contenido o significado incompatible”³¹⁷. De allí se sigue que estos juicios no son ya juicios de hecho, sino juicios de valor, opinables y controvertidos, y como tales ni verdaderos ni falsos. Por tanto, “dado que el principio de legitimidad constitucional de las leyes no puede satisfacer la regla semántica con la que hemos caracterizado el principio de estricta legalidad de las motivaciones judiciales y que requiere la verificabilidad jurídica y avaloratividad de éstas [...] Si se quiere hablar de fidelidad o sujeción a la ley, aunque sea en sentido meramente potestativo, podrá hacerse sólo respecto de las leyes constitucionales”³¹⁸. Así, el poder de disposición de los

³¹⁶ Así luego de explicar la teoría del garantismo nos dice: “Estas tres acepciones de ‘garantismo’, de las que hasta aquí he proporcionado una connotación solamente penal, tienen a mi juicio un alcance teórico y filosófico general...” Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, ob. cit., p. 854.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 874.

³¹⁸ *Ibidem*, pp. 875-876.

jueces, según Ferrajoli, se encuentra “en principio excluido hacia abajo, pero debe ser admitido hacia arriba”³¹⁹

Pero por otra parte, el autor italiano no renuncia al fundamento cognitivo de la jurisdicción en general, por lo que intenta asimilar el derecho constitucional al derecho penal, auspiciando la mayor taxatividad del primero a fin de excluir cualquier consideración política o decidible³²⁰. Como vimos en el capítulo anterior, justamente su oposición al principialismo se basa en la necesidad de consagrar los derechos fundamentales en reglas, de modo que se achique lo más posible el grado de discrecionalidad en la interpretación³²¹. Enfáticamente nos dice que sería oportuno que la cultura constitucionalista, más que aceptar como inevitable la indeterminación del lenguaje constitucional y el conflicto entre derechos, promoviese el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible³²².

Además y ante las críticas de discrecionalidad por parte de los jueces al momento de interpretar derechos, sobre todo cuando se presentan conflictos entre éstos, Ferrajoli sostiene que los conflictos entre derechos son mínimos³²³, por tanto la actividad judicial se reduce a una tarea de “aplicación sustancial” de las normas que, de no ser respetadas por el legislador, tendrá que hacerse por vía jurisdiccional. El rasgo característico que distingue a la jurisdicción de cualquier otra actividad decisional entonces es la “constatación de lo que está previsto por la norma aplicada”, o sea, una tarea de subsunción o correspondencia³²⁴.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 877.

³²⁰ Ferrajoli, Luigi, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, ob. cit., pp. 2806-2807, 2812-2816. Donde dice textualmente, hablando del paradigma garantista del constitucionalismo rígido: “La legittimità della giurisdizione si fonda infatti, a mio parere, sul carattere quanto più possibile cognitivo dalla sussunzione e dell’applicazione della legge, dipendente a sua volta, ben più che dalla sua formulazione come regola, dal grado di tassatività e di determinatezza del linguaggio legale..”, (*Veritas non auctoritas facit iudicium*), p. 2813.

³²¹ Así, en la conversación que mantiene con Ruiz Manero sobre los modelos de constitucionalismo, Ferrajoli insiste en diferenciarse de los neoconstitucionalistas principialistas diciendo: “la vaguedad y la indeterminación no deben ser de ningún modo alentadas sino, por el contrario, censuradas y reducidas con el uso de un lenguaje lo más taxativo posible, como garantía de la máxima efectividad de los vínculos constitucionales impuestos a la legislación y a la jurisdicción, sobre la que se funda la legitimación política tanto de una como de otra” Ferrajoli Luigi, en Ferrajoli Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo*, ob. cit., p. 83.

³²² Ferrajoli, Luigi, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, ob. cit., pp. 2814-2815.

³²³ Sobre el punto remito al capítulo anterior.

³²⁴ Véase Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, ob. cit., vol. 1, pp. 530-534, 832-833; vol. 2, p. 75.

Así se confirma al fundamento cognoscitivo de la función judicial, explicándose que el rasgo distintivo de ésta consiste en la verificación de hechos o de situaciones³²⁵. Sobre todo, explica Ferrajoli, “su naturaleza [la de la jurisdicción] tendencialmente cognitiva, además de prescriptiva, es claramente reconocible por la motivación, de hecho y de derecho, que se exige a toda decisión judicial”. Y continúa: “Las sentencias [...] son siempre verificaciones de una violación, y exigen por tanto una motivación fundada en argumentos cognitivos respecto de los hechos y re-cognitivos respecto del derecho, de cuya verdad, aunque sea de forma aproximativa como es toda verdad empírica, depende tanto su *validez* o legitimidad jurídica, como su *justicia* o legitimidad política”³²⁶.

Difícilmente podamos aceptar que esto se condiga con la práctica actual de la justicia constitucional; que según la teoría *ferrajoliana*, estaría actuando ilegítimamente. Es que aceptar la teoría de Ferrajoli supone en el juez la realización de un mero silogismo sin que entre en juego la posibilidad de diferentes interpretaciones o conflicto de derechos. Es decir, para que su teoría pueda ser correcta, debe prescindir absolutamente de toda dimensión semántica de la teoría de la interpretación jurídica o asumir un convencionalismo semántico muy básico.

En este sentido, reflexiona Gargarella sobre lo que él llama el “argumento sobre la interpretación”, pareciera que la tarea de los jueces frente a la constitución es una tarea más bien automática, en la que, para conocer qué es lo que dice la constitución, bastaría con tomar el texto fundamental y leerlo. “Ocurre, sin embargo, que los jueces hacen mucho más que llevar adelante una ‘mera lectura’ de la Constitución. En efecto, en algunos casos, los jueces ‘incorporan’ al texto soluciones normativas que no estaban –al menos explícitamente- incorporadas en el mismo”³²⁷. Así, los jueces asumen la tarea de “desentrañar” posibles respuestas a situaciones conflictivas y no puede decirsenos, entonces, que “simplemente” nos han señalado lo que no habíamos visto, es decir, la voluntad de quienes redactaron la constitución. Más bien lo que ha sucedido, nos dice Gargarella, es que los jueces asumieron

³²⁵ Ferrajoli, Luigi, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*, ob. cit., p. 4

³²⁶ *Ídem*.

³²⁷ Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, ob. cit., p. 59.

la tarea que se decía no estaban asumiendo: “la de reemplazar a los legisladores –a la voluntad ciudadana, en general- en la resolución de cuestiones fundamentales”³²⁸.

Y esto, continúa el constitucionalista argentino, no sólo sucede en los casos en que falta una consideración constitucional explícita acerca de determinados “casos difíciles” -como podría ser por ejemplo el caso del aborto-, sino también cuando la constitución hace referencia a una solución normativa que, frente al caso concreto, no se sabe cómo interpretar exactamente. La libertad de expresión puede ser un ejemplo claro en este último sentido, cuya formulación no nos da respuestas ante, por ejemplo, expresiones terroristas, discursos de odio, publicaciones pornográficas, revelación de “secretos de estado” o incluso, financiación de campañas electorales³²⁹.

Claro está que sosteniendo una fundamentación como la de Ferrajoli, no se tiene que lidiar con los problemas de falta de justificación (en términos ético-político-democráticos) de las decisiones del poder judicial, desde que quita de su incumbencia (a sabiendas de que es imposible³³⁰) toda decisión y reminiscencia política. Por algo dicen sus comentaristas que “Ferrajoli no afronta directamente la fundamentación de la justicia constitucional”³³¹.

Ya anticipé que Ferrajoli realiza una distinción tajante entre derecho y política que claramente contradice la idea de la norma fundamental como “ley política” (con su reflejo en la interpretación). Esa distinción, el autor la extiende a su concepción sobre la legitimidad, estableciendo un “doble” rasero: una legitimidad política representativa para las instituciones de gobierno (circunscrita al ámbito de lo decidible), y una legitimidad legal para las instituciones de garantía (en el ámbito de lo indecidible)³³². A su vez, esto se

³²⁸ *Ibidem*, p. 60.

³²⁹ *Ídem*. Algunos de los ejemplos son propios.

³³⁰ Ferrajoli acepta que, desafortunadamente, el modelo ilustrado de la jurisdicción como actividad cognitiva de aplicación de la ley es un modelo teórico (y normativo) desmentido (y violado) de hecho por los amplios espacios de discrecionalidad. Ferrajoli, Luigi, “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho”, *ob. cit.*, p. 102.

³³¹ Pisarello, Gerardo, “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, *ob. cit.*, p. 7.

³³² Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, *ob. cit.*, vol. 1, p. 532, también véase pp. 822 y ss. donde el autor explica por qué deben mantenerse separadas estas instituciones y por lo cual considero que la distinción va en contra de un deseable diálogo inter-orgánico en materia de interpretación constitucional. Esta división entre instituciones de gobierno y de garantía, en cualquier caso es también bastante complicada de reconocer como parte de una teoría portadora de mayor capacidad explicativa de su objeto de investigación, como Ferrajoli pretende que tenga su teoría, *ibidem*, p. 18.

extiende a los “ámbitos de discrecionalidad profundamente distintos” propios de cada institución, estableciéndose una “discrecionalidad política” (propia de las funciones de gobierno y legislativas), y una “discrecionalidad judicial” (ligada a la actividad interpretativa y probatoria exigida por la aplicación de la ley al objeto del juicio); cada una remitiendo a las dos fuentes de legitimación³³³.

Así Ferrajoli insiste, dado el papel cognitivo de la jurisdicción, “no tiene sentido la alarma de quienes denuncian, frente al crecimiento de las intervenciones judiciales contra las violaciones de la ley por parte de los poderes públicos, el riesgo de la jurisdiccionalización de la política y de la politización de la justicia. De hecho, la jurisdicción no consiste en un control genérico de la legalidad para producir invasiones de campo en el ámbito de lo que es decidible en la política, ya que aquella interviene sólo sobre lo que no es decidible por la política, es decir, sobre los actos inválidos y sobre los actos ilícitos”³³⁴

b) La garantía de los derechos y la democracia sustancial

Más allá de que pareciera que con el argumento anterior Ferrajoli agota la justificación del poder judicial, el autor ensaya un segundo fundamento para legitimarla, cual es el papel de garantía de los derechos fundamentales³³⁵.

Este papel sería consecuencia del cambio de paradigma acontecido en la segunda mitad del siglo XX en las democracias avanzadas, que expandió el papel del derecho (el principio de legalidad se extendió y pasó a sujetar y

³³³ *Ibidem*, vol. 2, p. 74. Estos ámbitos de discrecionalidad implican decisiones que sin embargo, según Ferrajoli, entran en el ejercicio fisiológico de cualquier poder y cuyo espacio no es ciertamente generado, sino acaso reducido, por los límites y vínculos impuestos por los principios y derechos constitucionalmente establecidos. Así el espacio de *discrecionalidad judicial* está circunscrito por la sujeción a la ley y se limita por ello a la interpretación de las normas aplicadas, es decir, a su significado. Y concluye, “Esto debería bastar para ahuyentar el espantajo del llamado gobierno de los jueces”, p. 75.

³³⁴ Ferrajoli, Luigi, “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho”, ob. cit., p. 101. Pero como bien critica Greppi, “...este esquema no se sostiene sin la posibilidad de *conocer con certeza* tanto los límites de la competencia de cada uno de los poderes, como los contenidos básicos de actuación de cada uno de ellos. Por hipótesis, la constitución es el documento que establece la frontera entre lo decidible y lo no-decidible, el límite categórico entre las cosas que cada uno de los distintos poderes puede hacer y no hacer... Pero este es precisamente el problema: la precisión del límite”. Greppi, Andrea, *La democracia y su contrario*, ob. cit., p. 123. Lo cierto es que “La frontera entre sintaxis y semántica constitucional se vuelve inestable y acaba situándose en el centro mismo de la controversia política”, *ibidem*, p. 125.

³³⁵ Ferrajoli, Luigi, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*, ob. cit., p. 8.

limitar a todos los poderes del Estado) y con éste, el papel de la jurisdicción³³⁶. En este sentido explica Ferrajoli, “la sujeción a la ley y, ante todo, a la Constitución, de hecho, transforma al juez en garante de los derechos fundamentales, incluso contra el legislador, a través de la censura de la invalidez de las leyes que violan esos derechos”³³⁷.

Retomando la fundamentación anterior, para Ferrajoli la naturaleza cognoscitiva de la actividad jurisdiccional es “por sí sola suficiente para explicar el carácter no consensual ni representativo de la legitimación de los jueces y para fundar la independencia respecto a cualquier poder representativo de la mayoría”³³⁸. Es que justamente el papel del juez es el de contralor del poder (o contrapoder) y por ello, apunta Ferrajoli, es necesario garantizarle al poder judicial total independencia respecto de los otros poderes. De allí que su ubicación institucional sea caracterizada por su “exterioridad respecto del sistema político y por su alejamiento de los intereses particulares de los sujetos en cuestión”³³⁹.

Esta idea, que recordará a las ya expresadas por Dworkin, va a contramano de todas aquellas teorías que pretenden que los intérpretes judiciales de la constitución se acerquen a, escuchen y dialoguen con la ciudadanía, sea directamente o a través de sus representantes. Volveré sobre estas teorías en el capítulo siguiente, baste aquí recordar lo que ya se dijo cuando se comentó a Dworkin: no siempre el “aislamiento” de los jueces redundará en mejores decisiones, sean vistas éstas a nivel individual o social.

Pero para Ferrajoli, “Precisamente porque la legitimidad del juicio reside en las garantías de la imparcial determinación de la verdad, no puede depender del consenso de la mayoría que, desde luego, no hace verdadero lo que es falso ni falso lo que es verdadero”³⁴⁰. De allí sigue que, como “...los derechos fundamentales, según una feliz expresión de Dworkin, son derechos contra la mayoría, también el poder judicial instituido para su tutela debe ser un poder

³³⁶ Ferrajoli, Luigi, “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho” en Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p.88. En igual sentido véase Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, ob. cit., p. 208.

³³⁷ Ferrajoli, Luigi, “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho”, ob. cit., p. 93.

³³⁸ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, ob. cit., p. 214.

³³⁹ Ferrajoli, Luigi, “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho”, ob. cit., p. 100.

³⁴⁰ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, ob. cit., p. 214.

virtualmente contra la mayoría”³⁴¹. De esta manera, la expansión de la jurisdicción se configura también como un “límite a la democracia política”, si es que democracia se entiende como “omnipotencia de la mayoría y por lo tanto, de los poderes político representativos. Ese límite no tiene legitimidad “democrática” sino puramente “legal”³⁴².

Ahora bien, continua Ferrajoli, si entendemos la democracia también en la dimensión constitucional o “sustancial”, referente no a quién está capacitado para decidir (la mayoría), sino a qué no es lícito decidir (o no decidir) por parte de la mayoría, o incluso en la unanimidad; “estos cambios de paradigma proporcionan un fundamento nuevo para el papel del juez, ‘democrático’ en este segundo sentido, no antitético sino complementario al de la democracia política”³⁴³. En efecto, la jurisdicción en el nuevo paradigma, se convierte en la más importante de las funciones de garantía. Al desarrollar el papel central de garantía secundaria de los derechos fundamentales establecidos en la constitución, explica Ferrajoli, es el principal factor de la efectividad de “su dimensión sustancial”³⁴⁴.

Así, Ferrajoli no se preocupa por desarrollar una justificación de la justicia constitucional de cara a la objeción democrática, sino que la niega con este doble juego: si se parte de una perspectiva de la democracia “política”, mayoritaria o plebiscitaria³⁴⁵, simplemente afirma que es bueno que la justicia constitucional no sea mayoritaria. Para ello se apoya en el carácter cognitivo de

³⁴¹ *Ídem*.

³⁴² Ferrajoli, Luigi, “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho”, ob. cit., p. 95.

³⁴³ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, ob. cit., p. 212. Así, el carácter “democrático” de la jurisdicción residiría en primer lugar, en tutelar los derechos fundamentales, empezando por la vida y la libertad, que no pueden sacrificarse a ninguna voluntad de mayoría ni interés general o bien común; y en segundo lugar, en la sujeción de los poderes públicos a la ley, que es garantía máxima contra el arbitrio y contra las violaciones de la misma voluntad de la mayoría que produjo la ley. Ferrajoli, Luigi, “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho”, ob. cit., p. 96.

³⁴⁴ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, ob. cit., vol. 1, p. 831.

³⁴⁵ Quisiera destacar que esta equiparación que hace Ferrajoli de la democracia “mayoritaria” con la democracia plebiscitaria (véase Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, ob. cit., p. 25) es un error pero además, es tramposo. Los rasgos de la democracia plebiscitaria (concepción atribuida en su origen a Weber, Max, *Political Writings*, Cambridge Texts in the History of Political Thought, 1994) que es parlamentaria y no “presidencialista” como la define Ferrajoli, muy simplificadoramente apelan a una relación entre el líder carismático y las masas que aprueban su gestión, donde no hay una voluntad mayoritaria relevante (la voluntad relevante es la del líder, la masa solo escoge al líder). Esta concepción no puede contraponerse sin más como la contracara de la democracia sustancial, como pretende hacerlo Ferrajoli, pues existen muchas otras concepciones de la democracia procedimental (como opuesta a la sustancial), mucho más ricas que la descrita por Ferrajoli.

la jurisdicción y su diferente legitimidad legal (que no democrática)³⁴⁶ y en las falacias que –a su entender- sustentarían dicha concepción democrática. Si en cambio se parte de una teoría de la democracia constitucional o “sustancial” - acorde al cambio de paradigma reseñado-, entonces la justicia constitucional es perfectamente democrática desde que se yergue como garantía principal de los derechos fundamentales y límite del poder.

Empecemos por la primera perspectiva, la de la democracia política. Podría decirse que esta perspectiva surge de modo residual, por contraposición a la concepción de democracia sustancial que el autor italiano sostiene. Para Ferrajoli es posible identificar dos dimensiones de la democracia: una dimensión formal (que determina el *quién* y el *cómo* de las decisiones), que es condición necesaria y *sine qua non* para la misma y que se funda en la soberanía popular y la regla de la mayoría; pero que –a criterio de Ferrajoli- por sí sola no alcanza. Para que el término sea predicable, debe indicar también las condiciones suficientes que hacen a la dimensión sustancial (que indican *qué* se puede o no se puede decidir) y en presencia de las cuales se puede calificar a un sistema político como democrático³⁴⁷. Estas condiciones se encuentran expresadas en los derechos fundamentales, pues de su universalidad deriva el valor de igualdad, valor que a su vez es fundamento de la democracia sustancial.

Por eso afirma Ferrajoli: “Resulta así desmentida la concepción corriente de la democracia como sistema político fundado en una serie de reglas que aseguran la omnipotencia de la mayoría. Si las reglas sobre la representación y sobre el principio de la mayoría son normas *formales* en orden a lo que es *decidible* por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar *esfera de lo indecidible*” por esa mayoría³⁴⁸. Así, el autor italiano identifica la democracia política con la regla de la mayoría como procedimiento de toma de decisiones que no está sujeto a ninguna restricción sustantiva, y por tanto, capaz de adoptar decisiones con cualquier contenido. Y ante ella explica que, en la segunda posguerra mundial, se implementó un

³⁴⁶ Aunque de esta forma, según el autor, se estaría honrando la democracia, en tanto se estaría haciendo prevalecer la voluntad del constituyente (y del legislador cuando fuera válida), por sobre cualquier otra consideración.

³⁴⁷ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, ob. cit., p. 78.

³⁴⁸ Ferrajoli, Luigi, “Derechos Fundamentales”, ob. cit., p. 36. Sobre este punto remito al capítulo anterior.

diseño institucional con una constitución rígida y un control judicial fuerte de constitucionalidad³⁴⁹, dando lugar a la dimensión sustancial de la democracia o lo que él denomina como la democracia sustancial.

En otras palabras, la concepción democrática de Ferrajoli se conforma por una dimensión formal y una dimensión sustancial que tiene como base y es descriptiva de diseños institucionales específicos³⁵⁰. La dimensión formal básicamente traducida en la celebración de elecciones y la omnipotencia de la mayoría, y la dimensión sustancial traducida en derechos fundamentales protegidos por la rigidez de la constitución y un control judicial fuerte.

Varias objeciones pueden hacerse a esta concepción democrática de Ferrajoli. En primer lugar, el autor presenta una concepción de la democracia formal o política que nadie sostiene, carente de desafíos en términos normativos- cual hombre de paja- para poder sustentar su propia posición sin resistencias. Con sus palabras, la democracia mayoritaria “consistiría esencialmente en la omnipotencia de la mayoría, o bien de la soberanía popular. De esta premisa se siguen una serie de corolarios: la descalificación de las reglas y de los límites al poder ejecutivo que es expresión de la mayoría, y en consecuencia, de la división de poderes y de las funciones de control y garantía de la magistratura y del propio parlamento; la idea de que el consenso de la mayoría legitima cualquier abuso; en resumen, el rechazo del sistema de mediaciones, de límites, de contrapesos y de controles que forman la sustancia de aquello que constituye, por el contrario, lo que podemos denominar ‘democracia constitucional’”³⁵¹.

Aunado a lo anterior, la comparación que hace Ferrajoli entre la democracia formal y la democracia sustancial presentando esta última como si en ella se tomaran decisiones con restricciones sustantivas, es falaz. En efecto, como a puesto de manifiesto Bayón, apoyándose a su vez en Waldron: “el constitucionalismo no consistiría –como suele decirse- en un procedimiento de decisión con restricciones sustantivas, sino en una *combinación de procedimientos*, ensamblados de tal modo que algunos de ellos sirven para tomar decisiones colectivas acerca de los límites de funcionamiento de otros.

³⁴⁹ Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Trotta, Madrid, 2014, p. 29.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 33.

³⁵¹ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, ob. cit., p. 25.

[...] El límite real al poder de decisión de la mayoría no son los derechos constitucionalizados, sino lo que el órgano que ejerza el control jurisdiccional de constitucionalidad –o incluso meramente *la mayoría* de sus miembros- establezca que es el contenido de esos derechos: porque, por discutibles que puedan parecernos las decisiones que adoptan, su firmeza no está condicionada a su corrección material. Toda regla de decisión colectiva última, so pena de incurrir en regreso al infinito, tiene que ser *estrictamente procedimental*³⁵².

Asimismo, no es cierto que toda (si es que alguna) concepción de democracia “formal” sostenga que la voluntad mayoritaria no esté sujeta a límites legales, sino que defiende diferentes formas de establecer dichos límites. Por ejemplo, una concepción democrática formal de tipo deliberativo que resulta interesante aboga por un control judicial de la ley de tipo dialógico³⁵³. Este tipo de control puede diseñarse de diferentes maneras, lo que lo caracteriza es que los jueces no tienen la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley y/o sobre la interpretación de la constitución.

En su reciente libro: *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Ferrajoli ha vuelto a la carga contra la democracia formal y nos dice que esta concepción de la democracia está acompañada de dos falacias fundamentales. La idea de que el poder del pueblo sea un poder bueno y justo (1), y la idea de autogobierno(2)³⁵⁴. La primera falacia (1) atendería al hecho que de “las mayorías pueden muy bien emanar leyes injustas además de indignamente inconstitucionales, como lo acredita la actividad cotidiana de los tribunales constitucionales en los ordenamientos que disponen de esta jurisdicción. Pero, sobre todo, la ilusión de una llamada voluntad general como voluntad buena no sometida a límites legales –de nuevo, la idea del gobierno de los hombres en lugar del gobierno de las leyes- ha sido trágicamente desmentida por los totalitarismo del siglo pasado, que ciertamente gozaron de un consenso mayoritario y fueron en sí mismo un suicidio de las democracias”³⁵⁵.

³⁵² Bayón, Juan Carlos, “Derechos, Democracia y Constitución”, ob. cit. p. 217

³⁵³ Véase Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica*, ob. cit.

³⁵⁴ Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, ob. cit., p. 36.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 38.

En este argumento Ferrajoli pasa por alto el hecho según el cual no existe una relación necesaria entre las teorías formales o procedimentales de la democracia y la idea de que las decisiones derivadas de tales procedimientos sean buenas o justas³⁵⁶. Las teorías procedimentales pueden justificarse intrínsecamente, es decir, por los valores que son honrados a través de cierto tipo de procedimientos. Por ejemplo, en la teoría de Waldron, el respeto de la igualdad política mediante la decisión mayoritaria de nuestros representantes. Por ende, para que la crítica de Ferrajoli tuviera algún sentido, habría que adoptar una concepción de la democracia política que asegure que cierto tipo de procedimientos arrojan resultados buenos o justos, lo que no se encuentra con facilidad.

Asimismo, Ferrajoli incurre en una petición de principio. En efecto, no es posible criticar la calidad de las decisiones tomadas por mayorías representativas con base en los resultados a los que arriban los tribunales constitucionales sobre la constitucionalidad de las leyes. Repasando lo arriba citado, decía Ferrajoli: “las mayorías pueden muy bien emanar leyes injustas además de indignamente inconstitucionales, *como lo acredita la actividad cotidiana de los tribunales constitucionales*”. He aquí la petición de principio, pues para evaluar la calidad de las decisiones tomadas por las mayorías representativas no es posible atender a las decisiones de los tribunales constitucionales, sin antes haber justificado porqué las decisiones de estos últimos sí son correctas o mejores que las tomadas en primer lugar por aquellas.

De hecho, para justificar que sean las mayorías judiciales las que tienen la mejor respuesta y, por tanto, que sean un parámetro para evaluar las decisiones de las mayorías representativas, habría que haber resuelto primero el hecho de la existencia de desacuerdos profundos sobre cuáles son los derechos y su interpretación³⁵⁷, así como al carácter falible de las opiniones y la fragilidad de todo juicio práctico³⁵⁸. Estas dos cuestiones no son tomadas en cuenta por Ferrajoli.

³⁵⁶ Ciertamente esta relación se encuentra de modo “aproximado” en las teorías epistémicas.

³⁵⁷ Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., p. 23.

³⁵⁸ Greppi, Andrea, *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 40 y 41

Pasemos ahora a analizar la segunda crítica que Ferrajoli hace a la democracia formal consistente en que la idea de autogobierno es una ilusión³⁵⁹. (2) De acuerdo con Ferrajoli, que sigue a Kelsen en este punto, “en la democracia representativa el voto popular contribuye solamente a la elección de quien está llamado a decidir, pero no tienen nada que ver con las decisiones de los elegidos”³⁶⁰. Así, en la democracia representativa los elegidos producen reglas heterónomas por mayoría, por lo que la única hipótesis de efectiva autodeterminación popular se daría en una democracia directa en la que todas las decisiones se adoptasen por unanimidad³⁶¹.

Empiezo por este último punto. Según Ferrajoli solo se puede hablar de autogobierno (o autodeterminación) en una democracia directa en las que las decisiones se tomen por unanimidad. Bajo este argumento cualquier tipo de sistema existente en nuestros días, en la medida en que toma decisiones a través de la regla de la mayoría por representantes electos, no materializa el autogobierno. Sin entrar a las razones que justifican el sistema representativo y la regla de la mayoría, me parece que la concepción de autogobierno de Ferrajoli a *la Rousseau* es absurda por irreal. En efecto, con tal de criticar el ideal de autogobierno plantea un supuesto de realización que es imposible. Actualmente podemos encontrar muchas visiones alternativas plausibles para lograr el autogobierno que admiten la representación. Por ejemplo, de acuerdo con Robert Post, el ideal de autogobierno se traduce en la elección de representantes y en la participación activa de la gente en la conformación de la opinión pública, vías entre las cuales deben existir fuertes canales de comunicación³⁶².

Ahora, si bien se habla de una crisis de la representación, en tanto los representantes se han convertido en élites con conexiones sumamente débiles con sus representados³⁶³, esto no nos lleva a descartar la democracia formal

³⁵⁹ Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, ob. cit., p. 39.

³⁶⁰ *Ídem*.

³⁶¹ *Ibidem*, pp. 40 y 41.

³⁶² Post, Robert, “A Short History of Representation and Discursive Democracy”, en *Citizens Divided. Campaign Finance Reform and the Constitution*, ob. cit., pp. 5 y 8.

³⁶³ Véase Gargarella, Roberto, “Crisis de representación y constituciones contramayoritarias” *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n° 2, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, abril 1995, pp. 89-108 en donde en realidad el autor explica que el “actual sistema representativo, desde el momento en que fue concebido, tuvo como objetivo el separar

por insuficiente o por asentarse en falacias³⁶⁴. En efecto, si el problema para el autogobierno es la falta de canales de comunicación entre representantes y representados, corresponde idear mecanismos que establezcan puentes entre ambos o fortalezcan los ya existentes. Ante este reto, es cierto, la justicia constitucional puede ser útil, por ejemplo, protegiendo la libertad de expresión, la autenticidad y libertad de las elecciones, etc. Asimismo, la justicia constitucional puede ser una sede en la que se escuchen voces que no son escuchadas en la arena política. Sin embargo, estos posibles beneficios no nos llevan a justificar que la justicia constitucional tenga la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley y la interpretación de la constitución, pues estaríamos apostando por una institución en la que los canales de comunicación con la ciudadanía son mucho más débiles, por ejemplo por la participación restringida que se da en los procesos constitucionales.

Pasemos ahora a analizar la segunda perspectiva, la de la democracia “sustancial”, que a modo de ver de Ferrajoli viene a ser la única concepción de democracia plausible. La democracia “sustancial”, según su mentor, se configura como “el conjunto de límites y vínculos impuestos por los derechos y por los principios constitucionales tanto a la validez de las leyes como a la democracia política”³⁶⁵. Como se ve, existe una correlación entre los derechos fundamentales y la dimensión sustancial de la democracia, que Ferrajoli establece en la siguiente tesis³⁶⁶: “*los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello, de la [...] dimensión ‘sustancial’ de la democracia*”³⁶⁷. En otras palabras, de la forma de universales de los derechos

a los representantes de los representados”, por lo que no cabría hablar de una “crisis” propiamente dicha, sino más bien del resultado esperable dado el diseño institucional.

³⁶⁴ De hecho, si se acepta la tesis de Gargarella, todo lo contrario.

³⁶⁵ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, ob. cit., p. 88. De allí que la democracia mayoritaria, como se caracterizó *supra* sea “inconstitucional”, *ibidem*, p.26.

³⁶⁶ Ferrajoli extrae cuatro tesis de su definición de derechos fundamentales, a su juicio esenciales para una teoría de la democracia constitucional. Estas tesis sirven, usando las palabras de Danilo Zolo, para “orientarnos dentro de un determinado campo problemático, para plantear y seleccionar ciertas cuestiones prácticas relevantes, así como para sugerir soluciones dotadas de un suficiente grado de racionalidad instrumental”. Ferrajoli, Luigi, “Los Derechos Fundamentales en la Teoría del Derecho”, ob. cit., p. 150. Las otras tesis son: la diferencia de estructura que encuentra entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales; la naturaleza supranacional de los derechos fundamentales y la última tesis tiene que ver con las relaciones entre los derechos y sus garantías. Ferrajoli, Luigi, “Derechos Fundamentales”, ob. cit., p. 26.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 25.

fundamentales, deriva para el autor el valor de igualdad y ese valor es a su vez fundamento de la democracia sustancial.

Esta tesis, que fue formulada por Ferrajoli desde su obra *Derecho y Razón*, ha suscitado la discrepancia de numerosos autores. Entre ellos Greppi afirma que la redefinición de democracia que realiza Ferrajoli “entorpece la idea intuitiva que asociamos al término ‘democracia’, según la cual la democracia es una forma de gobierno en la que el pueblo ha de tener la última palabra”³⁶⁸. Más interesante aun es la crítica que hace Bovero sobre el equívoco que, a su criterio, se genera al denominar “democracia sustancial” al modelo de Estado de derecho propuesto por Ferrajoli. Así sugiere “mantener una clara distinción incluso léxica entre democracia y Estado de derecho, [puesto que] el contenido –el qué– de las decisiones colectivas no concierne a la democracia, en el único sentido [para él] plausible y no eulógico del término: [...] una decisión no es calificable como democrática a partir de su contenido, sino exclusivamente a partir de su forma”. Y aclara: “esto no equivale a afirmar que una decisión democrática sea también en todo caso legítima y (‘sustancialmente’) válida: no lo es si contradice los derechos fundamentales establecidos en la constitución. Pero esto significa, en mi léxico, que puede ‘existir’ una decisión democrática ilegítima que no puede ser definida como no-democrática por el hecho de ser (‘sustancialmente’) ilegítima”³⁶⁹.

Conectado con la crítica anterior, puede decirse que la teoría de la democracia de Ferrajoli, o tal vez mejor, su concepción de democracia sustancial es inútil como ideal regulativo, pues deriva de diseños institucionales específicos que se consolidan en la segunda posguerra³⁷⁰. En otras palabras, su teoría de la democracia de tipo jurídico es una descripción formal de diseños institucionales existentes en determinado tiempo y lugar, y como tal no nos da argumentos para evaluarlos o criticarlos³⁷¹. Así, su teoría de la democracia solo es útil para señalar a aquellos países que no tienen constituciones rígidas que

³⁶⁸ Greppi, Andrea, “Democracia como valor, como ideal y como método”, ob. cit., p. 342.

³⁶⁹ Bovero, Michelangelo, “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta”, ob. cit., p. 236.

³⁷⁰ Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, ob. cit., pp. 45, 51, 74.

³⁷¹ Tal vez Ferrajoli no tiene ningún problema con eso, pues bien puede decirnos que la valoración ético política es competencia de la filosofía política, pero no de una teoría formal como la suya. *Ibidem*, pp. 85, 94. Sin embargo, esta no parece ser la finalidad de una teoría de la democracia.

prevén derechos fundamentales y/o un modelo de justicia constitucional fuerte, pero no para justificar por qué deben adoptarse o cómo pueden fortalecer la democracia en los países que sí los tienen.

Así las cosas, la democracia sustancial no es otra que la democracia constitucional de tipo europeo, es decir, la opción política actual y ninguna otra. Cosa que parece ser aceptada por Ferrajoli: “es de estas constituciones de las que estamos hablando hoy [...] en el plano de la teoría del derecho, que prescinde totalmente, como he afirmado otras veces, tanto de sus contenidos concretos, que bien podrían ser fútiles o, incluso deplorables, como de su distinto grado de rigidez. Lo que en realidad cuenta en el plano teórico, y justifica la *imagen* del pacto constituyente, no son sus contingentes contenidos normativos, sino su paradigma, en virtud del cual a los titulares de los derechos constitucionalmente establecidos, nos guste más o menos, ‘se les priva de la disponibilidad de los propios derechos’ (no por mis tesis, sino) por la forma de las normas al mismo tiempo rígidas y universales en que éstos son formulados. [...] Las cosas son así, independientemente de nuestras opciones filosóficas o políticas, y la teoría del derecho sólo tiene la tarea de dar cuenta de ello”³⁷². Aunque luego diga, que las cosas “deben ser así” y que la teoría del derecho cumple una función prescriptiva.

Hasta aquí podría decirse que la teoría democrática de Ferrajoli es inútil como teoría crítica. Sin embargo, el problema no se queda ahí. En efecto, la deficiencia más grave de su teoría de la democracia, y en particular de la dimensión sustancial, es que si bien se explica como una descripción formal de ciertos diseños institucionales existentes en un tiempo y lugar determinado, se utiliza posteriormente para evaluar críticamente otros diseños institucionales. Así, si bien su argumento empieza describiendo los sistemas europeos en los que una constitución rígida prevé derechos fundamentales resguardados por un control judicial fuerte, lo que da lugar a la dimensión sustancial de la democracia, posteriormente utiliza esa dimensión sustancial para criticar aquellos modelos de democracia formal. En este sentido, Ferrajoli da un salto que no se justifica cuando dice que con el modelo garantista del estado constitucional de derecho se integran a la constitución las condiciones de

³⁷² Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales” ob. cit., pp. 349-350.

validez del derecho, y también “las fuentes de legitimidad democrática de los sistemas políticos, vinculados y funcionalizados a la garantía de tales principios y derechos [constitucionales]”³⁷³.

El salto al que me refiero tiene que ver con que si bien es correcto que en el modelo de estado constitucional se integran a la constitución las condiciones de validez del derecho, no es correcto que se integren las fuentes de legitimidad democrática de los sistemas políticos. En otras palabras, una cosa es que desde la teoría del derecho sea correcto afirmar que los derechos fundamentales al estar previstos en una constitución rígida sean parámetro de validez jurídica, el cual es garantizado a través de un control judicial fuerte, y otra cosa es que la previsión de derechos rígidos y un control judicial fuerte sean las fuentes de legitimidad democrática de los sistemas jurídicos, pues para ello primero habría que haber justificado que los sistemas jurídicos son legítimos en términos democráticos si y solo si prevén estas dos instituciones particulares.

Es decir, se puede aceptar que en términos descriptivos Ferrajoli denomine a estas dos instituciones como la dimensión sustancial de la democracia. También se puede aceptar que la inclusión de los derechos fundamentales en constituciones rígidas cambian el parámetro de validez de las normas inferiores, incluyendo las leyes, e incluso se puede considerar que un control judicial es necesario para su efectividad. Lo que no es posible aceptar es que sean la fuente de legitimidad democrática del sistema jurídico, pues para ello habría que justificar por qué ese tipo de diseños institucionales específicos, y no otros, garantizan o protegen de manera más efectiva ciertos valores democráticos en comparación con otras instituciones, como por ejemplo el parlamento.

De hecho, si Ferrajoli tuviera razón al sostener que los derechos fundamentales en constituciones rígidas y un control judicial fuerte son fuentes de legitimidad democrática de los sistemas jurídicos, entonces el sistema inglés de tipo Westminster en el que no había constitución escrita y menos rígida, y en el que no había control judicial de la ley, no era legítimo democráticamente.

³⁷³ Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, ob. cit., p. 56.

Esta crítica a la dimensión sustancial de la democracia se ve fortalecida si atendemos a su propia concepción de los derechos fundamentales. Como se apuntó en el capítulo anterior, Ferrajoli propone una definición formal de los mismos que no nos dice cuáles deberían ser esos derechos, sino sólo pretende reflejar las realidades de nuestros sistemas jurídicos³⁷⁴. Pero, con esta lógica los derechos fundamentales serían “contingentes”³⁷⁵ y de este modo no podrían erigirse como fundamento de la dimensión “sustancial” de la democracia³⁷⁶.

Ante esto Ferrajoli replica: “lo que es cierto, más allá de las diversas opiniones que se puedan tener acerca de cuáles son derechos indispensables al funcionamiento y a la supervivencia de una democracia, es que algún límite de sustancia –al menos la prohibición de suprimir democráticamente el método democrático mismo- es esencial a la democracia. ¿Por qué ignorarlo, entonces, en la definición teórica del correspondiente concepto?”³⁷⁷ Claro está que esta última aseveración de Ferrajoli, dista bastante de la que incluye a todos los derechos universales como parte de la definición teórica misma. Como señala Pintore, “una cosa son los contenidos, los ámbitos, sobre los que puede versar la decisión democrática y otra, los presupuestos (también éstos de contenido)

³⁷⁴ Esto es advertido por Vitale al criticar la supuesta neutralidad ideológica de la definición de derechos fundamentales de Ferrajoli, diciendo: “No se trata ya de demostrar cómo una cierta tipología de los derechos y un cierto proyecto de constitución sean las interpretaciones más coherentes –o incluso, la única interpretación posible siempre que se asuma una orientación política de matriz liberal socialista- de los principios que la historia del constitucionalismo moderno ha elaborado, sino más bien de demostrar cómo estos últimos, pese a ser históricamente anteriores, no son más que algunas de las proposiciones lógicamente derivables de la *recta ratio* aplicada al derecho. Una vez tomada esta vía, siendo por definición una sola la *recta ratio*, todo el sistema tiene a presentarse como inobjetable”. Vitale, Ermanno, “¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la Teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli” en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 67-68.

³⁷⁵ De hecho así parece reconocerlo Ferrajoli cuando afirma que: “que se hayan reconocido como fundamentales determinados derechos y no otros [...] es un hecho histórico que refleja una opción ético-política, que puede compartirse *a priori* en el plano de la filosofía política y que puede ser puesta de manifiesto *a posteriori* por los discursos historiográficos y dogmáticos relativos a un ordenamiento, pero que no pertenecen a la teoría del derecho, hasta el punto de que no aparecen en la formalización de ningún postulado o definición teórica, son más bien tesis meta o extra-teóricas de tipo histórico, sociológico o dogmático o, son tesis de tipo político-axiológico referida a la justificación externa de dichas estipulaciones”. Ferrajoli, Luigi, “Los Derechos fundamentales en la Teoría del Derecho”, ob. cit., p. 145. En suma: el carácter “vital” de los intereses y necesidades así protegidos es, en el plano teórico, del todo contingente, p. 146.

³⁷⁶ Pues, cualquier interés, en tanto sea reconocido universalmente, sería un derecho fundamental.

³⁷⁷ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, ob. cit., p. 86. Lo que situaría la problemática en la ya mencionada “paradoja de las precondiciones de la democracia.”

que hacen de dicho método decisional un método, justamente por ello, democrático”³⁷⁸.

Tenga o no razón Ferrajoli sobre la inclusión de los derechos fundamentales como elementos necesarios para la definición teórica de la democracia, no debemos perder de vista que esa no es la discusión en la que nos encontramos envueltos. El objeto de la discusión es si la democracia exige derechos fundamentales protegidos por constituciones rígidas e interpretados por jueces que tienen la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley y sobre la constitución. Este es el paso que Ferrajoli no justifica y del que deriva la negación de la objeción democrática hacia el control judicial de constitucionalidad.

Lo que en suma la teoría de Ferrajoli demuestra es que teme profundamente a la democracia, o mejor dicho, a la expresión popular en cualquiera de sus formas y es por eso que la obvia, proponiendo una teoría constitucional con contenidos rígidos, indecibles y con un fuerte control de constitucionalidad, incluso para el caso de reformas constitucionales.

3.- ¿Justicia constitucional o supremacía judicial?

Al comenzar este capítulo se anticipó una diferencia importante al momento de evaluar la objeción democrática al control judicial de constitucionalidad en sentido fuerte. Se dijo que no es lo mismo que los jueces tengan la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley, a que este poder se extendiera también a la interpretación de los derechos (o principios) en juego. Así, si bien en ambos casos se presenta la objeción democrática, en el segundo de éstos los problemas son mayores.

Vistas las principales justificaciones que se han esbozado para defender la institución de la justicia constitucional en el ámbito del neoconstitucionalismo, se puede reafirmar lo que se dijera entonces: la defensa del control judicial de constitucionalidad que hace el neoconstitucionalismo es en el sentido más fuerte. Este tipo de control, a diferencia de otras formas posibles de establecerlo, tiende a generar un modelo de “supremacía judicial”.

³⁷⁸ Pintore, Anna, “Derechos Insaciables”, ob. cit., p. 248.

Me ocuparé en lo que sigue de explicar por qué los arreglos institucionales del neoconstitucionalismo, en general, propician una supremacía judicial y por qué esto es muy poco deseable.

Comenzaré con la definición que suele darse de supremacía judicial. Según Kramer, la supremacía judicial se refiere a la noción según la cual los jueces tienen la última palabra cuando se trata de interpretar la constitución, determinando sus decisiones el significado de la constitución para todos³⁷⁹. Por su parte Waldron nos dice que por supremacía judicial se entiende una situación en la que (1) los tribunales resuelven temas importantes para todo el sistema político, (2) esas resoluciones son tratadas como absolutamente vinculantes para todos los otros actores del sistema político y (3) los tribunales no tienen deferencia por las posiciones tomadas sobre esos temas por las otras ramas³⁸⁰.

Estas dos definiciones de supremacía judicial difieren aunque no son contradictorias. La de Kramer se refiere a la fuerza vinculante de la interpretación constitucional de la corte suprema, mientras que la conceptualización de Waldron se enfoca en una cuestión de prácticas o actitudes de la propia corte que puede derivar de esa fuerza vinculante. En otras palabras, la actitud judicial que Waldron describe como supremacía judicial puede derivar, entre otras razones, de que su interpretación constitucional es vinculante para los demás poderes. El punto es que no son lo mismo.

Dependiendo del sistema jurídico, la vinculación de todos los poderes a la interpretación constitucional de la corte suprema puede derivar de una auto-

³⁷⁹ Kramer, Larry, *The people themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004, p. 125. También Friedman, Barry, "The History of the Counter-majoritarian Difficulty, part one: The road to Judicial Supremacy", *New York University Law Review*, vo.73, n° 2, mayo 1998, pp. 333-433, distingue entre el control judicial de constitucionalidad y el control con supremacía judicial: "... concept of judicial supremacy, meaning that a Supreme Court interpretation binds parties beyond those to the instant case, including other state and national governmental actors", p. 352. Waldron se distancia de la caracterización de Friedman, pues según él, Friedman considera supremacía judicial el mero hecho del *stare decisis*, es decir, el que las interpretaciones de la corte suprema sean autoritativas para otros casos más allá del que fue decidido. Waldron, Jeremy, "Judicial Review and Judicial Supremacy", ob. cit., pp. 29-30. Pero no creo que esa interpretación de Waldron haga justicia a la definición de Friedman, que claramente alude a las respuestas, por ejemplo de la presidencia (en el caso de Lincoln), frente a decisiones judiciales (como *Dred Scott*). Friedman, Barry, "The History of the Counter-majoritarian Difficulty, part one: The road to Judicial Supremacy", ob. cit., p. 353.

