

“Derechos y Justicia Constitucional” revisitado

Juan M. Mocoroa¹

Resumen: En este trabajo se hace una reconstrucción de la discusión que tuvo lugar en el primer número de *Discusiones* respecto a los derechos y a la justicia constitucional. A tal fin, se recuerdan las posiciones allí sostenidas por José Juan Moreso, Juan Carlos Bayón y Roberto Gargarella; defensor el primero y críticos los dos últimos del constitucionalismo. Asimismo, se presta especial atención a las posiciones que estos autores han desarrollado en los últimos años controvirtiendo y defendiendo las posiciones sostenidas en aquel volumen. A partir de esto, en particular, se resalta la necesidad de vincular la justificación del constitucionalismo con cuestiones