³⁸⁰ Waldron, Jeremy, "The Core of the Case Against Judicial Review", ob. cit., p. 1354, nota 22.

arrogación de la corte sobre la última palabra en materia de interpretación de la constitución -como es el caso de los Estados Unidos-, o de una interpretación de una disposición legal -como es el caso de Alemania-³⁸¹. Ahora bien, sea que derive de una auto-arrogación o de la ley, el problema que nos plantea la supremacía judicial entendida como vinculación de los otros poderes a la doctrina de la corte suprema es que impide el diálogo con los otros poderes, en particular con el poder legislativo, en tanto bloquea la posibilidad de respuestas legislativas a las declaratorias de inconstitucionalidad. Como lo han puesto de manifiesto otros autores, la supremacía judicial en el sentido de Kramer impide que el poder legislativo pueda responder con una ley idéntica a la invalidada³⁸².

Es cierto que los neoconstitucionalistas no entran explícitamente al debate sobre control judicial con o sin supremacía judicial (en el sentido de Kramer), pues dan por hecho que el control judicial conlleva la vinculatoriedad de todos los poderes a la interpretación constitucional del tribunal supremo. Así, por ejemplo, vale recordar las palabras ya citadas de Alexy: “quien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales –esto es, en la práctica, quien logre que sea la adoptada por el Tribunal Constitucional Federal-, habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo habrá convertido en parte de la Constitución su propia concepción sobre los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política, de modo que habrá convertido en insuficiente una mayoría parlamentaria simple y tan sólo el propio Tribunal Constitucional Federal o bien la mayoría de los dos tercios exigida para la reforma constitucional por el artículo 79.2 LF, podrán alterar un tal estado de cosas”³⁸³.

³⁸¹ Digo que se trata de la interpretación de una disposición legal pues de acuerdo con Limbach, en el caso de Alemania, el Tribunal Constitucional ha relativizado la fuerza vinculante de sus decisiones. Así, en el *Southwest Case* (1987) reconoció expresamente que el legislador tiene derecho a una segunda prueba y acudir de nuevo al Tribunal. Es decir, la declaración de inconstitucionalidad de una norma no impide al legislador decidir una regulación materialmente igual o semejante si lo cree oportuno. Limbach, Jutta, Papel y poder del Tribunal Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 4, 2º semestre 1999, pp. 93-126, pp. 98-99.

³⁸² Niembro Ortega, Roberto, “Las respuestas legislativas a las declaratorias de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional”, ob. cit.

³⁸³ Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, ob. cit., pp. 36 y 37.

Dicho esto, enfoquémonos ahora en los tres problemas fundamentales que conlleva, según Waldron, la supremacía judicial como él la entiende: 1) el desplazamiento del auto-gobierno; 2) la reproducción del problema de la soberanía de Hobbes; y 3) la usurpación del papel de poder constituyente. Cada uno de ellos sería causado por ciertas prácticas que lograrían el ascenso de un control judicial de constitucionalidad a uno con supremacía judicial, a saber: 1) el dominio del gobierno por parte de los jueces; 2) la hegemonía sobre la ley; y 3) el poder de definir y redefinir la constitución, respectivamente³⁸⁴. Como se puede apreciar, para Waldron, la noción de supremacía judicial supera aquella del control judicial “fuerte” por la *forma* en que es ejercitada³⁸⁵. Permítaseme explicar brevemente estos problemas y al hilo de dicha explicación, pensar la propuesta institucional del neo-constitucionalismo.

Con respecto al primer problema, explica Waldron que si bien en todo sistema de control judicial de constitucionalidad fuerte el poder judicial toma decisiones sobre cuestiones que son fundamentales para la sociedad toda³⁸⁶, se pueden advertir ciertos límites. Estos límites son una cuestión de grado, pero en principio podría decirse que los tribunales no tienen el poder de *autodeterminación*, es decir, no deciden sobre la dirección social, económica y política de la sociedad³⁸⁷.

Ahora bien, dice Waldron, sería un error considerar que estos límites pueden lograrse simplemente aconsejando a los jueces que no sean muy “activistas”. Los límites dependen de la propia constitución. Así, si la justicia constitucional está circunscrita a una “lista” de derechos más que a una plataforma integrada de políticas públicas, y resuelve casos particulares uno a uno, es más difícil llegar a una supremacía judicial. También influye, según el autor, que las constituciones prevean derechos económicos y sociales, pues éstos pueden alentar a los jueces a perseguir objetivos globales de justicia

³⁸⁴ Waldron, Jeremy, “Judicial Review and Judicial Supremacy”, ob. cit., p. 25. Seguiré este trabajo en las consideraciones que siguen.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 11.

³⁸⁶ De allí la objeción democrática que hemos estado analizando.

³⁸⁷ *Ibidem*, pp. 13-14.

social. Sólo cuando el control judicial empieza a implicar ese tipo de visión programática, es cuando se dirige hacia la supremacía judicial³⁸⁸.

Con esto en mente pensemos ahora tanto en las constituciones europeas de la segunda posguerra y las nuevas constituciones latinoamericanas, como en la propuesta institucional neoconstitucional. Por empezar con las constituciones, en ambos continentes éstas están plagadas de derechos económicos, sociales y culturales. En el caso de las nuevas constituciones latinoamericanas, además, se pueden detectar novedosos derechos que tienen que ver con las necesidades de cada país, enmarcados en ambiciosos programas políticos. Si a esto se agrega la previsión en todos los países de controles de constitucionalidad fuertes, el riesgo de un “activismo judicial” desmedido se incrementa.

Dicho esto cabe aclarar de inmediato que considero digna de bienvenida la previsión constitucional de estos derechos. Lo que ocurre es que junto con ellos debió preverse una forma de justiciabilidad compatible con el autogobierno. Como bien insiste Gargarella, 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 democrático³⁸⁹. Y esa omisión puede generar la expansión de poderes como el judicial, no muy compatibles con la propia democratización que la expansión de derechos podría esperar. Volveré sobre este punto y el análisis de posibles alternativas en el capítulo siguiente.

Pasemos ahora a pensar en la doctrina propia del neoconstitucionalismo. Si bien es verdad que el papel que juega la teoría constitucional es bastante menor al lado de las previsiones constitucionales, también es cierto que sus ideas permean en la sociedad y en el modo de evaluar una práctica como legítima. En este sentido, el neoconstitucionalismo no ayuda a frenar, sino más bien propicia la supremacía judicial. Así vimos que se presenta a los tribunales

³⁸⁸ *Ibidem*, pp. 28,30. Lo mismo ocurre cuando los jueces se oponen a la visión o el programa global de políticas que deciden los poderes elegidos. Un ejemplo clásico de esta postura es la que tomó la Suprema Corte norteamericana en la llamada época *Lochner* (1880 a 1930) contra las políticas del *New Deal*.

³⁸⁹ Gargarella, Roberto, *Latin American Constitutionalism. 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, ob. cit., pp. 185-187.

no sólo como foros de principios, cuyas interpretaciones morales de la constitución son superiores a cualquier interpretación extra judicial, sino que también se auspicia que, a través de la ponderación, sean los jueces los que vayan delimitando los vagos conceptos constitucionales para que de sus sentencias surjan “reglas” que sirvan para la resolución de todo futuro caso similar³⁹⁰. Además se da “al pueblo” el mero papel de ratificadores de la voluntad judicial, sin mayores herramientas para hacer valer sus eventuales desacuerdos. En el caso de Ferrajoli, incluso con su idea de que los jueces tienen la obligación de hacer cumplir lo “*no decidible que no*”, es decir, aquello que la legislatura no puede dejar de decidir (en referencia a los derechos sociales), se ha llegado a plantear el control judicial del presupuesto, de las políticas públicas y de las propias reformas constitucionales por parte de los jueces³⁹¹.

Pasaré ahora a analizar el segundo problema que presenta Waldron como de “soberanía judicial”. Retomando a Hobbes, el profesor explica que el autor del Leviatan creía que en las sociedades bien ordenadas, el soberano (que era quien decía la ley) no estaba sujeto a ninguna ley (*uncommanded commander*). Así rechazaba la lógica del constitucionalismo (es decir, la posibilidad de limitar al soberano mediante la constitución) con un argumento de regresión al infinito. Si se pretende controlar al soberano, pensaba, hay que hacerlo mediante otra entidad política (como una corte) que en ese caso se convierte en soberana, y si a su vez se pretende controlar a la corte, se establece un nuevo soberano y así sucesivamente hasta la disolución del bien común.

Ahora bien, según Waldron el constitucionalismo intentó romper esta lógica *hobbesiana* con la división de poderes, pero lo hizo de forma precaria³⁹². En efecto, como lo planteó Hamilton, la corte suprema no tendría poder de hacer la ley, sólo podría conocer los casos puntuales que le llegaran a ella, etc.

³⁹⁰ La teoría de Alexy es en este sentido paradigmática, al considerar que los derechos fundamentales no se hallan delimitados de forma precisa originariamente, sino que tienden a expandirse (por su dimensión ideal o utópica) y cuyos límites (excepciones) sólo podrán determinarse caso por caso, *ex nunc*. De allí que el derecho fundamental presente un carácter *prima facie* cuya determinación se confía a una ulterior ponderación *ad casum*. Remito al capítulo segundo de esta tesis. Véase también García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la Moralidad*, ob. cit., pp. 113-114.

³⁹¹ Remito a las críticas ya expresadas para no ser reiterativa, especialmente la de De Lora, Pablo, “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”, ob. cit.

³⁹² Waldron, Jeremy, “Judicial Review and Judicial Supremacy”, ob. cit., p.17.

Pero lo cierto es que la corte puede comportarse como si fuera la única e inapelable soberana de la constitución, convirtiendo su poder en supremo³⁹³. Esto por ejemplo sucede cuando se arrogan la facultad única de interpretación de la constitución, como si fueran sus dueños, sin prestar atención a lo que los otros poderes o incluso la sociedad civil considera al respecto³⁹⁴.

Además de retomar el ejemplo de la era *Lochner* de la Corte Suprema de Justicia norteamericana, Waldron -al igual que Friedman- recuerda el caso *Cooper v. Aaron*³⁹⁵ como momento de supremacía judicial. En ese caso la corte suprema sentenció el “principio básico que la judicatura federal es suprema en la exposición de la ley de la constitución”³⁹⁶. Lo mismo hizo en 1997 al declarar inconstitucional el *Religious Freedom Restoration Act*. Este caso reviste particular interés pues se trata de un tema controvertido con largo recorrido. Cuenta Waldron que en 1990 la Corte cambió su criterio en la interpretación de la libertad religiosa³⁹⁷, optando por uno más restringido que venía discutiéndose en la doctrina desde hacía mucho tiempo. Unos años después la legislatura, en respuesta a la decisión de la corte, aprobó el *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) estableciendo un entendimiento distinto sobre la libertad religiosa. Bastaron cuatro años para que la cuestión llegara nuevamente a la corte con el caso *City of Boerne v. Flores*³⁹⁸ y ésta restableciera su propia interpretación.

El argumento que en ese caso dio la corte fue el siguiente: “La experiencia nacional enseña que la mejor forma de preservar la Constitución se da cuando cada parte del Gobierno respeta tanto la Constitución como las acciones y determinaciones de las otras ramas. Cuando la Corte interpreta la Constitución, actúa dentro de las provisiones de la función Judicial, que implica el deber de decir lo que la ley es. [...] Cuando las ramas políticas actúan en contra del

³⁹³ Una defensa de este tipo de “soberanía judicial” en Rincón Salcedo, Javier, “La soberanía interpretativa de los Tribunales Constitucionales: Análisis desde la perspectiva del constitucionalismo popular”, *Universitas* n° 115, Bogotá, Colombia, enero-junio 2008, pp. 117-140. Cabe aclarar que las ideas de supremacía y soberanía judicial no son intercambiables; mientras que la primera se refiere a la última palabra en materia de interpretación constitucional, la segunda resalta la idea de *única palabra* en dicha tarea.

³⁹⁴ Waldron, Jeremy, “Judicial Review and Judicial Supremacy”, ob. cit., p. 32.

³⁹⁵ *Cooper v. Aaron* 358 U.S.1, at 18 (1958).

³⁹⁶ “... the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution”, ob. cit., p. 34.

³⁹⁷ En el caso *Employment Division v. Smith*, 494 U.S.872 (1990)

³⁹⁸ *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997)

fondo de una interpretación judicial de la Constitución ya emitida, debe entenderse que en controversias o casos posteriores la Corte tratará sus precedentes con el respeto debido a sus principios establecidos, incluyendo *stare decisis* y que las expectativas en contrario deben ser rechazadas. El RFRA fue diseñado para el control de casos y controversias como el que está frente a nosotros; pero como las provisiones de la ley federal aquí están más allá de la autoridad del Congreso, son los precedentes de la Corte y no el RFRA los que deben primar”³⁹⁹.

A esto se le llama supremacía judicial, es decir, a la actitud de los tribunales de considerar que sus razonamientos, sus precedentes y su doctrina deben prevalecer, independientemente de que ello nunca haya sido establecido en la constitución. Declaraciones similares se encuentran en el caso español. Así por ejemplo el Tribunal Constitucional ha dicho que él: “es el único competente para la definición auténtica –e indiscutible- de las categorías y principios constitucionales”⁴⁰⁰. Aunque hasta ahora no haya habido oportunidad de que se pronuncie frente a una respuesta legislativa directa, como en el caso norteamericano.

Por último, cabe considerar el tercer problema planteado por Waldron, cual es el que los máximos tribunales usurpen el papel de poder constituyente. Para esto se apoya en Sieyès y distingue un principio positivo y uno negativo en sus tesis. Según el primero, “el pueblo” –en tanto poder constituyente- puede elegir cualquier medio que quiera para modificar la constitución. En ese sentido, no está sujeto a ninguna forma o procedimiento para reformar la constitución (como en cambio sí lo están los poderes constituidos).

El segundo principio *negativo* de Sieyès, según Waldron establece que un sistema constitucional debe estar ordenado de tal manera que prohíba (y reduzca la perspectiva y plausibilidad de) que cualquier poder constituido tome para sí mismo el manto del poder constituyente. La idea sería que ningún poder constituido pueda ser identificado (o se identifique a sí mismo) directa o

³⁹⁹ *Ibidem*, pp 535-536 (Kennedy J.) citado por Waldron, Jeremy, “Judicial Review and Judicial Supremacy”, ob. cit., p. 36. La traducción es propia. Cabe hacer notar que estos son los casos más emblemáticos de auto arrogación de la última palabra por la Corte Suprema norteamericana. Así, finalmente Waldron identifica como una de las manifestaciones de la supremacía judicial con lo que Kramer entiende por supremacía judicial, esto es, la vinculación de todos los poderes a la interpretación constitucional de la corte suprema

⁴⁰⁰ STC 31/2010, FJ 57.

indirectamente con el pueblo⁴⁰¹. En este segundo principio se concentra Waldron, que a su entender no aplica únicamente a los poderes representativos o electivos, sino a todos los poderes constituidos. Así nos dice que si bien no se puede argumentar contra el control judicial de constitucionalidad, que las legislaturas hablen por el pueblo, tampoco se puede aceptar que lo hagan los tribunales⁴⁰².

Existe entonces un problema de supremacía judicial cuando los tribunales comienzan a pensar que ellos son la voz de la constitución o del pueblo que hizo la constitución⁴⁰³. Para ejemplificarlo, Waldron otra vez echa mano de un caso norteamericano, esta vez referido al aborto⁴⁰⁴. En *Casey* la corte reafirmó la necesidad de mantener sus propios precedentes (*Roe v. Wade*) y así poder legitimarse a través del tiempo. Pero lo que destaca Waldron es que para ello la corte usó la siguiente retórica: "... la creencia [del pueblo] en sí mismo como un pueblo no es fácilmente separable de su comprensión de la autoridad con la que está investida la corte para decidir sus casos constitucionales y *hablar frente a todos los demás por sus ideales constitucionales*"⁴⁰⁵.

Pero, continua Waldron, el problema no es sólo de retórica constitucional, sino que se vuelve más grave cuando se combina con teorías constitucionales como la del "árbol vivo". Esta concepción entiende que el papel de los tribunales incluye el poder de revisar las comprensiones de la constitución de modo de ir avanzando y adaptándola a nuevas realidades y valores. Con ello se trata a los tribunales como reformadores o redactores constitucionales (*constitution- framers or amenders*)⁴⁰⁶.

Entonces, concluye el autor, si los tribunales tienen el derecho de hablar frente a todos por la constitución como ésta realmente es, pero también por la constitución como ha devenido o como ahora tiene que ser, se coloca a la constitución por debajo de los tribunales y se establece a éstos como el vértice

⁴⁰¹ Waldron, Jeremy, "Judicial Review and Judicial Supremacy", ob. cit., pp.18-21. De esa manera se reivindica el derecho único del pueblo de hablar en su capacidad de soberano.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 24.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 37.

⁴⁰⁴ *Planned Parenthood of South East Pennsylvania v. Casey*. 505 U.S. 833 (1992).

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 38.

⁴⁰⁶ Waldron aclara que no toda concepción del "living tree" o "the living constitution" es problemática en este sentido. Así acepta que se vayan actualizando los valores que se establecieron hace dos siglos con los entendimientos actuales, pero no que se vaya más allá de esto para desarrollar visiones nuevas acerca de lo que (la corte cree que) la constitución debería haber prohibido (y no hizo) y actuar en consecuencia, *ibidem*, p. 40.

del sistema constitucional, con la ley constitucional bajo su control. Así, la constitución deja de ser el documento que restringe el poder de la corte, la corte se encuentra sin constricciones, imponiendo sus visiones sobre lo que una constitución del siglo XXI tiene que ser y en ese sentido, tomando el papel de poder constituyente⁴⁰⁷.

Ya adelanté en el capítulo anterior la polémica respecto a la mejor manera de formular las cláusulas constitucionales, justamente de cara al momento de la interpretación. Allí vimos que la mayoría de los neoconstitucionalistas propician esta idea de la constitución viva⁴⁰⁸ como un modo de “resistencia” constitucional e incluso como forma de salvar la objeción democrática de “tiranía del pasado”. El problema, señalé en su momento, no es tanto la inclusión de estas cláusulas abiertas, cuanto determinar quién será el responsable de definir su contenido.

Si a esta discusión sumamos la idea de la constitución como ley política, es decir, como una ley prospectiva que otorga la posibilidad de ir configurando el derecho como sensible al, y garante del cambio social⁴⁰⁹, podemos concluir que puede ser aconsejable formular una constitución abierta, con posibilidades de *futuro*, en tanto y en cuanto se acompañe de otras previsiones a nivel interpretativo. Así, no toda formulación de la teoría del “árbol vivo” debe desembocar necesariamente en una supremacía judicial, sino tan sólo aquella que vaya acompañada de un diseño institucional donde el poder judicial sea el que tenga esa potestad de definición, o más bien, la última palabra sobre la interpretación constitucional, como es en el caso del neoconstitucionalismo.

Si en cambio se formula este tipo de teorías pero se la acompaña de un diseño institucional de tipo dialógico, donde los distintos poderes, así como la ciudadanía, participan en igualdad de condiciones en la configuración de sentido de las cláusulas constitucionales, entonces se pueden encontrar ventajas en la abstracción y apertura constitucional⁴¹⁰.

Baste para concluir dejar sentado que el control judicial de constitucionalidad con supremacía judicial, como lo propone el neo-

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 41.

⁴⁰⁸ En igual sentido véase Díaz Revorio, *La constitución como orden abierto*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, en particular el cap. IV.

⁴⁰⁹ Véase Post, Robert y Siegel, Reva, “Democratic Constitutionalism” en Jack M. Balkin y Reva Siegel (eds.), *The Constitution in 2020*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, p. 25.

⁴¹⁰ Que no es lo mismo que hacerle decir a la constitución cosas que de ningún modo dice.

constitucionalismo, implica unos costos muy altos en términos democráticos. No sólo por el hecho de quedarse con la última palabra en materia de decisión constitucional, sino también por arrogarse la exclusiva potestad interpretativa y la responsabilidad sobre la constitución misma, dejando sin sentido la noción de autogobierno al volverse el vértice del sistema constitucional en su conjunto⁴¹¹.

4.- Recapitulación: un modelo constitucional fuerte y elitista

El control judicial de constitucionalidad que retiene para sí la última palabra interpretativa, en conjunto con la rigidez constitucional contramayoritaria, hacen que se califique a los arreglos institucionales del neoconstitucionalismo como de “constitucionalismo fuerte”⁴¹² o “elitistas”. Lo común a estos modelos fuertes es que identifican a las decisiones mayoritarias como potencialmente peligrosas y dan al derecho el lugar de la “corrección”, ubicándolo como instancia externa a la política, que evita los excesos de mayorías coyunturales.

El calificativo de “elitista” o “progresista” -para usar la terminología de Balkin⁴¹³- tiene que ver con la actitud que esta forma de pensamiento toma frente a las creencias, actitudes y acciones de la masa de “ciudadanos comunes”⁴¹⁴. Así el “progresismo”, que históricamente habría estado preocupado por el buen gobierno y las políticas públicas ilustradas para el bien común, considera que personas educadas y civilizadas pueden, a través del uso de la razón, determinar qué es lo mejor para la sociedad toda. La persuasión, discusión y el diálogo racional harían viable que individuos con diferentes visiones puedan acordar lo que requiere el interés público. Por ello

⁴¹¹ Waldron, Jeremy, “Judicial Review and Judicial Supremacy”, ob. cit., p. 43.

⁴¹² Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional*, ob. cit., pp. 91 y ss., 216. Al constitucionalismo de Ferrajoli se lo ha calificado incluso de “Constitucionalismo fortísimo”. Véase De Lora, Pablo, “Luigi Ferrajoli y el Constitucionalismo Fortísimo”, ob. cit.

⁴¹³ Balkin, Jack M., “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, *Faculty Scholarship Series*, Paper 268, 1995, pp. 1935-1990. Si bien el autor resalta que estas formas de pensamiento pueden darse tanto dentro del discurso liberal de izquierda como dentro del discurso conservador, centra su trabajo en el primero de ellos y lo mismo he hecho yo aquí. *Ibidem*, p. 1944. Cabe resaltar que el autor enfrenta estas posturas elitistas con otras “populistas”, sobre las que haré una reflexión en el próximo capítulo de esta tesis.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 1945. En igual sentido Parker, Richard, “Here, The people Rule: A Constitutional Populist Manifesto”, *Valparaiso University Law Review*, vol. 27, núm. 3, 1993, p.532, distingue dos tipos de “sensibilidades” y las llama “antipopulista” y “populista”, p. 553.

se propicia que el gobierno y la participación pública se estructuren de modo de producir deliberaciones racionales y consenso acerca de las más importantes políticas públicas. En este proceso, la cultura y voluntad populares tendrían un papel que jugar, pero sólo después de una educación suficiente y de que sus elementos más pasionales hayan sido difuminados⁴¹⁵.

Es que el “progresismo”⁴¹⁶ suele identificar la participación política ordinaria, común o popular como problemática, derivada de estados mentales o temperamentos defectuosos: emocionales, ignorantes, simples, irresponsables, arbitrarios, impulsivos, vulnerables a cualquier influencia o manipulación, etc⁴¹⁷ y que tienen sus efectos en la ley ordinaria.

Frente a ello y como vimos, apuesta por una política de “mejor calidad” (alta política) que se refleja en la “inflación” del derecho constitucional (o constitucionalización del ordenamiento jurídico). El derecho constitucional, según este discurso, tiene la misión de “corregir los fallos presuntamente endémicos de la regla de la mayoría” y de salvaguardar a los individuos, las minorías o incluso algún órgano gubernamental, amenazados por la fuerza de la política ordinaria⁴¹⁸.

Esta misión, como vimos, la lleva a cabo a través de los jueces, quienes estarían más calificados al momento de la toma de decisiones en tanto se hallan aislados de las presiones de la política ordinaria y pueden “trascenderla”,

⁴¹⁵ Balkin, Jack M., “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, ob. cit., p. 1947.

⁴¹⁶ O “anti-populismo” como discurso convencional en el derecho constitucional. Parker, Richard, “Here, The people Rule: A Constitutional Populist Manifesto”, ob. cit., p. 558.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 553, en oposición a conductas más “refinadas”, racionales, informadas, complejas, basadas en principios, deliberadas, independientes, críticas, etc. Un ejemplo clarísimo de esta postura “elitista” puede leerse en Rincón Salcedo, Javier, “La soberanía interpretativa de los tribunales constitucionales: análisis desde la perspectiva del constitucionalismo popular”, ob. cit.; donde el autor, criticando al constitucionalismo popular (que analizaré en el capítulo siguiente) insiste en que los tribunales deben escuchar pero mantenerse autónomos y soberanos frente a la opinión pública a la hora de interpretar la constitución, entre otras cosas porque la opinión pública puede ser manipulada (p. 137). Además advierte el peligro que existiría de permitírsele al pueblo tan solo reformar la constitución de manera de contrarrestar la acción de los tribunales constitucionales (sin que tenga el carácter de intérprete) puesto que, según él, esto estaría aceptando la idea de que “las interpretaciones de la Corte pueden ser derogadas por la expresión extralegal de una insatisfacción popular”, lo que crearía el espacio para un *populismo constitucional* en el que se busca “satisfacer sentimientos inmediatos y coyunturales sin objetivos de largo plazo, que chocan directamente con la lógica de la construcción de un orden constitucional estable”, p. 129.

⁴¹⁸ Parker, Richard, “Here, The people Rule: A Constitutional Populist Manifesto”, ob. cit., pp. 558,560. De hecho, según el autor, el anti-populismo encuentra a la política ordinaria o de la mayoría como peligrosa, en tanto si se le da libertad para gobernar resultará prejuiciosa, intolerante y tiránica. *Ibidem*, p. 569.

se presume que son razonables y que no están animados por intereses egoístas. Incluso para reforzar ese aislamiento, afirma Parker, el derecho constitucional ha generado metodologías abstractas de razonamiento sobre sus temas (*standards*) que, por un lado, han erosionado la capacidad de la gente común de tomar parte de esos argumentos y, por otro lado, han amplificado la voz de la academia⁴¹⁹.

En este sentido, ejemplos claros serían los relativos a las teorías neoconstitucionales de la ponderación, de la argumentación⁴²⁰ o más aún, el método “axiomático” que utiliza Ferrajoli para su teoría y que se traduce en un volumen de más de 800 páginas de fórmulas lógicas⁴²¹ que pretenden reflejar un “sistema de conceptos y enunciados organizado según una estructura formal rigurosa y exactamente preestablecida”⁴²²; prácticamente inaccesible para los no expertos en derecho.

Bellamy denuncia estos arreglos institucionales del que llama “constitucionalismo legal” porque, a su criterio, son intentos de despolitizar la constitución y por tanto pueden generar dominación⁴²³. Las dos estrategias de despolitización justamente coinciden con las estrategias neoconstitucionalistas: 1) establecer límites a la esfera política (restringiendo la posibilidad de decidir sobre esos temas); 2) aplicar una forma de política “apolítica” para decidir ciertos asuntos concretos (estableciendo por ejemplo, controles judiciales de constitucionalidad de las leyes)⁴²⁴.

Una concepción como la descrita va en contra de un entendimiento más robusto acerca de la democracia que, sin ser ingenuo, esté desnudo de prejuicios elitistas. Una concepción que no niega las bondades del constitucionalismo, pero que puede imaginar arreglos institucionales diferentes

⁴¹⁹ El autor señala que desde los años 80 se ha generado una especie de “teoría constitucional” que se dedica a sistematizar esta inflación de metodologías de razonamiento para que puedan informar los argumentos constitucionales. *Ibidem*, p. 562.

⁴²⁰ Especialmente Alexy, Robert *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., pp.96-97,161; también del autor *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., y *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, ob. cit., seguido a su vez por Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, ob. cit.

⁴²¹ Véase Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, ob. cit., vol. 3: *La sintaxis del derecho*.

⁴²² Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, vol. 1, ob. cit., p. 48.

⁴²³ Bellamy, desde una visión republicana, advierte que la opresión supone perjudicar el interés de un individuo mediante formas de interferencia directa tales como la explotación, la violencia o la marginación. La dominación parte de un individuo o grupo que ostenta el poder y que ejercita tal interferencia sobre otros, o que ignora y anula sus opiniones e intereses. Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político*. ob. cit., p. 168.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 163.

a los aquí presentados. Así, traslada la pregunta esencial desde cuál es la mejor comprensión de la constitución, hacia “*qué forma institucional* hace posible que dicha comprensión se exprese, qué tipo de problema es determinar la correcta interpretación de nuestros conceptos constitucionales”⁴²⁵.

En el capítulo final de esta tesis trataré de dar respuesta a estas preguntas, presentando algunas formas alternativas de entendimiento constitucional. Asimismo compararé las teorías que subyacen a la propuestas neoconstitucionalistas con las que pueden servir de fundamento para sus alternativas, intentando encontrar respuesta a la pregunta que se planteó al iniciar este trabajo: ¿es el neoconstitucionalismo una buena teoría?

⁴²⁵ Atria, Fernando, “Lo que importa sobre los principios”, ob. cit., p. 78, la cursiva me pertenece. En un sentido similar, Kramer insiste en cambiar la pregunta fundamental desde cuál sea la mejor forma de interpretar la constitución a otra sobre *quién* debe hacerlo y con qué efectos. Kramer, Larry, “Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint”, *California Law Review*, vol.100, 2012, pp. 621-634, p.624.

CAPÍTULO 5: Algunas propuestas alternativas en confrontación: El constitucionalismo popular y el nuevo constitucionalismo latinoamericano

1.- Introducción

Como se anticipó al finalizar el capítulo anterior, el modelo institucional del neoconstitucionalismo se ha calificado como un modelo de constitucionalismo fuerte o elitista. Vimos que ese calificativo se debe principalmente a dos caracteres: por un lado, la desconfianza que se presenta frente a la “gente común” y sus capacidades en materia constitucional; y por otro lado (y en consecuencia), las fuertes restricciones constitucionales que se prevén para el control de su expresión, entendiéndose la rigidez constitucional contra-mayoritaria y el control de constitucionalidad con supremacía judicial.

En lo que sigue haré un repaso de otras corrientes del constitucionalismo contemporáneo que desafían el elitismo propio del neoconstitucionalismo a fin de poder realizar una comparación. Específicamente me interesa detenerme en el llamado “constitucionalismo popular” y en el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”.

Varias aclaraciones deben hacerse ante este primer enunciado. Para empezar, ninguna de estas corrientes es homogénea en su interior. Ya vimos que no existe uno sino varios neoconstitucionalismos (neoconstitucionalismo *conceptual*, *normativo* y *garantismo*) y que incluso hay autores que niegan que se trate de una corriente diferente al constitucionalismo *tout court*. Algo similar ocurre con los constitucionalistas populares¹, que no siempre se reconocen bajo esta signatura o que marcan sus diferencias también con el uso de adjetivos del tipo constitucionalismo *democrático*², constitucionalismo popular

¹ Con respecto a las divergencias entre autores de constitucionalismo popular, véase Niembro, Roberto “¿Qué es el constitucionalismo popular? Una breve referencia al uso de las fuerzas armadas en México como fuerzas de seguridad”, en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto (coords.), *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013, pp.3-33.

² Que sostendrían, como parte del constitucionalismo popular, autores como Robert Post y Reva Siegel de los que me ocuparé *infra*.

*mediado*³ y hasta *populismo constitucional*⁴. Ni hablar del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano que, aunque podría considerarse “un modelo teórico que tiene expresión –con modalidades distintas- en algunas realidades constitucionales⁵, lo cierto es que su desarrollo se ha producido más bien “en el extrarradio de la academia, producto más de las reivindicaciones populares y de los movimientos sociales que de planteamientos teóricos coherentemente armados⁶ y por tanto, también es muy diversa. En este capítulo utilizaré el término “nuevo constitucionalismo latinoamericano” indistintamente para referirme a la corriente teórica como al modelo institucional.

Por otro lado, el desarrollo de cada una de estas doctrinas se ha dado en contextos absolutamente diferentes. Así, mientras el llamado neo-constitucionalismo nació a la luz de las experiencias jurídicas europeas de la segunda posguerra -aunque eso no ha sido óbice para que se valiera de autores de otras procedencias e incluso para que tenga una gran influencia sobre el pensamiento latinoamericano en particular-, el constitucionalismo popular es de cuño netamente estadounidense –y dentro de éste, minoritario⁷. Por último, como su nombre lo indica, el nuevo constitucionalismo ha surgido en ciertos países de Latinoamérica y pretende ser además, un constitucionalismo “auténtico” (autóctono), que responda a los problemas propios de la región.

Estas características que *prima facie* parecieran hacer muy difícil una comparación, pueden dejarse de lado si nos centramos no tanto en las bases culturales de estas corrientes o en su historia, cuanto en sus pretensiones

³ Según la calificación que el propio Barry Friedman da a su teoría, la cual a mi criterio dista mucho de poder llamarse “popular” en primer término. Véase por ejemplo del autor “Mediated Popular Constitutionalism”, ob. cit.

⁴ Esta última denominación suele ser usada por los críticos del constitucionalismo popular con la intención de resaltar el uso peyorativo de la palabra populismo. Volveré sobre esta categoría más adelante.

⁵ Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano. (Una perspectiva crítica)”, ob. cit., p. 353; aunque el autor, siguiendo a Viciano Pastor y Martínez Dalmau, distingue el “nuevo constitucionalismo” como corriente teórica –a la que aquí aludo-, del “nuevo constitucionalismo latinoamericano” como modelo constitucional con plasmación institucional en la realidad o “fenómeno constitucional”.

⁶ Véase Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano” en Roberto Viciano Pastor (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, p.19.

⁷ Se suele señalar que su (re)surgimiento en la academia norteamericana se debió al activismo que ha realizado la segunda Corte Rehnquist. Véase Kramer, Larry, “Popular Constitutionalism, circa 2004”, ob. cit., p.960.

normativas⁸. En este sentido, lo que pretendo hacer es abstraer las ideas –a mi criterio- principales de cada corriente y reparar en las teorías subyacentes a las mismas.

2.- El constitucionalismo popular

A diferencia del neoconstitucionalismo, el constitucionalismo popular, en línea con la orientación pragmática de la teoría del derecho norteamericana, se ha desarrollado mayormente como un ejercicio a-teorético basado en estudios históricos y en alusiones a sus posibilidades⁹. Lo que intenta es recuperar el debate en torno al papel del “pueblo” en la discusión y decisión de los asuntos constitucionales; y si bien –como se dijo- no lo hace de modo uniforme, todos los que se han vinculado con esta forma de pensar el constitucionalismo consideran que éste debe pasar a ocupar un lugar central o más central en la vida constitucional de sus propias comunidades¹⁰.

A pesar de las diferencias apuntadas y a los fines de hacer posible el cotejo propuesto, intentaré resumir algunos presupuestos de fondo (no exclusivos tampoco de esta escuela) que la enfrentan claramente al neoconstitucionalismo y que, por eso mismo, la presentan como “alternativa”. Es que podría decirse que el constitucionalismo popular surge como una reacción al elitismo que distingue a la reflexión jurídica contemporánea¹¹, aunque no entre en diálogo directamente con el neoconstitucionalismo como lo he caracterizado por circunscribirse a la experiencia norteamericana.

Empezaré entonces realizando una confrontación –normativa- con las notas que se señalaron como parte del fenómeno de “constitucionalización del

⁸ Que es lo que he hecho al momento de analizar el neoconstitucionalismo y que centra esta tesis en una visión “general” del constitucionalismo según la definición de Waldron, Jeremy, “Constitutionalism: A Skeptical View”, ob. cit., pp. 3-5. También del autor “The Core of the Case Against Judicial Review”, ob. cit., p. 1352; donde explica: “What is needed is some general understanding, uncontaminated by the cultural, historical, and political preoccupations of each society”. Lo que no quiere decir que el contexto cultural, histórico y político no sea importante o incluso determinante a la hora de pensar en aplicar las propuestas normativas a determinadas realidades.

⁹ Tushnet, Mark, “Prefacio” en Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega, *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013, p. IX.

¹⁰ Gargarella, Roberto, “Prólogo” en Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega, *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013, p. XIII.

¹¹ Véase Gargarella, Roberto, “El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The people Themselves*, de Larry Kramer”, *Revista de libros de la Fundación Caja Madrid*, nº 112, abril 2006.

ordenamiento jurídico” propio del neoconstitucionalismo. En ese sentido, se podría decir que el constitucionalismo popular propicia: 1) flexibilizar la constitución y excederla; 2) desafiar la supremacía judicial –y en ciertos casos incluso impugnar cualquier forma de control judicial de constitucionalidad¹²; 3) la interpretación extrajudicial de la constitución¹³; 4) la democratización y participación en las instituciones políticas y económicas¹⁴; 5) la recuperación de la relación entre derecho y política.

En lo que sigue, reagruparé estas notas de modo de desentrañar lo que subyace a esta corriente constitucional y que se contrapone a la lógica neoconstitucionalista. Comenzaré analizando (1) la afiliación a modelos de legitimidad procedimentalistas; lo que repercute en (2) los arreglos institucionales que proponen; asimismo (3) en la teoría de la democracia que suponen y (4) en la relación que establecen entre derecho y política.

2.1.- El modelo procedimentalista de legitimidad

Para comenzar con este rasgo del constitucionalismo popular, resulta necesario hacer una especie de “recapitulación” sobre el sustancialismo propio del neoconstitucionalismo y antes de ello, sobre los modelos mismos de legitimidad procedimental y sustancialista. Veamos:

Los modelos de legitimidad a los que aludo se enmarcan dentro de una vieja dicotomía entre contenido o resultado de las decisiones y forma o procedimiento a través del cual se toman éstas. En caso del sustancialismo,

¹² Para esto se basan en estudios empíricos sobre los efectos que ha tenido el control judicial de las leyes, desmistificando las visiones dominantes y mostrando la limitada capacidad de los tribunales para frenar o revertir las políticas adoptadas por los poderes ejecutivo y legislativo, o para imponer directamente su propia agenda. Véase Gargarella, Roberto, “El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The people Themselves*, de Larry Kramer”, ob. cit. Asimismo algunos intentan demostrar cómo el sostener un compromiso fuerte con la idea de derechos no implica necesariamente apoyar un sistema institucional con control de constitucionalidad de las leyes y para ello se valen de la experiencia de países donde no existe tal control (fuerte) y se respetan igualmente los derechos fundamentales. Véase Waldron, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, ob. cit., p. 19.

¹³ Según Kramer, éste es el principio básico del constitucionalismo popular, es decir la idea de que los ciudadanos comunes son los intérpretes principales de la constitución, que sus visiones acerca del significado de la constitución, expresadas colectivamente, reflejan la máxima autoridad cuando se trata de resolver desacuerdos acerca de lo que la constitución permite, prohíbe o requiere. Kramer, Larry, “Undercover Anti-Populism”, *Fordham Law Review* 73, 2005, p. 1344.

¹⁴ Gargarella, Roberto, “El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The people Themselves*, de Larry Kramer”, ob.cit.

decantándose por la primera de las alternativas. Así, según Zurn, el sustancialismo presenta la legitimidad de las decisiones democráticas como derivada de unos límites morales establecidos con anterioridad¹⁵ o, en otras palabras, justifica el resultado de un proceso de toma de decisiones sólo si se corresponde con ciertos ideales que son lógicamente independientes del proceso empleado¹⁶.

Esta dicotomía remite a otra discusión, quizá más antigua y más compleja, entre quienes consideran que la referencia a la “verdad” es un componente indispensable para cualquier reconstrucción crítica de los procesos de legitimación democrática; y quienes, por el contrario, afirman que “donde hay certeza no hay lugar para la democracia” y así, que “la afirmación de la verdad, de cualquier verdad, en la medida en que se considera indisputable, contiene ya en sí misma [...] un elemento despótico, anti-democrático”¹⁷. No es este el lugar para detenerme en la relación entre verdad y política que esta última discusión implica, baste con apuntarla pues remite a lo ya considerado en el capítulo segundo.

Como hemos anticipado, en el seno de los actuales Estados constitucionales, la tensión entre modelos se presenta en términos de constitucionalismo y democracia, aunque no de modo excluyente sino más bien como modelos mixtos o débiles¹⁸. Así, el sustancialismo “débil”¹⁹ parte de reconocer el valor irrenunciable de ambas dimensiones, por lo que una decisión política será legítima en tanto y en cuanto sea tomada mediante un procedimiento legítimo y respete ciertos criterios de justicia sustantiva. Pero la nota que caracteriza a esta postura, dentro de la que encontramos al neo-

¹⁵ Zurn, Christopher F., “Deliberative democracy and constitutional review”, *Law and Philosophy*, nº 21, Kluwer Law International, 2002, p. 476.

¹⁶ Esta caracterización recuerda a la que se hizo al analizar los modelos epistémicos de democracia respecto de los modelos doxásticos y procedimentales. Pero al respecto quisiera apuntar que si bien esta clasificación se superpone parcialmente con aquella, éstas no son idénticas. Así, aunque se puede decir que en general las concepciones epistémicas prestan mayor atención a la dimensión sustantiva de la democracia y por tanto ponen mayor énfasis en la importancia de la deliberación en torno a los principios y valores que informan el contenido concreto de las decisiones; las teorías contemporáneas (de Rawls en adelante, y como vimos, claramente Nino), tienen un fuerte componente procedimental. Véase Greppi, Andrea, “Concepciones epistémicas y concepciones doxásticas de la democracia”, ob. cit., p. 49.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 43, 46 y 64.

¹⁸ Zurn, Christopher F., “Deliberative democracy and constitutional review”, ob. cit., p. 477-479. He llamado la atención anteriormente sobre la falacia de las contraposiciones dicotómicas en estas materias.

¹⁹ Según el esquema de Linares, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, ob. cit., pp. 30 y ss.

constitucionalismo, es que considera que los derechos fundamentales (recogidos en constituciones y como contenido de las decisiones) deben efectivamente limitar el procedimiento democrático, por lo que en caso de tensión, se prioriza la dimensión sustantiva sobre la procedimental.

Ahora bien, al igual que en el caso del aludido sustancialismo “débil”, el procedimentalismo al que adhieren los populares también es “mixto” y por tanto no está privado de valores sustanciales. La diferencia está en que al momento de la toma de decisiones se decantan por la prevalencia de la dimensión procedimental. Podríamos decir con Zurn que el modelo procedimentalista de legitimidad encuentra justificados los resultados de un proceso de toma de decisiones simplemente porque se cumplieron las específicas condiciones del procedimiento²⁰. Respecto del contenido de la decisión, se sostiene que los desacuerdos sustantivos son tan amplios, tan profundos y persistentes, que no se puede juzgar la corrección de la misma y sólo queda confiar en los procedimientos para fundar una teoría de la legitimidad²¹.

En consecuencia se propone un derecho constitucional también orientado a los procedimientos, cuya misión sea mejorar el proceso democrático y, animado por las elecciones controvertidas de valores, afirme que las controversias más importantes deben ser decididas a través de la política democrática²². Es que, como afirma Waldron: “en la medida en la que estos tan aclamados valores objetivos no logren aparecer ante nosotros [...] en formas que no dejen margen para desacuerdos adicionales sobre su carácter, todo lo que tenemos en la tierra son opiniones o creencias sobre valores objetivos...”²³ Por lo que una teoría de derechos necesariamente debe complementarse con una teoría de la autoridad, cuya función será determinar qué decisiones se tomarán cuando los miembros de una comunidad están en desacuerdo acerca de qué decisión es la correcta²⁴.

Ahora bien, esta primera caracterización podría sonar muy radical si no fuera porque para elegir ese procedimiento de toma de decisiones, se apela a

²⁰ Zurn, Christopher F., “Deliberative democracy and constitutional review”, ob. cit., p. 477.

²¹ Linares, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, ob. cit., p. 31.

²² Parker, Richard, “Here, The people Rule: A Constitutional Populist Manifesto”, ob. cit., p. 579.

²³ Waldron, Jeremy, “Deliberación, desacuerdo y votación” ob. cit., p. 262.

²⁴ Waldron, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, ob. cit., pp. 32 y ss., del mismo autor *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., p. 253.

valores sustantivos: así el mismo autor sostiene que en las circunstancias de la política el derecho de participación en pie de igualdad tiene una primacía absoluta porque honra el valor de la igual dignidad y autonomía personal, un valor subyacente a la misma noción de derechos²⁵. Así se “cierra el círculo”, dado que el derecho a participar en términos equitativos en las decisiones que el procedimiento pueda contemplar es la clave para determinar la mayor o menor legitimidad de un procedimiento para la toma de decisiones colectivas²⁶.

La tarea de los procedimentalistas consiste así en mostrar que “la institucionalización de la esfera pública (y con ella de la opinión pública) mediante reglas para la formación de la opinión y la voluntad, no sólo es valiosa porque atiende al valor de la autonomía política de los ciudadanos, sino además, porque es condición indispensable para la *racionalización de los conflictos sociales*, para su resolución en el común interés de todos los afectados²⁷”.

Quienes comparten este modelo de legitimidad, reclaman a los sustancialistas el optar por un esquema de justificación *instrumental*²⁸, es decir, valioso en tanto susceptible de generar mayor probabilidad de respuestas correctas, desconociendo una dimensión importante a la hora de evaluar el diseño de las instituciones. Esta dimensión -que rescatan los procedimentalistas- tiene que ver justamente con los criterios para evaluar el procedimiento mismo y que son independientes del valor de los resultados que es probable que produzca²⁹. Lo que determinará la justificación de un

²⁵ Linares, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, ob. cit., p. 32. Véase Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., pp. 338 y ss. donde el autor afirma: “Los teóricos discrepan sobre si la democracia es algo más que un ideal procedimental, pero ciertamente entraña *al menos* la idea de un procedimiento político constituido en parte por determinados derechos”. A estos derechos los llama “constitutivos del proceso democrático” y el caso más claro es el aludido derecho de participación. Pero también se refiere a los derechos que, aunque no sean formalmente constitutivos de la democracia, representan en todo caso condiciones necesarias para su legitimidad y pone como ejemplo la libertad de expresión, la libertad de asociación, etc. Esto sin dudas matiza mucho el procedimentalismo *waldroniano*.

²⁶ Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 80.

²⁷ Greppi, Andrea, “Concepciones epistémicas y concepciones doxásticas de la democracia”, ob. cit., pp. 44-45.

²⁸ Que se basa en el presupuesto rawlsiano según el cual el único esquema adecuado para los procesos de decisión empleados en el ámbito público será uno de justicia procesal imperfecta. Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 76-77.

²⁹ Bayón, Juan Carlos, “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, ob. cit., p. 315. De forma contundente Waldron, Jeremy, “The Core of the

procedimiento para la toma de decisiones será un balance entre su valor intrínseco y su valor instrumental³⁰.

Podríamos decir que finalmente ambas formas de legitimidad “débiles” tienden a disputarse ese difícil equilibrio que suele presentarse como paradoja entre la justicia de los procedimientos democráticos y la justicia de los resultados obtenidos mediante ese procedimiento³¹. Lo cierto es que la gran diferencia se percibe en los arreglos institucionales que cada una desprende de ellos. Ya vimos que el neoconstitucionalismo confía en que los jueces velarán por esos valores sustantivos que el procedimiento no debería vulnerar. Veamos ahora qué dicen los populares³².

2.2.- Los arreglos institucionales en el constitucionalismo popular

En franca oposición a los modelos “elitistas” o de “constitucionalismo fuerte” como el neoconstitucionalismo, el constitucionalismo popular propicia diseños institucionales de constitucionalismo “débil”³³. A grandes rasgos, se puede decir que esta corriente percibe al derecho como la instancia que traduce las decisiones políticas mayoritarias, por lo que es dinámico y

Case Against Judicial Review”, ob. cit., p. 1371, nota 65 nos dice: “...a normative political theory needs to include more than just a basis for justifying certain decisions on their merits [...] It also has to address the normative issue of the legitimacy of the decision-procedures that are used to make political decisions in the face of disagreement”.

³⁰ Bayón, Juan Carlos, “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, ob. cit., p. 315.

³¹ Véase sobre el punto Martí, José Luis, *La república deliberativa*, ob. cit., donde el autor distingue y analiza dos paradojas: la que aquí se menciona y la llamada “paradoja de las precondiciones de la deliberación democracia”, que si bien tiene un parentesco con la anterior, es más restringida a ciertos modelos de democracia que muestran un fuerte compromiso con los derechos. Sobre esta última, del mismo autor: “Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de la democracia deliberativa) en Carlos S. Nino”, ob. cit. Una crítica a la visión de Martí en Ruiz Miguel, Alfonso, “Lo no deliberable de la democracia deliberativa”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, núm.9, 2009.

³² No es mi objetivo aquí desarrollar el procedimentalismo en sí, ni todos los arreglos institucionales que se pueden desprender de sostenerlo. Baste señalar que normalmente se asocia a esta corriente el preferir a las asambleas legislativas -frente a cualquier órgano del Estado- al momento de tomar decisiones, cosa que en el constitucionalismo popular no es tan clara, desde que en algunos casos esa autoridad se difumina en la ciudadanía de una manera bastante vaga, como veremos *infra*. Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 112.

³³ Sobre el constitucionalismo débil véase por ejemplo Bayón, Juan Carlos, “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, ob. cit., pp. 351 y ss.

cambiante y está abierto a la expresión y decisión popular en materia de interpretación constitucional; dejándole al “pueblo” la última palabra³⁴.

Justamente en lo relativo al control judicial de constitucionalidad, Tushnet realiza una distinción entre formas fuertes y débiles, prefiriendo las segundas, que se caracterizarían porque: 1) la legislatura tiene el poder de repudiar las especificaciones (*specification*) –de principios constitucionales abstractos- que hacen los tribunales; y 2) el proceso interactivo de especificación y revisión – que se da entre los tribunales y la legislatura- puede ocurrir en un período de tiempo relativamente corto³⁵.

Esta resistencia a la llamada supremacía judicial llega incluso al punto de que algunos impugnan cualquier forma de control judicial sobre las leyes³⁶. Este último grupo específicamente se centra en los argumentos que de forma acrítica se han sostenido para justificar y asignar un lugar privilegiado o de responsabilidad final a los jueces en la interpretación constitucional. Así discuten que necesitamos de la supremacía judicial a fin de que el derecho constitucional no se vuelva inaceptablemente caótico e impredecible; que el propósito de la constitución sea el de atrincherar derechos individuales que prevengan a la ciudadanía de su propia peligrosidad a futuro (estrategia del precompromiso) y finalmente, que los tribunales sean mejores y más confiables que los cuerpos electoralmente responsables a la hora de abordar cuestiones de principios³⁷.

Brevemente, se insiste en que no hay algo así como un acuerdo final en el derecho³⁸. Que los sistemas legales pueden y deben tolerar cierta

³⁴ Cabe anticipar que estas ideas no son compartidas por todos los populares. En este sentido véase Post, Robert y Siegel, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, *California Law Review* 92, 2004, p.1030-1031.

³⁵ Tushnet, Mark, “Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism”, *Law and Philosophy* 22, Netherlands, 2003, p. 369. Aunque también desconfía de estas formas débiles dado que –a su criterio- pueden degenerar en formas de control fuertes. Véase del mismo autor “New Forms of Judicial Review and the persistence of Rights-and Democracy-Based Worries”, *Wake Forest Law Review*, núm. 38, 2003, pp. 813-838.

³⁶ En este sentido vimos como Waldron se enfrenta al control judicial de constitucionalidad (especialmente el que califica de “fuerte”) y también Tushnet plantea su erradicación en *Taking the constitution away from the courts*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1999, p. 126. En la misma línea crítica a todo tipo de revisión judicial encontramos a Levinson, Sanford, *Constitutional Faith*, Princeton University Press, 1988.

³⁷ Kramer, Larry, “Popular Constitutionalism, circa 2004”, ob. cit., p. 986.

³⁸ Porque tampoco lo hay en la política. En esto insiste Waldron, quien niega directamente que el consenso y la uniformización tengan valor en sí mismos. Gargarella, Roberto y Martí, José Luis, “Estudio Preliminar. La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: Convivir entre desacuerdos” en Waldron, Jeremy, *Derecho y Desacuerdos*, ob. cit., p. XVI.

incertidumbre y falta de claridad³⁹ y que incluso en un sistema con supremacía judicial, esa incertidumbre persiste⁴⁰. Paralelamente, en sistemas sin supremacía judicial también es necesario cierto grado de finiquito y resolución⁴¹. En suma, lo que nos dicen los populares es que si bien la claridad y la certeza son valores importantes, hay otros que lo son aun más y difícilmente querríamos asumirlos como costos en pro de los primeros⁴². Lo que se propone es un reconocimiento del poder de las legislaturas para proveer interpretaciones constitucionales que difieran de, o alteran las interpretaciones ofrecidas por los tribunales⁴³.

Por otro lado se combate la idea de atrincherar derechos en la constitución como modo de garantía ante posibles excesos de las mayorías, desmontando la noción de que esto constituiría una “autolimitación” que los propios individuos nos damos mediante mecanismos de racionalidad imperfecta para evitar los momentos de debilidad de la voluntad⁴⁴. Las críticas a este tipo de razonamiento ya se hicieron en el capítulo tercero, a donde remito, sólo me parece relevante destacar que en su extremo, algunos llegan a

³⁹En igual sentido Tushnet, Mark, “Popular Constitutionalism as Political Law”, ob. cit., 1001, insiste especialmente en que quitar la última palabra a los jueces no desemboca en “anarquía”: “People in organized societies tolerate a fair amount of uncertainty on some questions as long as there is sufficient stability on other matters”.

⁴⁰ Pensemos por ejemplo en la “incertidumbre” que se genera ante un caso en el que es necesario realizar una ponderación “novedosa” entre principios constitucionales, como plantea el neoconstitucionalismo, o en la falta de previsibilidad que resulta ante un cambio de criterio en la jurisprudencia. Estos argumentos se presentan frente a la objeción de la “anarquía” que se hace a los populares, según la cual quitar el control constitucional de manos de la judicatura significaría que no haya un organismo de cierre, por lo que las situaciones jurídicas se volverían inestables y los particulares no tendrían base sólida para planear sus actividades. González Jácome, Jorge, “¿El poder para la gente? Una introducción a los debates sobre el constitucionalismo popular” en Erwin Chemerinsky y Richard Parker, *Constitucionalismo Popular*, Siglo del Hombre eds., Universidad de Los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2011, p. 58.

⁴¹ Kramer, Larry, “Popular Constitutionalism, circa 2004”, ob. cit., p. 987. Los ejemplos de sistemas sin supremacía judicial que toman los populares son el de Reino Unido, Nueva Zelanda y, con reservas, el sistema canadiense.

⁴² *Ibidem*, p. 989.

⁴³ Tushnet, Mark, “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- And Democracy- Based Worries”, ob. cit., p. 818. Lo que resaltan sistemas populares como el propuesto, es la posibilidad de que existan desacuerdos interpretativos razonables entre los tribunales y las legislaturas.

⁴⁴ Según explica la estrategia del precompromiso que fue formulada en principio por Elster, Jon, *Ulises y las sirenas*, ob. cit., p. 66.

cuestionar el hecho mismo de considerar positivo tener una carta de derechos en las constituciones⁴⁵.

La crítica más radical a los derechos *en sí* aparece sin dudas de la mano de Tushnet⁴⁶. Para este autor, si bien la teoría liberal ha hecho creer a la gente que los derechos son una “cosa buena”, estos merecen al menos cuatro críticas. Así, en respuesta a Dworkin y su libro *Los derechos en serio*, Tushnet realiza una 1) crítica a la inestabilidad de los derechos, 2) a su indeterminación, 3) a la *reificación* de los mismos (o alienación) y 4) a su *inutilidad*. Permítaseme repasar brevemente cada una de ellas.

Al contrario de lo que podría parecer, Tushnet afirma que una vez identificado qué es lo que cuenta como derecho en un marco específico, éste se vuelve *inestable*. Esta inestabilidad se debe a que los derechos se sancionan en contextos culturales determinados y por ello dejan de tener sentido si se abstraen de esas circunstancias; por ejemplo, por los cambios de tecnología, por los cambios en las condiciones sociales, etc.⁴⁷.

Por otro lado, los derechos son tan *indeterminados* que partidos opuestos pueden usar el mismo lenguaje para expresar sus posiciones. En ese sentido la consagración de derechos provee solo avances momentáneos para las luchas políticas en curso. Tushnet distingue dos clases de indeterminación: la técnica y la fundamental.

Respecto de la primera, el profesor de Harvard nos dice que en nuestro modo de hablar sobre derechos contamos con al menos tres técnicas para crear, conocer y definir los derechos que permiten negar su existencia cuando se quiere. Esas técnicas son: (a) *la ponderación* (o balanceo), que permite una comparación *ad hoc* de los intereses en juego en un caso específico o, una comparación de intereses dentro de una categoría amplia de casos, ambas con resultados no determinados⁴⁸.(b) *El conflicto entre derechos*, para el cual

⁴⁵ Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., cap. 10, del mismo autor “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, ob. cit., y también, ya criticando el hecho general de una constitución escrita: “Constitutionalism: A Skeptical View”, ob. cit., pp. 7 y ss.

⁴⁶ Tushnet, Mark, “An Essay on Rights”, ob. cit., pp. 1363-1403.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 1364-1370.

⁴⁸ Esa indeterminación se debe en primer lugar a que para ponderar, habría que reducir los intereses en juego a alguna medida común de valor, lo cual es imposible ante intereses inconmensurables. Además la elección debería estar guiada por alguna teoría sustantiva de los derechos, con la que no contamos. En segundo lugar, una ponderación adecuada tiene que tener en cuenta todos los intereses afectados, pero lo cierto es que las intervenciones legales tienen consecuencias extremadamente complejas que van mucho más allá de la estrechez del

Tushnet nos pone el ejemplo de conflictos entre propiedad privada y derecho a protestar, pero cuyo número es enorme: libertad de expresión versus honor, libre circulación versus derecho de protesta, intimidad versus libertad de prensa, etc. (c) *Los derechos en contextos legales*, es decir, la idea de que los derechos no existen de modo aislado sino que calzan dentro de un sistema legal que define sus límites y extensión. Pero, dice el autor, ese sistema es a su vez indeterminado y según qué parte del mismo se elija para definir el derecho, será la solución que prevalezca. En suma, Tushnet afirma que a pesar de que la gente cree que cierta indeterminación es útil porque habilita llevar adelante discusiones coherentes sobre lo que debe ser hecho, esta creencia es errónea. No puede haber coherencia alguna cuando no se está de acuerdo sobre la medida de los valores, el nivel de generalidad o la descripción del sistema legal⁴⁹.

Respecto de la indeterminación *fundamental*, explica Tushnet que ocurre porque los conceptos generales que hacen atractivo cualquier derecho no pueden conectarse con resultados particulares sin especificar un cúmulo de detalles acerca del marco social del derecho, que terminarían transformando el derecho en una descripción de la sociedad toda⁵⁰. Además, el autor resalta que justamente porque los derechos tienen un contexto social, su realización se debe más a hechos de la vida social que a su mero reconocimiento legal, es decir, los beneficiarios de derechos tienen que tener las condiciones materiales y los recursos psicológicos que les permitan ejercerlos⁵¹. En este sentido, la crítica de la indeterminación remite al argumento de la inestabilidad y ambos serán relativos a los contextos sociales particulares. Así, no tendrá el mismo calado la crítica en una sociedad formalista, que en otra con menos apego al derecho⁵².

La tercera crítica a los derechos que realiza el autor se centra en su *reificación*. Así, explica que el lenguaje de los derechos es parte de la experiencia humana pues tememos pero a la vez deseamos y necesitamos la

caso concreto. Finalmente son los tribunales quienes deciden el nivel de generalidad en el cual ponderar los intereses en juego, así se puede trivializar o exagerar el peso de los hechos o intereses según se quiera reconocer un derecho o negarlo. *Ibidem*, pp. 1371-1373.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 1375.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 1371.

⁵¹ *Ibidem*, p. 1380.

⁵² En este sentido Tushnet insiste en que la crítica de los derechos toma una posición fuertemente relativista. *Ibidem*, p. 1394.

influencia que tienen otras personas en nuestras vidas. Así los derechos capturan esas contradicciones en las relaciones con los demás, describiendo cómo la gente puede defender sus intereses contra los esfuerzos de otros de suprimirlos. Ahora bien, la crítica de *reificación* lo que dice es que tratar esas experiencias humanas como instancias de derechos abstractos no les hace justicia. Otra vez insiste Tushnet, las experiencias son confrontaciones concretas en circunstancias reales, ricas en detalles y que se irradian en innumerables direcciones. Y concluye, debemos insistir en preservar esas experiencias más que abstraer derechos generales de ellas⁵³. De lo contrario, explica, una experiencia como la protesta en una marcha contra una acción del gobierno, al transformarse en el ejercicio de un derecho como “la libertad de expresión”, se ve envuelta en cuestionamientos que no ocurrirían de enfrentar la situación directamente. Por ejemplo, si es que los nazis tienen el mismo derecho, o los productores de pornografía, etc. En cambio, si se trataran las experiencias como directamente relevantes para el discurso político, en vez de pasarlas por el filtro del lenguaje de los derechos, estaríamos en mejor posición para discutir las cuestiones políticas en el nivel apropiado⁵⁴.

Por último Tushnet denuncia la *inutilidad política* de los derechos. Y esto lo hace en dos partes, primero, dando razones para ser escépticos a la idea de que los derechos son políticamente útiles y segundo, desarrollando un argumento con la idea de que los derechos son de hecho *dañinos* para la causa humanista. Para ser breve, la *inutilidad* se debería por un lado a su indeterminación y los problemas que ya se analizaron. Por otro lado, a la concepción instrumental que se tiene de los mismos, es decir, a la idea según la cual son útiles para lograr objetivos sociales, lo que haría que si se pudieran conseguir dichos objetivos por otros medios, se abandonararan.

Lo *contraproducente* de los derechos, por su parte, se debería a que pueden ser utilizados de modo inapropiado, sea abusando de su formulación - como ocurrió con la cláusula del debido proceso en los EEUU que se utilizó para frustrar una serie de programas sociales promulgados por el gobierno democrático-, o utilizándolos para reafirmar privilegios, como ha ocurrido con el derecho de propiedad privada o con la libertad de expresión. En este último

⁵³ *Ibidem*, p. 1382.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 1383-1384.

caso se ha utilizado la cláusula para obstruir esfuerzos legislativos progresistas como el de regular las inversiones privadas en las campañas políticas⁵⁵.

Además, termina Tushnet, el lenguaje mismo de derechos negativos en Estados Unidos (o de estar libre de interferencias) en contraposición a los positivos (o sociales), ha servido para distinguir entre una esfera pública amenazante y el confort de la esfera privada. Esta distinción que sería producto de la abstracción de las experiencias y de la reificación de la idea de derechos, habría creado una esfera de “autonomía” desprovista de contexto y una esfera de vida social, privada de contenido, todo lo cual según su crítico, carece de sentido. Pero peor aún, continúa Tushnet, es la barrera ideológica que se ha generado contra la extensión de los derechos positivos, debido al predominio de los derechos negativos en el discurso⁵⁶. Cuestión que no se salva con interpretaciones generosas del derecho a la igualdad o al debido proceso, que al fin de cuentas ofician obstruyendo cualquier intento de desarrollo de un set más completo de derechos positivos.

En una lógica similar, las razones que Waldron nos ofrece para rechazar la constitucionalización de derechos tienen que ver, en primer lugar, con el temor hacia la rigidez verbal. Según explica el autor, las palabras suelen tomar “vida propia”, convirtiéndose en un eslogan obsesivo que sirve para expresar cualquier cosa que alguien quiera decir sobre el derecho en cuestión. Esta no parece ser la mejor forma de discutir sobre cuestiones de derechos y límites al gobierno, pues limita la capacidad para desarrollar argumentos -libres del verbalismo de una determinada carta de derechos escrita- y de flexibilizar el discurso⁵⁷. Esta crítica como se puede ver, se asemeja a la que vimos realiza Tushnet en relación a la *reificación* que produce el lenguaje de los derechos.

La segunda razón que se presenta para combatir el atrincheramiento de derechos en las constituciones tiene que ver con que los vuelve inmunes al cambio legislativo. Esto, que para los neoconstitucionalistas es motivo de celebración, para los populares es preocupante, dado que implica a la vez una actitud de desconfianza hacia los conciudadanos y una arrogante seguridad en

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 1384-1388.

⁵⁶ *Ibidem*, pp.1392-1394.

⁵⁷ Waldron, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, ob. cit., pp. 26-27.

uno mismo⁵⁸. Esta actitud no casa bien con la idea de respeto por la autonomía y responsabilidad de las personas ínsita en la idea de derechos que se pretenden atrincherar⁵⁹. En conclusión, Waldron nos dice que no hay nada obvio en combinar el respeto por los derechos con una desconfianza hacia las capacidades democráticas y representativas de las personas⁶⁰, por lo que habría que “liberar” la discusión de los derechos de la rigidez constitucional.

En otro plano, sin rechazar la constitucionalización de derechos, Bayón reflexiona: “La idea de que no es legítimo usar el ‘derecho de autonomía pública’ para decidir acerca de los derechos fundamentales, simplemente porque puede producir decisiones que los vulneren y su vulneración es injustificable, olvida precisamente que las decisiones son inevitables y que el hecho de que uno de los procedimientos de decisión posibles sea falible no puede ser *por sí solo* una razón suficiente para descartarlo cuando todos los demás también lo son”⁶¹. De allí también la necesidad de desmentir, por exagerada y parcial, la asunción que los jueces conformen un “foro de principios” donde se pueda abordar/interpretar mejor las cuestiones centrales del derecho constitucional⁶².

Así se comienza por desmitificar la idea según la cual los jueces siempre actúan sesudamente, ponderando cuestiones de principios antes de resolver y dando explicaciones cuidadosas que reflejen esa reflexión profunda acerca de los dilemas teóricos y filosóficos que enfrentan⁶³. A la par que se cuestiona la imagen que presenta a unos legisladores que actúan prácticamente como autómatas, incapaces de deliberar seriamente acerca de nada, que son irresponsables, emocionales, irracionales y que representan únicamente

⁵⁸ La seguridad se ve reflejada en el convencimiento de que la formulación propia refleja adecuadamente un derecho fundamental y la desconfianza implícita hacia los demás se demuestra considerando que cualquier concepción alternativa que puedan formular los legisladores electos en un momento posterior será probablemente errónea, mal dirigida o peor motivada que la propia.

⁵⁹ *Ibidem*. Es que, sigue Waldron, la atribución de derechos a los individuos tiene que ver con una visión de ellos como agentes pensantes, dotados con capacidad de reflexión y deliberación moral.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 28.

⁶¹ Bayón, Juan Carlos, “Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, ob. cit., p.312.

⁶² Kramer, Larry, “Popular Constitutionalism, circa 2004”, ob. cit., p. 992.

⁶³ De hecho para Tushnet, en las condiciones en que se ejerce el control de constitucionalidad en los Estados Unidos, no se satisfacen siquiera las condiciones del diálogo necesario en una democracia constitucional. Tushnet, Mark, “Forms of judicial review as expressions of constitutional patriotism”, ob. cit., p. 355.

intereses privados⁶⁴. Se explica que no hay ninguna evidencia empírica para sostener que los jueces hacen un mejor trabajo que las otras ramas políticas cuando se trata de cuestiones de principios⁶⁵. Entonces, con mayor razón se tornan necesarios argumentos contundentes para quitar estas decisiones de manos de la ciudadanía⁶⁶.

De fondo lo que se busca son criterios de legitimidad para la toma de decisiones de cualquier tipo, con una fuerte sospecha hacia las élites- sean éstas académicas, sociales o políticas-, y sus reclamos de experticia y juicio superior⁶⁷. En materia institucional, eso se traduce, además de en el aludido cuestionamiento a la idea de rigidez constitucional y de que un grupo de jueces pueda “tutelar” los intereses de la mayoría⁶⁸, en una preferencia por la participación popular en las estructuras políticas y económicas que afectan la vida de la ciudadanía junto a una idea de rotaciones regulares en los puestos de autoridad y poder⁶⁹.

Esta reivindicación de la participación lo es de los intereses y las actitudes de la “gente común”, con su ínsita indisciplina, sin mediaciones que le den forma o los “refinen”⁷⁰, aunque sin llegar tampoco a una idea *romántica* de

⁶⁴ Kramer, Larry, “Popular Constitutionalism, circa 2004”, ob. cit., p. 998. Esta idea de que los tribunales deben proteger a la constitución de la corrupción de la política, o en otras palabras, proteger a la constitución de la gente, es llamada “Juricentric Constitution” por los populares Post, Robert y Siegel, Reva, “Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power”, *Indiana Law Journal* 78, 2003, pp.1, 18 quienes la critican fuertemente.

⁶⁵ Kramer, Larry, “Undercover Anti-Populism”, ob. cit., p.1352. En definitiva, se reconoce que en ambas instituciones hay una mezcla de influencias, algunas basadas en intereses y otras basadas en principios. También véase Tushnet, Mark, “Forms of judicial review as expressions of constitutional patriotism”, ob. cit., p. 366, donde en realidad critica a Habermas y su creencia de que finalmente, los argumentos basados en derechos son más frecuentes en los tribunales. Finalmente esto es reconocido por el propio Dworkin, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, ob. cit., p. 132.

⁶⁶ Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., p. 23. En similar sentido Kramer, Larry, “Undercover Anti-Populism”, ob. cit., p. 1351 afirma “... more is required to make the theory persuasive than showing that what we are doing at this particular moment is defensible [...] At the very least, we need some sort of straight up comparison with the alternative practice and its normative justification”.

⁶⁷ Balkin, Jack M., “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, ob. cit., p. 1945.

⁶⁸ Una crítica a la reticencia a modificar la constitución norteamericana también en Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, ob. cit. pp.177 y ss.

⁶⁹ Balkin, Jack M., “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, ob. cit., p. 1945.

⁷⁰ Se destaca, frente a la distinción que harían los progresistas entre cultura democrática y cultura popular, que la cultura democrática es la cultura a través de la cual los ciudadanos comunes se expresan y que es “democrática” en tanto todos pueden participar en ella, es decir, en tanto es popular. Así se intenta fusionar ambos conceptos. *Ibidem*, pp. 1948, 1963.

ello⁷¹. Así, frente al aislamiento o la pasividad⁷², se resalta el valor de la “energía política ordinaria” (que se tratará de canalizar a través de las instituciones) a fin de hacer a los gobiernos mejores y más sensibles a las demandas de las personas a las que pretenden servir⁷³. Con esto se intenta desenmascarar el prejuicio que implica el miedo a esa energía política o incluso a la influencia que las opiniones mayoritarias puedan tener en los gobiernos; prejuicio que –se afirma– busca mantener el *status quo* y a los gobiernos concentrados en los intereses de los más poderosos⁷⁴.

De esto resulta un derecho constitucional cuya misión central es promover la regla de la mayoría⁷⁵, donde el papel de la gente no está confinado a actos ocasionales de elaboración constitucional, sino que incluye un control activo y continuo sobre su interpretación y ejecución⁷⁶. Se argumenta que los principios constitucionales y las ideas que se generan fuera de los tribunales son cruciales para expandir las posibilidades de desarrollo constitucional y para aliviar las tensiones que ocasionalmente se presentan entre el derecho constitucional y la cultura en la que éste opera⁷⁷. Para esta visión, no hay

⁷¹ Parker, Richard, “Here, The people Rule: A Constitutional Populist Manifiesto”, ob. cit., p. 555. Los populistas no dudan en reconocer las patologías a las que se enfrentan: entre ellas incluyen los peligros del fascismo, el anti-intelectualismo, la persecución de minorías impopulares, la exaltación de la mediocridad y una romántica exageración de las virtudes de la masa. Balkin, Jack M., “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, ob. cit., pp. 1950-1951.

⁷² Propiciadas por el individualismo liberal y que serían actitudes poco saludables para la democracia, basadas en “represiones” que finalmente erosionan las libertades y las amenazan. Parker, Richard, “Here, The people Rule: A Constitutional Populist Manifiesto”, ob. cit., p. 555.

⁷³ *Ibidem*, p. 556. Se insiste en que es difícil comprender la situación de las “otras” hasta que uno no entiende sus propias diferencias con respecto a “ellas” y que afectan las visiones sobre el mundo. En este sentido se reclama a la academia constitucional el estar encerrada en su propio discurso profesional desde donde juzgan con desprecio las manifestaciones del pueblo. Balkin, Jack M., “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, ob. cit., p. 1953. Muchos populistas toman ideas como esta del trabajo de Cover, Robert, “The supreme Court, 1982 Term- Foreword: Nomos and Narrative”, *Harvard Law Review* 97, 1983, pp. 4-68, donde el autor plantea el problema de la “multiplicidad” dentro de la comunidad y de cómo los miembros de diferentes comunidades de sentido, inevitablemente generan sus propias interpretaciones de la ley, basadas en su propio *nomos* y en su propia narrativa. En ese marco, la tarea de los jueces no es la de crear derecho sino la de destruirlo. Con sus palabras: “Judges are people of violence. Because of the violence they command, judges characteristically do not create law, but kill it [...] Confronting the luxuriant growth of a hundred legal traditions, they assert that *this one* is law and destroy or try to destroy the rest”, p. 53.

⁷⁴ Parker, Richard, “Here, The people Rule: A Constitutional Populist Manifiesto”, ob. cit., p. 570.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 573.

⁷⁶ Kramer, Larry, “Popular Constitutionalism, circa 2004”, ob. cit., p. 959.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 975.

temas que estén categóricamente vedados a la regla de la mayoría⁷⁸. De hecho, en un sistema ideal de regla de la mayoría cada asunto debe ser un asunto político, abierto a la controversia política”. Así, lo que está en el centro del argumento constitucional es la controversia política acerca de la democracia⁷⁹.

Pero en este punto, nuevamente, hay que realizar precisiones dado que lo variopinto del constitucionalismo popular se advierte principalmente en lo relativo a los arreglos institucionales. Así como es cierto que una de las notas comunes a los populares es el propiciar una interpretación extrajudicial de la constitución, no lo es en cambio el papel que asignan a los jueces ante esto. Como adelanté, algunos consideran que cualquier control de constitucionalidad debe ser combatido, pero otros no están de acuerdo con esa consecuencia⁸⁰.

En este sentido Post y Siegel critican la tendencia de la corte suprema norteamericana de auto-designarse como autoridad exclusiva para interpretar la constitución⁸¹ y sostienen que la interpretación y la ejecución de los derechos constitucionales depende de una relación continua y dinámica entre el congreso y la corte⁸². Así admiten que si bien el sistema legal ha dotado a las decisiones de la corte suprema de “finiquitad”, sus juicios no pueden ser incorporados dentro de la propia concepción constitucional del país hasta que éstos no sean acogidos por los ciudadanos fuera de la corte. Entonces, si la participación de las ramas populares es necesaria para legitimar y ejecutar los juicios constitucionales de la corte, esa participación puede también ser un

⁷⁸ En igual sentido Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., p. 362 afirma: “... todo lo que es objeto de desacuerdo de buena fe está al alcance de nuestra mano”.

⁷⁹ Parker, Richard, “Here, The people Rule: A Constitutional Populist Manifesto”, ob. cit., pp. 578, 580.

⁸⁰ Post, Robert y Siegel, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, ob. cit. Con sus palabras: “We agree with Kramer that constitutional law must in the end find its legitimacy in the constitutional culture of nonjudicial actors. But [...] we nonetheless see a more significant role for the institution of judicial review in realizing constitutional values than does Kramer”, p. 1029.

⁸¹ Post, Robert y Siegel, Reva, “Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power”, ob. cit., p. 2.

⁸² Post, Robert y Siegel, Reva, “Democratic Constitutionalism”, ob. cit., pp. 25-34, también “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”, *Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review* 42, pp. 373-433, 2007. Quienes, dentro del considerado constitucionalismo popular, propician el “constitucionalismo democrático” que viene a expresar, a su criterio, la paradoja que la autoridad constitucional dependa de su capacidad de respuesta democrática a la vez que de su legitimidad como ley (donde “ley” se entiende como algo distinto de la política), o, en otras palabras, a denominar esa “compleja e interdependiente relación entre la política y el derecho constitucional”. Post, Robert, “Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics”, *California Law Review* 98, 2010, pp. 1319- 1350; p. 1345.

recurso importante para las propias deliberaciones de la corte acerca de cómo interpretar la constitución⁸³. Desde allí, Post y Siegel propician un diálogo constitucional inclusivo, especialmente sensible a los movimientos sociales⁸⁴, donde el pueblo debe retener la última palabra sobre el significado de la constitución, pero compatible con la idea de supremacía judicial⁸⁵.

Entre los mecanismos institucionales que el autor y la autora contemplan para enfrentar este difícil equilibrio⁸⁶, están la posibilidad de realizar enmiendas a la constitución (aunque reconocen que su uso no es frecuente); el nombramiento de los jueces de la suprema corte; la posibilidad de contestar normas por parte de los diferentes poderes políticos o de los movimientos sociales, desafiando la legitimidad de las interpretaciones tradicionales e incluso, llegando a desobedecer las decisiones judiciales⁸⁷.

Estos mecanismos, como vimos, no son considerados suficientes para el grupo de autores analizado en primer término⁸⁸, principalmente porque presuponen un largo período de tiempo hasta que se pueda revertir una decisión de la corte cambiando su composición o tratando –aunque el tiempo pueda ser menor- de influenciar a sus miembros para que cambien de opinión. Intertanto prevalecen sus interpretaciones. En definitiva lo que revelan es que un proceso de diálogo así pensado, termina cuando la propia corte viene a estar de acuerdo con sus adversarios, otorgándole una prioridad normativa

⁸³ Post, Robert y Siegel, Reva, "Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power", ob. cit., pp. 31-32. En suma, para Post y Siegel la legitimidad de la constitución depende de una "relación de reconocimiento", donde el pueblo norteamericano, con sus diferentes identidades, debe sentir que la constitución es expresión suya, reconocerla como propia. Post, Robert y Siegel, Reva, "Democratic Constitutionalism", ob. cit., p. 27.

⁸⁴ Sobre el papel central de los movimientos sociales a la hora de influir en las interpretaciones constitucionales de las élites, véase Balkin, Jack, "The Constitution of Status", *The Yale Law Journal* 106, 1996-1997, pp. 2313-2374, especialmente pp. 2338 y ss.

⁸⁵ Post, Robert y Siegel, Reva, "Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy", ob. cit., p. 1029. Esa compatibilidad se lograría mediante un balance viable entre ambos propósitos.

⁸⁶ Vale aclarar que el análisis que abordan es positivo, circunscrito al derecho constitucional norteamericano y no normativo. Post, Robert y Siegel, Reva, "Democratic Constitutionalism", ob. cit., pp. 26 y ss., aunque se puedan transpolar sus tesis para pensar nuestros sistemas legales.

⁸⁷ Post, Robert y Siegel, Reva, "Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy", ob. cit., p. 1039. Como se puede ver, este tipo de mecanismos de respuesta son los que hacen que propuestas como las de los populares se alejen de otras como la de Alexy.

⁸⁸ Por ejemplo Kramer, Larry, "Undercover Anti-Populism", ob. cit., p. 1344 expresa: "To someone who embraces popular constitutionalism, it is not enough to say that ordinary citizens can change the text through amendment, whether under the process specified in Article V or via some more informal route, since the undoubted popular authority to *make* constitutional law neither diminishes nor excludes any concurrent power to *interpret* it".

sobre sus interlocutores⁸⁹ que ya vimos, para la mayor parte de los populares no es justificable.

Esta “insuficiencia” se exagera si se analiza la propuesta de Ackerman. Si bien no considero a este autor entre los “populares”, vale detenerse unas páginas en sus desarrollos dado que fueron sumamente influyentes en materia constitucional por su reconocimiento del papel del “pueblo”. Además su análisis, si bien relativo a concepciones de la democracia (punto sobre el que me detendré en el apartado siguiente) es útil para contrastar los modelos constitucionales aquí en examen.

Ackerman centra su trabajo en la distinción entre la democracia dualista (que a su criterio se correspondería con la estructura básica de la democracia norteamericana), la democracia monista (que parece ser la forma que adoptan ingleses e israelíes) y la democracia fundamentalista (que se encontraría en el modelo alemán)⁹⁰. Para ubicar estas categorías dentro de las aquí propuestas, podríamos identificar a la democracia “fundamentalista” con las posiciones elitistas o neoconstitucionalistas, a la democracia “monista” con las concepciones populares y a la propuesta dualista de Ackerman, como parte de las concepciones deliberativas *liberales*⁹¹.

El autor en estudio parte de la distinción entre dos expresiones principales de la democracia: la “política normal” y “la política constitucional”. La primera estaría caracterizada por un bajo nivel de involucramiento cívico en la toma de decisiones, que son tomadas por los representantes en nombre de la ciudadanía. En cambio, durante “los momentos constitucionales” -más extraordinarios- la ciudadanía se “pone de pie” y muestra su activo compromiso con ciertos principios que quiere que pasen a formar parte de los compromisos constitucionales básicos de la comunidad⁹². Esta distinción es propia del “dualismo constitucional” que le asigna a las decisiones políticas consecuencia de ella, distinta legitimidad.

⁸⁹ Tushnet, Mark, “Popular constitutionalism as political law”, ob. cit., pp. 998-999.

⁹⁰ Ackerman, Bruce, *We The People: Foundations*, Harvard University Press, USA, 1993, pp. 3 y ss., Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos: “Tres concepciones de la democracia constitucional” en *Cuadernos y Debates* n° 29, pp. 15-31.

⁹¹ Según la clasificación de Forst, Rainer, “The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy”, ob. cit., pp. 346-353. Volveré sobre este punto *infra*.

⁹² Ackerman, Bruce: *We the people: Foundations*, ob. cit. Una síntesis de su pensamiento en Gargarella, Roberto: “El constitucionalismo según John Rawls” en Claudio Amador (comp.) *Rawls post Rawls*, Prometeo, Univ. Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2006, p. 13.

Para Ackerman, las expresiones del pueblo durante los momentos constitucionales deben merecer un respeto y una consideración tan elevados como las que reciben las reformas formales de la constitución. Es que en definitiva lo que, a su criterio, otorga valor a las normas constitucionales tiene que ver con el extraordinario nivel de acuerdo ciudadano que las respalda⁹³. En este entendimiento, la distinción entre decisiones del pueblo y decisiones del gobierno es de suma relevancia para establecer los deberes del poder judicial y la corte suprema en el control de constitucionalidad⁹⁴. De acuerdo al dualismo que sostiene Ackerman, la corte suprema tiene como deber básico preservar las decisiones políticas tomadas por el pueblo en esos momentos constitucionales e impedir que dichas decisiones sean erosionadas por las decisiones del gobierno⁹⁵.

Esta idea es confrontada con lo que llama “monismo constitucional” y que viene a decir que la democracia requiere que gobiernen los representantes elegidos por el pueblo y que éstos tengan el pleno poder de dictar leyes. Explica Ackerman que, para esta concepción, no tiene sentido la distinción del dualismo entre decisiones del pueblo y de los representantes. Cualquier control que intente recortar las atribuciones del gobierno es visto como un acto antidemocrático. Ciertamente, se reconoce la necesidad de controles, por ejemplo, si el gobierno intentara restringir los derechos de las minorías limitando su participación en el debate político. Pero cualquier intervención se enfrentará a la “dificultad antimayoritaria”⁹⁶, por lo que la justificación del control constitucional va a provenir de algún argumento sofisticado.

Finalmente Ackerman se refiere al “fundamentalismo constitucional” (*foundationalists*⁹⁷) para el cual, a diferencia de las dos concepciones anteriores, el pueblo no tiene la autoridad necesaria para cambiar la constitución. El gobierno democrático debe estar restringido por el respeto a ciertos principios y a ciertos derechos. De hecho, los derechos son vistos como

⁹³ Ackerman, Bruce, *We the people: Foundations*, ob. cit., pp. 266 y ss.

⁹⁴ Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, ob. cit., p. 18.

⁹⁵ Ackerman, Bruce, *We the people: Foundations*, ob. cit., pp.267, 289-290.

⁹⁶ *Ibidem*, pp.7 y ss. Entre sus defensores Ackerman cita a Woodrow Wilson, James Thayer, Oliver W. Holmes, Alexander Bickel, John Ely, entre otros. También Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, ob. cit, pp. 19-20.

⁹⁷ Coloco la expresión como está en el original por la variación que puede observarse con respecto a la traducción.

vallas a la prosecución de objetivos colectivos por parte de instituciones democráticas. Para esta lógica, las fuentes doctrinales son principalmente filosóficas y no legales. Ackerman sitúa dentro de los defensores de esta corriente, tanto a Dworkin como a Nino⁹⁸.

Descritos los tres modelos, Ackerman considera que el dualismo es la mejor opción, pues “corporiza una reconciliación profunda entre la democracia y los derechos”⁹⁹. Los derechos importan tanto porque ellos no son otra cosa que la síntesis última de aquellos acuerdos democráticos profundos. Los derechos son, finalmente, el resultado de la democracia y los jueces contribuyen a fortalecerla asegurando que las decisiones tomadas por los representantes en momentos de “política normal”, no contradigan lo expresado por el pueblo en “momentos constitucionales”.

La teoría de Ackerman, aunque parece más comprometida con una idea de democracia en manos del pueblo, sigue otorgando demasiado poder a los jueces. Principalmente, si depende de ellos el hecho de que un momento constitucional adquiera relevancia jurídica, podríamos analizar éstos sólo *ex post*, corriendo el riesgo de que determinados movimientos con alto consenso social, no sean receptados por este poder y por tanto, resulten invisibilizados¹⁰⁰.

Por su parte Gargarella señala que no resulta nada obvio qué es lo que deben hacer los jueces para asegurar que los acuerdos constitucionales sean efectivamente respetados. Además cuestiona la teoría de Ackerman porque sólo da cuenta de modo imperfecto de la práctica constitucional vigente; y es que la división dicotómica que traza no recoge los infinitos matices y la enorme

⁹⁸ *Ibidem*, p. 23. También a conservadores como Richard Epstein y otros como Owen Fiss. Ackerman, Bruce, *We the people: Foundations*, ob. cit., p. 11.

⁹⁹ Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos, “Tres concepciones de la democracia constitucional”, ob. cit., p. 25.

¹⁰⁰ Según Ackerman hay tres momentos que definen los “momentos constitucionales” o de *higher lawmaking*: 1) el de la movilización que consigue el suficiente apoyo popular, 2) la propuesta de reforma constitucional, que lleva a la deliberación popular y 3) el momento de la “codificación” legal. En este tercer momento es cuando los jueces trasladan la *política constitucional al derecho constitucional*. Pues bien si los jueces no se hacen eco de esta “reforma constitucional” (que como sabemos no es la formal que prevé la Constitución) y recoge a través de casos concretos esos nuevos entendimientos constitucionales, la reforma nunca será tal. Y eso, porque como lo reconoce el propio Ackerman, la ciudadanía no sigue movilizadas eternamente y lo que necesita para cristalizar sus propuestas es que los tribunales vayan inaugurando una revisión radical de su doctrina preexistente. Ackerman, Bruce, *We the people: Foundations*, ob. cit., p. 289.

riqueza de decisiones democráticas de la historia constitucional¹⁰¹. En suma y a mí entender, esta teoría no logra salirse de la lógica liberal del constitucionalismo elitista y es mal llamada por algunos de constitucionalismo popular¹⁰².

2.3.- ¿Qué teoría de la democracia?

A esta altura ya se habrán podido notar algunos contrastes entre los predicados del constitucionalismo popular y la teoría de la democracia “sustancial” que sostienen los neoconstitucionalistas, incluso he adelantado las críticas a las teorías deliberativas por ellos defendida. Ahora sintetizaré los puntos más destacables para el constitucionalismo popular que, como expone Gargarella, parte de la premisa según la cual “el gobierno pertenece al pueblo (antes que a sus representantes, y mucho antes que a la justicia)...”¹⁰³

Frente al aludido temor que los neoconstitucionalistas demuestran frente a la regla de la mayoría, los populares le otorgan un valor axiológico¹⁰⁴, denunciando la confusión que los “progresistas” realizan entre capacidad técnica y capacidad moral para quitarle poder a la “gente común”¹⁰⁵. Esto no significa que los populares sostengan que la democracia se circunscribe a la decisión mayoritaria, puesto que también la conciben como una teoría acerca de la organización apropiada de la sociedad y de las relaciones sociales¹⁰⁶. En este sentido, se asocia el concepto directamente a la idea de “cultura democrática”¹⁰⁷ que viene a complementar los rasgos meramente formales de la democracia a fin de dismantelar las jerarquías injustas que permanecen en su interior¹⁰⁸. La forma en que esta cultura popular se manifiesta es a través de

¹⁰¹ Gargarella, Roberto, “El constitucionalismo según John Rawls”, ob. cit., pp. 17-18.

¹⁰² Se han hecho muchas otras críticas a la teoría de Ackerman. Véase por ejemplo Nino, Carlos Santiago, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, ob. cit., p. 123-124.

¹⁰³ Gargarella, Roberto, “El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The people Themselves*, de Larry Kramer”, ob. cit.

¹⁰⁴ Sobre la relación de los populares y de los neoconstitucionalistas con la regla de la mayoría, volveré *infra*.

¹⁰⁵ Balkin, Jack M., “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, ob. cit., p. 1951. Remito al excursus que se realizará *infra*.

¹⁰⁶ Balkin, Jack M., “The Constitution of Status”, ob. cit., p. 2368.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 2314.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 2367. Balkin retoma aquí el análisis de la famosa nota al pie núm. 4 de la sentencia “Carolene products” que en su momento estudiara John Hart Ely sobre las minorías discretas e insulares.

los movimientos sociales que tornan visibles esas injusticias y promueven el cambio social.

Por lo mismo, tampoco es adecuado afirmar que los populares consideren que “la interpretación constitucional deba ser ‘mayoritaria’”¹⁰⁹, sino más bien lo que propugnan es que detrás de ella haya una teoría acerca de lo que es la democracia¹¹⁰ y que en última instancia, se deje a la voluntad consistente y deliberada del pueblo, la última palabra¹¹¹. Esta afirmación final nos permite acercarnos a los populares –con reservas– a algunas versiones del modelo de la “democracia deliberativa”¹¹².

Ahora bien, estas versiones populares de la democracia deliberativa defieren de aquellas apoyadas por los neoconstitucionalistas que, como vimos, las acompañan con fuertes “precondiciones”¹¹³ y en algunos casos, un apoyo ambiguo al control judicial de constitucionalidad. Así, lo que caracteriza ese tipo de concepciones deliberativas *liberales* (y que marca el contrapunto con los populares) es que defienden ideas de democracia basadas en la “persuasión, la discusión, el diálogo racional”, favoreciendo la “soberanía de la razón” frente a la “soberanía popular”¹¹⁴ y poniendo el acento en el consenso como valor central¹¹⁵. En ese esquema, los gobiernos tendrían el deber de moldear las preferencias privadas para promover los ideales de la deliberación democrática¹¹⁶, pues la democracia queda por debajo de la autoridad de los

¹⁰⁹ Gargarella, Roberto, “Acerca de Barry Friedman y el ‘constitucionalismo popular mediado’”, ob. cit., p. 164: “entendiendo por mayoritaria la idea populista según la cual la interpretación debe seguir de modo más o menos inmediato, irreflexivo, incuestionado, las ocasionales preferencias que sostenga una particular mayoría social, en un momento determinado”.

¹¹⁰ Balkin, Jack M., “The Constitution of Status”, ob. cit., p. 2372. Con sus palabras: “This theory requires, among other things, a theory of what democracy was”.

¹¹¹ Gargarella, Roberto, “Acerca de Barry Friedman y el ‘constitucionalismo popular mediado’”, ob. cit., p. 165.

¹¹² Mucho se ha escrito sobre la democracia deliberativa, en este sentido véase Elster, Jon (comp.), *La Democracia Deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001; Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, ob. cit., Gutmann, Amy y Thompson, Dennis, *Why Deliberative Democracy?*, Princeton, Princeton University Press, 2004; Forst, Rainer, “The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy”, ob. cit., pp. 345-378, entre otros.

¹¹³ Como lo enfatiza Kramer, Larry, “Popular Constitutionalism, circa 2004”, ob. cit., p. 1005, el mismo autor también en “Undercover Anti-Populism”, ob. cit., pp. 1351 y ss.

¹¹⁴ Gargarella, Roberto, “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El ‘Constitucionalismo popular’ frente a la teoría de Nino”, ob. cit., p. 416.

¹¹⁵ Según la crítica que ya vimos de Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit. p. 111, donde aclara: “aceptar el consenso como la lógica interna de la deliberación no es lo mismo que estipularlo como el resultado político correcto”. Lo mismo vuelve afirmar en su reciente trabajo citado, “Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?”, pp. 1728-1729.

¹¹⁶ Balkin, Jack M., “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, ob. cit., pp. 1967, 1983.

principios de justicia originados en una instancia “más alta” de formación de las leyes, *la moral*¹¹⁷.

En cambio, las versiones populares de la democracia deliberativa¹¹⁸, colocan al desacuerdo en el centro de su teoría¹¹⁹ y por ello la consideran un proyecto inacabado, signado por el conflicto y en cambio permanente¹²⁰. Para esta visión, la atención debe ponerse en la igualdad de oportunidades a la hora de acceder al proceso político y expresarse, y no en las formas de esa expresión, su calidad o precondiciones¹²¹. Así, por ejemplo con respecto a las legislaturas, se afirma que si bien no operan en una especie de situación ideal de diálogo de tipo *habermasiana*, eso no quiere decir que el proceso legislativo no sea deliberativo o provisto de principios¹²².

La diferencia con Habermas y sus seguidores es que ellos se centran en una “situación ideal de habla” donde se supone que la autonomía y el consenso pueden ocurrir y toman esa situación como ideal regulativo al que la política

¹¹⁷ Forst, Rainer, “The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy”, ob. cit. p. 353. El autor explica así los supuestos de la democracia deliberativa *liberal*, tomando a Rawls como su ejemplo paradigmático y resaltando entre otros puntos la importancia de que las personas sean “razonables” en el sentido específico de contar con la capacidad de buscar, aceptar y actuar de acuerdo a *principios* que pueden ser aceptados por todos los sujetos a estos. Esto asume la capacidad de las personas de dar razones para sus proposiciones que los *trasciendan*, es decir que sean “neutrales”, trazando una línea entre lo *éticamente bueno* (sobre lo que personas razonables pueden disentir) y lo *moralmente bueno*, sobre lo que no pueden haber desacuerdos fundamentales *razonables* *Ibidem*, p. 348. De allí que la concepción del discurso político sea *principle-bound discourse*, por lo que el criterio de legitimidad descansará sobre el principio básico de justicia, es decir, será *sustantivo* *Ibidem*, p. 351. En este sentido, la deliberación política es “*principle-interpreting rather than principle-generating*” *Ibidem*, p. 352.

¹¹⁸ Que no son de tinte “liberal” y por tanto no se asocian al elitismo que mencionara *ut supra*. La diferencia estaría en que este modelo descansa en criterios *procedimentales* de legitimidad, mientras que el otro en criterios sustantivos. Esto no quiere decir que no hayan en el fondo criterios morales sustantivos, como por ejemplo, la imposibilidad de aceptar como “razón” dentro del proceso deliberativo que alguien vale menos que otros o que el interés de un grupo cuenta menos que el de otro, pero estos criterios son *internos al propio proceso* democrático y no externos como lo son en los modelos liberales. Véase Forst, Rainer, “The Rule of Reasons, Three Models of Deliberative Democracy”, ob. cit., p. 373. Esto “... makes democracy necessarily a *self-critical* enterprise”, p. 374. Hay que decir también que Forst, al igual que Habermas, considera a los derechos fundamentales como co-origenarios al proceso democrático. Véase también Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, ob. cit., pp. 147 a 197 y del mismo autor “Derechos humanos y soberanía popular: las versiones liberal y republicana” en Felix Ovejero, J. Luis Martí y Roberto Gargarella (comps.), *Nuevas Ideas republicanas, autogobierno y libertad*, Paidós, Barcelona, 2004, pp.191-206.

¹¹⁹ Claramente Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., p. 113. Para este autor entonces “el mejor modelo de democracia será aquel que integre o ensamble su reconstrucción del elemento de la deliberación con la reconstrucción del elemento del voto y la regla de la mayoría”. Gargarella, Roberto y Martí, José Luis, “Estudio preliminar”, ob. cit., p. XL.

¹²⁰ Balkin, Jack M., “The Constitution of Status”, ob. cit., p. 2314. Aunque este autor afirma que el modelo de democracia populista no es el de un diálogo prolongado, sino el de “revoluciones periódicas” en “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, ob. cit., p. 1988.

¹²¹ *Ibidem*, p. 1969.

¹²² Kramer, Larry, “Undercover Anti-Populism”, ob. cit., p. 1357.

real debe aspirar. En cambio los demócratas procedimentalistas creen que la igual libertad puede disputarse en escenarios no ideales, incluso si la deliberación no tiene lugar y el consenso no es esperable, porque la negociación y votación también son mecanismos legítimos para expresar la opinión de la mayoría, especialmente en contextos de desacuerdos profundos¹²³.

Este grupo de pensadores, en general, tiene la convicción de fondo de que la democracia tiene un valor moral que el constitucionalismo no posee¹²⁴. Reconocen la importancia de los derechos fundamentales pero impugnan la idea de insertarlos en una constitución rígida que los sustraiga de la deliberación democrática, pues según creen, la mejor manera de proteger los derechos es dejándolos en manos de la ciudadanía. Lo que en suma se reivindica es un “derecho fundamental a la democracia”, que es un derecho a participar en condiciones de igualdad en las decisiones sociales sobre las cuestiones más importantes de principios¹²⁵.

Estas ideas de democracia y participación popular a primera vista pueden parecer un tanto vagas o ingenuas. De hecho gran parte de las críticas que se han hecho a los populares pasan por la falta de definición del “pueblo” protagonista y, en segundo lugar, por la mínima concreción en los mecanismos para hacer posible el ideal democrático que propician. Otras críticas más fuertes se concentran en los eventuales resultados que pudiera producir el dejar en manos de la gente común la interpretación de los derechos.

Empezando con la primera observación, han sido muchos los autores que han señalado “la falta de rigor conceptual en relación a la noción de pueblo que es posible advertir en el constitucionalismo popular”¹²⁶. Por ejemplo Ferrajoli,

¹²³ Saffon, María Paula y Urbinati, Nadia, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, ob. cit., p. 444. Las autoras aclaran que sin embargo Habermas ha reconocido que en escenarios donde falta autonomía y la deliberación puede ser distorsionada, el ideal regulativo puede relajarse para evitar ser contraproducente y la deliberación puede ser reemplazada por la negociación o el simple voto.

¹²⁴ Criticándose una visión del “constitucionalismo” que no se concibe sólo como una teoría normativa sobre las *formas* y *procedimientos* de gobierno, sino sobre el control, límites y restricciones al poder del Estado. Waldron, Jeremy, “Constitutionalism: A Skeptical View”, ob. cit., pp. 12-13.

¹²⁵ Waldron, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, ob. cit., pp. 20, 36.

¹²⁶ Álvarez, Luciana, “Sobre la idea de ‘pueblo’. Contribuciones al constitucionalismo popular desde la teoría crítica y la filosofía latinoamericana”, en Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega (coords.) *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*, Porrúa, México, 2013, pp. 71-93, p. 82.

habla de falacias ideológicas y *populistas* para señalar la inexistencia de una voluntad del pueblo. Según él, la voluntad de los representados se expresa únicamente en el voto pero no se puede identificar con ninguna decisión o voluntad de los representantes¹²⁷.

Alexander y Solum en una reseña crítica al libro de Kramer se centran en este punto y distinguen entre “Pueblo” (*The People*) como unidad orgánica que podría instituir o interpretar la constitución; del “pueblo” (*the people*) como colección de individuos que son ciudadanos o residentes de un gobierno determinado y que pueden actuar a través del gobierno pero no tienen capacidad de acción fuera de las instituciones¹²⁸. Según los autores, Kramer insiste en que el “Pueblo” no puede distinguirse del “pueblo”, y de allí la crítica.

Partiendo de lo que llaman “individualismo metodológico”, Alexander y Solum asumen que si bien existen entidades colectivas, éstas no son “unidades orgánicas” y sus acciones pueden ser explicadas sólo en términos de la acción de los individuos que componen el grupo¹²⁹. Por ello las seis proposiciones que según los autores definirían al constitucionalismo popular no tienen mayor sentido. Según ellos estas proposiciones son: 1) Que el pueblo hace la constitución; 2) que el pueblo hace cumplir la constitución por sí mismo; 3) que el pueblo interpreta la constitución; 4) que esas interpretaciones son obligatorias; 5) que la autoridad interpretativa del pueblo es máxima y final respecto de las otras instituciones gubernamentales; y que 6) las decisiones constitucionales hechas por el pueblo mismo triunfan frente al texto escrito de la constitución¹³⁰.

Pero claramente este individualismo metodológico del que parten los críticos no es el marco teórico que maneja Kramer y tampoco esta caricaturización son las bases del constitucionalismo popular. Kramer por ejemplo considera la posibilidad de acción del Pueblo asumiendo a su vez la participación en su interior de múltiples y variables identidades¹³¹. Lo que

¹²⁷ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris*, vol. 2, ob. cit., pp. 167,173.

¹²⁸ Alexander, Larry y Solum, Lawrence, “Popular? Constitutionalism?”, *Harvard Law Review*, vol. 118, 2004-2005, pp. 1594-1640, pp. 1602, 1606. La crítica la aplican también al concepto de *We the People* de Bruce Ackerman.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 1606.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 1616.

¹³¹ Véase Álvarez, Luciana, “Sobre la idea de ‘pueblo’. Contribuciones al constitucionalismo popular desde la teoría crítica y la filosofía latinoamericana”, ob. cit. p. 81. Lo mismo puede decirse de los demás populares.

entonces parece faltar en la teoría son los “canales de comunicación” entre la expresión del Pueblo (en su diversidad) y las instituciones, para hacer viable la concreción de sus demandas.

Sobre esta segunda observación también ha recaído la crítica a los populares¹³². Así por ejemplo se dice que el constitucionalismo popular es “imposible de desarrollar en la práctica” pues presupone “que el pueblo como órgano está en capacidad no sólo de expresar una opinión interpretativa sino, a su vez, de argumentar de manera constructiva las razones de su interpretación”¹³³. Una crítica que considero no está pensando en generar mecanismos para que el pueblo pueda expresarse en instituciones afines, sino que está sugiriendo que el pueblo actúe como si fuera un tribunal.

Pero incluso se dice, si se considerara no que el pueblo tiene el poder de interpretar la constitución, sino sólo de reaccionar a las divergencias groseras que tenga con los tribunales, este ejercicio sería *peligroso*¹³⁴. Y la peligrosidad consistiría en que se estaría aceptando implícitamente que “...las interpretaciones de la Corte pueden ser derogadas por la expresión extralegal de una insatisfacción popular”¹³⁵, lo que podría generar un “*populismo constitucional*” en el cual lo que se busca es simplemente satisfacer sentimientos inmediatos y coyunturales sin objetivos de largo plazo, que chocan directamente con la lógica de la construcción de un orden constitucional estable. Sin contar que dentro de este espacio se corre el riesgo mayor de que

¹³² Alexander, Larry y Solum, Lawrence, “Popular? Constitutionalism?”, ob. cit., p. 1635 plantean: “How can the people themselves interpret and enforce the Constitution through direct action?”

¹³³ Rincón Salcedo, Javier, “La Soberanía Interpretativa de los Tribunales Constitucionales: Análisis desde la Perspectiva del Constitucionalismo Popular”, ob. cit., pp. 127-128, quien sigue de cerca el enfoque de Alexander y Solum.

¹³⁴ Así, el escepticismo hacia la mera posibilidad de que el pueblo pueda expresarse, se suele acompañar con el temor a que si lo hace, sea de la peor manera. Es claro Chemerinsky, en su crítica al constitucionalismo popular, quien considera por ejemplo “que existe una correcta interpretación de los valores constitucionales que se descubren en un proceso razonado de discusión y argumentación. No se puede confiar en las mayorías legislativas para el descubrimiento de estos valores y por eso es necesario un control constitucional estricto. [...] incluso el control constitucional de los jueces se hace más necesario y debería ser más estricto cuando se revisa la constitucionalidad de medidas tomadas directamente por la gente. Generalmente esas medidas no son solamente irracionales [...] sino que carecen también de las garantías que rodean el proceso legislativo” Chemerinsky, Erwin, “In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism”, *University of Illinois Law Review*, vol. 2004, pp. 673-690, pp. 680-683, citado por González Jácome, Jorge, “¿El poder para la gente? Una introducción a los debates sobre el constitucionalismo popular”, ob. cit., p. 49. En ese volumen se puede encontrar traducción al castellano del artículo de Chemerinsky citado y también del artículo de Richard Parker.

¹³⁵ Alexander, Larry y Solum, Lawrence, “Popular? Constitutionalism?”, ob. cit., p. 1639.

la reacción del pueblo sea violenta, caso en el cual estaríamos además incitando a la formación de especies de mafias que buscan levantarse en cada ocasión que lo consideren oportuno para hacer sentir su descontento y por la vía de la violencia imponer sus decisiones”¹³⁶.

Sobre la tendencia a equiparar al constitucionalismo popular con el *populismo constitucional* volveré *infra*. Aquí me he permitido reproducir la cita completa por el marcado temor a las mayorías que presenta, tan propio del constitucionalismo y además, por el sesgo que significa advertir que la gente se comportará necesariamente de forma violenta, llena de intereses inmediatos, coyunturales, hasta mafiosos, etc. sin siquiera imaginar la posibilidad de comunicación o diálogo entre el pueblo y los gobernantes. No repetiré lo ya dicho anteriormente, sólo quiero mostrar cómo se van engarzando las críticas: de la supuesta imposibilidad de expresión del pueblo, si se considera que existe algo como tal, se pasa a los *catastróficos* resultados que algo así produciría.

Intentando responder a estos ataques hay que decir en primer lugar que la crítica que se hace a los populares por la carencia de canales de comunicación entre el pueblo y las instituciones no puede extenderse a todos. Como vimos Waldron y también con ambigüedades Tushnet, centran la expresión popular en el voto y como consecuencia, en los representantes del pueblo, es decir, en el parlamento; lo que puede generar otras críticas pero no la que aquí se reprodujo. Post y Siegel ya habían apuntado a la mediación de los tribunales para recibir los reclamos de los distintos movimientos sociales.

Más recientemente Post se ha detenido en este punto de los “canales de comunicación” (*chain of communication*) entre el “pueblo” y aquellos a quienes encomienda el ejercicio de los poderes de gobierno. Unos canales que, según dice, deben ser lo suficientemente fuertes y discernibles como para mantener la convicción popular de que los representantes hablan por la gente que representan¹³⁷. Post encuentra en la opinión pública y en las elecciones, esos canales de comunicación que permiten el autogobierno. Pero su análisis sobre

¹³⁶ Rincón Salcedo, Javier, “La Soberanía Interpretativa de los Tribunales Constitucionales: Análisis desde la Perspectiva del Constitucionalismo Popular”, ob. cit., p. 129. También Alexander, Larry y Solum, Lawrence, “Popular? Constitutionalism?”, ob. cit., p. 1637 dicen: “...mob rule has a tragic history. [...] Mob rule can be a Terror. Direct popular action can degenerate into indiscriminate violence”.

¹³⁷ Post, Robert, *Citizens Divided*, ob. cit., p. 8.

todo se centra en la opinión pública como un modo dinámico, esencialmente activo y en permanente realización, en donde se encontraría el poder soberano en relación directa de propiedad con el Estado¹³⁸.

Esta relación genera, según Post, un proceso comunicativo en el que la población, siempre cambiante, articula continuamente sus experiencias en una democracia discursiva. Esta concepción de la democracia postula que mediante la participación continua en la formación de la opinión pública nunca acabada y mediante el establecimiento de instituciones diseñadas para hacer al gobierno continuamente receptivo a ella, la gente puede desarrollar un “sentido de propiedad” sobre su gobierno y así disfrutar los beneficios del autogobierno¹³⁹. En este sentido, como la opinión pública siempre se está formando no puede ser nunca representada de forma estática y llega al gobierno siempre de modo indirecto¹⁴⁰. Así, no puede decirse que sea un instrumento de decisiones concretas, sino que estas siempre serán objeto de debate y controversia, pues siempre habrá interpretaciones controvertidas acerca de lo que la opinión pública realmente es¹⁴¹.

Como se puede apreciar, con este desarrollo -íntimamente ligado a los derechos comunicativos como la libertad de expresión- Post salva la objeción del “pueblo” como unidad orgánica y acabada, para centrarse en los canales de comunicación necesarios entre ese pueblo -que existe y se manifiesta a través de sus opiniones- y las distintas ramas del gobierno, proponiendo diseños institucionales receptivos y responsables ante él¹⁴². Así recupera el concepto de autogobierno con una visión claramente popular.

Retomaré ahora la crítica que se anunció sobre los eventuales resultados que produciría el dejar a la ciudadanía decidir en última instancia. Según ésta,

¹³⁸ *Ibidem*, p. 33.

¹³⁹ Aquí el autor toma los desarrollos de Herbert Croly para distinguir entre lo que llama democracia directa y democracia discursiva, donde la primera está más circunscripta y limitada por razones pragmáticas, mientras que en la segunda “public opinion ‘rules as a pervading and impalpable power, like the ether which [...] passes through all things. It binds all the parts of the complicated system together and gives them whatever unity of aim and action they possess’”, *Ibidem*, pp. 35-36.

¹⁴⁰ En efecto, tanto las encuestas como las elecciones son sólo una muestra sobre lo que la opinión pública pudo haber sido en algún momento del pasado.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 37.

¹⁴² Muy cercana a Post es la postura de Nadia Urbinati, *Democracy disfigured*, ob. cit., p. 17 donde proclama: “..that recognition of the role of opinion in the process of decision making is internal to a procedural interpretation of democracy; that representative democracy has a diarchic structure; and that the role of the political forum in democracy is essential, not optional”.

entre otros motivos de preocupación, estaría que “ciertas ‘conquistas’ en materia de derechos fundamentales pueden ser revertidas, porque el pueblo tiene [...] la posibilidad permanente de cambiar las decisiones a través de procedimientos políticos...”¹⁴³.

Es paradigmático en este sentido Ferrajoli, quien se ha cansado de advertir sobre el peligro del “populismo penal”¹⁴⁴ que se generaría de darse a las mayorías el poder de decidir en esta materia. Lo mismo Chemerinsky sobre la dificultad de que las mayorías sean receptivas a derechos de personas privadas de libertad o que tengan sus derechos civiles vulnerados¹⁴⁵. También se suelen poner los ejemplos de mayorías que a través de referéndums niegan derechos a las minorías, por caso, el resultado contra el matrimonio de personas del mismo sexo (ocurrido en California con la Proposición 8)¹⁴⁶.

En respuesta los populares insisten en que el compromiso con el juego democrático lleva precisamente a aceptar que puede haber ocasiones en que la mayoría se “equivoca”¹⁴⁷. Pero en la medida en que las decisiones políticas de una comunidad se puedan discutir permanentemente, cualquier derrota es temporal y se puede revertir¹⁴⁸. Así sostienen los defensores de una

¹⁴³ González Jácome, Jorge, “¿El poder para la gente? Una introducción a los debates sobre el constitucionalismo popular”, ob. cit., p. 60.

¹⁴⁴ O política de derecho penal máximo, Véase por ejemplo Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, ob. cit., pp. 252-257, antes en *Derecho y Razón*, ob. cit., pp. 103 y ss.

¹⁴⁵ Chereminsky, Erwin, “In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism”, ob. cit., p. 688.

¹⁴⁶ González Jácome, Jorge, “¿El poder para la gente? Una introducción a los debates sobre el constitucionalismo popular”, ob. cit., pp. 52-53. La “Proposición 8” fue un referéndum en las elecciones estatales de California del 4 de noviembre de 2008 que eliminó el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio. La aprobación de la proposición modificó la constitución de California, eliminando el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, revirtiendo la decisión previa del tribunal supremo del estado que lo había legalizado. Como contraejemplo se puede citar el reciente plebiscito uruguayo del 26 de octubre de 2014 en el que se consultó a la ciudadanía la posibilidad de bajar la edad de imputabilidad penal de 18 a 16 años, con resultados negativos. Para una crítica a posturas como la de Ferrajoli o Chemerinsky, véase Gargarella, Roberto, “The Place of the People in Criminal Law”, ob. cit.

¹⁴⁷ Sobre el punto véase la reflexión de Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, ob. cit., pp. 183 y ss

¹⁴⁸ González Jácome, Jorge, “¿El poder para la gente? Una introducción a los debates sobre el constitucionalismo popular”, ob. cit., p. 59. Guardiola Rivera, Oscar, “Famous Last Words: constitucionalismo popular y el lugar de la verdad en política y derecho”, en Ricardo Sanín (ed.) *Justicia Constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Legis, Bogotá, 2006, pp. 165-208. Lo mismo ha expresado Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, ob. cit., p. 351 (citado en el capítulo anterior): si una institución que sí es electa y responsable toma la decisión equivocada, entonces, aunque se produce alguna pérdida para la democracia en el contenido de la decisión, no es insensato que los ciudadanos se consuelen pensando que al menos han cometido su propio error y no que se las haya impuesto el error de algún otro.

democracia procedimental o *doxástica*, que su virtud no está en que los resultados de las decisiones sean “correctos”, sino en la posibilidad de cambiarlas porque no son un resultado fijo¹⁴⁹. De allí que el valor y significado de la democracia descansa en la persistencia del proceso¹⁵⁰.

Sobre este último particular destaca Post -refiriéndose a la expresión de la opinión pública- que descansa menos en su expresión inmediata que en la integridad del proceso por el que es formado¹⁵¹. Resaltando esta “integridad” se insiste en no confundir a la democracia deliberativa con una democracia “de mercado” que no se ocupa de estimular la participación y deliberación de ideas, sino que desde concepciones individualistas sólo conciben agregar preferencias particulares¹⁵². Esa visión empobrecida de la democracia, ligada a la “fuerza de los números”¹⁵³ claramente está en las antípodas de interesarse por generar canales de comunicación entre la ciudadanía y el gobierno, fortalecer la opinión pública o la idea de autogobierno colectivo, pues parte de supuestos de estricto autointerés y de una “neutralidad del Estado” liberal que no debe en ningún caso intervenir con las preferencias privadas de sus ciudadanos¹⁵⁴.

En muchas ocasiones se puede encontrar a los constitucionalistas partidarios de teorías de la democracia sustancialistas, enfrentándose a este

¹⁴⁹ Entre los rasgos principales de una concepción procedimental de la democracia se señalan justamente: a) la *incertidumbre* de no estar nunca seguros de cuál será el resultado de una elección porque además, no hay una autoridad externa que pueda arbitrar sobre el resultado; b) la *apertura y posibilidad de impugnación*, que se dan por la significativa oposición y pluralismo de propuestas sobre las cuales se puede elegir; c) la *participación y enmienda*, porque al ser la democracia un juego abierto e incierto, hay incentivos para participar a fin de ganar o de enfrentar al ganador. Así se hace de la falibilidad un rasgo positivo, al hacer que todas las decisiones sean susceptibles de ser cambiadas; d) la *capacidad de respuesta*, es decir, el procedimiento es receptivo a los fines de los participantes, en el sentido que sus preferencias y opiniones son el principal *input* de las decisiones; e) la *no trivialidad*, que significa que todo lo anterior tiene sentido si los canales democráticos deciden la mayoría de los conflictos significativos que existen en la sociedad. Saffón, María Paula y Urbinati, Nadia, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, ob. cit., pp. 460- 462.

¹⁵⁰ Urbinati, Nadia, *Democracy disfigured*, ob. cit., p. 9. Con sus palabras: “Justifying political rights from the point of view of their consequences is a dangerous path toward democracy depreciation. We enjoy the right to vote not because this allows us to achieve good or correct outcomes [...] but in order to exercise our political freedom and remain free while obeying, even if the outcomes that our votes contribute to producing are not as good as we had foreseen or as would be desirable”, *Ibidem*, p. 17.

¹⁵¹ Post, Robert, *Citizens Divided*, ob. cit., p. 38.

¹⁵² Una crítica a estas concepciones “económicas” de la democracia, defendida entre otros por Richard Posner, James Buchanan y Gordon Tullock en Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., pp. 112-116.

¹⁵³ Véase Urbinati, Nadia, *Democracy disfigured*, ob. cit., p. 16, criticando a Vilfredo Pareto.

¹⁵⁴ Martí, José Luis, *La república deliberativa*, ob. cit., pp. 66-67, también criticando la concepción de Schumpeter.

último tipo de teorías y catalogando a todos los populares como defensores de estas concepciones poco atractivas de democracia, que califican de *mayoritaristas* o *estadísticas*. Eso hace que se empobrezca la discusión en torno a la democracia, pues no se toman en serio los puntos más fuertes de las distintas posturas para pelear con caricaturizaciones de las mismas fácilmente desechables.

En parte estas simplificaciones tienen que ver con cómo se enfrentan las distintas concepciones de la democracia a la regla de la mayoría y el lugar que le dan como método para la toma de decisiones. En lo que sigue me permitiré detenerme sobre este tema en particular a fin de terminar de dar luz a la cuestión democrática para las distintas corrientes constitucionales. Luego, en un segundo sub-apartado, retomaré al constitucionalismo popular como categoría constitucional e intentaré diferenciarlo de lo que se suele llamar *populismo constitucional*.

a) La regla de las mayorías

Supuesto, como hemos hecho a la largo de esta tesis, el hecho del pluralismo, se torna ineludible el contar con una regla para la adopción de decisiones colectivas y parece que la más adecuada resulta ser la regla de las mayorías. El asunto es determinar qué justifica/legitima esta regla y no otra y, en todo caso, si es aplicable para todo tipo de decisiones o bien es buena para algunas y no aconsejable para otras.

Tradicionalmente se han propuesto dos clases de argumentos para justificarla: los *argumentos axiológicos*, que justifican la regla por los valores que promueve y en ese sentido consideran que es una regla *justa*; y los *argumentos técnicos*, que la justifican porque constituye un instrumento óptimo para decidir en una colectividad cualquiera¹⁵⁵. Evidentemente según la postura

¹⁵⁵ Bobbio, Norberto, "La Regla de Mayoría: límites y aporías", ob. cit., p. 466 y ss. En el mismo sentido Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, ob. cit., p. 133. Waldron ofrece cuatro argumentos justificatorios para la decisión por mayoría: a) el argumento de *eficiencia*, b) el argumento *epistémico*, c) el argumento de justicia y d) un híbrido entre el argumento epistémico y el de justicia (que atribuye a Roderick M. Hills, Jr., "Are Judges Really more Principled than Voters?" *University of San Francisco Law Review* vol. 37, 2002, pp. 37-61). Waldron, Jeremy, "Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?", ob. cit., p. 1710. He optado por exponer sólo dos, el de eficiencia (que sería equiparable al técnico aludido por Bobbio) y el de justicia (que correspondería al axiológico), pues el argumento epistémico - que justifica la regla de la mayoría por ser la que puede alcanzar objetivamente la mejor

que se adopte, será la preponderancia que se le asigne a la regla de la mayoría frente a otras formas de decisión alternativas.

Cabe también dejar expresado que la distinta naturaleza de la base de justificación se da porque ambas tienen validez en contextos distintos. Los argumentos axiológicos, se defienden sobre todo como un remedio contra la elección o decisión de un autócrata, que no respeta la libertad de los individuos ni los reconoce como iguales. En cambio, quienes consideran la regla como un expediente técnico útil, la defienden como un remedio contra la unanimidad¹⁵⁶.

Dentro de la primera línea de argumentación, o sea la axiológica, aunque con grandes diferencias, encontramos en general a aquellos autores que han sostenido una legitimidad procedimental de la democracia¹⁵⁷. Veamos:

Para Kelsen, el principio de la mayoría absoluta nos da la mayor aproximación posible a la idea de libertad¹⁵⁸ pues consentiría la mejor aproximación posible a un régimen de perfecta autonomía, en el cual las decisiones colectivas deberían resultar concordantes con la voluntad de todos los individuos consociados. Para este autor, este es el principio apropiado para impedir el dominio de una clase sobre otra ya que “la mayoría presupone por definición, la existencia de una minoría y por tanto, el derecho de la mayoría

decisión- se podría reagrupar con aquellos técnicos, puesto que no consideran la regla como valiosa en sí o por los valores que promueve sino por sus resultados. Además el argumento epistémico ha sido tratado en relación a las concepciones de la democracia en el capítulo anterior y considero que las conclusiones son extrapolables. Sobre el argumento híbrido, como se analiza para justificar el uso de la regla de la mayoría dentro de los tribunales, no lo trataré aquí.

¹⁵⁶ Bobbio, Norberto, “La Regla de Mayoría: límites y aporías”, ob. cit., pp. 466, 467.

¹⁵⁷ El ejemplo paradigmático es el de Kelsen, para quien “[l]a lucha por la democracia es históricamente una lucha por la libertad política, esto es, por la participación del pueblo en la legislación y en la ejecución”. Y si bien podría pensarse que para este autor la legitimidad de la democracia y de la consecuente regla de mayorías, viene dada por su apelación al valor de la libertad, a renglón seguido de la afirmación transcripta nos advierte que “... constituye un abuso manifiesto de la terminología emplear la palabra democracia, que es un método determinado de producción del orden social, para referirse al contenido de ese mismo orden social, que es independiente de su método de producción” Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, traducción de Juan Luis Requejo Pagés, KRK Ediciones, Oviedo, 2006, pp. 212-213. Y es que para Kelsen, cualquier intento de quitar de la discusión democrática determinados contenidos, era equivalente a usar su legitimación para imponer un sistema político dictatorial.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 51. También afirma que la idea de igualdad constituye un presupuesto del principio de mayoría, pero que intentar derivar el principio de mayoría únicamente de la idea de igualdad, tendría un carácter mecánico y absurdo. “Únicamente la idea de que deben ser libres, si no todos, sí al menos tantos hombres como sea posible [...] lleva de una manera razonable al principio de la mayoría”, p. 52. Podría decirse que esta es una concepción utilitarista y por ello agregativa, que estaría en oposición a otras teorías, también axiológicas, que justifican la regla de la mayoría, como por ejemplo la de Nino o Gargarella.

implica el derecho de la existencia de la minoría”¹⁵⁹. Así, nunca podría haber una opresión sobre la minoría porque la voluntad colectiva formada por el principio de mayoría es el producto de la influencia recíproca entre ambos grupos, razón por la cual prefiere denominarlo principio de mayoría-minoría¹⁶⁰.

Es que el sentido del sistema político que llamamos democracia, según Kelsen, pasa por poder justificar la coerción necesaria para la realización de los fines sociales con el acuerdo de, al menos, la mayoría de aquéllos a quienes debe aprovechar el orden coactivo. Y este orden coactivo sólo puede constituirse de manera que también la minoría, que no está absolutamente equivocada, pueda convertirse en cualquier momento en mayoría¹⁶¹.

Este punto coincide con el argumento “informal” por el cual la decisión por mayorías sería justa. En efecto, explica Waldron, la gente en general puede considerar que la decisión por mayorías es justa porque, aunque en este momento pierdan la contienda, saben que pueden ganarla en el próximo ciclo político. Con cita a Tocqueville dice, cada ciudadano estadounidense descubre un interés personal en obedecer las leyes porque quien hoy no pertenece a la mayoría, puede hacerlo mañana¹⁶².

Pero también hay un argumento “formal” sobre la justicia de la regla de la mayoría¹⁶³, según el cual defendemos este procedimiento pues es el que respeta de una forma única la igual autoridad política de cada individuo, por tanto en la decisión mayoritaria debe residir el criterio último de legitimidad democrática¹⁶⁴. Así para Waldron la regla de las mayorías no sólo es una solución pragmática a las circunstancias de la política; sino que además cuenta con otras cuatro ventajas:

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 139.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 145-146.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 229.

¹⁶² Waldron, Jeremy, “Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?”, ob. cit., p. 1718, la cita es de Tocqueville, Alexis, *Democracy in America and Two Essays on America*, Isaac Kramnick (ed.), Penguin Books, 2003, p. 281.

¹⁶³ Debo aclarar que Waldron prefiere hablar de “decisión mayoritaria” y no de “majority rule” siguiendo la distinción que realiza Hannah Arendt en su libro *On Revolution*, 1963, p. 163 según la cual “Only where the majority, after the decision has been taken, proceeds to liquidate politically, and in extreme cases physically, the opposing minority, does the technical device of majority decision degenerate into majority rule”, Waldron, Jeremy, “Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?”, ob. cit., p. 1694. Entiendo que aquí la distinción es entre regla de la mayoría y gobierno de la mayoría, que es el que podría degenerar en una “tiranía”. La confusión puede deberse a un problema de ambigüedad en el idioma inglés respecto de la palabra “rule”.

¹⁶⁴ Waldron, Jeremy, “Deliberación, desacuerdo y votación”, ob. cit., p. 265.

Es una regla *decisiva*, es decir, es capaz de resolver asuntos controvertidos con cierto finiquito¹⁶⁵. Es la única que, visto los desacuerdos, es *neutral* al cambio o a la conservación del estado de cosas y en ese sentido es justa con los defensores de las distintas opciones. Otorga el *mayor peso posible a cada voto* individual, en la dirección en que ese voto va; por lo tanto es justa con cada votante. Finalmente, no otorga ningún peso especial al voto de ningún individuo que no sea el mismo voto que tiene cualquier otro individuo, por lo que en este sentido es *igualitaria*. Por este cúmulo de razones y no por hipótesis epistémicas, sostiene Waldron, es que debemos apoyar su uso¹⁶⁶.

Claro está que sostener una concepción axiológica de la regla de las mayorías no implica asumir que ésta es la mejor forma de decidir en *todos los casos*, lo que resultaría absurdo¹⁶⁷. Se puede coincidir en que es un método valioso para la toma de decisiones políticas y al mismo tiempo no justificar su uso, por ejemplo, para decidir cuestiones concernientes a moralidad personal¹⁶⁸.

Además, defender el valor axiológico de la regla de la mayoría no implica defender sus resultados en la versión más “cruda” o *estadística* (en términos *dworkinianos*). Como señala Gargarella, hay numerosos arreglos institucionales compatibles con las preocupaciones democráticas que no implican abandonarse al simple peso de los números, como pueden ser acompañar la regla de la mayoría con controles judiciales de constitucionalidad débiles, o reforzar el proceso deliberativo, como intentan hacer Habermas o Nino en sus teorías políticas comunicativas, etc¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Waldron, Jeremy, “Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?”, ob. cit., p. 1711.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 1718-1719.

¹⁶⁷ De hecho Waldron al inicio de su trabajo aclara que entenderá por “decisión mayoritaria” aquel procedimiento para tomar decisiones en el que se deba determinar el resultado de elecciones binarias –si o no, peticionario versus demandado- designando a un conjunto de votantes individuales y eligiendo la opción favorecida por la mayoría de esos votantes. Según su entender, es ese el método que se utiliza en la mayoría de los parlamentos y congresos para tomar decisiones legislativas. *Ibidem*, pp. 1694-1695, nota al pie nº 8. En igual sentido se tomará aquí la regla de la mayoría.

¹⁶⁸ En este sentido la postura de Nino, Carlos Santiago sobre quien volveré *infra*, o Gargarella, Roberto, explícitamente en “The Place of the People in Criminal Law”, ob. cit., p. 13. Claro está que podría usarse dicha regla para establecer qué se considerará como de moral personal y que no, como anticipé cuando vimos las críticas a Nino en el capítulo anterior.

¹⁶⁹ *Idem*.

Finalmente, se pueden distinguir entre diferentes niveles dentro del proceso de toma de decisiones y diferentes caminos para abrir dicho proceso a la pluralidad de voces que existen en una democracia. Así, se podrían evitar los problemas de “consistencia”¹⁷⁰ distinguiendo entre decisiones sobre principios generales de una legislación, apropiados para ser decididos por mayoría y la singularidad de cada artículo de dicha legislación, probablemente mejor elaborados por un grupo especializado¹⁷¹.

Pero en suma, para quienes abrazan una concepción axiológica de la regla de la mayoría, aunque su utilización pueda aparejar algunas desventajas, por ejemplo, en términos de consistencia, hay otros valores más importantes que se honran y que justifican dicho sacrificio. Siendo que es imposible lograr todos los objetivos al mismo tiempo, se considera más relevante el priorizar el igual respeto por las opiniones e igual autoridad política de cada individuo.

Pasemos ahora al otro argumento de justificación, recordemos, quienes justifican la regla de la mayoría únicamente por criterios técnicos o de eficiencia. En su calidad de expediente técnico, la regla de la mayoría es indiferente al hecho de que los votos se hayan emitido más o menos libremente, por convicción o por miedo, por fuerza o por pasión. Por consiguiente, según afirma Bobbio, atribuir a la regla de mayoría la capacidad de maximizar la libertad o el consenso es otorgarle una virtud que no le pertenece: lo que la regla de la mayoría maximiza es sólo el número de aquellos que votan en una dirección, prefiriéndola a otra distinta¹⁷². Así la decisión por mayorías se justificaría por ser una regla *eficiente* para la toma de decisiones, puesto que disminuye los costos de la decisión comparado con cualquier otro método alternativo, es decisiva y es fácil de aplicar¹⁷³.

Pues bien, dentro de esta segunda línea de argumentación encontramos principalmente los autores que vimos volcados hacia el sustantivismo. Estos autores no descartan el uso de la regla de la mayoría en todo caso, sino sólo se preocupan por dar argumentos en contra de su justificación axiológica de

¹⁷⁰ Sobre estos problemas que remiten a la paradoja de Condorcet, ha llamado la atención especialmente Pettit, Philip, “Deliberative Democracy, the Discursive Dilemma, and Republican Theory” en James Fishkin y Peter Laslett (eds.), *Debating Deliberative Democracy*, Blackwell Publishing, Malden, 2003, pp. 138-162.

¹⁷¹ Gargarella, Roberto, “The Place of the People in Criminal Law”, ob. cit., p. 16.

¹⁷² Bobbio, Norberto, “La Regla de Mayoría: límites y aporías”, ob. cit., p.470.

¹⁷³ Waldron, Jeremy, “Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?”, ob. cit., p. 1710.

modo de poder reemplazarla por otros procedimientos en ciertas circunstancias, típicamente, en la toma de decisiones *finales* sobre la constitucionalidad de las leyes.

Dworkin, por ejemplo, se pregunta si el apoyo mayoritario por sí solo proporciona algún tipo de razón moral a favor de aquello a lo que la mayoría da su apoyo¹⁷⁴. Así plantea que si la regla de la mayoría fuera una cuestión de justicia básica y natural válida para todos los contextos de decisión, existiría un poderoso argumento para la concepción mayoritaria de la democracia¹⁷⁵. En la tarea de responder este interrogante, destaca el valor de esta regla como método para tomar decisiones colectivas, que a su criterio no es siempre claro - pues en ocasiones puede ser más apropiado el sorteo o incluso el no tomar una decisión-¹⁷⁶.

Sobre la cuestión de si es apropiada la regla de la mayoría en política, señala: “en un gobierno representativo, innumerables razones explican que la capacidad de las personas para influir en las decisiones políticas [...] es enormemente desigual”. De allí deriva que no es justificado condenar la cesión de ciertas cuestiones a los tribunales. Y concluye “debemos abandonar la idea popular de que la regla de la mayoría es un procedimiento de toma de decisiones especialmente justo, incluso en política. El mero peso de los números por sí solo no aporta ningún valor a una decisión política”¹⁷⁷.

Otro autor en la línea ahora estudiada, aunque más moderado, es Salazar, para quien el valor de la regla de la mayoría no es moral sino práctico. Siguiendo a Bobbio afirma que constituye un instrumento óptimo para decidir en una colectividad cualquiera, pero esta regla “no es exclusiva de la democracia ni constituye el único instrumento para decidir en esta forma de gobierno”, que habilita también, por ejemplo, decisiones por compromiso o pacto entre las partes. Por lo que, según el autor mexicano “la verdadera

¹⁷⁴ Dworkin, Ronald, *La democracia posible*, ob. cit., pp. 171 y ss.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p.176.

¹⁷⁶ Dworkin utiliza el ejemplo del bote salvavidas que necesita decidir lanzar a uno de sus pasajeros para que el resto pueda sobrevivir. En este caso, dice, utilizar la regla de la mayoría sería injusto y sería mejor decidir mediante el azar. Con lo que quiere demostrar es que no hay nada *intrinsecamente justo* en la utilización de la regla de la mayoría. Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, ob. cit., p. 387. Este ejemplo fue retomado en respuesta a las críticas que le propiciara Waldron en Dworkin, Ronald, “Response”, *Boston University Law Review*, vol. 90, 2010, pp. 1059-1087, pp. 1085,1086.

¹⁷⁷ Dworkin, Ronald, *La democracia posible*, ob. cit., p. 181.

garantía de la igualdad y de la libertad democráticas se encuentra en el sufragio universal”¹⁷⁸.

Este argumento debo decir, no deja de sorprenderme pues el sufragio universal no es un procedimiento de toma de decisiones, sino en todo caso, la extensión en el acceso al voto, el que una vez ejercido consagrará por resultado ganador el que haya elegido la mayoría¹⁷⁹. Si por el contrario, se estableciera un sistema con sufragio universal, pero donde los votos contaran de distinta manera según, por ejemplo, fueran emitidos por personas con título universitario (como propuso alguna vez Mill¹⁸⁰), el sistema tampoco garantizaría la igualdad democrática que presume Salazar.

Más extrema, aunque dentro de esta segunda postura, es la concepción de Ferrajoli. Ya pudimos ver su idea de democracia, por lo que baste aquí traer de muestra lo que él considera una aporía de la misma. A su criterio en la democracia ha desaparecido el valor garantista del principio de la mayoría. Así dice sobre la relación entre Estado de derecho y democracia política que: “En las actuales sociedades occidentales [...] en las que los pobres se han transformado en una minoría [...] es la mayoría la que se vuelve portadora de una política de exclusión y de muerte, mientras que el Estado constitucional de derecho y los derechos fundamentales son los que imponen un bio-derecho y una bio-política de la vida. De ahí el valor de las constituciones que garantizan los derechos de todos, incluso contra el poder democrático de la mayoría”¹⁸¹. Siendo que la teoría de Ferrajoli pretende tener alcances universales (pues la esboza como un proyecto político¹⁸²), considero de más complicada esta

¹⁷⁸ Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, ob. cit., p. 134.

¹⁷⁹ Salazar pretende reforzar su conclusión diciendo que como: “la regla de la mayoría puede perfectamente aplicarse en una sociedad en la que el sufragio universal no existe y que, por lo tanto, no es una sociedad democrática”, entonces no es garantía de igualdad y libertad. Pero este no resulta un argumento válido, pues que la regla de la mayoría se utilice en ámbitos no democráticos (como también por ejemplo se usa entre los jueces de las cortes supremas de justicia para decidir casos controvertidos), no quita que su uso *en sistemas democráticos*, es decir, *con sufragio universal*, no garantice la igualdad o la libertad como vimos *supra*. Claro está que deben concurrir ambas cosas.

¹⁸⁰ Me refiero al sistema con voto plural que concibió Mill, John Stuart, “Consideration on Representative Government”, *On Liberty and Other Essays*, Oxford World’s Classics, Oxford, New York, 2008, pp. 326-345.

¹⁸¹ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, ob. cit., p. 316.

¹⁸² Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, ob. cit., pp. 135 en adelante. Allí afirma: “...la alternativa a un futuro de catástrofes ambientales, políticas, económicas y sociales es el desarrollo de un constitucionalismo supranacional, cuando menos europeo y en perspectiva

afirmación, que además no creo que pueda ser empíricamente comprobable ni siquiera en los países que toma como referencia.

Es que lo que propicia este tipo de afirmaciones es ir dejando cada vez más fuera del área de toma de decisiones fundamentales a los gobernados, con los problemas que ello acarrea tales como son los ya mencionados del aislamiento de las instituciones (y en consecuencia merma de la información a la que tienen acceso, posibles desviaciones o sesgos en la toma de decisiones, menor compromiso con el ofrecimiento de razones públicas, etc), falta de legitimidad democrática de las mismas, etc.

En suma, no encuentro convincente la justificación técnica de la regla de las mayorías. Sobre todo me parece que, por un lado no logra explicar por qué habría que seguir utilizándola como procedimiento de toma de decisiones habiendo otros sistemas más económicos, igual de decisivos y más fáciles de usar, como podría ser el lanzar una moneda al aire. Por otro lado, no logra pasar el desafío de demostrar por qué es legítimo decidir casos sobre la base de este procedimiento o de cualquier otro en su lugar¹⁸³.

Ahora bien si se abraza la concepción técnica de la regla de mayorías, es más fácil reconocer límites a su aplicación en la toma de decisiones, sin que por ello la decisión pierda importancia moral¹⁸⁴. Para Bobbio las limitaciones pueden ser de tres tipos: (1) *de validez*, que permite responder negativamente el “dilema de la democracia”, es decir, a la pregunta sobre si debemos admitir la participación de aquellos individuos que buscan convertirse en mayoría para abolir el principio mayoritario. Estos límites descansan sobre una premisa lógica: el que acepta la regla de mayoría como mecanismo para decidir en el presente, tiene que aceptar su idoneidad para adoptar decisiones futuras¹⁸⁵. (2) Límites *de aplicación*, que se desprenden de la existencia de algunas materias que, por su propia naturaleza, no pueden ser decididas por mayoría. Bobbio explica que este ámbito es de lo más amplio y nos da como ejemplos los derechos del hombre y del ciudadano, como derechos *contra* la mayoría¹⁸⁶.

global, capaz de rehabilitar el papel de gobierno de la política y el de garantía del derecho”, p. 171.

¹⁸³ Waldron, Jeremy, “Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?”, ob. cit., pp.1710-1711.

¹⁸⁴ Dworkin, Ronald, “La lectura moral y la premisa mayoritaria” ob. cit., p. 121.

¹⁸⁵ Bobbio, Norberto “La Regla de Mayoría: límites y aporías”, ob. cit., pp. 476-478.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 478-481.

Otros límites de aplicación estarían dados por las cuestiones científicas, técnicas o morales¹⁸⁷. (3) Finalmente se reconocen límites de *eficacia* que evocan todas las promesas incumplidas por el principio mayoritario, como la que dice que transformaría radicalmente las relaciones entre las clases sociales¹⁸⁸.

Como vimos, la mayoría de los autores neoconstitucionalistas comparten que los derechos fundamentales son una de esas materias a las que no es legítimo aplicarle la regla de mayoría. Así, en este tópico se ve reflejada de manera más radical la tensión en estudio, puesto que tiene que ver con quién es la autoridad que tendrá la última palabra en la toma de decisiones. A la convicción de los procedimentalistas de que siempre debe ser –aunque por distintas razones- el pueblo a través de la regla de la mayoría, sea de los representantes o de la ciudadanía a través del referéndum, se oponen los sustancialistas que ven en las mayorías el peligro de que pasen por encima de las minorías y dispongan de los derechos fundamentales según el humor o la coyuntura del momento. Por esta razón abogan por un control de las leyes dictadas según esa regla, en manos de los jueces, quienes de esa forma son acreedores de la última palabra institucional.

Pero esta postura se enfrenta con un problema adicional y es que no puede justificar por qué se utiliza la misma regla de la mayoría en el ámbito de los tribunales superiores. Si se dice que la utilización de la regla de la mayoría en política implica una “simple visión estadística” de la democracia y que “el mero peso de los números por sí solo no aporta ningún valor a una decisión”, como vimos sostiene Dworkin, luego no se puede pretender que se acepte la misma regla para resolver casos de derechos fundamentales frente a una corte suprema dividida, por ejemplo, 5 votos frente a 4¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Estas limitaciones (científicas, técnicas y de moral personal)–como anticipé- son reconocidas también por aquellos sostenedores de un valor axiológico de la regla de las mayorías. Por ejemplo Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., p. 182.

¹⁸⁸ Bobbio, Norberto “La Regla de Mayoría: límites y aporías”, ob. cit. p. 481. Sobre este punto contestan los procedimentalistas que de la democracia solo debe esperarse la protección de la igual libertad, lo cual es, de hecho, demasiado. Pedirle a la democracia que cumpla con otros fines sustantivos puede volverla algo diferente y fomentar esa idea de las “promesas incumplidas”. Véase Saffon, María Paula y Urbinati, Nadia, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, ob. cit., p. 445. De todos modos, esta crítica de promesas incumplidas es bastante más potente si se piensa en las hechas por el constitucionalismo.

¹⁸⁹ Waldron, Jeremy, “Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?”, ob. cit., p. 1725.

Waldron es el autor que más ha insistido sobre el punto, increpando: “Esos 5 votos que baten a 4 en una corte son tan crudos y estadísticos como los 218 votos que baten a 217 en la cámara de diputados”. Por lo que confiar las decisiones finales sobre legislación importante a los tribunales no implica rechazar el mayoritarismo, sino que revela una preferencia por el mayoritarismo de los tribunales frente al mayoritarismo de la legislatura. Lo que cambia es la composición de gente cuyos votos serán tenidos en cuenta en el asunto, no el método de decisión¹⁹⁰. En suma y al contrario de lo que pudiera parecer a primera vista, lo que Waldron pretende demostrar es que la decisión por mayorías no se opone a una deliberación sobre principios sino que es parte de lo que ella envuelve en el mundo político moderno, sea que ésta se dé en un contexto legislativo o judicial¹⁹¹.

b) El Constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales

Como advertí más arriba, me interesa realizar este segundo sub-apartado a los efectos de analizar críticamente la asociación frecuente que hemos visto se hace entre constitucionalismo popular y *populismo constitucional* y para tratar de distinguirlos en tanto categorías constitucionales relacionadas con distintas concepciones de la democracia.

Existen una buena cantidad de estudios que caracterizan, analizan y/o critican al constitucionalismo popular, mas no así al populismo constitucional. Esto se debe a que el populismo ha sido estudiado principalmente por la teoría política, pero no por la teoría constitucional. Así todo, constitucionalismo popular y populismo constitucional suelen ser tratados como lo mismo¹⁹², probablemente porque comparten la preocupación por el papel relegado del pueblo en las cuestiones constitucionales y porque los propios auspiciantes de un constitucionalismo popular, en ocasiones, llaman a sus teorías “populistas”. De todos modos y a mi criterio esta equiparación es injustificada y para demostrarlo, en lo que sigue intentaré precisar los contornos de ambas

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 1726.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 1700.

¹⁹² Un ejemplo claro de este trato en Mudde, Cas, “Populism and Constitutionalism: Theory and Practice”, Paper prepared for the workshop “Populism and Constitutionalism”, Jay Heritage Center, Rye, New York, September 2013.

categorías. Si la distinción que propongo resulta exitosa, nos permitirá analizar algunos fenómenos constitucionales contemporáneos que han sido abordados tanto por el constitucionalismo popular como por los teóricos del populismo.

El “populismo” es un concepto esencialmente controvertido¹⁹³ difícil de asir fuera de contextos determinados¹⁹⁴. Se discute bastante su afiliación democrática, aunque hay acuerdo mayoritario en que el populismo es democrático pero se trata de un caso *límite*¹⁹⁵ o *desfigurado*¹⁹⁶ de la democracia. También hay acuerdo en que está en tensión clara con el liberalismo y los principios de la democracia constitucional pues éstos ponen énfasis en las restricciones sobre el poder del Estado y la protección de los derechos de las minorías, ambos aspectos limitadores de la regla de la mayoría, preponderante en el caso del populismo¹⁹⁷. En este sentido, parece difícil hablar de populismo *constitucional*, al punto de configurar cuasi un oxímoron.

¹⁹³ Tomando la expresión de Gallie W.B., “Essentially Contested Concepts”, ob. cit., Mény, Yves & Surel, Yves, “The Constitutive Ambiguity of Populism”, en Yves Mény & Yves Surel (eds.), *Democracies and the Populist Challenge*, Palgrave Macmillan, USA, 2002, pp. 1-21; Weyland, Kurt, “Clarifying a Contested Concept. Populism in the Study of Latin American Politics”, *Comparative Politics*, vol. 34, n° 1, oct. 2001, Mudde, Cas, “Populism and Constitutionalism: Theory and Practice”, ob. cit., p. 2; Rovira Kaltwasser, Cristóbal, *Populism vs. Constitutionalism? Comparative Perspectives on Contemporary Western Europe, Latin America, and the United States*, The Foundation for Law, Justice and Society, Oxford, 2013, p. 2, del mismo autor “The ambivalence of populism: threat and corrective for democracy”, *Democratization* vol. 19, n° 2, abril 2012, pp. 184-208.

¹⁹⁴ Así, los caracteres que se han dado de los populismos latinoamericanos, como los casos de Perón, Cárdenas, Vargas, etc. difícilmente son iguales a los manifestados en los EEUU o Rusia del siglo XIX y menos aún con los que presentan los actuales populismos de derecha surgidos en Europa. Es por esto que algunos autores no ven otra forma de definir al populismo si no es según las circunstancias particulares en que ocurre, o construyendo una taxonomía de varios tipos de populismo o, finalmente, ofreciendo algo así como un “tipo ideal”, Véase Taggart, Paul, “Populism and the Pathology of Representative Politics”, en Yves Mény & Yves Surel (eds.), *Democracies and the Populist Challenge*, Palgrave Macmillan, USA, 2002, pp. 62-80, p. 66.

¹⁹⁵ O de periferia interna de la política democrática. Ardití, Benjamín, “Populism as an Internal Periphery of Democratic Politics” en Francisco Panizza (ed.) *Populism and the Mirror of Democracy*, Verso, Londres, 2005, pp. 72-98, p. 77. Quien también lo define como un espectro de la democracia en Ardití, Benjamín “Populism as a Spectre of Democracy: A Response to Canovan”, *Political Studies* vol. 52, n° 1, 2004, pp. 135-143.

¹⁹⁶ Urbinati, Nadia, *Democracy disfigured*, ob. cit., pp. 7-9, 128-129, “... consider populism as a disfiguration of democracy. [...] making the opinions of a portion of the people (albeit the largest majority) the source of legitimacy with the consequence of debilitating dissent and threatening pluralism”. *Ibidem*, p. 11.

¹⁹⁷ Urbinati, Nadia, *Democracy disfigured*, ob. cit., p. 129; Mudde, Cas, “The populist *Zeigeist*”, *Government & Opposition*, vol. 39, n° 3, 2004, pp. 541-563, p. 561, Canovan, Margaret, “Taking Politics to the People: Populism as the Ideology of Democracy”, en Yves Mény & Yves Surel (eds.), *Democracies and the Populist Challenge*, Palgrave Macmillan, USA, 2002, pp. 25-44, p. 25.

Más allá de las dificultades señaladas se pueden advertir ciertos rasgos distintivos en los populismos¹⁹⁸: principalmente la distinción que realizan entre “El pueblo” como unidad sociológica¹⁹⁹ reflejada en la mayoría y la “élite” corrupta, representada por la minoría²⁰⁰. De allí que haya una polarización de la política (mediante una simplificación dualista y antagonista) y una crítica al pluralismo²⁰¹. Otro rasgo fundamental es el desapego a todo tipo de procedimientos propios de las democracias constitucionales so pretexto de que dificultan o alejan a la política del pueblo y entorpecen la realización de la voluntad popular (que no requiere intermediaciones)²⁰². Relacionado con este punto se halla un concepto de representación particular, en el sentido de que no es mediado por instituciones, sino que se considera que el líder sabe lo que el pueblo *homogéneo* quiere²⁰³.

¹⁹⁸ Encontramos tres tipos de definiciones distintas de populismo, que pretenden superar las dificultades aludidas: como estrategia política, como estilo o como ideología; Mudde, Cas, “Populism and Constitutionalism: Theory and Practice”, ob. cit., p. 6. Se define al populismo en primer lugar como “a political strategy through which a personalistic leader seeks or exercises government power base on direct, unmediated, uninstitutionalized support from large numbers of mostly unorganized followers”, Weyland, Kurt, “Clarifying a Contested Concept. Populism in the Study of Latin American Politics”, ob. cit., p. 14. En segundo lugar, el populismo como un estilo particular de comunicación política es “overly emotional and simplistic, pandering to ‘the common man’ by using *his* language and symbols”, Bergsdorf citado por Mudde, Cas, “Populism and Constitutionalism: Theory and Practice”, ob. cit., p. 6 y finalmente según este último autor en *ibidem*, p. 7 “as a thin-centered ideology that considers society to be ultimately separated into two homogeneous and antagonistic groups, ‘the pure people’ versus ‘the corrupt elite’ and which argues that politics should be an expression of the *volonté générale* (general will) of the people”. Lo mismo en Mudde, Cas, “The populist *Zeigeist*”, ob. cit., p. 543. Dentro de estas definiciones no se contempla la propuesta por Laclau, Ernesto, *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica, 6ª reimp., Buenos Aires, 2011, p. 275, para quien el populismo directamente es “la esencia misma de lo político”.

¹⁹⁹ Canovan, Margaret, “Taking Politics to the People: Populism as the Ideology of Democracy”, ob. cit., p. 34.

²⁰⁰ Parte de la retórica populista consiste en la aseveración de que el pueblo ha sido traicionado por aquellos que estaban en el gobierno. Mény, Yves & Surel, Yves, “The Constitutive Ambiguity of Populism”, ob. cit., p. 12.

²⁰¹ Es paradigmática del populismo la declaración de Sampay contra la concepción liberal de la democracia -en el marco de la reforma constitucional peronista de la Argentina de 1949 “... [la democracia] implica un acuerdo profundo de los espíritus y de las voluntades sobre la base de una vida común; entraña una comunidad fundada sobre una concepción del mundo que excluye a las demás como la verdad repele al error. El yerro esencial del liberalismo burgués fue concebir la sociedad democrática como un cuerpo abierto a todas las concepciones básicas de la vida común, sin tomar en consideración que fuesen destructoras de la libertad y del derecho”, citado por Melo, Julián, “El jardinero feliz: sobre populismo, democracia y espectros”, *Las Torres de Lucca*, n° 2, enero-junio 2013, pp. 21-45, p. 36.

²⁰² Mény, Yves & Surel, Yves, “The Constitutive Ambiguity of Populism”, ob. cit., p. 9. Volveré sobre esto *infra*.

²⁰³ En esta línea se encuentra “centralization of power, weakening of checks and balances, strengthening of the executive, disregard of political oppositions, and transformation of election in a plebiscite of the leader”, Urbinati, Nadia, *Democracy disfigured*, ob. cit., p. 129. Sobre la hostilidad del populismo hacia la política representativa se explica: “Populists make a case for a greater linkage of masses to elites which can be realized through processes of direct

Esto tiene consecuencias negativas en el ejercicio del poder político tales como el verticalismo, la falta de rendición de cuentas y el problema de la salida/sucesión en el poder. Aunque también se rescata un eventual papel positivo de los populismos, en tanto logran incluir a sectores marginados de la sociedad en la vida política mediante la distribución del bienestar social y de algún modo recuperan las “promesas incumplidas” de la democracia para el pueblo²⁰⁴.

Pues bien, luego de esta brevísima caracterización ya se pueden encontrar convergencias y divergencias entre los populismos y el llamado constitucionalismo popular, lo que permite distinguirlos y pensar al populismo como categoría constitucional. La primera y fundamental convergencia es que ambos rescatan el papel de lo popular -“del pueblo”- en la vida política, dándole un marcado protagonismo. Ahora bien, su caracterización, los canales para su expresión, el diseño institucional que propician para darle su lugar y la relación que establecen con la constitución, es bien distinto.

Mientras vimos que el pueblo para los populistas es visto como unidad “omnicomprensiva” y unitaria²⁰⁵, todo lo contrario ocurre entre los populares,

democracy”, Taggart, Paul, “Populism and the Pathology of Representative Politics”, ob. cit., p. 67.

²⁰⁴ “...the popular input can reinforce the legitimacy of the system and contribute to a more lively and open public debate”. Mény, Yves & Surel, Yves, “The Constitutive Ambiguity of Populism”, ob. cit., p. 16. Sobre la relación ambivalente entre populismo y democracia, véase Rovira Kaltwasser, Cristóbal, “The ambivalence of populism: threat and corrective for democracy”, ob. cit.

²⁰⁵ Aquí vale decir que esta unidad se da incluso considerando las diferencias al interior del pueblo, como explica Laclau, opera en el populismo una lógica de equivalencia-diferencia según la cual “el momento equivalencial presupone la constitución de un sujeto político global que reúne una pluralidad de demandas sociales” y las representa hegemonícamente a través de significantes vacíos. Laclau, Ernesto, *La razón populista*, ob. cit., pp. 91-130. Recientemente ha surgido el fenómeno de los populismos de ultra derecha (por ejemplo en Europa el partido de la Liberación en Austria (FPÖ) o el Frente Nacional Francés (FN) y el Tea Party en EEUU) que reivindican un concepto de “pueblo” basado en la etnia y liderado por la exclusión, el racismo y la xenofobia. Este tipo de fenómeno aún no es mayoritario, pero su estilo político y su ideología encuadran en el fenómeno descrito. Nuevamente, algunos autores han querido asimilar el fenómeno del Tea Party con el constitucionalismo popular (véase por ejemplo Goldstein, Jared, “Can popular constitutionalism survive the Tea Party Movement?”, *Northwestern University Law Review Colloquy* 105, 2011, pp. 288-299; Somin, Ilya, “The Tea Party Movement and Popular Constitutionalism”, *Northwestern University Law Review Colloquy* 105, 2011, pp. 300-314; Schmidt, Christopher, “Popular Constitutionalism on the Right: Lessons from the Tea Party”, *Denver University Law Review* 88:3, 2011, pp. 523-557). Esta equiparación se produciría puesto que el Tea Party es un “movimiento social” que pugna políticamente por una interpretación constitucional originalista (*the “Founders” Constitution*) y para ello alude a la voluntad del pueblo. Pero considero que esta es una jugada “tramposa”, en el sentido de que intenta disuadir de los valores que la participación popular en la interpretación constitucional implica, atendiendo al contenido de esa participación. El constitucionalismo popular, insisto, pretende democratizar la interpretación constitucional a través de

que ven al “pueblo” como un conjunto plural, con desacuerdos, operando de modo *permanente* (y no sólo en las elecciones) en igualdad de condiciones con el resto de los actores políticos. Así, el “pueblo” de los populares no se disuelve en un todo, sino que se va expresando ante conflictos y problemáticas puntuales, mostrando sus puntos de vista y sus disidencias tanto a través de sus representantes, como por medio de la opinión pública o los movimientos sociales. En todos los casos, se entiende al pueblo como agente político con una voluntad consciente.

En cambio para el populismo el pueblo es el que legitima directamente las instituciones políticas sin otra mediación que la voluntad expresiva y actual, donde la contienda electoral tiene solo un valor instrumental. Así el “pueblo” se vuelve algo “sustantivo” que va más allá de las elecciones y la representación, vindicándose una relación más espontánea y un consenso directo entre éste y el líder. De esta manera, los populistas parecen asimilar la soberanía popular y el gobierno²⁰⁶.

Esta relación directa entre líder y pueblo, junto a la transgresión de los procedimientos reglados se hace en virtud de un supuesto y necesario rebalanceo en la distribución del poder político en beneficio de las mayorías²⁰⁷.

procedimientos más participativos. En ese sentido, voces como las del Tea Party serán escuchadas y participarán en el diálogo por la interpretación constitucional. De allí a que su voz sea la que prevalezca por ser la mayoritaria es otra cosa. Y si prevaleciera, de todos modos quedaría ver si seguirían respetando las reglas inclusivas e igualitarias que el constitucionalismo popular propicia, ya que las propuestas institucionales y la ideología del Tea Party parecen no ser compatibles con esos valores, particularmente con la igual consideración y respeto de todos los ciudadanos como sujetos capaces de deliberar y gobernarse a sí mismos. En este sentido, el argumento de que existen movimientos sociales excluyentes para quitarle legitimidad a la demanda de mayor participación social, se asemeja a aquel que invoca por ejemplo al fascismo (que no es democrático, aunque haya tomado el poder por voto mayoritario) para disuadir sobre las bondades de la democracia.

²⁰⁶ La noción de representación que maneja el populismo (radicalmente opuesta a las teorías modernas de representación) asume una identificación perfecta entre la voluntad del pueblo y el líder, quien tiene la última palabra respecto de lo que significa esa voluntad. Saffon, María Paula y Urbinati, Nadia, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, ob. cit., pp. 452-453. La estrategia para lograrlo consiste, según las autoras, en una inflación de la práctica retórica en contra de la política de partidos múltiples en nombre del pueblo. *Ibidem*, pp. 450-451.

²⁰⁷ Normalmente como reacción a épocas de mal funcionamiento del sistema político: altos grados de corrupción, distanciamiento entre el electorado y los representantes, inhabilidad de la clase política para realizar la agenda y debatir problemas y soluciones, falta de canales institucionales capaces de recibir visiones no convencionales, nuevas demandas o necesidades, insatisfacción con los resultados políticos y económicos de la acción gubernamental, falta de confianza en el sistema representativo, etc. Mény, Yves & Surel, Yves, “The Constitutive Ambiguity of Populism”, ob. cit., p. 14. Esta nota de “reacción” del populismo hace que no tenga un contenido ideológico determinado. Canovan, Margaret, “Taking Politics to

Por ello algunas autoras la llaman “política de redención”²⁰⁸ a la política populista. Pero si bien es cierto -como se advirtió- que el populismo puede tener un papel democratizador (inclusivo), también puede suponer efectos negativos para la democracia si se traduce –como es habitual- en propuestas que reemplazan las instituciones representativas con formas plebiscitarias de participación. El problema con estas formas plebiscitarias es que aunque pueda parecer que empodera a las personas, en realidad les da el papel de una “audiencia” pasiva y reactiva, más que de un agente político²⁰⁹.

Por el contrario, todos los populares se ocupan de “mediar” la voluntad popular a través de instituciones, proponiendo cambiar el diseño para que la última palabra no esté en manos de la judicatura, pero apostando por un fortalecimiento tanto de las instituciones representativas como sociales. Así prestan atención a los procedimientos y no a los contenidos para justamente habilitar, con respeto, a la pluralidad de voces y entendimientos sobre las cuestiones políticas fundamentales. Estos procedimientos tienen ínsita una idea de *ongoing discussion*, de falibilidad en las decisiones y de precariedad en el ejercicio del poder; en el sentido de que todos los resultados son revisables y que el hecho de encontrarse hoy dentro de la minoría no impide el estar en la mayoría mañana.

En claro contraste con lo anterior, el populismo presenta una “dimensión anti-institucional, de un cierto desafío a la normalización política, al ‘orden usual de las cosas’”²¹⁰. Descarta la precariedad al ser el gobierno populista el gobierno del pueblo²¹¹. Así no se considera la posibilidad de que haya otras mayorías mañana, la única opción es la antagónica, la élite corrupta gobernando en contra del pueblo. Esto claramente va contra la representación política, negando el desacuerdo en lugar de abordarlo²¹².

the People: Populism as the Ideology of Democracy”, ob. cit., p. 32, en igual sentido Taggart, Paul, “Populism and the Pathology of Representative Politics”, ob. cit., pp. 68-69.

²⁰⁸ Canovan, Margaret, “Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy”, *Political Studies* 47, n° 1, 1999, pp. 2-16.

²⁰⁹ Saffon, María Paula y Urbinati, Nadia, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, ob. cit., p. 452.

²¹⁰ Laclau, Ernesto, *La razón populista*, ob. cit., p. 156.

²¹¹ Por precariedad me refiero a la duración no permanente del gobierno.

²¹² Saffon, María Paula y Urbinati, Nadia, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, ob. cit., p. 442.

En estos puntos se puede encontrar una proximidad entre el populismo y las teorías epistémicas de la democracia, pues ambas rechazan la democracia procedimental en pro de valores superiores, en el caso del populismo el valor es *el pueblo*; en caso de las teorías epistémicas, *la verdad*. Más allá de eso, ambas desafían el pluralismo, pues la diversidad de opiniones se ve como un fenómeno transitorio que debe ser superado: para las teorías epistémicas, a favor de un consenso o la verdad; para el populismo, logrando una profunda unidad de las masas, preferentemente bajo la conducción de un líder carismático²¹³.

Finalmente, desde el punto de vista específico de la relación con la constitución, se puede decir que los populares se *la toman en serio* y lo que desafían es la idea de que sólo los jueces puedan tener una interpretación de ésta. Así contemplan la posibilidad de diferentes interpretaciones respecto de sus contenidos por parte de los distintos actores políticos, e incluso de modificarla cuando está en contra de la opción deliberada que la gente propicia; pero no atacan la división de poderes ni los mecanismos de frenos y contrapesos. Incluso, en la mayoría de los casos, admiten un control judicial de la ley débil.

Por eso es que es ante todo un modelo de *constitucionalismo* que rescata el lugar del pueblo, de lo popular, en la interpretación constitucional, auspiciando diálogos inclusivos mediante formas institucionales. Unas formas que deben favorecer además que se reciban todas las voces y argumentos, un tiempo de reflexión y la igualdad de los actores, no siendo contra-mayoritarias. En suma, detrás de la idea de constitución hay una idea de democracia robusta que la sostiene.

Por su parte, los populistas hacen en cambio un uso *oportunista* de la constitución. Esto quiere decir que apelan a ella como fuente de legitimidad cuando apoya sus proclamas y la desconocen o propician su reforma cuando les dificulta el camino²¹⁴. Por eso es ante todo *populismo* constitucional, pues basados en una definición reduccionista de democracia según la cual ésta significa el poder del pueblo y *sólo* el poder del pueblo, prescinde de la función

²¹³ *Ibidem*, p. 450.

²¹⁴ Según Mudde, Cas, "Populism and Constitutionalism: Theory and Practice", ob. cit., p. 14, la relación entre populismo y constitución no tiene que ver con la teoría sino con la práctica.

de los controles y límites constitucionales al poder, aunque no pueda prescindir de la constitución en sí²¹⁵.

Hay algunos autores que definen al populismo constitucional simplemente como “*la actitud política que busca valerse de la reforma de la Constitución para defender los intereses y aspiraciones del pueblo y satisfacer sus reivindicaciones inmediatas, sin tener un objetivo a largo plazo*”²¹⁶. No veo en esta definición un parámetro real de evaluación de los populismos que no sea el que se califique a las reivindicaciones como *inmediatas* o *de corto plazo*, siempre que fuese sencillo distinguir qué reivindicaciones lo son y por qué no serían atendibles.

Considero que se puede hacer un esfuerzo mayor para evaluar esta actitud *oportunist*a en caso de reforma constitucional. Así puede distinguirse una reforma populista por sus formas (de acuerdo a una teoría de la democracia²¹⁷) y por sus contenidos. En el primer sentido, si la reforma es verticalista, es decir si se actúa en nombre del pueblo pero sin su directa participación o sesgando la participación sólo a los sectores afines con el oficialismo o incluso, con participación de distintos sectores pero sin que sean tenidas en cuenta sus opiniones²¹⁸. También se puede poner atención en el respeto de *la propia* constitución una vez modificada. Con esto me refiero a sospechar de las múltiples y sucesivas reformas constitucionales realizadas a la par de las dificultades que va encontrando el gobierno en su accionar, incluso de reformas que éste mismo propició²¹⁹. Por último en la posibilidad de

²¹⁵Mény, Yves & Surel, Yves, “The Constitutive Ambiguity of Populism”, ob. cit., p. 9. Esta situación puede darse como reacción a un momento anterior de prevalencia del constitucionalismo fuerte, con falta de canales para la expresión del descontento popular, que según las autoras, es un terreno fértil para la emergencia de los populismos, *Ibidem*, p. 11.

²¹⁶ Rincón Salcedo, Javier, “Las democracias andinas, entre constitucionalismo popular y populismo constitucional”, *Visages d’Amérique Latine*, n° 3, junio 2006, pp. 33-38, p. 35.

²¹⁷ En realidad cualquier forma de populismo debe considerarse en relación a una teoría de la democracia que sirva como parámetro de evaluación. Véase Mény, Yves & Surel, Yves, “The Constitutive Ambiguity of Populism”, ob. cit., pp. 3-5. También véase Kaltwasser, Cristóbal, “The ambivalence of populism: threat and corrective for democracy”, *Democratization* 19, n° 2, April 2012, pp. 184-208.

²¹⁸ Esto se puede corroborar prestando atención al cumplimiento de los procesos. Así por ejemplo, sobre una propuesta a cuya discusión están llamados los distintos sectores, pero a la que no se le cambia ni una coma tras su discusión, o se la aprueba en tiempos records sin posibilitar la reflexión sobre ningún punto y por el exclusivo apoyo del grupo en el poder (que tiene la mayoría suficiente para realizarla); que no es producto de un debate social previo, pueden caer sospechas importantes (no sólo por populistas, sino incluso por su calidad democrática)

²¹⁹ En un sentido similar Courtis, Christian y Gargarella, Roberto, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, ob. cit., p. 17 advierten sobre los riesgos de

cambiar a los jueces constitucionales en caso de no poder reformar la constitución y/o de tener interpretaciones no favorables al gobierno²²⁰.

En el segundo sentido, es decir por los contenidos de las reformas, podría pensarse que son populistas si sobre todo tienden a relajar los controles al gobierno, acrecentar el poder del ejecutivo, posibilitar reelecciones o frustrar cualquier oposición, por ejemplo, mediante el control de los medios de comunicación, la intervención en las entidades autónomas, etc.²²¹.

En suma, no considero que la importancia que el constitucionalismo popular da al pueblo, a las decisiones por mayorías, a la participación y valoración de la gente común, tenga que implicar derivas populistas. El populismo, si bien es difícil de definir, cuenta con un historial de experiencias y estudios al respecto muy rico, que le imprimen rasgos característicos bien distintos a los del constitucionalismo popular. Por su parte, aunque algunos autores consideran que han existido experiencias de constitucionalismo popular, estas son escasas y más bien idealizadas. Por ello es que la doctrina intenta hacer una especie de reconstrucción normativa del constitucionalismo, agregándole el componente popular para que sirva de crítica al diseño institucional elitista vigente y de alternativa para el cambio.

No es difícil imaginar que propuestas como éstas encuentran la resistencia de los defensores del *status quo* y despiertan los temores propios de lo desconocido. En efecto, una forma fácil de contrarrestarlas es encasillándolas como *populistas* y trasladándoles las consecuencias de este

recurrir a reformas constitucionales como instrumento de gobierno. Así dicen, “[s]i la Constitución fija reglas básicas del juego, y el desarrollo del juego queda librado al espacio de la política ordinaria, acudir a reformas de la Constitución como estrategia para jerarquizar ciertas metas o finalidades acarrea el inconveniente de convertir lo extraordinario en ordinario, al tiempo que se perpetúa el cambio de las reglas del juego. Como consecuencia, el juego no se empieza a jugar jamás: se renueva constantemente la voluntad fundacional, sin que arribe el momento de comenzar a desarrollar el proyecto sugerido por la Constitución”.

²²⁰ Aunque sobre esto no hay que dejar de considerar en el contexto en que se da. Pues si se piensa en el marco de constituciones sumamente rígidas con supremacía judicial, siendo la vía de la reforma constitucional difícil y ante luchas interpretativas de larga data entre “el pueblo” y la judicatura, quizá la medida no sea criticable. Piénsese sin ir más lejos el típico ejemplo de las amenazas de Roosevelt a la Suprema Corte norteamericana en la era Lochner.

²²¹ Soy consciente de la vaguedad de estos parámetros y por ello de la dificultad de definir lo que sería una reforma populista frente a una reforma popular, producto de la dificultad propia de definir al populismo. Aunque sigo sosteniendo que la clave está en el manejo de las instituciones, incluyendo la propia constitución y en la noción de permanencia de cualquier arreglo. Aquí no me refiero a una noción de rigidez formal, sino a generar diseños con una idea de que sean funcionales a cualquier mayoría en el poder y no *ad hoc* para el gobierno de turno (lo cual contradiría la idea misma de institucionalidad).

fenómeno sin mayor rigor²²². Lo cierto es que, como he tratado de demostrar, el constitucionalismo popular y el populismo constitucional son dos cosas muy distintas cuyo único factor común es tener al pueblo en el centro de sus construcciones.

2.4.- La relación entre derecho y política para el constitucionalismo popular

Al contrario que las corrientes neoconstitucionalistas, los constitucionalistas populares reivindican una relación estrecha y de mutua interdependencia entre derecho y política²²³ subrayando, como vimos, que la constitución es un tipo especial de ley por ser una “ley política” y por ello también prospectiva²²⁴. En este sentido se considera a la constitución como una herramienta de empoderamiento, es decir, la constitución establece instituciones que permiten a la gente coordinar y cooperar en proyectos que no podrían lograr por sí mismos en el marco de desacuerdos permanentes²²⁵.

En efecto, los populares apuestan a que sea “el pueblo” el que vaya configurando el derecho constitucional como ley política a través de sus movilizaciones políticas²²⁶. Esto se lleva a cabo a través de un diálogo entre las distintas ramas del gobierno y la gente²²⁷. Una propuesta que en parte rescata al llamado *departamentalismo*, una noción que considera que cada rama del

²²² Además de la carga valorativa negativa que de por sí tiene la palabra.

²²³ Rechazando a su vez la distinción que se hace entre derecho y política sobre la base de que el derecho consiste en “la razón” y por tanto es “principalista”, mientras que la política es pura voluntad y poder. Véase Post, Robert, “Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics”, ob. cit., pp. 1325 y ss.

²²⁴ Tushnet, Mark, “Popular constitutionalism as political law”, ob. cit., p. 991.

²²⁵ Waldron, Jeremy, “Constitutionalism: A Skeptical View”, ob. cit., p. 20. En igual sentido Post, Robert, “Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics”, ob. cit., pp. 1336 y ss.

²²⁶ Tushnet, Mark, “Popular constitutionalism as political law”, ob. cit., p. 994. Aquí por movilizaciones políticas y populares no se entiende necesariamente las que se desarrollan fuera de las instituciones, sino también los que están “mediadas” por las instituciones políticas, como puede ser el poder ejecutivo o legislativo.

²²⁷ *Ibidem*, p. 997. Un concepto similar puede encontrarse en Haberle, Peter, “La ‘sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución’”, *El Estado constitucional*, traducción de Héctor Fix Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 1º reimp., México, 2003, pp. 149 y ss.; donde el autor plantea que en “los procesos de interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y lo grupos”, *Ibidem*, p. 150. Ahora bien, a diferencia de los populares (que no de Post y Siegel), este autor sigue reservando la última instancia interpretativa al Tribunal Constitucional Federal alemán, *Ibidem*, p. 152. Pero de modo similar a ellos, considera que la constitución es el orden jurídico fundamental del Estado y la sociedad, por lo que “la jurisdicción constitucional como fuerza política actúa de entrada más allá del dogma de la separación entre Estado y sociedad”, *Ibidem*, p. 165.

gobierno tiene autoridad interpretativa dentro de su propia esfera de acción, por lo que según Kramer, no rechaza el control judicial de constitucionalidad sino solo su supremacía²²⁸.

En todo caso lo que se propicia es una *democratización* de la interpretación constitucional, entendiendo por democratización justamente la recuperación de su esfera política que hace que toda cuestión sea objeto de evaluación pública y todos los valores un asunto de opinión y consentimiento²²⁹. Esto aplica para el punto de vista interno porque lo que está en juego es la interpretación/concreción de las posibilidades del texto constitucional positivado. Sin embargo, estas mismas movilizaciones pueden estar pugnando por una modificación del texto constitucional, en cuyo caso el análisis pasa a ubicarse en el punto de vista externo.

Desde allí, la única forma de contemplar el ingreso de estas reivindicaciones críticas a la discusión política es pensando en constituciones flexibles y recuperando el concepto de soberanía popular que, vimos, el neoconstitucionalismo pretende superado. Esto es lo que auspicia sobre todo Waldron cuando se posiciona contra el hecho mismo de que haya una carta de derechos escrita para así permitir la discusión política de los temas más importantes para una sociedad, sin ataduras de ningún tipo²³⁰.

Así, el constitucionalismo popular recupera la noción de constitucionalismo “político”, frente al hoy dominante constitucionalismo “jurídico”²³¹ en el que se centran los neoconstitucionalistas. Podría decirse con Bellamy que mientras el constitucionalismo jurídico (o “legal”) se identifica con dos presupuestos: el de la posibilidad de un consenso racional sobre resultados sustantivos y el de considerar al proceso judicial como más seguro a

²²⁸ Kramer, Larry, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, ob. cit., pp. 143-144. Una discusión sobre la propuesta de Kramer en Post, Robert & Siegel, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, ob. cit.. Más sobre departamentalismo en Johnsen, Dawn E., “Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation: Who determines constitutional meaning?”, *Indiana Law*, research paper n° 31, june 2005, pp. 105-147.

²²⁹ Utilizo aquí la relación intrínseca entre política y democracia que rescata Urbinati, Nadia, “Unpolitical Democracy”, *Political Theory* 38, n° 1, 2010, pp. 65-92, p. 65.

²³⁰ Este modelo se condeciría, en términos de Tushnet, con una “supremacía parlamentaria liberal”, donde la cultura política reconoce para sus debates sólo límites morales o compromisos culturales implícitos; por contraposición a una parlamentarismo “constreñido”, donde las restricciones son escritas, por lo tanto los debates se centran en el significado de los documentos relevantes. Tushnet, Mark, “New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- And Democracy- Based Worries”, ob. cit., p. 816.

²³¹ Kramer, Larry, “Popular Constitutionalism, circa 2004”, ob. cit., p. 959.

la hora de identificar dichos resultados; el constitucionalismo “político” se condice con un enfoque más centrado en los procedimientos, dado que presupone un desacuerdo razonable sobre los resultados sustantivos y que el procedimiento democrático posee mayor legitimidad y resulta más eficaz que el proceso judicial a la hora de resolver tales desacuerdos²³². Evidentemente, en las constituciones existen elementos tanto del constitucionalismo jurídico como del político, la advertencia es no olvidarlo.

3.- El nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿una tercera vía?

Como anticipé en la introducción de este capítulo, es difícil definir al nuevo constitucionalismo latinoamericano, incluso determinar el momento de su surgimiento o los países que estarían vinculados a alguna forma de éste. La mayor parte de los autores que se han dedicado a su estudio coinciden en unos “rasgos identificadores”²³³ o “tendencias comunes”²³⁴ de los procesos constituyentes desarrollados en “buena parte de los países de la región, desde los finales del siglo XX hasta nuestros días”²³⁵. Esto hace que se considere que, a pesar de que el nuevo constitucionalismo latinoamericano carece de una cohesión y una articulación como sistema cerrado de análisis y como propuesta de modelo constitucional, “se trata de una corriente constitucional en período de construcción doctrinal”²³⁶.

A fin de clarificar entonces el objeto de atención de este apartado consideraré parte del nuevo constitucionalismo latinoamericano sólo a las constituciones que comparten un conjunto de rasgos marcados y que tienen una orientación o pretensión política particular, como lo son las de Venezuela

²³² Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, ob. cit., pp.19-23. Por esto expresa: “Debido a que los desacuerdos que la gente mantiene sobre la justicia política son testarudos y a que se modifican conforme sus ideales y preocupaciones cambian según se van adaptando a las circunstancias, el proceso constituyente necesita ser entendido como un proceso político continuo”, p. 123.

²³³ Pazmiño Freire, Patricio, “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerol*, n° 67/68, p. 27.

²³⁴ Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, ob. cit., p.110.

²³⁵ Gargarella, Roberto, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes”, p. 1, disponible en:

http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf

²³⁶ Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., p. 20.

de 1999, la de Ecuador de 2008 y la de Bolivia de 2009²³⁷. Y si bien lleva razón Salazar cuando distingue los fenómenos constitucionales que se dan en estos países -y que se acercan más o menos a un modelo constitucional (es decir, a un conjunto de instituciones)-, de la teoría para dar cuenta de ellos²³⁸; aquí, siguiendo la idea de De Sousa Santos sobre la necesidad de una teoría de “retaguardia”²³⁹, o que vaya acompañando los procesos transformadores más que iluminándolos, abstraeré las cuestiones normativas que me interesan tanto de la práctica constitucional como de la teoría que eventualmente se haya desarrollado para explicarla, cuestionarla y compararla, nombrándolas indistintamente como nuevo constitucionalismo latinoamericano. Es que en este caso coincido con Garavito en que no puede dibujarse una línea entre teoría y práctica, ni un acabado círculo, sino una espiral sin fin²⁴⁰.

Como explican Gargarella y Courtis, el constitucionalismo siempre apareció asociado a la necesidad de poner fin a un cierto mal²⁴¹. En el caso de las nuevas constituciones bajo análisis, podría decirse que ese mal tiene que ver con la marginación político-social de ciertos grupos (especialmente el caso de los indígenas²⁴²) y con la desigualdad social resultado de la aplicación de políticas neoliberales, particularmente durante la década de los ochenta²⁴³. Ese será el fin a tener presente para evaluar esta corriente de pensamiento y para compararla con las que vimos anteriormente.

²³⁷ Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., p. 350. (Aunque también puedan distinguirse algunos de estos rasgos en otras constituciones o prácticas constitucionales). A estos procesos se los califica también de “rupturistas”, véase Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., p. 30, o “transformadores” según la expresión de De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, ob. cit., pp. 85 y ss.

²³⁸ Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., pp. 351-352.

²³⁹ De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina*, ob. cit., p. 38.

²⁴⁰ Rodríguez Garavito, Cesar, “Prólogo. Teorías de retaguardia: la refundación del Estado, el derecho y la teoría social en América Latina”, en Boaventura de Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina*, ob. cit., p.13.

²⁴¹ Gargarella, Roberto y Courtis, Christian, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, CEPAL, Serie Políticas sociales n° 153, Santiago de Chile, 2009, p. 9.

²⁴² *Ibidem*, p. 10, aludiendo claramente al caso de la constitución boliviana. En igual sentido Perez Calvo, Alberto, “Características del nuevo Constitucionalismo latinoamericano”, en Claudia Storini y José Francisco Alenza García (dirs.), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Navarra, Aranzadi, 2012, p. 29.

²⁴³ Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., pp. 21-22.

Un abordaje distinto nos propone Salazar, quien analiza el nuevo constitucionalismo latinoamericano desde la perspectiva de la teoría constitucional (clásica), teniendo como referencia el modelo democrático constitucional²⁴⁴ y desde donde rescata postulados claves como la pretensión de brindar certeza y seguridad jurídica a las personas para realizar la valoración²⁴⁵. Este tipo de análisis, que es bastante habitual, adolece –desde mi punto de vista- de algunos problemas. Para empezar selecciona unos principios como medida de evaluación que no son los que el nuevo constitucionalismo latinoamericano prioriza y no nos dice por qué deberían priorizarse o preferirse en comparación²⁴⁶. Pero además, tiene como punto de partida un modelo de constitucionalismo que es en sí altamente polémico y con el que justamente aquí estamos intentando contrastar. Evidentemente no se puede usar como parámetro de medida para analizar un modelo alternativo, al propio modelo democrático constitucional de tipo europeo del que el primero se trata de distinguir, sin explicar por qué ese segundo modelo (el alternativo) sería peor. Si la crítica simplemente se basa en constatar la falta de adecuación del modelo alternativo al modelo “clásico”, nos queda solo una opción ideológica por alguno de los dos. Así la crítica se desvanece en tanto las falencias que se encuentren al nuevo constitucionalismo latinoamericano estarán supeditadas a la aceptación de la perspectiva que éste pretende transformar²⁴⁷.

²⁴⁴ Que es el que, según el propio autor, “maduró en occidente sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial” y que es al que se adscribe el neoconstitucionalismo, que como aquí enuncié, abarca tanto al neoconstitucionalismo normativo (o garantismo según el desarrollo de Ferrajoli) como al conceptual o neoconstitucionalismo propiamente dicho.

²⁴⁵ Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., p. 348.

²⁴⁶ Como vimos, tampoco son los más importantes para el constitucionalismo popular, véase Kramer, Larry, “Popular Constitutionalism, circa 2004”, ob. cit., p. 989.

²⁴⁷ Se afirma en esta lógica que el nuevo constitucionalismo latinoamericano pretende transformar las bases propietaristas y de lejanía elitista de la representación que atribuye al constitucionalismo (clásico). Véase Palacios Romeo, Francisco, “La reivindicación de la polis: Crisis de la representación y nuevas estructuras constitucionales de deliberación y participación en Latinoamérica”, en Claudia Storini y José Francisco Alenza García (dirs.), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Navarra, Aranzadi, 2012, p. 240. También que expresamente rechaza la tradición constitucional individualista y elitista. Nolte, Detlef y Schilling- Vacaflor, Almut, “Introduction: The Times they are a Changin’: Constitutional Transformations in Latin America since the 1990s” en Detlef Nolte y Almut Schilling- Vacaflor (eds.), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*, Ashgate, England, 2012, p.23. Hay que decir de todos modos que el propio Salazar advierte esta dificultad cuando afirma que “las objeciones [...] que han sido desarrolladas [...] en cierta medida, quedarían compensadas en la dimensión política del NCL”, Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., p.367.

Dicho esto, para continuar con la dinámica de confrontación entre las corrientes indicadas, hay que dejar sentado que el nuevo constitucionalismo latinoamericano pretende ser plenamente normativo y por tanto constituir un Estado constitucional²⁴⁸. Es por ello que se puede decir que su principal objetivo es la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”²⁴⁹. A la vez, el nuevo constitucionalismo latinoamericano supera el concepto de constitución como limitadora del poder (constituido) y avanza en la definición de ésta como fórmula democrática donde el poder constituyente expresa su voluntad²⁵⁰. En ese sentido se podrían señalar notas en común con el constitucionalismo popular como la apertura a una interpretación extrajudicial de la constitución, la democratización y participación en las instituciones políticas y económicas y la recuperación de la relación entre derecho y política.

3.1.- El modelo de legitimidad

Teniendo en cuenta las notas que vimos caracterizan los distintos modelos de legitimidad, considero que el nuevo constitucionalismo latinoamericano se adscribe a un modelo procedimentalista débil. Es procedimentalista en tanto y en cuanto pone al centro de su legitimidad el origen democrático de la constitución, es decir al poder constituyente soberano encarnado en el pueblo²⁵¹. Esto en clara oposición a las corrientes neoconstitucionalistas que, como vimos, “demuelen” el concepto mismo de soberanía²⁵².

²⁴⁸ Aunque con nuevas nomenclaturas que tienen por fin el enfatizar la búsqueda propia de fórmulas constitucionales, como “Estado democrático y social de Derecho y de Justicia...” según la constitución de Venezuela en su art. 2; o “Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.” para el art. 1 de la constitución de Ecuador o “...Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomía” según el art. 1 de la constitución boliviana.

²⁴⁹ Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., p. 15; citando la concepción de Guastini que he estado utilizando desde el capítulo primero. De más está decir que el cumplimiento de las condiciones de constitucionalización es independiente de los contenidos específicos de las constituciones de los Estados, que son sin duda lo que distinguen a las estudiadas y le dan una nota de originalidad respecto a otros ordenamientos constitucionalizados.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 16.

²⁵¹ *Ibidem*, pp. 20,25.

²⁵² En términos de Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, ob. cit., p. 12 y Ferrajoli como se señaló *ut supra*. Según Villabella Armengol, Carlos Manuel, “El derecho constitucional del siglo XXI en Latinoamérica: un cambio de paradigma”, en Roberto Viciano Pastor (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, ob. cit., p. 74, justamente la legitimidad democrática del nuevo constitucionalismo (junto a su valor instrumental), esboza la distancia

A este poder constituyente “revolucionario” se le confió la reconstrucción del Estado y la sustitución de la continuidad constitucional²⁵³, pero sin diluirse una vez cumplida su misión²⁵⁴. Así se le otorga una primacía que, sobre todo, se ve reflejada en los procedimientos de reforma constitucional que no encuentran limitaciones de tipo sustantivo²⁵⁵. En este sentido es ejemplificativo el texto de la constitución de Venezuela que en su artículo 347 establece: “El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente *originario*. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”²⁵⁶.

Ahora bien, esta soberanía sin límites del poder constituyente y confianza en la voluntad del pueblo no tiene un correlato para con los poderes constituidos²⁵⁷. Estos últimos más bien se hayan sujetos a fuertes restricciones constitucionales que hacen que la legitimidad en la toma de sus decisiones esté más cercana al sustancialismo (débil). Prueba de ello son las densas cartas de derechos establecidas en las constituciones y las garantías jurisdiccionales establecidas para su efectiva realización; así como el fuerte proyecto político que el Estado se compromete a realizar y de cuyos fines no puede apartarse²⁵⁸.

con el neoconstitucionalismo de factura europea. Por eso fueron posibles estas nuevas constituciones aún en ausencia de previsiones constitucionales que previeran su propia sustitución. En este punto véase Prieto Valdés, Martha, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: nuevos paradigmas político constitucionales” en Roberto Viciano Pastor (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 98.

²⁵³ Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., pp. 32, 35 y 37.

²⁵⁴ Noguera Fernandez, Albert, “What do we mean when we talk about ‘Critical Constitutionalism’? Some Reflections on the New Latin American Constitutions” en Detlef Nolte y Almut Schilling- Vacaflor (eds.), *New Constitutionalism in Latin America*, Ashgate, England, 2012, p.102; por esto el nuevo constitucionalismo latinoamericano se enrolaría dentro del ‘constitucionalismo crítico’.

²⁵⁵ Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., p. 372, esta primacía se vería manifestada en: a) la extensión de las constituciones; b) la supremacía del documento; c) las restricciones democráticas al control de constitucionalidad; d) los mecanismos de democracia participativa o directa; e) la rigidez constitucional.

²⁵⁶ La cursiva me pertenece. En la misma lógica los artículos 444 de la constitución de Ecuador y 411 de la constitución boliviana.

²⁵⁷ Se establece “la prohibición constitucional de que los poderes constituidos (incluido el poder constituyente constituido) dispongan de la capacidad de reforma constitucional por ellos mismos”. Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., pp. 42-43.

²⁵⁸ En palabras de Curtis, Christian y Gargarella, Roberto, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, ob. cit., p. 16: “... Constituciones que dedican

Estas distintas formas de legitimidad se hallan de todos modos unidas por el establecimiento de la participación ciudadana como eje del sistema político institucional, lo que explica las particularidades en los arreglos institucionales que veremos *infra*.

3.2.- Los arreglos institucionales del nuevo constitucionalismo latinoamericano

Éste es sin duda el capítulo más novedoso y ecléctico de la corriente en estudio. Ante todo decir que los diseños institucionales del nuevo constitucionalismo latinoamericano se pueden adscribir fácilmente al constitucionalismo fuerte²⁵⁹ aunque no elitista²⁶⁰. Lo primero, que lo acerca a modelos neoconstitucionalistas, se ve reflejado en la previsión de constituciones rígidas, con control judicial de constitucionalidad de las leyes “fuerte”. Lo segundo, que lo acercaría a modelos propios del constitucionalismo popular, se nota en el protagonismo que se le da a la participación popular²⁶¹.

Esa participación va mucho más allá del acto constituyente o de la elección de representantes, pues se prodiga a lo largo de los textos constitucionales en ámbitos como la iniciativa popular, legislativa y constitucional; el referendo aprobatorio, consultivo, revocatorio y abrogatorio²⁶²

bastante más espacio a definir las metas y finalidades que el gobierno debería cumplir, y las cosas que el gobierno debería hacer –y no sólo las que debería dejar de hacer. Las Constituciones latinoamericanas adoptadas en los últimos veinte años se alinean claramente dentro de este modelo sustantivo– por oposición a un modelo meramente procedimental de Constitución”.

²⁵⁹ Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, ob. cit., p. 124.

²⁶⁰ De hecho hay una voluntad expresa de “trascender el constitucionalismo de élites hacia un constitucionalismo popular”, Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., p. 42. Como expresan Nolte, Detlef y Schilling- Vacaflor, Almut, “Introduction”, ob. cit., p.19 “It would be mistaken to describe the constitutional changes of Venezuela, Bolivia and Ecuador simply as top- down processes; this would not do justice to their multi-faceted nature. [...] The aforementioned constitutions were perceived as instruments to reconfigure the relationships between the state and citizens [...] the adoption of the new constitutions was part of bottom-up process, including legal mobilization, and was among the central demands of social movements and citizens that were discontent with the previous social and political order”.

²⁶¹ Al punto que se hable de estas constituciones casi como de “orgías participacionistas”, véase Palacios Romeo, Francisco, “La reivindicación de la polis: Crisis de la representación y nuevas estructuras constitucionales de deliberación y participación en Latinoamérica”, ob. cit., p. 177, en alusión a la constitución ecuatoriana.

²⁶² Pisarello, Gerardo, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999”, p.10, disponible en <http://www.rebellion.org/docs/96201.pdf>. Por ejemplo, la constitución venezolana en su art. 70 prevé la participación ciudadana en la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas

o los cabildos abiertos o populares²⁶³. También se refleja en instancias ciudadanas de control de la gestión pública y en el reconocimiento de formas de democracia comunitaria desarrollada por los pueblos indígenas²⁶⁴. Finalmente, no se agota en las instancias formales, sino que surge también de la previsión de mecanismos informales de participación como el derecho de resistencia²⁶⁵.

Ahora bien, esta cercanía con otras corrientes constitucionales no quita su fuerte originalidad²⁶⁶, en tanto el nuevo constitucionalismo latinoamericano refleja la voluntad de refundar ese legado en clave republicano-democrática con el objeto de dar respuesta a alguno de los principales retos que el siglo XXI plantea a la región²⁶⁷. Veamos.

Ya adelanté que la previsión de rigidez constitucional es bien distinta a la sostenida por las constituciones propias del neoconstitucionalismo, en tanto aquí la rigidez es plenamente aplicable a los poderes constituidos, mas para el poder constituyente (originario) no existen cotos vedados ni ámbitos indecidibles. Tampoco el control de constitucionalidad puede asimilarse sin más a sus pares europeos, puesto que el nuevo constitucionalismo latinoamericano se ha tomado en serio la objeción democrática y ha intentado salvarla de diversas maneras. En ese orden de ideas ha establecido la posibilidad de proponer así como de objetar candidatos al máximo Tribunal

mencionadas, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas. En Ecuador, los arts. 103-113 consagran la consulta popular y la revocatoria del mandato.

²⁶³ Art. 11 de la Constitución de Bolivia, art. 100 en Ecuador y art. 70 en Venezuela. Este punto es destacado también por Gargarella, Roberto, “El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’: Un constitucionalismo que no termina de irse”, ob. cit., p. 14.

²⁶⁴ Véase Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, ob. cit., p. 117, también De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina*, ob. cit., pp.118-122, en lo que se llama democracia intercultural.

²⁶⁵ Contemplado expresamente en el art. 98 de la constitución de Ecuador. Sobre el tema véase Noguera Fernandez, Albert, “What do we mean when we talk about ‘Critical Constitutionalism’?”, ob. cit..

²⁶⁶ En ese sentido sin duda el caso boliviano es el ejemplo más rotundo de transformación institucional, en cuanto avanza hacia un Estado plurinacional, con un Tribunal Constitucional plurinacional elegido directamente por la ciudadanía. Véase Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., p. 35. En contra de esta afirmación, Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., pp. 370-371; también Gargarella, Roberto, “El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’: Un constitucionalismo que no termina de irse”, artículo presentado en el Seminario de profesores del ITAM, México DF, 04 de febrero de 2015, p. 1.

²⁶⁷ Pisarello, Gerardo, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999”, ob. cit., p.2.

Constitucional²⁶⁸, incluso en el caso de Bolivia, se prevé la elección directa de sus miembros por parte de la ciudadanía²⁶⁹.

Asimismo se determinan expresamente los criterios de interpretación de los preceptos constitucionales para evitar lo más posible la discrecionalidad judicial²⁷⁰, cuales son el tenor literal del texto, la voluntad del constituyente, así como la integralidad de la constitución²⁷¹. Por último se otorga amplio acceso de la ciudadanía a los tribunales e incluso la legitimación activa universal para la presentación del recurso de inconstitucionalidad²⁷².

De todos modos, este tipo de diseños institucionales genera fuertes tensiones al interior del modelo en estudio que es advertida por casi la unanimidad de la academia. Es que es difícil pensar en el establecimiento de modelos de justicia constitucional fuerte que al tiempo, pretendan una participación amplia de los movimientos sociales y la ciudadanía en general para la determinación del contenido constitucional²⁷³. Menos aún puede esperarse el desarrollo de la participación de la ciudadanía que las constituciones prevén, con una organización del poder concentrada políticamente y centralizada territorialmente, “que se mantiene en pie desde mediados del siglo XIX”²⁷⁴. Aunque al parecer, estas conciliaciones son la aspiración del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

²⁶⁸ Constitución de Bolivia: art. 199.II, en la constitución de Venezuela: art. 264.

²⁶⁹ Constitución de Bolivia art. 198.

²⁷⁰ Aunque es cierto que, como advierte Salazar en su crítica, debido a la extensión del articulado y la gran variedad de tradiciones, ideologías y cosmovisiones que recogen, los documentos constitucionales en estudio se prestan a las más diversas interpretaciones, que en suma, quedan en manos de los jueces. Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit. pp. 356, 360. Lo mismo, sin ser crítico, señala Pazmiño Freire, Patricio, “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., p. 45: “...existe la tendencia a que sean los jueces, y no el Parlamento o el Gobierno, los que asumen el rol fundamental en la creación del Derecho por medio de su función de intérpretes de la Constitución”.

²⁷¹ Artículos 196.II de la constitución de Bolivia y art. 427 de la constitución de Ecuador.

²⁷² Véase Noguera, Albert “Las nuevas constituciones andinas y la articulación democrática entre justicia constitucional, conflicto y transacción social” en Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega (coords.), *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, Porrúa; México, 2013, p. 178; resaltando que el hecho de que los ciudadanos puedan participar en el planteamiento de acciones de inconstitucionalidad ante las cortes, determina el carácter más popular de la justicia constitucional, p. 172.

²⁷³ Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., pp. 376-381. Gargarella, Roberto, “Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina” en Cesar Rodríguez Garavito (coord.) *El derecho en América Latina*, ob. cit., p. 97. Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, ob. cit., pp. 131-133.

²⁷⁴ Gargarella, Roberto, “El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’: Un constitucionalismo que no termina de irse”, ob. cit., pp. 6 y 12.

Otra nota de originalidad en este aspecto surge de la implementación de nuevas funciones y poderes del Estado que se apartan de la tripartición liberal clásica. En este sentido se crean “el Poder Electoral y un Poder ciudadano de control (‘cuarto poder’), que toma el nombre de ‘Poder Ciudadano’ en la constitución de Venezuela (Título V, Capítulo IV), ‘Poder de Transparencia y Control social’ en la ecuatoriana de 2008 (Capítulo quinto. Título IV ‘Participación y organización del poder’), y función de ‘Participación y control social’ en la boliviana de 2009 (arts. 241 y 242)”²⁷⁵. Esto genera una complejidad institucional²⁷⁶ que puede aparejar cierta fragilidad, puesto que muchas de las instituciones no han sido probadas con anterioridad y por tanto, no se puede saber qué grado de utilidad o problemas vayan a tener²⁷⁷.

En este sentido se advierte sobre las dificultades para diseñar obras de macro-ingeniería (que intentan establecer las condiciones materiales para el constitucionalismo) dado que son demasiadas las consecuencias no intencionadas que no podemos prever ni controlar. Así mismo se cuestiona la capacidad política para implementar reformas de tal magnitud²⁷⁸.

Con estas advertencias destaco por último -aunque no menos importante- que las nuevas constituciones contienen apartados dedicados a la relación entre Estado y economía, con un fuerte protagonismo del primero, al punto que se habla de “constituciones dirigistas”²⁷⁹ y de “gobierno económico”²⁸⁰. Esta

²⁷⁵Noguera, Albert “Las nuevas constituciones andinas y la articulación democrática entre justicia constitucional, conflicto y transacción social”, ob. cit., p. 17. Como explica el autor: “Se trata, sobre todo en el caso de Ecuador, de un órgano de contra-poder, conformado por representantes de la sociedad civil, contra las decisiones del gobierno, aunque en la práctica, la intromisión del gobierno en el proceso de nombramiento de sus miembros haya mermado sus potencialidades de control y enfrentamiento contra el Poder”.

²⁷⁶ Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., p. 356. Que no complejidad lingüística, “debido a la voluntad de trascender el constitucionalismo de élites hacia un constitucionalismo popular”. Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., especialmente p. 41. Esto último es importante en contraste con la aludida sofisticación que ha desarrollado el neoconstitucionalismo en materia de interpretación constitucional.

²⁷⁷ Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., p.39. Una crítica fuerte al abandono de la ortodoxa separación de poderes, se halla en Couso, Javier, “Las Democracias Radicales y el ‘Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano’, disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Couso_CV_Sp_20130420.pdf, p.21.

²⁷⁸ Courtis, Christian y Gargarella, Roberto, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, ob. cit., p. 40.

²⁷⁹ Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, ob. cit., p. 127.

intervención estatal en la economía, por un lado se desmarca abiertamente de los tipos (neo) liberales de Estado y de la concepción capitalista de mercado que los acompaña²⁸¹. Por otro lado, tiene por fin hacer efectivos los objetivos de igualdad material entre las personas y grupos que tienen estas constituciones latinoamericanas²⁸² y el respeto al medio ambiente. Ambas cuestiones, siguen la lógica participativa ya aludida. Así, destacan instancias de atención ciudadana, instituciones de autogestión, cogestión, cooperativas, cajas de ahorro, empresas comunitarias y demás formas asociativas guiadas por los valores de mutua cooperación y solidaridad²⁸³. El fortalecimiento de este proyecto, se confía simultáneamente al reforzamiento de la unidad latinoamericana y la autonomía en las relaciones internacionales²⁸⁴.

3.3.- ¿Qué teoría de la democracia?

Resulta fundamental dilucidar a qué teoría de la democracia responde el nuevo constitucionalismo latinoamericano ya que allí descansa toda su legitimidad. Éste es claro al autodefinirla como “democracia participativa”²⁸⁵ y como vimos, instrumenta los mecanismos vinculantes para que dicho adjetivo tenga sentido, incluidos mecanismos de democracia directa. Pero más allá de esa calificación, quisiera indagar un poco en el trasfondo de la propuesta.

Hay acuerdo en que la democracia participativa no cuestiona la esencia del sistema de democracia representativa, sino que se configura como un complemento²⁸⁶. Ahora bien, a mi criterio dos concepciones subyacen con

²⁸⁰ Maestro Buelga, Gonzalo, “El nuevo constitucionalismo económico latinoamericano” en Claudia Storini y José Francisco Alenza García (dirs.), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Navarra, Aranzadi, 2012, p. 93.

²⁸¹ Como también se diferencia del constitucionalismo social de tipo europeo, aun cuando pueden encontrarse elementos comunes. *Ibidem*, pp. 86- 88,90. Se habla así de tendencias anticapitalistas y anticoloniales: De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina*, ob. cit., p. 85; en igual sentido Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, ob. cit., p.116.

²⁸² Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., pp. 48-49.

²⁸³ Art. 70 de la constitución de Venezuela.

²⁸⁴ Pisarello, Gerardo, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999”, ob. cit., p.2,15.

²⁸⁵ En la constitución de Venezuela de 1999: preámbulo y arts. 6, 18, 55, 62 entre otros. En la constitución de Bolivia, art. 11. En la constitución de Ecuador, se habla de “Participación en democracia” en el Título IV, capítulo primero, sección tercera.

²⁸⁶ Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., p. 45. Para otros autores es una “superación”, véase Castro Riera, Carlos “Valoración jurídico-política de la Constitución de 2008” p.116 y Noguera Fernández, Albert, “Participación, Función Electoral y Función de Control y

fuerza a este modelo de democracia y otra se yergue amenazante ante el ¿eventual? fracaso de estos ideales. Me refiero en primer lugar a la concepción agonista de la democracia, en segundo lugar a cierta forma de democracia deliberativa y por último a un eventual desenlace populista de la democracia en Latinoamérica.

Comenzando por el primer modelo, la llamada a tipos de democracia radical²⁸⁷ o “agonista”²⁸⁸. Muchos teóricos del nuevo constitucionalismo no dudan en basar su apoyo a esta corriente en su “crítica a la democracia liberal, y especialmente a algunos de sus presupuestos centrales como la asunción de que la sociedad es culturalmente homogénea, que el conflicto social se puede superar, y que las relaciones de poder sociales no juegan, o no deberían jugar, ningún papel en un esquema democrático de organización política”²⁸⁹.

Para el modelo agonista, poder y legitimidad están inevitablemente vinculados y esto hace que se critique por imposible el modelo de democracia deliberativa que ata la legitimidad a la pura racionalidad²⁹⁰. Para esta lógica, el problema de la democracia deliberativa es que no reconoce la dimensión de poder y antagonismo ínsita en las relaciones políticas de la sociedad democrática. De allí que proponga concentrarse no en cómo eliminar el poder de las relaciones sociales (de “lo político”) sino en cómo constituir formas de poder compatibles con los valores democráticos.

Así, el modelo que también se llama de “pluralismo agonista” concibe “la política” como el conjunto de prácticas, discursos e instituciones que buscan establecer cierto orden y organizar la coexistencia humana en condiciones que son siempre potencialmente conflictivas porque están afectadas por la dimensión de “lo político”. Es decir, la política consiste en “domesticar las

Transparencia Social”, p. 137, ambos en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau (eds.) *Desafíos constitucionales. La constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

²⁸⁷ Según Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., p. 384. También para Couso, Javier, “Las Democracias Radicales y el ‘Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano’”, ob. cit.

²⁸⁸ Según la caracterización de Mouffe, Chantal, *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*, 2ª ed., Gedisa, Barcelona, 2012.

²⁸⁹ Según lo que Martí, José Luis, *La república deliberativa*, ob. cit., p. 71 considera los puntos en los que coinciden los defensores de la democracia agonista o radical.

²⁹⁰ Mouffe, Chantal, “Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism?” *Social Research* 66, n° 3, 1999, pp. 745-758, p. 753.

hostilidades”²⁹¹ y se convierte en democrática cuando el *otro* pasa de ser un “enemigo” para destruir, a ser un “adversario” cuyas ideas tiene derecho a defender. Esta “transformación” ocurre con la adhesión compartida de principios ético-políticos de la democracia que hacen que se pase del antagonismo entre enemigos al *agonismo* entre adversarios²⁹².

De cualquier modo, esta “domesticación” no elimina las pasiones ni considera que un consenso racional es posible, sino que moviliza esas pasiones a través de diseños democráticos que hacen posible que se acepte que cualquier consenso que exista es el resultado temporal de una hegemonía provisional como estabilización del poder, que siempre implica exclusiones²⁹³. La advertencia contra la ilusión de una democracia completamente conseguida (o completamente inclusiva) es la fuerza que según Mouffe mantiene la contienda democrática viva²⁹⁴.

Esta concepción ha sido pasible de importantes críticas, especialmente destaca la que la acusa de provocar un colapso de la idea de legitimidad, en tanto no permite construir ningún criterio independiente de las preferencias de los individuos²⁹⁵. Una crítica que nos vuelve a llevar al difícil equilibrio entre las ideas sustancialistas y procedimentales para sustentar la legitimidad. Además hay que decir que este modelo “agonista” no es un modelo normativo de democracia que pueda guiar nuestras instituciones, sino que más bien es descriptivo.

En segundo lugar –y en muchos casos de forma concomitante- se habla de modelos de democracia deliberativa²⁹⁶, aunque no de tipo liberal, como expliqué puede hallarse en las corrientes neoconstitucionalistas, sino en clave republicana. Esto puesto que el nuevo constitucionalismo latinoamericano pone énfasis en “la esfera pública”, las condiciones materiales para el

²⁹¹ *Ibidem*, p. 754.

²⁹² *Ibidem*, p. 755. Esta adhesión compartida de principios ético-políticos es considerando muy diferentes interpretaciones de los mismos, por lo que se trata de un consenso conflictivo, p. 756.

²⁹³ *Ibidem*, p. 756. Sobre el concepto de hegemonía véase también Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal, *Hegemony and Socialist Strategy. Toward a Radical Democratic Politics*, Verso, Londres, 1985.

²⁹⁴ Mouffe, Chantal, “Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism?”, *ob. cit.*, p. 757.

²⁹⁵ Martí, José Luis, *La república deliberativa*, *ob. cit.*, pp. 74-75.

²⁹⁶ “La democracia deliberativa es siempre la condición *sine qua non* de la democracia participativa. Así como es, también, el imperativo esencial de una democracia representativa”. Palacios Romeo, Francisco, “La reivindicación de la polis: Crisis de la representación y nuevas estructuras constitucionales de deliberación y participación en Latinoamérica”, *ob. cit.*, p. 173.

funcionamiento de la democracia²⁹⁷, la apertura e inclusión en la deliberación, etc.; rasgos que hacen pensar en un modelo deliberativo alternativo tanto al liberal como al comunitarista y que podría calificarse como “modelo crítico”²⁹⁸. Con la misma idea se destacan la emergencia y reconstrucción de sujetos colectivos y el establecimiento de mecanismos de participación y confrontación para que esos sujetos utilicen en y contra el Estado²⁹⁹. Como ya se habrá podido notar, en este aspecto son evidentes las similitudes que se encuentran con los postulados del constitucionalismo popular³⁰⁰.

Otros autores, de un modo más ambicioso (y sustantivo), aluden a una democracia “intercultural”, que sería aquella en la que coexisten a) diferentes formas de deliberación democrática –demodiversidad-; b) diferentes criterios de representación democrática; c) reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos como condición de efectivo ejercicio de los derechos individuales; d) reconocimiento de nuevos derechos fundamentales (como derecho al agua, a la tierra, a la soberanía alimentaria, a los recursos naturales, etc); y e) educación orientada a formas de sociabilidad y de subjetividad asentadas en la reciprocidad cultural³⁰¹. Este tipo de democracia es incluso calificada como “una de las formulaciones constitucionales sobre democracia más avanzadas del mundo”³⁰², aunque desde mi perspectiva podría considerarse una profundización de la democracia deliberativa de tipo crítica.

Ahora bien, muchas disfuncionalidades de estos modelos hacen que hoy por hoy se hable de una deriva hacia tipos de democracia populista³⁰³ o de

²⁹⁷ En ese sentido se habla también de democracia “material”. Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., p. 37.

²⁹⁸ Por utilizar la categoría de Forst, Rainer, “The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy”, ob. cit., pp. 181, 183, 186.

²⁹⁹ Noguera Fernández, Albert, “What do we mean when we talk about ‘Critical Constitutionalism?’”, ob. cit., p. 105

³⁰⁰ Aunque podría hallarse una diferencia en el hecho que el nuevo constitucionalismo latinoamericano apela al pueblo en tanto “soberano” y no mediado por el parlamento, cuya actuación “debe estar siempre limitada por el principio de la soberanía popular”. Noguera Fernández, Albert, “Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social”, ob. cit., p.147. Este punto puede ser problemático de cara a las derivas populistas de los gobiernos latinoamericanos.

³⁰¹ De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina*, ob. cit., p.118-119, afirmando que es el tipo de democracia consagrada en las constituciones de Ecuador y Bolivia.

³⁰² *Ibidem*, p. 119. En igual sentido Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, ob. cit., p. 124.

³⁰³ Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., p. 384.

“cesarismo democrático”³⁰⁴. En un principio y en razón de los diseños institucionales, se advertía sobre la apelación recurrente a la consulta popular, que podía establecer una “relación directa entre el líder y las masas”³⁰⁵ que obviara otros canales participativos más deliberativos y por ello, mucho más “robustos” en términos democráticos. Esto, aunado a un desmedido protagonismo del liderazgo presidencial, amenazaba la profundización democrática en tanto debilita los contrapesos institucionales, restringe la auto-organización popular y hace peligrar la participación y el pluralismo político y social³⁰⁶. De allí que se avizorara un refuerzo a las tendencias autoritarias en la región³⁰⁷ y se temiera el convertir a la democracia participativa en una mera ilusión.

Lamentablemente muchos de esos temores se concretaron y ya prácticamente no hay dudas de que Venezuela, Ecuador y Bolivia conforman - por distintas razones y en distinta medida- países populistas³⁰⁸. Así, aunque no se pueden negar el compromiso que asumieron con la justicia social y la expansión de la participación a grupos anteriormente excluidos; el uso instrumental de la legislación, la concentración de poder en el ejecutivo, la destrucción de las instituciones que generaban algún tipo de control y las restricciones a algunas libertades fundamentales (particularmente la libertad de

³⁰⁴ Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, ob. cit., p. 131.

³⁰⁵ Edwards, Sebastián, *Populismo o mercados. El dilema de América Latina*. Bogotá, Norma, 2009, p. 233, citado por Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., p. 23.

³⁰⁶ Pisarello, Gerardo, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999”, ob. cit., p.16-17. Sobre lo mismo viene insistiendo Gargarella, Roberto, “Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina”, ob. cit., pp. 98-100 y “El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’: Un constitucionalismo que no termina de irse”, ob. cit.

³⁰⁷ Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, ob. cit., p. 131. También Couso, Javier, “Las Democracias Radicales y el ‘Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano’”, ob. cit., pp. 11-12.

³⁰⁸ Digo en distinta medida porque el caso de Bolivia podría ser el más discutible de los tres, en el sentido en que Morales ha tenido que dialogar más y someterse al control intenso por parte de los movimientos sociales (a quienes rinde cuentas) que sus pares Correa, Chavez y Maduro. Sobre el análisis puntual a cada uno de estos países véase Lopez Maya, Margarita y Panzarelli, Alexandra, “Populism, Rentierism, and Socialism in the Twenty-First Century: The Case of Venezuela”, Crabtree, John, “From the MNR to the MAS: Populism, Parties, the State, and Social Movements in Bolivia since 1952” y Montúfar, César, “Rafael Correa and His Plebiscitary Citizens’ Revolution”, todos en Carlos De la Torre y Cynthia Arnson (eds.) *Latin American Populism in the Twenty-First Century*, Woodrow Wilson Center Press, Washington D. C., 2013, pp. 239-268, 269-293 y 295-321 respectivamente.

prensa)³⁰⁹ han hecho que hasta los originales defensores del modelo se hayan volcado a la crítica³¹⁰. Todo esto al tiempo que “el poder popular tiende a ser invocado o citado, como acompañamiento o como aclamación, pero no como poder autónomo...”³¹¹ En el caso de Ecuador el problema se acrecienta si se considera la actual intención del presidente Correa de modificar la constitución de 2008 para conseguir la reelección indefinida³¹².

Ahora bien, ¿empaña esta *desfiguración* populista de la democracia los méritos del nuevo constitucionalismo latinoamericano? ¿Se puede hablar del nuevo constitucionalismo latinoamericano como un tipo de *populismo constitucional*? Considero que la respuesta a ambas preguntas no puede ser determinante. Y esto porque pienso que los niveles de análisis deben diferenciarse para evitar caer en las trampas a las que aludí más arriba, aunque siga considerando fundamental mirar en conjunto teoría y práctica constitucional.

³⁰⁹ De la Torre, Carlos and Arnson, Cynthia “Introduction: The Evolution of Latin American Populism and the Debates Over Its Meaning”, en Carlos De la Torre and Cynthia Arnson (eds.) *Latin American Populism in the Twenty-First Century*, Woodrow Wilson Center Press, Washington D. C., 2013, pp. 1-35, p. 4.

³¹⁰ En este sentido véanse los artículos de opinión de Rodríguez Garavito, César “Los derechos humanos y la ‘nueva’ izquierda latinoamericana”, *Open Democracy*, 12 de marzo de 2014, De Sousa Santos, Boaventura, “¿la revolución ciudadana tiene quien la defienda?”, *Revista Crisis* n° 18. Me interesa destacar de aquí la crítica a Rafael Correa, que explica cómo el presidente ha ido “sacrificando” los objetivos de largo plazo de la constitución (como la defensa de los recursos naturales) por otros como la explotación minera o petrolera, según él necesarios ahora para que el modelo en algún futuro pueda lograr sus objetivos. Así quienes se oponen a Correa, como los pueblos indígenas afectados, son vistos como “obstáculos al desarrollo”, o víctimas de manipulaciones por parte de dirigentes corruptos, etc. En ese sentido ironiza De Sousa: “La participación ciudadana es bienvenida, pero sólo si es funcional y eso, de momento, sólo puede garantizarse si recibe una mayor orientación del Estado, es decir, del Gobierno [...] Periodistas son intimidados, activistas de movimientos sociales son acusados de terrorismo y la consecuente criminalización de la protesta social parece cada vez más agresiva”. Y sigue, “El contacto directo con los ciudadanos no tiene como objetivo que estos participen en las decisiones, sino más bien que las ratifiquen mediante una socialización seductora que se presenta desprovista de contradicción”. Para concluir “La erosión de las instituciones, típica del populismo, es peligrosa sobre todo cuando estas no son fuertes desde el principio [...] Y es que cuando el líder carismático abandona la escena (como ocurrió trágicamente con Hugo Chávez), el vacío político alcanza proporciones incontrolables debido a la falta de mediaciones institucionales”. Del mismo autor véase también la más reciente “Carta Abierta de Boaventura De Sousa Santos al Presidente Rafael Correa”, *Otra América*, 12 de diciembre de 2014, todas disponibles en Internet.

³¹¹ Gargarella, Roberto, “El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’: Un constitucionalismo que no termina de irse”, ob. cit., p. 25.

³¹² Para un informe crítico sobre el punto véase Bernal Pulido, Carlos “¿Es inconstitucional utilizar el procedimiento de enmienda para reformar la Constitución del Ecuador con el fin de establecer la reelección [sic] indefinida del Presidente?”, Informe presentado el 3 de septiembre de 2014 por Guillermo Lasso Mendoza, en un amicus curiae.

Por un lado las reformas constitucionales que dieron lugar a que se configurara el “nuevo constitucionalismo latinoamericano” fueron apoyadas masivamente³¹³ e intentaron responder a necesidades puntuales de los países protagonistas³¹⁴. A nivel institucional, como anticipé, gran parte de ellas podrían encuadrarse dentro del constitucionalismo popular, sobre todo en razón de la amplia participación (de distintos sectores) con que contaron en su origen y que previeron para su desarrollo posterior³¹⁵. Cabe esta calificación de “popular” especialmente dado el nivel institucional que se pretendió dar a las reformas, generando constituciones normativas, con una gran cantidad de mecanismos de control y que fueron largamente más allá de objetivos cortoplacistas³¹⁶. Claramente las constituciones son perfectibles, pero considero que siendo un intento de innovar en busca de generar una identidad propia, podrían servir de base para comenzar un proyecto susceptible de futuras mejoras.

Por otro lado, el *uso acomodaticio* u oportunista que se ha dado de esas constituciones, omitiendo el cumplimiento de ciertas partes y utilizando parcialmente o de forma desvirtuada otras gracias al previsible y desmedido poder que ha concentrado el ejecutivo, hace que sea fácil hablar de populismo. Ahora bien, ese populismo no está *necesariamente* ligado a la forma o contenido de aquellas constituciones iniciales, no es un *populismo constitucional*, sino que está ligado al modo de hacer política de los líderes en el poder, que se valieron del gran apoyo mayoritario para sortear cualquier freno e incluso previsión constitucional.

De allí que venga a cuento lo advertido por Courtis y Gargarella: “la concreción de las promesas de una Constitución [...] dependen del buen

³¹³ Así el referéndum para aprobar la constitución venezolana del 15 de diciembre de 1999 contó con una aprobación del 71% de los votos. En el caso de Ecuador, el referéndum que se llamó para consultar a la ciudadanía sobre la necesidad de reformar la constitución (el 15 de abril de 2007) tuvo un apoyo del 81,5% de los votos. Por su parte el referéndum para aprobar la constitución (del 28 de septiembre de 2008) contó con un apoyo del 65%. En el caso de Bolivia, el 61% de los votantes aprobaron la constitución en referéndum del 25 de enero de 2009. Fuente: Linares, Sebastián “The democratic génesis of a Constitution: Venezuela, Ecuador and Bolivia in comparative perspective”, presentación facilitada por el autor.

³¹⁴ Courtis, Christian y Gargarella, Roberto, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, ob. cit., pp. 9-11.

³¹⁵ Aunque también cabe la crítica al diseño institucional que desde su origen estuvo signado por la contradicción. En este sentido como explican Courtis y Gargarella en *Ibidem* p. 29 “... la relación entre un ‘presidencialismo’ que se fortalece o consolida y las cláusulas constitucionales que quieren promover la participación popular no es pacífica, sino que más bien es de tensión. Ocurre que, en principio, el ideal de la democracia participativa requiere descentralizar y desconcentrar el poder, y no a la inversa”.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 10.

funcionamiento de la política ordinaria”³¹⁷. Y en ese sentido valga recordar que la enorme cantidad y variedad de experiencias populistas que se han dado en el mundo no se pueden asociar a algún tipo de constitución en particular sino más bien al desprecio por cualquiera de ellas³¹⁸. Ahora bien, en la medida que van prosperando las reformas constitucionales que estos mismos líderes proponen para, por ejemplo, reelegirse de forma indefinida, acrecentar su propio poder, obviar los controles preestablecidos, etc., ese nuevo constitucionalismo se vuelve un *populismo constitucional*.

Para concluir podría decirse que el desafío que enfrenta la región es el de la *institucionalización* y en ello juega un papel fundamental el constitucionalismo. Hemos visto a lo largo de la segunda parte de la tesis (especialmente los capítulos 3 y 4 referidos a los arreglos institucionales) que una de las razones de ser de la constitución –y en ese sentido de las provisiones para su rigidez y formas de control- tiene que ver con la generación de cierta estabilidad y claridad en las reglas del juego democrático. Se pueden pensar diferentes arreglos institucionales, lo que no cabe es que no haya ninguno y esta afirmación vale para cuando contamos con constituciones que quedan en letra muerta o se reforman tan frecuentemente que no logran establecer ninguna estabilidad política-democrática.

Los méritos del nuevo constitucionalismo latinoamericano a nivel institucional -que expuse más arriba- se entienden únicamente bajo una idea de democracia robusta enfocada en acrecentar la participación ciudadana y el diálogo entre los componentes de estos Estados pluriculturales, y en incluir en la esfera política-social-económica a sectores sociales marginados durante siglos. Si eso se vulnera mediante la subestimación de los ciudadanos por considerarlos “poco esclarecidos, malintencionados, infantiles, ignorantes, fácilmente manipulables por políticos oportunistas o enemigos procedentes de la derecha [...]”³¹⁹, como se está haciendo mayormente, se vulnera el propio espíritu del nuevo constitucionalismo. Por lo que queda como reto a los países en cuestión, fortalecer los arreglos institucionales propios, empezando por su

³¹⁷ *Ibidem*, p. 17.

³¹⁸ Aunque a mi criterio puede considerarse que las constituciones presidencialistas allanan el camino institucional para el desarrollo del populismo, lo cierto es que se encuentran experiencias populistas también en países parlamentarios.

³¹⁹ De Sousa Santos, Boaventura, “¿la revolución ciudadana tiene quien la defienda?, ob. cit.

cumplimiento reiterado, para de allí ir mejorando la arquitectura constitucional del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

3.4.- La relación entre derecho y política

Por último cabe detenerse en la fuerte relación entre derecho y política presente en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, que se preocupa no sólo por la dimensión jurídica de la constitución sino, incluso en primer orden, por la legitimidad democrática de la misma. De la mano con lo anticipado en el apartado anterior, se afirma que “el primer problema del constitucionalismo democrático es servir de traslación fiel de la voluntad constituyente y establecer los mecanismos de relación entre la *soberanía* [...] y la *constitución*”³²⁰. Este “fortalecimiento de la dimensión política” de la constitución también se ve reflejado en su carga simbólica³²¹.

Para respetar el análisis hecho con las corrientes anteriores, diré que desde el punto de vista interno esa relación es ambigua. De un lado, encontramos una amplísima consagración de derechos, en términos de principios que requieren una concreción por parte de los poderes políticos y para la cual está prevista una fuerte participación ciudadana. En ese sentido no cabe duda de que los significados constitucionales serán pasibles de disputa “política”³²², máxime para la puesta en práctica de los proyectos de país enunciados con carácter normativo³²³. Así se nos recuerda que “...los textos constitucionales, sobre todo cuando son el resultado de procesos participativos intensos, no son simples instrumentos técnicos pensados para obedecer a las exigencias rigoristas del jurista. Son también, y ante todo, documentos

³²⁰ Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., p. 20.

³²¹ *Ibidem*, p. 37.

³²² Salazar Ugarte, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., p. 364. Así nos advierte Salazar sobre la escasa utilidad del nuevo constitucionalismo latinoamericano como herramienta para superar los conflictos sociales, pues por el contrario, la constitución “se convierte en una de las causas de los mismos porque la disputa política anterior a la Constitución se ha trasladado al seno de la misma”.

³²³ En este sentido, la mayor parte de las reformas se proyectan hacia el futuro, pues “más que intentar codificar las relaciones de poder existentes, son documentos jurídicos que tienden a delinear un modelo de sociedad a construir. Son pues [...] constituciones ‘aspiracionales’”. Uprimny, Rodrigo, “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, ob. cit., p. 123.

políticos, con una función legitimadora y pedagógica que no puede soslayarse”³²⁴.

Aunque de otro lado, la primacía del constituyente originario, reflejada tanto en los mecanismos de interpretación previstos constitucionalmente, como en las partes más “reglamentaristas” de las constituciones, rígidas, hace que se hable de una rigidez interpretativa al punto de “congelar” lo decidido en el momento constituyente contra cualquier natural evolución que se pudiera desarrollar³²⁵.

Más clara es la relación desde el punto de vista externo, pues el predominio absoluto de lo político sobre lo jurídico es evidente. No es necesario repetir lo ya analizado, sólo recordar la permanente apelación a la legitimidad (extrajurídica³²⁶) de la constitución, invocando al constituyente revolucionario para ilustrarse las infinitas posibilidades que permanecen abiertas.

Solo para terminar baste decir que el carácter político de las constituciones del nuevo constitucionalismo, si bien cooptadas actualmente por el populismo, puede verse como la herramienta de recuperación de la institucionalidad de los países de la región. Y esto pues permite, refuerza y protege la interpelación por parte de los movimientos sociales y la ciudadanía en general a los gobiernos en turno (en tanto poderes constituidos), desde la propia constitución.

4.- Recapitulación

Al inicio de este capítulo planteé una comparación de los aspectos normativos del neoconstitucionalismo con los de otras corrientes constitucionales contemporáneas como son el constitucionalismo popular y el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Animaron esta comparación varios objetivos.

Por un lado el simple “mostrar” que existen formas diferentes de abordar el constitucionalismo y su relación con la democracia. Frente a un modelo

³²⁴ Pisarello, Gerardo, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999”, ob. cit., p. 9, nota al pie n° 14.

³²⁵ Véase Couso, Javier, “Las Democracias Radicales y el ‘Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano’”, ob. cit., pp. 17-18.

³²⁶ Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, ob. cit., p. 20.

elitista como el neoconstitucionalismo, se pueden apreciar propuestas alternativas que mediante otras formas de institucionalización, rescatan el papel del pueblo en la interpretación constitucional como así también en la toma de decisiones sobre las cuestiones más importantes de la vida política.

Estas opciones institucionales se acompañan de, a la vez que se apoyan en presupuestos bien diferentes. Como vimos, desde concepciones distintas - incluso antagónicas- en materia de legitimidad, hasta diversas concepciones de la democracia y del lugar que la política debe ocupar con respecto al derecho.

Así el neoconstitucionalismo, coherentemente con una teoría neo-iusnaturalista del derecho, basada en concepciones de la moral correcta - receptada en los principios constitucionales- y por tanto, fuertemente sustancialista en materia de legitimidad³²⁷; sostiene ideas de la democracia también sustancialistas, o en el mejor de los casos deliberativas liberales que repercuten en el lugar del pueblo en el sistema jurídico-político. No es de extrañar que ese lugar sea más bien tímido, esté claramente encorsetado por constituciones rígidas, con contenidos indecibles y bajo un estricto control de constitucionalidad de las leyes en manos del poder judicial. Todo esto operando en un campo claramente delimitado y de no interferencia entre derecho y política.

Frente a estas opciones se alzan corrientes como la del constitucionalismo popular, que asentada en una preocupación por el disenso, la falibilidad de todo juicio humano práctico, el necesario reconocimiento de la igualdad de poder político y el respeto por las opiniones de todos los ciudadanos, propicia formas de legitimidad procedimentales y en sintonía con ellas, ideas de democracia también procedimentalistas o deliberativas no consensuales. Ideas que por lo demás, encuentran una correlación con los diseños institucionales que las facilitan o hacen posibles. Así mencionamos la preocupación por generar estructuras -en todas las ramas del poder estatal- abiertas a la participación popular y receptivas a ella, a su vez que se fomenta el desarrollo de movimientos sociales independientes que puedan entrar en diálogo con las instituciones y fortalecer la opinión pública y así el

³²⁷ Con la excepción de Ferrajoli, que no es neo-iusnaturalista sino neo-positivista, aunque como vimos, su teoría desemboque en la misma concepción institucional y en una legitimidad fuertemente sustancialista.

autogobierno. Con la misma dinámica, se favorece una interpretación constitucional dialógica, no elitista, donde el papel de la gente no esté confinado a actos ocasionales de elaboración constitucional, sino que incluya un control activo y continuo y en todo caso, la palabra final sobre la constitución. Todo esto con el entendimiento de que el derecho es un producto de la política y que en la determinación de su rumbo, el pueblo debe tomar un lugar protagónico.

Por último, repasamos las opciones que el nuevo constitucionalismo latinoamericano había tomado para sí. Este último, quizá por encontrarse aún en etapa experimental y no tanto teórica, carece de las consistencias que podemos encontrar en las otras corrientes constitucionales y en ese sentido, es pasible de una evaluación ambigua. Esta particularidad se percibe claramente a nivel institucional, donde de la mano de ideas fuertemente democráticas, no elitistas e igualitarias, se encuentran poderes concentrados y centralizados como el ejecutivo o netamente contra-mayoritarios como el judicial; generando constituciones cargadas de tensiones internas y de difícil concreción práctica. De hecho, han servido poco estas propuestas institucionales que dan un papel preponderante al pueblo y propician la democratización, frente a las tendencias populistas, favorecidas por la debilidad institucional que aqueja a la región.

Como decía, esta comparación sirve para demostrar que hay distintas alternativas al momento de pensar normativamente un modelo constitucional, pero también, ayuda a animarnos en la aún pendiente tarea de imaginar constituciones que permitan el ingreso de la ciudadanía tanto en el goce de los derechos como en la “sala de máquinas” del poder³²⁸, intentando sino superar, al menos resolver de la mejor manera posible la clásica tensión entre constitución y democracia.

³²⁸ Parfraseando a Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Katz, Argentina, 2014 que es traducción del libro que aquí se ha consultado *Latin American Constitutionalism 1810-2010*, ob. cit.. Del mismo autor “El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’: Un constitucionalismo que no termina de irse”, ob. cit., p. 25.

CONCLUSIONES

Esta tesis comenzó proponiendo una crítica al neoconstitucionalismo tanto como teoría o ideología del derecho, cuanto como modelo constitucional o institucional. El parámetro para realizarla fue una concepción procedimental robusta de la democracia, que se centra en la participación y la deliberación por todos los afectados, en condiciones de igualdad, para la toma de decisiones políticas.

Motivó esta crítica la constatación de que a pesar de las grandes expectativas que el neoconstitucionalismo generó en la comunidad política y académica con sus promesas de mayor protección de los derechos -sobre todo de cara a grupos minoritarios y desaventajados- y de mayor efectividad frente a los grupos poderosos, sus resultados han dejado mucho que desear. Vivimos en sociedades que se encuentran atravesadas por profundas crisis institucionales y sociales, agravadas por la crisis económica y que encuentran a sus habitantes impotentes ante la pérdida de sus condiciones de bienestar y con ellas, de sus derechos más elementales. Claramente esta situación no es producto del neoconstitucionalismo, pero con lo que sí colabora es con la “impotencia”, con dejar pocos medios para la expresión de ese descontento, con la pérdida de los canales institucionales para manifestar las inquietudes de la ciudadanía, para canalizar sus reclamos, para hacer llegar sus propuestas, para tomar decisiones, en suma, para cambiar las cosas.

Si hay una idea que se liga de modo inexorable a la de los derechos, esa es la de libertad, la de emancipación del ser humano frente a cualquier intento de opresión o dominación, provenga de donde provenga, la de “potencia”. Si hay un medio para hacer efectivas esas ideas, es la política y sus procesos democráticos para la toma de decisiones. El sacar a los derechos de la arena política, es un primer paso hacia la asfixia y pérdida de su significado.

De allí esta crítica al neoconstitucionalismo y sus mecanismos institucionales. Una crítica que sólo fue posible una vez realizado un estudio profundo de sus principales caracteres y de las teorías que subyacen a sus postulados, contrastándolas en todo momento con una concepción democrática y con otras alternativas posibles para la solución de los problemas a los que pretende enfrentar. Así se llegó a las siguientes conclusiones:

PRIMERA: El constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, en el marco de la Europa continental, incorpora novedades y tiene rasgos característicos al punto de que se lo considere como generador de un “cambio de paradigma”. Sin embargo, lo que daría cuenta de la evolución que desemboca en el Estado constitucional no serían tanto los cambios estructurales en los sistemas jurídico-políticos (como la constitución normativa y rígida) sino el componente de valor, que implica una constitución como ideología. Es decir, una constitución plagada de conceptos valorativos, cuyos textos normativos son imprecisos y que por tanto necesita de una especial interpretación jurídica dinámica, orientada al futuro. El neoconstitucionalismo se presenta así como una teoría del derecho que pretende dar cuenta de estos cambios, a su vez que explicar de un modo particular el arreglo institucional de algunas de sus constituciones y defender su plausibilidad; logrando erigirse como una filosofía política.

SEGUNDA: En cuanto “cambio de paradigma”, el neoconstitucionalismo hace hincapié en las modificaciones en el papel del derecho y las condiciones de validez de las leyes, en el papel de la jurisdicción, en el papel de la ciencia jurídica y en la naturaleza de la democracia. Se distingue como seña de identidad del neoconstitucionalismo que ya no solo gira en torno a los derechos, sino que también al hecho de que su aplicación se encuentra encomendada a los jueces. Además, se agregan dos rasgos distintivos del nuevo paradigma: la demolición del concepto de soberanía y el establecimiento de un conjunto de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico, lo que genera un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico.

TERCERA: Ahora bien, este cambio de paradigma puede abordarse de dos formas diferentes. Por un lado están quienes reconocen la modificación en el objeto de estudio, es decir, en las constituciones de la segunda posguerra, pero no por ello consideran necesario un cambio en el método de estudio. Para ellos, aún es útil el positivismo jurídico y por tanto se los llama *neoconstitucionalistas normativos*. Por otro lado, están quienes consideran que

habiendo cambiado el objeto de investigación es necesario un cambio radical de metodología. Las nuevas constituciones se distinguirían en cuanto a su contenido por la incorporación de una serie de valores morales y, en cuanto a su forma, porque sus preceptos se expresan más a través de principios que bajo la apariencia de reglas. Todo esto haría obsoleto al positivismo jurídico, incapaz de explicar cabalmente estas realidades jurídicas. Por ello se considera al neoconstitucionalismo como una nueva teoría del derecho, en la corriente que se bautiza como *neoconstitucionalismo propiamente dicho*.

CUARTA: El neoconstitucionalismo propiamente dicho, es decir, como teoría del derecho, se propone como una vía intermedia entre positivismo e iusnaturalismo reclamando haber eliminado los defectos de ambas y reunido sus virtudes. Se suele identificar su nacimiento con el ataque que en los años setenta emprendió Ronald Dworkin contra el positivismo jurídico, desde una idea que insiste en la conexión necesaria entre derecho y moral. En su estela, lo que los neoconstitucionalistas pretenden en suma es “explicar” el derecho como es y como el positivista no podría hacerlo. Independientemente de que se acepte o no la calificación del neoconstitucionalismo como teoría del derecho, debe entenderse sin duda como una teoría normativa, es decir política, neo-iusnaturalista, que se disputa con otras teorías el mejor entendimiento del derecho propio del Estado constitucional y plantea a su vez un programa político-moral. De allí que la pregunta a resolver haya sido si el neoconstitucionalismo es una buena teoría.

QUINTA: A pesar de que la respuesta a este interrogante ocupó el largo de la tesis, una primera respuesta sugiere que el neoconstitucionalismo falla como teoría al distraerse de su función descriptiva para caer en una justificación del sistema jurídico y del poder, y al legitimar un arreglo institucional determinado; confundiendo lo que el derecho es, con lo que debe ser. Al contrario se alertó sobre la necesidad de mantener una postura teórica crítica frente a las decisiones jurídicas, no idealizada, que permita señalar las insuficiencias del derecho y propiciar sus modificaciones en términos políticos. En este sentido y desafiando lo que dice ser la teoría neoconstitucional, se señaló que ésta junta, en lugar de superar, las limitaciones propias del positivismo jurídico (que

reduce el espacio de los derechos a lo estrictamente positivado) con las del iusnaturalismo (que reduce el derecho a la adecuación de unos valores inmutables), impidiendo la posibilidad de reconocer las prácticas sociales de construcción de normatividad y de legitimidad, y de reflexionar sobre el potencial emancipatorio y/o transformador del reconocimiento de nuevos derechos.

SEXTA: Una de las notas que, según la teoría neoconstitucionalista, distingue a los sistemas constitucionales actuales y los convierte en un objeto particular de estudio para la teoría, es el que estén plagados de *principios* como normas jurídicas distintas de las reglas. Estos principios, que configuran un sistema institucional también particular, son los que le imprimen al neoconstitucionalismo su carácter de programa político-moral en tanto se convierten en la puerta de entrada de la moral al derecho. Para su estudio se comenzó con la inicial distinción de Dworkin, quien encuentra una diferencia *fuerte*, lógica o estructural entre reglas y principios. Para este autor, los principios no pueden identificarse según una institución competente que los haya promulgado, sino que su origen se basa en “un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo”. Es por esto que en los sistemas legales complejos no sería posible establecer una distinción final entre los estándares legales y morales como afirma el positivismo. Así, para Dworkin, “una proposición jurídica es verdadera, si se extrae de principios de moral personal y política que proporcionan la mejor interpretación de otras proposiciones jurídicas generalmente consideradas verdaderas en la práctica jurídica contemporánea”. Con ese concepto de derecho, es lógico que tome protagonismo un imaginario juez Hércules, caracterizado por ser capaz de desentrañar ese esquema de principios para aplicar al caso, y que todo caso difícil pueda tener una única respuesta correcta.

SEPTIMA: Uno de los problemas que se hizo notar es que este tipo de construcciones, más allá de sus explícitas apelaciones a la democracia, tienen un tinte elitista difícil de justificar. Es que tanto la tesis de Dworkin, como la más moderada de Alexy, dejan en manos del juez el definir las cuestiones de teoría

moral y política por encima de los órganos representativos, configurando una omnipotencia de los tribunales. Una solución semejante pone en jaque a la democracia en tanto que las razones morales pueden ser vistas como alternativas a la democracia misma. En este sentido se afirma que cuando se sabe qué es lo correcto, no se necesita consultar al pueblo. Para el caso de Alexy, las críticas además se centraron en su falta de congruencia con una teoría del discurso, que en principio debe ser participativa para otorgar legitimidad a las normas jurídicas. Por último, se llamó la atención sobre la posibilidad de más de una respuesta correcta a un caso en tanto se tengan en cuenta distintos puntos de vista para abordarlo. Así se prestó atención a los “empates” y se argumentó que la mejor forma de escoger una solución en estos casos es a través de la regla de la mayoría. Con esta idea se agrega la necesidad de legitimidad a la teoría de la aceptabilidad racional, importante cuando se trata de decisiones que van a afectar a una colectividad.

OCTAVA: Criticar el abordaje neoconstitucional, no significa negar la importancia de los principios para los ordenamientos constitucionales. De allí que se vio la necesidad de hacer una clasificación de los principios a fin de poder evaluar hasta qué punto la crítica neoconstitucionalista da en el blanco respecto del positivismo jurídico y para dar mayor claridad conceptual. El punto es delimitar su alcance y juridicidad. Así se distinguió entre principios positivos del derecho, principios implícitos del derecho y principios extrasistémicos del derecho, señalando que el positivismo sólo rechaza estos últimos como estándares jurídicos, en tanto se refieren a pautas morales que ingresan al derecho cuando son aplicadas por los jueces. Para un positivista, cuando el juez aplica principios extrasistémicos del derecho, por ejemplo para resolver un caso difícil, lo que está haciendo es uso de su discrecionalidad judicial. Al contrario, para un neoconstitucionalista, en tanto los principios jurídicos no son identificables mediante un “test de origen”, el que un principio sea parte del derecho dependerá de una compleja argumentación que se dará en el proceso de adjudicación. Por esta razón el derecho no es identificable *ex ante*, sino después de un proceso complejo de interpretación.

NOVENA: Ahora bien, una segunda nota fundamental para la teoría neoconstitucionalista es que, en caso de conflicto, *los principios prevalecen ante las reglas*. Esta evolución en la teoría desemboca en una distinción *débil* entre reglas y principios, según la cual la diversidad en la tipología de las normas es una variable dependiente de las diversidades en la interpretación y aplicación, en la argumentación y la solución de conflictos. En este entendimiento, en la medida que los principios se relacionan con las razones últimas para la acción, su utilización influye sobre la interpretación de todas las normas jurídicas, que pasan a verse escrutadas por esos principios y, en caso de conflicto con ellos, pueden ser excepcionadas en su aplicación. A este fenómeno se le llama de la *derrotabilidad* de las normas jurídicas y se convirtió en una de las propuestas esenciales del neoconstitucionalismo. Una de las consecuencias que produce esta *flexibilidad* en la aplicación de normas es la aplicación particularista del derecho. Así se vio cómo los neoconstitucionalistas toman como exigencia de la razón práctica el poder deliberar sobre las reglas, revisarlas, a fin de comprobar su acople al entramado constitucional. De allí que pongan atención en las teorías de la argumentación.

DÉCIMA: Pero esta idea de derrotabilidad significa objetar la autonomía semántica del lenguaje, es decir, rebatir la aptitud que tiene el lenguaje (plasmado en reglas) de portar significados independientes de los propósitos comunicativos que persigan sus usuarios. Además, considerar que las reglas son derrotables cuando no sirven a los propósitos de sus justificaciones subyacentes, sería equivalente a un proceso de decisión en el que a cada caso se le aplican directamente las justificaciones últimas. Lo que en definitiva lleva a la imposibilidad de hablar de reglas. Por ello y en contra de algunas propuestas neoconstitucionalistas, se consideró fundamental el delimitar el alcance de la derrotabilidad y con ella el de la discrecionalidad judicial, rescatando el valor de las reglas para el proceso de toma de decisiones. Esto es importante de cara a la posibilidad de controlar y responsabilizar al juez por sus decisiones. Pero sobre todo, el priorizar las reglas es cardinal para ciertos fines y valores de un sistema jurídico. Por empezar respeta la autoridad democrática y las decisiones que ésta, tras una deliberación, ha tomado sobre cierto curso de acción. Que la autoridad que tomó la decisión sea democrática

a su vez refuerza la legitimidad de la misma y permite el control por parte de la ciudadanía de las decisiones de sus representantes. Además, el seguimiento de reglas evita que surjan conflictos morales permanentes y excluye la incertidumbre, reduciendo la arbitrariedad que podría surgir en el caso de una potencial aplicación directa de valores morales. Por último, se resaltó la importancia de seguir reglas en relación a los mecanismos para la distribución del poder, pues se supone que en principio la determinación de cuestiones sustantivas debe recaer en autoridades democráticas y no en autoridades no representativas como las judiciales. El cuestionar esta forma de distribución de poder es uno de los problemas que a mi criterio acarrea la teoría neoconstitucional y que tiene consecuencias graves para los diseños institucionales.

DÉCIMO PRIMERA: Del modelo constitucional propio del neoconstitucionalismo, es decir, del conjunto de mecanismos institucionales que el neoconstitucionalismo como teoría describe y explica, pero además, que el neoconstitucionalismo como ideología propicia, se resaltaron la rigidez constitucional y el control judicial de constitucionalidad de las leyes en sentido fuerte. Ambas instituciones, que favorecen la constitucionalización del ordenamiento jurídico, se relacionan con la noción de supremacía constitucional. A su vez, y en tanto mecanismos contramayoritarios, ambos chocan con la llamada “objeción democrática”, por lo que requieren de justificación.

DÉCIMO SEGUNDA: En esta tesis he entendido a la supremacía constitucional como un concepto independiente y distinto al de sus eventuales garantías, como pueden ser la rigidez y el control de constitucionalidad. En esa línea, se encontró la razón de ser de la supremacía en criterios sociopolíticos, relacionados con el contexto político-cultural y la opinión pública propia de la comunidad en que la constitución opera. Afirmé que si la constitución es suprema es porque cuenta con un regular nivel de eficacia, o sea de aceptación por parte de la comunidad política. Pero esa aceptación en Estados democráticos de derecho no puede medirse como mero acatamiento, sino que implica un grado de adhesión de la comunidad a la constitución. Éste se refleja

en la verificación de procesos de deliberación robustos tanto en los momentos de fiscalización como en los que se ponen en marcha los mecanismos de reforma constitucional. Garantizar esos procesos sustanciales de deliberación tiene que ser el fin de los procedimientos de reforma constitucional y no el obstaculizarlos o impedirlos.

DÉCIMO TERCERA: La rigidez constitucional significa que la constitución goza de un régimen jurídico especial para su procedimiento de reforma, diverso del que tienen las leyes. En tanto procedimiento, se puede hablar de rigidez y flexibilidad constitucional como cualidades *graduables*. En esta medida, no todo procedimiento de rigidez es contramayoritario y por tanto no tiene por qué entrar en tensión ni menos aún, resultar incompatible con el ideal democrático. De las distintas justificaciones que se otorgan para la rigidez, destaqué aquella que se fija en la necesaria estabilidad de las reglas constitutivas del proceso político, es decir, de las reglas del juego democrático. Y otras que se concentran en la necesidad de proteger los derechos fundamentales. En este último sentido, repasé la posibilidad de distintas formulaciones para las cláusulas constitucionales, siempre teniendo en cuenta la necesidad de aumentar las posibilidades de deliberación y participación en la toma de decisiones democráticas. En suma, concluí que las justificaciones para la rigidez constitucional serán plausibles en tanto y en cuanto se concreten en mecanismos democráticos que aumenten la calidad deliberativa de las decisiones, sin desequilibrarlas y de ese modo garanticen la supremacía constitucional como aquí la he entendido.

DÉCIMO CUARTA: Las propuestas neoconstitucionalistas en materia de rigidez constitucional son contramayoritarias y exacerbaban la tensión con la democracia, llevándola a su extremo. Tanto la idea de Garzón Valdés del “coto vedado de derechos” como la par de Ferrajoli de la “esfera de lo indecidible”, sustraen los derechos fundamentales del ámbito de decisión de las mayorías. Pero no sólo de las mayorías parlamentarias ordinarias, sino también de cualquier posibilidad de reforma a nivel constitucional, petrificándolos. Esa extracción se hace con base a una concepción sustancial de la democracia según la cual se restringe el poder de la mayoría para impedir que sus

decisiones menoscaben los derechos fundamentales. Para estos autores, mediante este tipo de rigidez en realidad se está protegiendo el ideal democrático frente a lo que puede ser una seria amenaza contra ella. No comparto esta conclusión. En primer lugar porque no se corresponde con la idea de supremacía que aquí se sostiene en tanto no permite la deliberación sobre los temas constitucionales fundamentales sino más bien la bloquea. En segundo lugar, porque supone una visión conservadora del *status quo*, que desconoce la dimensión política de los derechos y relega la crítica a una posición marginal, impidiéndole la expresión institucional. Por último, porque menosprecia el valor de la autonomía de las personas y no respeta la igualdad política.

DÉCIMO QUINTA: Junto a la rigidez constitucional, el neo-constitucionalismo auspicia un control jurisdiccional *fuerte* de constitucionalidad de las leyes. Este tipo de control otorga la última palabra autoritativa en materia constitucional a los jueces, tanto en lo que se refiere a la constitucionalidad o no de una ley, como en lo atinente a la interpretación de la constitución, rasgo éste que además configura un control constitucional con supremacía judicial. Claramente esta institución se enfrenta a la objeción democrática, por lo que sus sostenedores han ensayado diversas justificaciones para hacerla desde compatible, hasta parte fundamental de concepciones específicas de la democracia.

DÉCIMO SEXTA: Se repasaron las justificaciones al control judicial de constitucional de Ronald Dworkin, Carlos Nino, Robert Alexy y Luigi Ferrajoli como exponentes centrales del neoconstitucionalismo. Asimismo se enmarcaron dichas justificaciones en sus respectivas concepciones de la democracia. En grandes líneas se pudo constatar que todos comparten una idea de los derechos fundamentales como esenciales para la democracia, al punto de considerarlos el fundamento mismo de la legitimidad de los sistemas jurídicos. Es cierto que la relación de estos derechos con las teorías de la democracia que adscriben cambia según los autores, pudiendo configurarse como objeto o *sustancia* de la democracia misma o como precondition para su funcionamiento dentro de concepciones discursivas. Pero también es cierto que

se reconoce como fundamental para su protección -frente a la amenaza de las mayorías- la institución del control judicial de constitucionalidad. El foco de atención entonces no está en el procedimiento democrático de toma de decisiones sino en los límites de *contenido* que esas decisiones tienen, o bien en los *resultados correctos* a los que esos procedimientos deben tender.

DÉCIMO SÉPTIMA: De entre las múltiples críticas que se han realizado a la justificación del control judicial de constitucionalidad fuerte, destaco las siguientes. El uso de falacias de asimetría al evaluar la labor de los jueces frente al proceso de toma de decisiones por parte de las legislaturas, ensalzando el primero y menospreciando el segundo sin ningún cuidado. La falta de atención sobre ciertas desventajas que la posición institucional “aislada” de los tribunales puede aparejar en la toma de decisiones, entre ellas la merma en la visión global de los asuntos, la toma de decisiones desconectadas de la realidad, el sesgo de clase, la imposibilidad de recepción del pluralismo social y en definitiva un elitismo epistemológico difícil de justificar. Además cuestiono la idea de que los tribunales sean más aptos para proteger a las minorías, pues ésta se basa en una cuestión motivacional que no existe. Pero las críticas más de fondo para otorgarles la última palabra en materia constitucional a los jueces vienen de que esta posición no reconoce el hecho del pluralismo, el hecho de que en la sociedad existen desacuerdos irresolubles, de buena fe, también sobre los derechos. En ese contexto, el privilegiar la última palabra sobre la constitucionalidad de la ley y la interpretación de la constitución de los jueces, sobre la de los representantes populares, implica una violación a la igualdad de poder político de las personas y una afrenta a la democracia que ninguna de las teorías estudiadas logró justificar satisfactoriamente.

DÉCIMO OCTAVA: En cualquier caso, ante la batería de justificaciones y críticas desarrolladas en este trabajo, propuse abandonar las posiciones dicotómicas con respecto al control judicial de constitucionalidad. Claramente rechacé una visión de este control en sentido *fuerte* y con supremacía judicial, sobre todo porque dificulta el diálogo con los otros poderes del Estado, en particular con el poder legislativo, bloqueando la posibilidad de respuestas a las

declaratorias de inconstitucionalidad de las leyes. Sin embargo acepté que la judicatura puede colaborar en la búsqueda de sentido de las disposiciones constitucionales como un actor más, en igualdad de condiciones, junto a los otros poderes y a la ciudadanía de acuerdo con una concepción dialógica de la interpretación constitucional. En efecto, el diseño institucional de los tribunales le permite al juez enriquecer la deliberación con argumentos que quizá no se tuvieron en cuenta en la discusión parlamentaria; sin por ello menoscabar sino más bien reforzar el proceso democrático de toma de decisiones y la participación de todos en la interpretación de nuestros derechos fundamentales.

DÉCIMO NOVENA: Los arreglos institucionales del neoconstitucionalismo conformados por una rigidez constitucional contramayoritaria y un control judicial de constitucionalidad que retiene para sí la última palabra interpretativa, configuran un modelo de constitucionalismo *fuerte* o *elitista*. Estos identifican a las decisiones mayoritarias como potencialmente peligrosas y dan al derecho constitucional el lugar de la corrección, ubicándolo como instancia externa a la política que evita los excesos de mayorías coyunturales. Así se le otorga al derecho constitucional, a través de los jueces, la misión de corregir los fallos presuntamente endémicos de la regla de la mayoría y de salvaguardar a los individuos o a las minorías de las amenazas producidas por la fuerza de la política ordinaria. Una visión como esta, va en contra de un entendimiento más robusto acerca de la democracia que, sin negar las bondades del constitucionalismo, busca arreglos institucionales diferentes a los aquí presentados.

VIGÉSIMA: Para demostrarlo me detuve en dos corrientes contemporáneas de constitucionalismo cuyos presupuestos contrastan claramente con el neoconstitucionalismo: el constitucionalismo popular y el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Del constitucionalismo popular se resaltó su intento por recuperar el debate en torno al papel del pueblo en la discusión y decisión de los asuntos constitucionales, dándole un lugar central. Así, esta corriente, que surgió como reacción al elitismo que distingue a la reflexión jurídica, propicia una noción de la constitución más flexible, la

interpretación extrajudicial de la constitución, la democratización y participación en las instituciones políticas, desafiando la supremacía judicial e incluso, cualquier forma de control judicial de constitucionalidad. Además, recupera la relación de interdependencia entre derecho y política, en tanto considera a la constitución como una ley *política* prospectiva. Hice hincapié en las ideas que subyacen al constitucionalismo popular y que marcan el contrapunto con aquellas del neoconstitucionalismo. Entre estas están la afiliación a modelos procedimentalistas de legitimidad y su adscripción a diseños institucionales de constitucionalismo *débil* donde el pueblo retiene para sí la última palabra. De allí su concepción de la democracia en términos procedimentales, no consensuales, que coloca al desacuerdo en el centro de su teoría y da a la regla de las mayorías un valor axiológico; al tiempo que impone estándares normativos robustos para su realización, que impidan caer en un *populismo constitucional*.

VIGÉSIMO PRIMERA: En cuanto al nuevo constitucionalismo latinoamericano, si bien dije que se trata de una corriente en periodo de construcción doctrinal, su estudio sirve para reflexionar sobre modelos que intentan despegarse del elitismo e individualismo propios de la teoría constitucional clásica. Dije que el nuevo constitucionalismo latinoamericano tiene una doble adscripción en materia de legitimidad. Por un lado y tratándose del origen de las constituciones, responde a criterios procedimentalistas que dan primacía a la soberanía del pueblo. Por otro lado, en relación a los poderes constituidos, establece fuertes restricciones sustancialistas para la toma de decisiones. Esta bivalencia se refleja claramente en los arreglos institucionales. Así, en sintonía con el neoconstitucionalismo, el nuevo constitucionalismo latinoamericano tiene constituciones rígidas con control judicial de constitucionalidad de las leyes *fuerte*, lo que configura un constitucionalismo también *fuerte*. A su vez, rescatando postulados del constitucionalismo popular, otorga a lo largo de sus textos un gran protagonismo a la participación popular. Pero estas cercanías a otras corrientes no quitan originalidad al nuevo constitucionalismo, en tanto prevé rasgos particulares para cada institución en un intento de dar respuesta a problemas propios de los países donde se desarrolla y con el fin de compatibilizarlas con una concepción de democracia

participativa. Ahora bien, estas instituciones eclécticas generan fuertes tensiones al interior del modelo en estudio, tensiones que en la práctica se han resuelto en la concentración de poderes en manos del ejecutivo y en formas *populistas* de gobierno que están lejos de la institucionalización necesaria para la región. Lo que no cabe duda, en todo caso, es la fuerte relación entre derecho y política que estas constituciones establecen, lo que puede configurar una herramienta de cambio y recuperación de esa institucionalidad perdida.

VEGÉSIMO SEGUNDA: Al iniciar esta tesis me preguntaba si el neoconstitucionalismo es una buena teoría y/o ideología, y si configura un buen modelo institucional a la luz de una concepción normativa de la democracia, entendida de forma procedimental y deliberativa. Para responder a este interrogante, analicé los distintos elementos del neoconstitucionalismo, comparándolos con otros propios de teorías alternativas y confrontándolos a este ideal democrático. La conclusión final es que el neoconstitucionalismo presenta serias falencias desde el punto de vista democrático puesto que, al estar anclado en concepciones morales objetivas, no se toma en serio el desacuerdo en materia de derechos fundamentales. Tampoco respeta debidamente la autoridad democrática en la toma de decisiones, privilegiando las interpretaciones y decisiones de los jueces por sobre cualquier otra y escondiendo el uso que hacen de la discrecionalidad. Además, no se preocupa por mejorar ni diseñar canales de comunicación institucional entre gobernantes y gobernados. Menos aún por fomentar la participación ciudadana, que es vista como peligrosa y a la cual quita los temas más fundamentales de su ámbito de decisión. En materia deliberativa, genera un desequilibrio a favor de la opinión judicial, pues ubica a esta institución en una posición de supremacía. Finalmente dificulta la recepción constitucional de reclamos por nuevos derechos fundamentales que no se adapten al sistema vigente, reduciendo la legitimidad política a la legitimidad legal. Necesitamos en cambio que nuestros sistemas constitucionales sean más democráticos, colaboren en generar instituciones que permitan la participación popular en la toma de decisiones y, además, faciliten el control de los gobernantes por parte de la ciudadanía, empoderándola, para poder avanzar en materia de derechos y libertades. Hemos visto que contamos con modelos alternativos y distintas experiencias

que permiten pensar en cambios institucionales viables. Podemos también seleccionar y tomar algunas de las enseñanzas que nos deja el neoconstitucionalismo, sin que éste sea el modelo a seguir.

INTERNATIONAL MENTION: Final Remarks

FIRST: European post war constitutionalism is considered as a new paradigm. This constitutionalism incorporates structural changes and a normative component, the constitution as an ideology. It is based on a constitution full of principles expressed in vague terms that requires a living interpretation that looks to the future. Neo-constitutionalism is a legal theory that explains this change and defends its plausibility, becoming a political philosophy.

SECOND: Neo-constitutionalism emphasizes changes in validity conditions of the law, role of the judiciary, legal academia and democracy. It is focused on fundamental rights and judicial review. Two distinctive features are added: the demolition of the concept of sovereignty and the idea that principles of justice inspire the whole legal system.

THIRD: There are two trends in neo-constitutionalism. On one hand, authors that consider that post war constitutions changed, but legal positivism is still useful to study them. This trend is known as normative neo-constitutionalism. On the other hand, authors that consider that post war constitutions incorporate moral values and more principles than rules. These changes make legal positivism useless. In this sense, neo-constitutionalism is a new legal theory. This trend is known as neo-constitutionalism *stricto sensu*.

FOURTH: Neo-constitutionalism *stricto sensu* is considered as a different and overcoming theory from legal positivism and natural law. Its origins are found in Ronald Dworkin's critique of legal positivism and his defense of law and morality connection. Neo-constitutionalism aims to explain law as it is and in a way that positivism could not do. Despite the consideration or not of neo-constitutionalism as a theory of law, it is a normative political theory, with natural law content. The question is whether it is a good theory.

FIFTH: One flaw of neo-constitutionalism *stricto sensu* is that its move from being a descriptive theory to a normative theory that justifies existing legal systems and the exercise of power. It mixes up what law is with what it should be. Instead, my dissertation calls for a critical approach to legal decisions and legal system that could allow noting the shortcomings of the law and promotes its amendments in political terms. Neo-constitutionalism rather than overcome the limitations of legal positivism (that reduces rights to the ones that are already in constitutions or law), and those of natural law (that reduces rights to immutable values) joints both. This view complicates new social practices and new claims for other fundamental rights.

SIXTH: According to neo-constitutionalism principles and not rules distinguish legal systems. These principles are an open door for moral considerations and also give to neo-constitutionalism the character of political and moral agenda. Ronald Dworkin distinguishes principles and rules in a strong sense. For him, principles are not promulgated by an authority, but they derive from a sense of opportunity and convenience over time. In this sense, it is not possible to distinguish between legal and moral standards. In Dworkin terms, a legal statement is true if it is based on moral principles that make a better sense of our legal practice. So, the imaginary judge Hercules appears as the one capable of applying these principles. And every case has only one right answer.

SEVENTH: One of the problems of neo-constitutionalism is that, despite appeals to democracy, it has an elitist approach. Both Dworkin and Alexy's theories let the final word in moral and political questions to judges, leading to their supremacy. This is complicated because moral reasons could be seen as alternatives to democracy. When you know the right thing to do, you do not need to ask the people. In Alexy's case, there are also contradictions with his conception of a discursive theory that must be participative to be legitimate. Finally, it is important to notice that it exist the possibility of more than one right answer. In those cases of "equally good" answer, the best way to choose a solution is through the majority rule. It is not just about rational acceptability but of legitimacy.

EIGHTH: To criticize neo-constitutionalism does not mean to deny the importance of principles in constitutional systems. For that reason it is necessary to classify principles in order to consider if the critique that neo-constitutionalism makes to positivism is successful. The idea is to clarify their scope and legality. It can be distinguished positive legal principles, implicit legal principles and extra systemic principles. Positivism only rejects the latter as legal standards. For positivism, when judges apply those principles they are using their judicial discretion. Conversely, for neo-constitutionalism principles are not legal because of their *pedigree*, but because they are the result of a complex argumentation in the process of adjudication. For that reason, it is not possible to identify law *ex ante*, but only after a complex process of interpretation *all things considered*.

NINTH: A second feature of neo-constitutional theory is the prevalence of principles over rules in case of conflict. This idea supposes a *weak* distinction between rules and principles, whereby the typology of norms depends on its interpretation and application. In this sense, principles are related with final reasons for action and are useful to interpret all legal norms. Rules can be set aside if they contradict principles. This phenomenon is called *defeasibility* of legal norms and it is an essential property of neo-constitutionalism. For neo-constitutionalist, the possibility to discuss the rules in order to check their compatibility with the constitution is a requirement of practical reason. Therefore they pay attention to theories of legal argumentation.

TENTH: Defeasibility puts in question the semantic autonomy of language. It challenges the aptitude of language (expressed in rules) to have independent meaning from those that its users follow. Moreover to consider defeasibility of rules whenever they are useless according to their background justification is as having a decision making process that always applies moral reasons. This would suppose the end of rules. For those reasons and against some neo-constitutional proposals, it is fundamental to restraint defeasibility and judicial discretion, highlighting the value of rule based decision making. Prioritize rules is essential to some goals and values of the legal system. It respects

democratic authority and its decisions; it endorses legitimacy of decisions and allows controlling decisions by the people. In addition, following rules avoids permanent moral conflicts in adjudication, excludes uncertainty and reduces arbitrariness. Lastly, it is important to follow rules as a mechanism of distribution of power because it is supposed that substantive decisions must be made by democratic authorities. Challenging the distribution of power has bad consequences for institutional designs and it is a problem that neo-constitutionalism has to face.

ELEVENTH: In relation with neo-constitutionalism's constitutional model, I mean, the institutional design that it favors, I highlighted constitutional rigidity and strong judicial review of legislation. Both institutions are related with constitutional supremacy. Both are counter-majoritarian and face the democratic objection, so they need justification.

TWELVETH: In this dissertation I propose to understand constitutional supremacy as an independent concept, different of those of its guarantees like constitutional rigidity and judicial review. The core of constitutional supremacy is measured with social and political criteria, in relation with a political-cultural context and public opinion. In other words, supremacy means community's acceptability of the constitution. In democratic states acceptability does not mean plain obedience but adhesion of the community to the constitution. This adhesion is reflected in a strong deliberative process of control and amendment of the constitution. To ensure those substantive deliberative processes must be the goal of the special amendment processes, not to hamper or limit them.

THIRTEENTH: Constitutional rigidity means that the constitution can be changed only by a different method from whereby other laws are enacted or repealed. In a matter of procedure, rigidity and flexibility are gradable qualities. Therefore, rigidity is not necessarily counter-majoritarian thus it is not incompatible with democracy. There are a lot of justifications for rigidity. I pay attention to those that focus on the need of stability of the constitutive rules of the political process and on the protection of fundamental rights. In this latter case, I analyzed the different approaches to formulate constitutional clauses in

order to increase deliberation and participation in democratic decision making. In sum, I conclude that justifications of constitutional rigidity are plausible if they raise the deliberative character of decisions and guarantee constitutional supremacy.

FOURTEENTH: Neo-constitutional proposals of rigidity are counter-majoritarian and make stronger the democratic objection. Garzón Valdés's idea of "coto vedado" of rights and Ferrajoli's notion of "the sphere of the undecidable" take fundamental rights out of majority decision and from the possibility of constitutional amendments. This type of rigidity is based on a substantive conception of democracy that limits majority power in order to avoid violation of fundamental rights. For these scholars, democracy is protected through rigidity. I do not share this conclusion. In first place it is incompatible with the concept of constitutional supremacy I proposed, as long as it does not allow deliberation of fundamental issues but it hampers it. In second place, it defends *status quo*, disregarding political dimension of rights and blocking critical expressions. Finally, it despises political autonomy and political equality.

FIFTEENTH: Besides constitutional rigidity, neo-constitutionalism defends strong judicial review. Strong judicial review leaves the last word over the interpretation of the constitution and over the validity of law in judges' hands. This type of judicial review faces a democratic objection. Neo-constitutionalists have given different justifications for strong judicial review and have made it part of their democratic conceptions.

SIXTEENTH: I made a review of the most important neo-constitutionalists justifications of judicial review such as Ronald Dworkin, Carlos Nino, Robert Alexy and Luigi Ferrajoli. I also reviewed their democratic conceptions. All of them consider fundamental rights as essential for democracy and judicial review as the means to protect them. In fact, fundamental rights are the main reason for legal systems legitimacy. However, they differ in some sense. Some of them consider fundamental rights as object of democracy, other its precondition or substance. They do not focus in the procedure to take decisions but in substance or right results.

SEVENTEENTH: Among the several critics that have been made to strong judicial review I emphasize the asymmetry by which parliamentary procedures and judicial procedures are analyzed. The former normally despised and the latter acclaimed. Moreover, judges do not have a global vision of problems, their insulated institutional position can be a disadvantage to make decisions, and usually they have a high or medium class bias, facing several difficulties to make part different visions in their procedures and their epistemic elitism. Furthermore, I argue that courts are not the best place to defend minorities. Finally, judges' last word infringes political equality and it is not justified by any democracy conceptions offered by neo-constitutionalists.

EIGHTEENTH: However, I abandoned dichotomy between judicial review and not judicial review. In mi opinion, it is possible to think of a type of judicial review that is democratic: a judicial review without judicial supremacy. Instead, I considered a dialogic judicial review in which legislatures may respond to declarations of invalidity. In fact, courts institutional design allows judges to take into account voices that were not heard in the political process and to enrich deliberation with different arguments. In this case, judicial review may contribute to the democratic process.

NINETEENTH: Constitutional rigidity and strong judicial review as defended by neo-constitutionalists define an elitist model of constitutionalism. According to this model majority decision are dangerous. Constitutional law should limit temporary majority decision and must be managed by judges, whose mission is to review the flaws of majority decisions and to protect individuals and minorities. This type of constitutional law runs against a democratic conception as the one defended in this dissertation.

TWENTIETH: To show that it is possible to design different institutions I explored two other streams of constitutionalism: popular constitutionalism and new Latin American constitutionalism. Popular constitutionalism recovers the role of the people in constitutional law. This critical approach to constitutional law argues for a more flexible constitution, extrajudicial constitutional

interpretation, democratization of political institutions and popular participation. It also challenges judicial supremacy and in some cases any type of judicial review. Moreover, it calls our attention to the political character of constitutional law. I stressed the compatibility between popular constitutionalism and procedural conceptions of democracy and its orientation for weak judicial review with no judicial supremacy. In my opinion, popular constitutionalism puts at the forefront disagreements and majority rule, emphasizing its axiological character. Finally, I distinguished it from constitutional populism.

TWENTYFIRST: New Latin American Constitutionalism is a new model and its theoretical understanding is under construction. It tries to distance from elitism and individualism characteristics of classical constitutionalism. On the one hand, in relation with the origins of constitutions it furthers procedural conceptions of democracy. On the other hand, new Latin American constitutionalism defends limitations to majority decisions, for example uses constitutional rigidity and strong judicial review. Side by side it considers popular participation as fundamental. This model has internal tensions that in practice have derived on concentration of power upon the president and populist forms of government. However, there is no doubt about the strong relation between law and politics in the constitution.

TWENTYSECOND: The purpose of this dissertation was to consider if neo-constitutional is a good theory and ideology, and to evaluate the institutional model it defends according to a procedural and deliberative conception of democracy. For that purpose I analyzed different characteristics of neo-constitutionalism and compare them with other alternatives. The conclusion is that neo-constitutionalism has several democratic flaws, since it is based on moral objectivity and do not take disagreement seriously. It privileges judicial decisions and hides judicial discretion. Moreover, neo-constitutionalism does not worry about chains of communication between the people and their representatives. Furthermore, disregards popular participation and considers it as a possible danger. In deliberative terms, neo-constitutionalism favors judicial opinion furthering judicial supremacy. Finally, obstructs claims for new

fundamental rights. In that sense, political legitimacy is reduced to legal legitimacy.

In my opinion, we need more democratic models of constitutionalism that promote active popular participation and control of representatives. We have seen there are alternative models and experiences with different institutional designs. It is true we can keep some things of neo-constitutionalism; however it is not a model to follow.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- “Las reglas en serio”, en Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés, Jyrki Uusitalo (comps.), *La normatividad del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa*, nº 8, 1990.
- “One Right Answer?”, *Essays on the Doctrinal Study of Law*, Law and Philosophy Library 96, 2011.
- Ackerman, Bruce, *We The People: Foundations*, Harvard University Press, USA, 1993.
- Ackerman, Bruce y Rosenkratz, Carlos, “Tres concepciones de la democracia constitucional” *Cuadernos y Debates* nº 29, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991 pp. 15-31.
- Aguiló Regla, Josep, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *Doxa*, nº 26, 2003, pp. 289-317.
- , “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la constitución” en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010.
- Ahumada, María Ángeles, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo” en Paolo Comanducci, María Ángeles Ahumada y Daniel González Lagier, *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- Alaez Corral, Benito, “Supremacía y rigidez constitucionales. (A propósito del libro *La rigidez de las Constituciones escritas*, de Alessandro Pace y Joaquín Varela, y del debate celebrado el 20 de mayo de 1996 en la Universidad de Oviedo), *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 16, nº 47, mayo-agosto 1996, pp. 373-391.
- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*, Springer Verlag, Wien, New York, 1971.
- Alegre, Marcelo, “Igualitarismo, Democracia y Activismo Judicial”, Seminario Latinoamericano en Teoría Constitucional, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2002.
- Alexander, Larry y Solum, Lawrence, “Popular? Constitutionalism?”, *Harvard Law Review*, vol. 118, 2004-2005, pp. 1594-1640.
- Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica” trad. de M. Atienza, *Doxa*, nº 5, 1988.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

- “Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, nº 66, septiembre-diciembre 2002.
- “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral” en Rodolfo Vazquez (comp.), *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 1ª reimpresión, 2003.
- *El concepto y la validez del derecho*, 2ª edición, Gedisa, Barcelona, 2004.
- “Ponderación, control de constitucionalidad y representación” en Perfecto Andrés Ibáñez y Robert Alexy, *Jueces y ponderación argumentativa*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 1ª reimpresión, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, 2008.
- “Discourse Theory and Human Rights”, *Law of Ukraine Legal Journal*, nº 4, 2013, pp. 83-104.
- “Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa” en Juan Carlos Henao (ed.) *Diálogos constitucionales con el mundo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 48-64.
- “Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático” en Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)* Trotta, Madrid, 2003.
- Alterio, Micaela y Niembro Ortega, Roberto, “La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional. El caso ‘vacantes’”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* nº 16, México, julio-diciembre de 2011.
- Álvarez, Luciana, *Implicancias filosófico-jurídicas del reconocimiento de derechos a la diferencia. El caso indígena en el discurso jurídico argentino*, (tesis de doctorado) Universidad Nacional de Cuyo, agosto 2009.
- “Sobre la idea de ‘pueblo’. Contribuciones al constitucionalismo popular desde la teoría crítica y la filosofía latinoamericana”, en Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega (coords.) *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*, Porrúa, México, 2013.
- Álvarez, Silvina, “Pluralismo moral” en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Ansuátegui Roig, Javier, “¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 02, año I, octubre 1993-marzo 1994.
- “Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales” en *Seminario de Filosofía del Derecho*, Sesión nº 2, Getafe, 2000.

- “Estado de Derecho, Crisis de la Ley y Estado Constitucional”, en Virgilio Zapatero Gómez (coord.) *Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel*, Vol.1, 2002, pp. 255-272.
- “Sulla tensione tra costituzionalismo e democrazia”, en M. La Torre e A. Scerbo (a cura di), *Diritti, Procedure, Virtù*, Seminari Catanzaresi di Filosofia del Diritto, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 15-42.
- *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico- jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013.
- Arditi, Benjamín “Populism as a Spectre of Democracy: A Response to Canovan”, *Political Studies* vol. 52, nº 1, 2004, pp. 135-143.
- “Populism as an Internal Periphery of Democratic Politics” en Francisco Panizza (ed.) *Populism and the Mirror of Democracy*, Verso, Londres, 2005.
- Asís Roig, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Debate, Madrid, 1992.
- “Argumentación y derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 2, 1999.
- “Modelos teóricos del Estado de Derecho” *Doxa* 22, 1999.
- *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid, 2000.
- *El juez y la motivación en el derecho*, Dykinson, Madrid, 2005.
- Asís Roig, Rafael, Ansuátegui Roig, Francisco Javier y Dorado Porras, Javier, “Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución” en Gregorio Peces-Barba Martínez, Eusebio Fernández García y Rafael Asís Roig (dirección), *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo II Siglo XVIII, Vol. III, Dykinson, Madrid, 1998.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
- “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”, *Doxa*, nº 24, 2001.
- “La derrotabilidad y los límites del positivismo jurídico”, *Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*, nº 5, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.
- “Argumentación y Constitución” en Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza, y Juan Ruiz Manero, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid, 2007.
- “Constitucionalismo, globalización y derecho” en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010.
- Atria, Fernando, “La ironía del positivismo jurídico”, *Doxa* nº 27, 2004.

- “Lo que importa sobre los principios” en Flavia Carbonell, Raúl Letelier y Rodrigo Coloma (coords.), *Principios Jurídicos. Análisis y crítica*, Abeledo Perrot, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2011.
- Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Balkin, Jack M., “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, *Faculty Scholarship Series, Paper 268*, 1995, pp. 1935-1990.
- “The Constitution of Status”, *The Yale Law Journal* 106, 1996-1997, pp. 2313-2374.
- Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral” en Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)* Trotta, Madrid, 2003.
- Barranco Avilés, María del Carmen, *Derechos y decisiones interpretativas*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Bayón, Juan Carlos, “Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas”, *Doxa*, nº 19, 1996.
- “Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y positivismo jurídico” *Isonomía*, nº 13, México, octubre de 2000.
- “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, *Doxa*, nº 24, 2001.
- “Derecho, convencionalismo y controversia” en Pablo Navarro y Cristina Redondo (comps.) *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002.
- “Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo” en Jerónimo Betegón, Juan Ramón De Páramo, Francisco Laporta y Luis Prieto Sanchís (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- “¿Necesita la república deliberativa una justificación epistémica?”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, nº 9, 2009, pp.189-228.
- “¿Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia”, en Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso y Diego M. Papayannis (eds.) *Neutralidad y Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2012.
- “Seminario sobre la legitimidad de la Justicia Constitucional en el Estado Democrático”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 14 al 17 de enero de 2013.
- Bell, Derrick “Brown v. Board of Education and the Interest-Convergence Dilemma”, *Harvard Law Review* 93, 1980, pp.518-533.
- Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- Benhabib, Seyla, “Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas” en Craig Calhoun (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1992.

- Bentham, Jeremy, "Justice and Codification Petitions" en Bowring (ed.), *Collected Works of Jeremy Bentham*, vol. 5, William Tait, Edimburgh, 1843.
- Bernal Pulido, Carlos, "Estudio introductorio. El concepto y la naturaleza del derecho según Robert Alexy", en Robert Alexy, *El concepto y la naturaleza del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- "¿Es inconstitucional utilizar el procedimiento de enmienda para reformar la Constitución del Ecuador con el fin de establecer la reelección [sic] indefinida del Presidente?", Informe presentado el 3 de septiembre de 2014 por Guillermo Lasso Mendoza, como amicus curiae.
- Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1962.
- Bryce, James, *Studies in history and jurisprudence*, vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1901.
- Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993.
- "La Regla de Mayoría: límites y aporías" en Michelangelo Bovero (ed.), *Teoría General de la política*, Trotta, Madrid, 2003.
- *Giusnaturalismo e Positivismo giuridico*, Laterza, Roma- Bari, 2011.
- *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudio sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000.
- Bovero, Michelangelo, "Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta" en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- "Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado", *Doxa*, nº 31, 2008.
- Brest, Paul, Levinson, Sanford, Balkin, Jack, Amar, Akhil y Siegel, Reva, *Processes of Constitutional Decisionmaking. Cases and Materials*, Aspen, 5ª ed., Nueva York, 2006.
- Bulygin, Eugenio, "La tesis de Alexy sobre la conexión necesaria entre el derecho y la moral", en Robert Alexy y Eugenio Bulygin, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy/Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- Bustamante, Thomas, "Conflictos normativos y decisiones *contra legem*: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios", *Doxa* nº 33, 2010.
- Calsamiglia, Albert, "Prólogo: Ensayo sobre Dworkin", en Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 5ª reimpression, Ariel Derecho, Barcelona, 2002, pp.7-29.

- Campbell, Tom, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, 1996.
- “Legal Positivism and deliberative democracy” en M. D. A. Freeman (org.) *Current Legal Problems*, 1998, vol. 51, pp. 65–92.
- Canovan, Margaret, “Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy”, *Political Studies* 47, nº 1, 1999, pp. 2-16.
- “Taking Politics to the People: Populism as the Ideology of Democracy”, en Yves Mény & Yves Surel (eds.), *Democracies and the Populist Challenge*, Palgrave Macmillan, USA, 2002.
- Carbonell, Miguel, Prólogo: “Nuevos tiempos para el constitucionalismo” en Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Cevallos, Quito, 2010.
- Caracciolo, Ricardo, “Normas Derrotables. La concepción de Carlos Alchourrón”, *Análisis Filosófico XXVI*, nº 1, mayo 2006, pp. 156-177.
- Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 5ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006.
- Carrió Sampedro, Alberto, “La aporía del soberano encadenado. Análisis crítico de ‘las limitaciones jurídicas al soberano’ del profesor Ernesto Garzón Valdés”, *Doxa* nº 30, 2007, pp. 73-77.
- Castro Riera, Carlos “Valoración jurídico-política de la Constitución de 2008” en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau (eds.) *Desafíos constitucionales. La constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Chemmerinsky, Erwin, “In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism”, *University of Illinois Law Review*, vol. 2004, pp. 673-690.
- Coleman, Jules, “Negative and Positive Positivism”, en *Markets, Morals and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
- Comanducci, Paolo, “Principios jurídicos e indeterminación del derecho”, *Doxa*, 21-II, 1998.
- “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” en Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- “Las conexiones entre el derecho y la moral” en *Derechos y Libertades, Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, Año nº 8, Nº12, 2003, pp. 15-26.
- “Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales” en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.), *Garantismo Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2005.
- “Constitucionalización y neoconstitucionalismo” en Paolo Comanducci, María Ángeles Ahumada y Daniel Gonzalez Lagier,

Positivism jurídico y neoconstitucionalismo, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

Constant, Benjamin, "Sobre la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos", discurso pronunciado en 1819 en el Athénée Royal de París, traducción disponible de Carlos Patiño Gutierrez, *Libertades*, verano 2013.

Courtis, Christian (comp.) *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2001.

Cover, Robert, "The supreme Court, 1982 Term- Foreword: Nomos and Narrative", *Harvard Law Review* 97, 1983, pp. 4-68.

Crabtree, John, "From the MNR to the MAS: Populism, Parties, the State, and Social Movements in Bolivia since 1952", en Carlos De la Torre y Cynthia Arnson (eds.) *Latin American Populism in the Twenty-First Century*, Woodrow Wilson Center Press, Washington D. C., 2013.

Cruz, Luis M., *Estudios sobre el Neoconstitucionalismo*, Porrúa, México, 2006.

Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1919)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1987.

Cuenca Gómez, Patricia, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008.

Dahl, Robert, "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy- Maker", *Journal of Public Law* 6, 1957.

Dancy, Jonathan, "The particularist Progress", en B Hooker y O. Little (eds.), *Moral particularism*, OUP, Oxford, 2000.

De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo, "Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales" en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

De Cabo Martín, Carlos, *La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003.

De la Torre, Carlos and Arnson, Cynthia "Introduction: The Evolution of Latin American Populism and the Debates Over Its Meaning", en Carlos De la Torre and Cynthia Arnson (eds.) *Latin American Populism in the Twenty-First Century*, Woodrow Wilson Center Press, Washington D. C., 2013.

De Lora, Pablo, "Luigi Ferrajoli y el Constitucionalismo Fortísimo" en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.), *Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2005.

De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.

De Páramo, Juan Ramón, "Entrevista a H.L.A. Hart", *Doxa*, nº 5, 1988.

De Sousa Santos, Boaventura, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, Plural, La Paz, 2010.

- “Carta Abierta de Boaventura De Sousa Santos al Presidente Rafael Correa”, *Otra América*, 12 de diciembre de 2014.
- “¿la revolución ciudadana tiene quien la defienda?”, *Revista Crisis* nº 18, 2014.
- De Vega, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.
- Del Vecchio, Giorgio, *Sui principi generali del diritto*, A Giuffrè, Milán, 1958, Bobbio, Norberto, “Principi Generali di Diritto” en Antonio Azara y Ernesto Eula (dirs.), *Novissimo Digesto Italiano XIII*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1966.
- Devlin, Lord Patrick, “La moral y el derecho penal”, en Ronald Dworkin (comp.), *La filosofía del derecho*, 2º ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2014.
- Díaz, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, 3ª ed., Taurus, Madrid, 1998.
- “Estado de Derecho y Derechos Humanos” en Jerónimo Betegón, Juan Ramón de Páramo, Francisco Laporta y Luis Prieto Sanchís (coords.) *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- Díaz Revorio, *La constitución como orden abierto*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- Dorado Porras, Javier, *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*, Dykinson, Madrid, 1997.
- Dussel, Enrique, *Hacia una filosofía política crítica*, Desclée de brouwer, Bilbao, 2001.
- Dworkin, Ronald, “The model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, vol. 35, nº 14. 1967.
- “Rights as trumps”, en Jeremy Waldron (ed.) *Theories of rights*, Oxford University Press, New York, 1984.
- *El imperio de la justicia: de la teoría general del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Gedisa, Barcelona, 1988.
- “Retorno al derecho natural” en Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo (dir. y coord.), *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990.
- “¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?”, traducción de Maribel Narváez Mora, en Pompeu Casanovas y J. Juan Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 1994.
- *Freedom’s Law. The moral reading of the American constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- “The partnership conception of democracy”, *California Law Review* 86, 1998, pp. 453-458.

- “Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court”, *Alberta Law Review* Vol. 28, nº2, 1989-1990, pp. 324-346.
- *A Matter of Principle*, 9a ed., Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2000.
- *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Cambridge, 2000.
- *Los derechos en serio*, 5ª reimpresión, Ariel Derecho, Barcelona, 2002.
- “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, en Harold Hongju Koh y Ronald Slye (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004.
- *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- *La democracia posible: principios para un nuevo debate político*, trad. de Ernest Weikert García, Paidós, Barcelona, 2008.
- “Response”, *Boston University Law Review* vol. 90, 2010, pp. 1059-1087.
- *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, USA, 2011.
- Edwards, Sebastián, *Populismo o mercados. El dilema de América Latina*. Bogotá, Norma, 2009.
- Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, traducción de Magdalena Holguín, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, 1997.
- Elster, Jon (comp.), *La Democracia Deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001.
- *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, traducción de J. Mundó, Gedisa, Barcelona, 2002.
- *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, traducción de Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1995
- Escudero Alday, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Madrid, 2004.
- Esser, Josef, *Grundsatz und Norm in Der Richterlichen For Tbildung des Privatrechts*, JCB Mohr, Paul Siebeck, Tübingen, 1956. Traducción al castellano de Eduardo Valentí Fiol, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961
- Estlund, David, *La autoridad democrática. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*, traducción de Sebastián Linares y Sara Palacio Gaviria, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 2011.
- Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional, una visión de derecho comparado*, Dykinson, Tomo I, Madrid, 2009.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Madrid, Trotta, 1995.

- “Derechos Fundamentales” en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.) *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.
- “Los fundamentos de los derechos fundamentales” en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.
- “Pasado y Futuro del Estado de Derecho” en Miguel Carbonell, (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho” en Manuel Atienza y Luigi Ferrajoli, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
- *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª ed., Trotta, Madrid, 2006.
- *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. de Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2006.
- *Democracia y Garantismo*, Miguel Carbonell (ed.), Trotta, Madrid, 2008.
- “*Principia Iuris*, una discusión teórica”, *Doxa*, nº 31, 2008, pp. 393-433.
- “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista” en *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 55, nº 03, Giuffrè, Milano, 2010.
- *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*, trad. de Miguel Carbonell, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2010.
- *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel, tomo I y tomo 2, Madrid, Trotta, 2011.
- *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Trotta, Madrid, 2014.
- Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012.
- Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001.
- Ferrerres Comella, Victor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, nº 23, 2000.
- “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. Un problema de legitimidad democrática” en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.
- Fiss, Owen, “The Supreme Court 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice”, *Harvard Law Review* 93, 1979.
- Forst, Rainer, “The Rule of Reasons. Three Models of Deliberative Democracy”, *Ratio Juris*, vol. 14, núm. 4, diciembre 2001.

- Friedman, Barry, "The History of the Countermajoritarian Difficulty, part one: The road to Judicial Supremacy", *New York University Law Review*, vo.73, nº 2, mayo 1998, pp. 333-433.
- "Mediated Popular Constitutionalism", *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003, pp. 2595-2632. Hay traducción al español de Margarita Maxit en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, nº 1, 2005, pp. 123-160.
- *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2009.
- Fuller, Lon L., "Positivism and Fidelity to Law", *Harvard Law Review* 71, 1958, pp. 630-672
- Gaido, Paula, *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Gallie W.B., "Essentially Contested Concepts" en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1956, pp.167-198.
- García Amado, Juan Antonio, "El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica". en Alexy, Robert, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.
- "Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas" en Pablo Raúl Bonorino Ramirez (ed.), *Teoría del Derecho y Decisión Judicial*, Bubok, Madrid, 2010.
- "Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 7, septiembre 2014-febrero 2015, pp. 6-40.
- García de Enterría, Eduardo, "Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, nº 40, 1963, pp. 189-224.
- García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- "Respuesta a José Manuel Rodríguez Uribes", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº17, 2000, pp.515-522.
- *Criaturas de la Moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009.
- "La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo" en Miguel Carbonell, (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- Gardbaum, Stephen, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism", *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2001, pp. 707-760.
- Gargarella, Roberto y Martí, José Luis, "La filosofía del derecho de Jeremy Waldron: convivir entre desacuerdos" en Jeremy Waldron, *Derecho y*

desacuerdos, trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Marcial Pons, 2005, Madrid.

Gargarella, Roberto, "Crisis de representación y constituciones contramayoritarias" *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº 2, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, abril 1995, pp. 89-108.

----- "La dificultad de defender el control judicial de las leyes" *Isonomía*, nº 6, abril 1997, pp. 55-70.

----- "Los jueces frente al coto vedado", *Doxa Discusiones. Publicaciones periódicas*, nº 1, 2000.

----- "Representación plena, deliberación e imparcialidad" en Jon Elster, *La Democracia Deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2001.

----- "Acerca de Barry Friedman y el 'constitucionalismo popular mediado'", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, nº 1, 2005.

----- *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*, Siglo XXI, Madrid, 2005.

----- "¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?", *Perfiles Latinoamericanos*, nº 028, México, FLACSO, julio-diciembre 2006, pp. 9-32.

----- "El constitucionalismo según John Rawls" en Claudio Amador (comp.) *Rawls post Rawls*, Prometeo, Univ. Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2006.

----- "El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The people Themselves*, de Larry Kramer", *Revista de libros de la Fundación Caja Madrid*, nº 112, abril 2006.

----- "La lectura Mayoritaria del Estado de Derecho", en Mariano Melero (coord.) *Democracia, Deliberación y Diferencia*. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2007.

----- "Introducción. Constitución, Igualitarismo y democracia" en Roberto Gargarella (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.

----- "Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El 'constitucionalismo popular' frente a la teoría de Carlos Nino" en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires, 2008.

----- "Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina" en Cesar Rodriguez Garavito (coord.); *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

----- *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, New York, 2013.

----- "Prólogo" en Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega, *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013.

- (comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo veintiuno editores, Buenos Aires, 2014.
- “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes”, disponible en: http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf
- “Interpretando a Dworkin”, artículo presentado en el Seminario de profesores del ITAM, México DF, enero de 2015.
- “The place of the people in Criminal Law”, artículo presentado en el Seminario de profesores del ITAM, México DF, 28 de enero de 2015.
- “El ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’: Un constitucionalismo que no termina de irse”, artículo presentado en el Seminario de profesores del ITAM, México DF, 04 de febrero de 2015.
- Gargarella, Roberto y Ovejero, Félix, “Democracia representativa y virtud cívica” en Miguel Carbonell (comp.), *Democracia y representación: un debate contemporáneo*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2005.
- Gargarella, Roberto y Courtis, Christian, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, CEPAL, Serie Políticas sociales n° 153, Santiago de Chile, 2009.
- Garzón Valdés, Ernesto, “Algo más acerca del ‘coto vedado’”, *Doxa*, n° 6, 1989, pp. 209-213.
- “Consenso, racionalidad y legitimidad” (1990), en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.
- “Algo más acerca de la relación entre derecho y moral” (1992), en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- “La alternativa del disenso. La propuesta de Javier Muguerza” en *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- “El consenso democrático: Fundamento y límites del papel de las minorías”, *Isonomía*, n° 12, 2000, pp. 7- 34.
- “Para ir terminando” en Atienza, Manuel *El derecho como argumentación*, Fontamara, México, 2003.
- Glendon, Mary Anne, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, New York, 1991.
- *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House, New York, 2001.
- Goldstein, Jared, “Can popular constitutionalism survive the Tea Party Movement?”, *Northwestern University Law Review Colloquy* 105, 2011, pp. 288-299.

- González Jácome, Jorge, “¿El poder para la gente? Una introducción a los debates sobre el constitucionalismo popular” en Erwin Chemerinsky y Richard Parker, *Constitucionalismo Popular*, Siglo del Hombre eds., Universidad de Los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2011.
- Greppi, Andrea, “Democracia como valor, como ideal y como método” en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.), *Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2005.
- *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Trotta, Madrid, 2006.
- *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Trotta, Madrid, 2012.
- “Concepciones epistémicas y concepciones doxásticas de la democracia”, *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 4, marzo-agosto 2013.
- Guardiola Rivera, Oscar, “Famous Last Words: constitucionalismo popular y el lugar de la verdad en política y derecho”, en Ricardo Sanín (ed.) *Justicia Constitucional: el rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Legis, Bogotá, 2006, pp. 165-208.
- Guastini, Riccardo, “Normas Supremas”, *Doxa*, nº 17-18, 1995, pp. 257-270.
- *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999.
- “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano” en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, nº 30, año 2000, pp. 175-194.
- “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano” en Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo (s)* Trotta, Madrid, 2003.
- Gutmann, Amy, “Democracia deliberativa y regla de la mayoría: una réplica a Waldron” en Harold Hongju Koh y Ronald Slye (comps.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004.
- Gutmann, Amy y Thompson, Dennis, *Why Deliberative Democracy?*, Princeton, Princeton University Press, 2004.
- Guzmán, Nicolas, “Constitucionalismo principialista, constitucionalismo garantista”, *Doxa*, nº 34, 2011.
- Haberle, Peter, “La ‘sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución’”, *El Estado constitucional*, traducción de Héctor Fix Fierro, Universidad Nacional Autónoma de México, 1º reimp., México, 2003.
- Habermas, Jürgen, “Derechos humanos y soberanía popular: las versiones liberal y republicana” en Felix Ovejero, J. Luis Martí y Roberto Gargarella (comps.), *Nuevas Ideas republicanas, autogobierno y libertad*, Paidós, Barcelona, 2004, pp.191-206

- *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, 5ª ed., Madrid, 2008.
- Habermas, Jürgen y Rawls, John, *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós I.C.E/ U.A.B, Barcelona, 1998.
- Hare, Richard, “¿Cómo resolver los problemas morales racionalmente?” en León Olivé (comp.), *Racionalidad: ensayos sobre la racionalidad en ética y política, ciencia y tecnología*. Siglo XXI, México, 1988.
- Hart, H.L.A., “American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream”, *Georgia Law Review* 5, Vol. 11, sept. 1977.
- “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, *Sistema* nº 36, mayo de 1980, pp. 3-18.
- “Postscriptum”, en *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, estudio preliminar de César Rodríguez, Siglo del Hombre, Bogotá, 1997.
- *El concepto de derecho*, 2ª ed. (reimpresión), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.
- “Inmoralidad y alta traición”, en Ronald Dworkin (comp.), *La filosofía del derecho*, 2º ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2014.
- Hierro, Liborio, *El Realismo Jurídico Escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, 2º ed., lustel, Madrid, 2008.
- Hirschl, Ran, “The political origins of the New Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 11, (1); Article 4, 2004, pp. 71-108.
- Hoerster, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Gedisa, Barcelona, 2000.
- Hogg, Peter W. and Bushell, Allison, “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter Of Rights* Isn't Such a Bad Thing After All)”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, nº 1, 1997, pp.75-124.
- Holmes, Oliver Wendell, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review* nº8, vol.X, 1897.
- Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia” en Jon Elster y Rune Slagstad (eds.), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1999.
- Iglesias Vila, Marisa, *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa* nº 23, 2000, pp. 77-104.
- “¿Es realmente superfluo el derecho? Justicia política e insularidad del razonamiento jurídico” en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos Rosenkrantz, (coords.) *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires, 2008.

- Isiksel, Turkuler “Between text and context: Turkey’s tradition of authoritarian constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, nº 3, pp. 702-726.
- Jiménez Campo, Javier, “Qué hacer con la ley inconstitucional”, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley*, CEPC, Tribunal Constitucional, Madrid, 1997.
- Jiménez Cano, Roberto, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- “Una defensa del positivismo jurídico (excluyente), *Isonomía* nº 39, octubre 2013, pp. 83-126.
- Johnsen, Dawn E., “Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation: Who determines constitutional meaning?”, *Indiana Law*, research paper nº 31, june 2005, pp. 105-147.
- Kahn, Paul, “Democracia y filosofía: una réplica a Stotzky y Waldron”, en Harold Hongju Koh y Ronald Slye (comps.) *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004.
- Kaltwasser, Cristóbal, “The ambivalence of populism: threat and corrective for democracy”, *Democratization* 19, nº 2, April 2012, pp. 184-208.
- Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 10, julio-diciembre 2008, pp. 3-46.
- “El control de constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austríaca y norteamericana”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 12, 2009.
- *Esencia y valor de la democracia*, traducción de Juan Luis Requejo Pagés, KRK Ediciones, Oviedo, 2006.
- Kennedy, Duncan, *A Critique of Adjudication [fin de siècle]*, Harvard University Press, 1997.
- Kramer, Larry, “Popular constitutionalism, circa 2004”, *California Law Review*, vol. 92, nº 4, 2004.
- *The people themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004.
- “Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint”, *California Law Review*, vol.100, 2012, pp. 621-634.
- “Undercover Anti-Populism”, *Fordham Law Review* 73, 2005.
- Kumm, Mattias, “Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review” en Matthias Klatt (ed.), *Institutionalized Reason. The jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Laclau, Ernesto, *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica, 6ª reimp., Buenos Aires, 2011.
- Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal, *Hegemony and Socialist Strategy. Toward a Radical Democratic Politics*, Verso, Londres, 1985.

- Landemore, Hélène, “Collective Wisdom *Old and New*” y “Democratic Reason: The Mechanisms of Collective Intelligence in Politics” en Hélène Landemore and Jon Elster (eds.), *Collective Wisdom. Principles and Mechanisms*, Cambridge University Press, 2012.
- Laporta, Francisco, “Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalismo” en Rodolfo Vazquez (comp), *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 1º reimpresión, 2003.
- *El Imperio de la Ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007.
- “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *El Cronista del Estado social y Democrático de derecho*, nº 0, 2008.
- Lema Añón, Carlos “Transformaciones del Estado de Derecho contemporáneo” en Pablo Slavín y F. Bariffi, *Estado, Democracia y Derechos Humanos*. Mar del Plata, Suárez-UNMP, 2009.
- “Sobre generaciones presentes, pasadas y futuras. Entre la responsabilidad y la reciprocidad” en J.L Rey, M E. Rodríguez Palop e I. Campoy (eds.). *Desafíos actuales a los derechos humanos: el derecho al medio ambiente y sus implicaciones*, Dykinson, Madrid, 2010.
- Levinson, Sanford, *Constitutional Faith*, Princeton University Press, 1988.
- Limbach, Jutta, “Papel y poder del Tribunal Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 4, 2º semestre 1999, pp. 93-126.
- Linares, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- “Constitutional Rigidity and the Default Rule”, *Ratio Juris*, nº 27 (4), diciembre 2014.
- “The democratic génesis of a Constitution: Venezuela, Ecuador and Bolivia in comparative perspective”, presentación facilitada por el autor.
- Llamas Cascón, Ángel, *Los valores jurídicos como ordenamiento material*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993.
- Lopez Maya, Margarita y Panzarelli, Alexandra, “Populism, Rentierism, and Socialism in the Twenty-First Century: The Case of Venezuela” en Carlos De la Torre y Cynthia Arnson (eds.) *Latin American Populism in the Twenty-First Century*, Woodrow Wilson Center Press, Washington D. C., 2013.
- Llewellyn, Karl “Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound”, *Harvard Law Review* 44, 1931, pp. 1222-1244.
- Maestro Buelga, Gonzalo, “El nuevo constitucionalismo económico latinoamericano” en Claudia Storini y José Francisco Alenza García (dirs.), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Navarra, Aranzadi, 2012.

- Malen, Jorge, "La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart" en Rodolfo Vázquez (comp.), *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 1998.
- Manin, Bernard, *The Principles of Representative Government*, Cambridge University Press, New York, 2002.
- Manin, Bernard, Przeworski, Adam y Stokes, Susan, "Elections and Representation" en Adam Przeworski, Susan Stokes y Bernard Manin (eds.), *Democracy, Accountability and Representation*, Cambridge University Press, UK, 2003.
- Martí, Jose Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- "Legitimidad y espacio para la democracia en Ernesto Garzón Valdés", *Doxa*, nº 30, 2007, pp. 135-141.
- "Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de la democracia deliberativa) en Carlos S. Nino" en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos Rosenkrantz (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Marmor, Andrei, "Legal Positivism: Still descriptive and morally neutral", *Oxford Journal of Legal Studies* 26, 2006, pp. 683-704.
- Martinez de Pisón, José, "Las generaciones de derechos humanos" en Jerónimo Betegón, Francisco Laporta, Juan R. De Páramo y Luis Prieto Sanchís (coords.), *Constitución y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 409-435.
- Maurino, Gustavo, "La democracia en la teoría de Ronald Dworkin", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, en prensa.
- Melo, Julián, "El jardinero feliz: sobre populismo, democracia y espectros", *Las Torres de Lucca*, nº 2, enero-junio 2013, pp. 21-45.
- Menéndez, Agustín José, *Justifying Taxes*, Dordrecht, Kluwer, 2001.
- Mény, Yves & Surel, Yves, "The Constitutive Ambiguity of Populism", en Yves Mény & Yves Surel (eds.), *Democracies and the Populist Challenge*, Palgrave Macmillan, USA, 2002.
- Michelman, Frank, "Traces of Self- Government", *Harvard Law Review* 100, 1986, pp. 4-77.
- "Law's Republic", *Yale Law Journal* 97, 1988, pp. 1493-1537.
- "Review of Jurgen Habermas, Between Facts and Norms" *XCIII Journal of Philosophy* 307, 1996.
- Mill, John Stuart, "Consideration on Representative Government", *On Liberty and Other Essays*, Oxford World's Classics, Oxford, New York, 2008.
- Montúfar, César, "Rafael Correa and His Plebiscitary Citizens' Revolution", en Carlos De la Torre y Cynthia Arnson (eds.) *Latin American Populism in the Twenty-First Century*, Woodrow Wilson Center Press, Washington D. C.

- Moravcsik, Andrew, "The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe", *International Organization*, vol. 54, n° 2, Spring 2000, pp. 217-252.
- Moreno Rodríguez Alcalá, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales. Una perspectiva crítica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.
- Moreso, José Juan "Disposiciones de reforma constitucional", *Doxa*, n° 10, 1991, pp. 201-222.
- "Comanducci sobre neoconstitucionalismo", *Isonomía*, n° 19, octubre 2003.
- "Sobre los conflictos entre derechos", en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.), *Garantismo Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2005.
- "El constructivismo ético y el dilema de Eutifrón" en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos F. Rosenkrantz (coords.) *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- Mouffe, Chantal, "Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism?" *Social Research* 66, n° 3, 1999, pp. 745-758.
- *La paradoja democrática. El peligro del consenso en la política contemporánea*, 2ª ed., Barcelona, Gedisa, 2012.
- Mudde, Cas, "Populism and Constitutionalism: Theory and Practice", Paper prepared for the workshop "Populism and Constitutionalism", Jay Heritage Center, Rye, New York, September 2013.
- Navarro, Pablo, "Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho", *Doxa* n° 14, 1993.
- Niembro Ortega, Roberto, "Las respuestas legislativas a las declaraciones de inconstitucionalidad como forma de diálogo constitucional", *Revista española de Derecho Constitucional*, n° 95, mayo-agosto 2012.
- "Sobre la legitimidad democrática del diálogo entre jueces nacionales e internacionales tratándose de derechos fundamentales", en Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *Estudos avançados de Direitos Humanos. Democracia e integração jurídica: Emergência de um novo direito público*, Campus Juridico, Elsevier, 2013, pp.112-140.
- "¿Qué es el constitucionalismo popular? Una breve referencia al uso de las fuerzas armadas en México como fuerzas de seguridad", en Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega (coords.), *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013.
- "El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano", *Foro, Nueva Época*, vol. 16, n° 2, 2013, pp.11-56.

- Nino, Carlos Santiago, "La superación de la controversia 'Positivismo vs. lusnaturalismo' a partir de la ofensiva antipositivista de Dworkin", *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.
- "La filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 4, 1989.
- "Sobre los derechos morales", *Doxa*, nº 7, 1990.
- "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", *Cuadernos y debates*, nº 29, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1991.
- *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- *Introducción al análisis del derecho*, 10º ed., Ariel, Barcelona, 2001.
- *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. 2ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 2ª reimpresión, 2007.
- "Conferencia sobre derecho, moral y política" en *Derecho, Moral y Política I*, Gedisa, Buenos Aires, 2007.
- Noguera Fernández, Albert, "Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social", en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau (eds.) *Desafíos constitucionales. La constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- "What do we mean when we talk about 'Critical Constitutionalism'? Some Reflections on the New Latin American Constitutions" en Detlef Nolte y Almut Schilling- Vacaflor (eds.), *New Constitutionalism in Latin America*, Ashgate, England, 2012.
- "Las nuevas constituciones andinas y la articulación democrática entre justicia constitucional, conflicto y transacción social" en Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega (coords.), *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, Porrúa; México, 2013.
- Nolte, Detlef y Schilling- Vacaflor, Almut, "Introduction: The Times they are a Changin': Constitutional Transformations in Latin America since the 1990s" en Detlef Nolte y Almut Schilling- Vacaflor (eds.), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*, Ashgate, England, 2012.
- Oddvar Eriksen, Erik, "Derecho democrático o gobierno de los jueces" en Agustín José Menéndez y Erik Oddvar Eirksen (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

- Oquendo, Ángel, “Democracia deliberativa en Nino y Habermas” en Marcelo Alegre, Roberto Gargarella y Carlos Rosenkrantz, *Homenaje a Carlos S. Nino*, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Ovejero, Félix, “¿Deliberación en dosis?”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, n° 9, 2009, pp. 323-332.
- Pace, Alessandro, “La ‘natural’ rigidez de las constituciones escritas” en Alessandro Pace y Joaquín Varela, *La rigidez de las constituciones escritas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- Paine, Thomas, “The rights of man” en Phillip Foner (comp.), *The Life and Major Writings of Thomas Paine*, Citadel, New York, 1961.
- Palacios Romeo, Francisco, “La reivindicación de la polis: Crisis de la representación y nuevas estructuras constitucionales de deliberación y participación en Latinoamérica”, en Claudia Storini y José Francisco Alenza García (dirs.), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Navarra, Aranzadi, 2012.
- Palombella, Gianlugi, *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, traducción de José Calvo González. Comares, Granada, 2000.
- Parker, Richard, “Here, The people Rule: A Constitutional Populist Manifesto”, *Valparaiso University Law Review*, vol. 27, núm. 3, 1993.
- Pazmiño Freire, Patricio, “Algunos elementos articuladores del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerol*, n° 67/68.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio y García Manrique, Ricardo “Los textos de la Revolución Francesa”, en Peces-Barba Martínez, Gregorio, Fernández García, Eusebio y Asís Roig, Rafael (dirección), *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo II Siglo XVIII, Vol. III, Dykinson, Madrid, 1998.
- Peczenik, Aleksander, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, Boston, London, 1989.
- “Dimensiones morales del derecho”, *Doxa*, n° 8, 1990.
- Perelman, Chaim, *La lógica Jurídica y la nueva retórica*, Cívitas, 1ª reimpression, Madrid, 1988.
- Perez Calvo, Alberto, “Características del nuevo Constitucionalismo latinoamericano”, en Claudia Storini y José Francisco Alenza García (dirs.), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Navarra, Aranzadi, 2012.
- Peña Freire, A. M., *La garantía en el Estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997.
- Pettit, Philip, “Deliberative Democracy, the Discursive Dilemma, and Republican Theory” en James Fishkin y Peter Laslett (eds.), *Debating Deliberative Democracy*, Blackwell Publishing, Malden, 2003.
- Pino, Giorgio, “The place of legal positivism in contemporary constitutional states”, *Law and Philosophy* 18, Kluwer Academic Publishers. Netherlands, 1999.

- Pintore, Anna, "Derechos Insaciables" en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- Pisarello, Gerardo, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999", disponible en: <http://www.rebelion.org/docs/96201.pdf>
- "Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?", *Jueces para la democracia*, nº 41, 2001, pp. 3-10.
- *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- *Un largo temidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta, 2011
- Pitkin, Hanna, *The concept of representation*, University of California Press, Berkeley, 1972.
- Portinaro, Pier Paolo, "Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de los garantes. El programa normativo de Luigi Ferrajoli", *Doxa*, n. 31, 2008, pp. 299-314.
- Posner, Richard, "Pragmatic Adjudication", *Cardozo Law Review* 18, 1996, pp. 1-20.
- Post, Robert y Siegel, Reva, "Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power", *Indiana Law Journal* 78, 2003.
- "Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy", *California Law Review* 92, 2004.
- "Democratic Constitutionalism" en Jack M. Balkin y Reva Siegel (eds.), *The Constitution in 2020*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash", *Harvard Civil-Rights Civil-Liberties Law Review* 42, pp. 373-433.
- Post, Robert, "Theorizing Disagreement: Reconceiving the Relationship Between Law and Politics", *California Law Review* 98, 2010, pp. 1319-1350.
- *Citizens Divided. Campaign Finance Reform and the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 2014.
- Postema Gerarld, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- Pound, Roscoe, *An Introduction to the Philosophy of Law*, Yale University Press, New Haven, 1922.
- Pozzolo, Susanna, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *Doxa* 21-II, 1998.
- *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Giappichelli, Torino, 2001.

- “Metacritica del neocostituzionalismo. Una risposta ai critici di ‘*Neo-costituzionalismo e positivismo giuridico*’”, *Diritto & questioni pubbliche*, n.3, 2003
- “Un Constitucionalismo ambiguo” en Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)* Trotta, Madrid, 2003.
- Preterossi, Geminello.; “*Principia Iuris*, entre normatividad y poder: sobre el Estado Constitucional de Derecho en la teoría de Luigi Ferrajoli”, *Doxa*, nº 31, 2008, pp. 315-324.
- Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- “La doctrina del derecho natural” en Jerónimo Betegón, Marina Gascón, Juan Ramón de Páramo y Luis Prieto Sanchís, *Lecciones de teoría del derecho*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997.
- *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
- “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” en Miguel Carbonell, (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- *Constitucionalismo y Positivismo*, 2ª reimpresión, Fontamara, México, 2005.
- “Constitucionalismo y Garantismo” en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.), *Garantismo Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2005.
- “El constitucionalismo de los Derechos” en *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, Madrid, 2007.
- *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.
- Prieto Valdés, Martha, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: nuevos paradigmas político constitucionales” en Roberto Viciano Pastor (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- Przeworski, Adam, *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*, trad. de Stella Mastrangelo, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2010.
- Puga, Mariela, *Litigio Estructural* (tesis de doctorado), Universidad de Buenos Aires, octubre de 2013.
- Radbruch, Gustav, *Arbitrariedad legal y Derecho suprallegal*, trad. De M. I. Azareto de Vásquez, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1962.
- Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, trad. de M.D. González, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1978.

- “La idea de un consenso por superposición” en Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo (coords.), *Derecho y Moral: ensayos analíticos*, Ariel, 1990.
- *El liberalismo político*, traducción de Antoni Domèch, Crítica, Barcelona, 1996.
- Raz, Joseph, “Razones jurídicas, fuentes del derecho y lagunas”, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. de R. Tamayo, México, UNAM, 1982.
- *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, 2ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, 1985.
- *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- “Postema on Law’s Autonomy and Public Practical Reason: A Critical Comment”, *Legal Theory* 4, 1998.
- “The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism”, en G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford University Press, Oxford and Portland, 2007.
- “¿Puede haber una teoría del derecho?” en Joseph Raz, Robert Alexy y Eugenio Bulygin, *Una discusión sobre teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Regan, Donald H., “Authority and value: Reflections on Raz’s *Morality of Freedom*”, *Southern California Law Review* 62, 1989, pp. 995-1095.
- Rincón Salcedo, Javier, “Las democracias andinas, entre constitucionalismo popular y populismo constitucional”, *Visages d’Amérique Latine*, nº 3, junio 2006, pp. 33-38.
- “La soberanía interpretativa de los Tribunales Constitucionales: Análisis desde la perspectiva del constitucionalismo popular”, *Universitas* nº 115, Bogotá, Colombia, enero-junio 2008, pp. 117-140.
- Ródenas, Ángeles, “Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial”, *Doxa*, nº 21-1, 1998.
- “En la penumbra: Indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, *Doxa*, nº 24, 2001, pp. 63-83.
- Rodriguez Garavito, César “Los derechos humanos y la ‘nueva’ izquierda latinoamericana”, *Open Democracy*, 12 de marzo de 2014.
- Rosenberg, Gerald, *The hollow hope. Can Courts bring about social change?*, The University of Chicago Press, Chicago, 2008.
- Rosenkrantz, Carlos, “La teoría epistémica de la democracia revisitada” en Harold Hongju Koh y Ronald Slye (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*,
- Ross, William David, *Lo correcto y lo bueno*, Sígueme, Salamanca, 1994.
- Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1963.

- “On Self-reference and a Puzzle in Constitutional Law”, *Mind*, nº 78, 1969.
- Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social o Principios de derecho político, Discurso sobre las ciencias y las artes. Discurso sobre el origen de la desigualdad*. Estudio preliminar de Daniel Moreno, 13º ed., Porrúa, México, 2002.
- Rovira Kaltwasser, Cristóbal, “The ambivalence of populism: threat and corrective for democracy”, *Democratization* vol. 19, nº 2, abril 2012, pp. 184-208.
- *Populism vs. Constitutionalism? Comparative Perspectives on Contemporary Western Europe, Latin America, and the United States*, The Foundation for Law, Justice and Society, Oxford, 2013.
- Ruiz Miguel, Alfonso, “El principio de jerarquía normativa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, nº 24, septiembre-diciembre 1988, pp. 135-154.
- “Lo no deliberable de la democracia deliberativa”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, nº 9, 2009.
- Sadurski, Wojciech, “Legitimacy of Law in a Liberal State: The Contours of Public Reason”, *Sydney Law School Research Paper* nº 14/08, enero de 2014.
- Saffon, María Paula y Urbinati, Nadia, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, *Political Theory* 41 (3), 2013, pp. 441-481.
- Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas- Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.
- “Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: Algunas claves para su distinción”, *Doxa*, nº 34, 2011, pp. 289-310.
- “El nuevo constitucionalismo latinoamericano. (Una perspectiva crítica)”, en Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013.
- Salmerón, Fernando, “Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin” en Rodolfo Vázquez (comp.) *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo.*, 1ª reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2003.
- Sartori, Giovanni, “En defensa de la representación política” en Miguel Carbonell (comp.), *Democracia y representación: un debate contemporáneo*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2005.
- Sastre Ariza, Santiago “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo” en Miguel Carbonell, (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- Sauca Cano, José María, “La reforma de la reforma de la constitución. El puzzle constitucional de Alf Ross” en Francisco Laporta y Josep Aguiló

(eds.), *Constitución: problemas filosóficos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

Schauer, Frederick, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, traducción de Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2004.

Schmidt, Christopher, "Popular Constitutionalism on the Right: Lessons from the Tea Party", *Denver University Law Review* 88:3, 2011, pp. 523-557.

Shklar, Judith, "The liberalism of Fear" en *Political Thought and Political Thinkers*, Stanley Hoffman, University of Chicago Press, Chicago, 1998.

Siegel, Reva, "El rol de los movimientos sociales como generadores de derecho en el derecho constitucional de los Estados Unidos", en *Los límites de la democracia*, SELA 2004, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp.259-276.

Somin, Ilya, "The Tea Party Movement and Popular Constitutionalism", *Northwestern University Law Review Colloquy* 105, 2011, pp. 300-314.

Sunstein, Cass, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, New York, 1996.

----- *One case At a Time. Judicial minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.

----- "Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional", trad. de Alicia Fernández, disponible en <http://www.mediafire.com/download/c4w3he8obh79o1m/sunstein2010seminario.pdf>

Taggart, Paul, "Populism and the Pathology of Representative Politics", en en Yves Mény & Yves Surel (eds.), *Democracies and the Populist Challenge*, Palgrave Macmillan, USA, 2002.

Tocqueville, Alexis, *Democracy in America and Two Essays on America*, Isaac kramnick (ed.), Penguin Books, 2003.

Tomás y Valiente, Francisco, "La resistencia constitucional y los valores", *Doxa*, nº 15-16, 1994, pp. 635-650.

Tushnet, Mark, "An Essay on Rights", *Texas Law Review* 8, vol. 62, 1984, pp. 1363-1403.

----- *Taking the constitution away from the courts*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1999.

----- "Forms of Judicial Review as Expressions of Constitutional Patriotism", *Law and Philosophy* 22, Netherlands, 2003.

----- "New Forms of Judicial Review and the persistence of Rights-and Democracy- Based Worries", *Wake Forest Law Review*, núm. 38, 2003, pp. 813-838.

----- "Popular constitutionalism as political law", *Chicago Kent Law Review* 81, 2006.

- “The Hartman Hotz Lecture: Dialogic Judicial Review”, *Arkansas Law Review* n° 61, 2009, pp. 205-216.
- “Prefacio” en Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega, *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013.
- Uprimmy, Rodrigo, “Justicia constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencia de UPAC”, *Revista Pensamiento Jurídico*, n° 13, Universidad Nacional de Colombia, 2000.
- “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos” en Cesar Rodriguez Garavito (coord.); *El derecho en América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.
- Urbinati, Nadia, “Representation as advocacy. A study of Democratic Deliberation”, *Political Theory* 28 (6), diciembre 2000.
- *Representative democracy. Principles & Genealogy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2006.
- “Unpolitical Democracy”, *Political Theory* 38, n° 1, 2010, pp. 65-92.
- *Democracy disfigured. Opinion, Truth and the People*, Harvard University Press, 2014.
- Varela, Joaquín, “Sobre la rigidez constitucional” en Alessandro Pace y Joaquín Varela, *La rigidez de las constituciones escritas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
- Vasak, Karel, “Pour les droits de l’homme de la troisième génération”, Décima sesión del Instituto Internacional de Derechos Humanos, Estrasburgo, 2-27 de julio de 1979.
- Vázquez, Rodolfo, *Entre la Libertad y la Igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, Trotta, Madrid, 2006.
- “Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.), *El canon noconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 381-402.
- “Justicia constitucional, derechos humanos y el argumento contramayoritario”, en Rodolfo Vázquez (ed.) *Normas, razones y derechos. Filosofía jurídica contemporánea en México*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 237-256.
- Velasco Arroyo, Juan Carlos, *La teoría discursiva del derecho Sistema Jurídico y democracia en Habermas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano” en Roberto Viciano Pastor (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- Vitale, Ermanno, “¿Teoría general del derecho o fundación de una república óptima? Cinco dudas sobre la Teoría de los derechos fundamentales de

- Luigi Ferrajoli” en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- Waldron, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, nº 1, Oxford University Press, 1993.
- “Kant’s legal positivism”, *Harvard Law Review*, vol. 109, nº 7, 1996, pp. 1535-1566.
- “Normative (or Ethical) Positivism” en Jules L. Coleman (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to ‘The Concept of Law’*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- “Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?” en *Law and Philosophy* 21, 2002, pp.137-164.
- “Deliberación, desacuerdo y votación” en Harold Hongju Koh y Ronald C. Slye (comps.), *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004.
- “Legal and Political Philosophy”, en Jules Coleman, Kenneth Einar Himma, and Scott J. Shapiro (eds.) *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2004.
- *Derecho y Desacuerdos*, trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal* 115, 2006.
- “Constitutionalism: A Skeptical View”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, 2012, Paper 248.
- “Judicial Review and Judicial Supremacy”, New York University, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper Nº 14-57, November 2014.
- “Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?”, *The Yale Law Journal* 123, 2014, pp. 1692-173.
- Weber, Max, *Political Writings*, Cambridge Texts in the History of Political Thought, 1994.
- Weyland, Kurt, “Clarifying a Contested Concept. Populism in the Study of Latin American Politics”, *Comparative Politics*, vol. 34, nº 1, oct. 2001.
- Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, traducción de Francisco J. Esquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverría, 2ª reimpresión, Fontamara, México, 2008.
- Zagrebelsky, Gustavo, “I diritti fondamentali oggi”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XXXII/1, 1992.
- “Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, nº 31, Tomo II, Giuffrè, Milano, 2002.
- *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 8ª ed., Trotta, Madrid, 2008.

----- “Constitucionalismo”, *Derechos y Libertades*, nº29, época II, junio 2013.

Zurn, Christopher F., “Deliberative democracy and constitutional review”, *Law and Philosophy*, nº 21, Kluwer Law International, 2002.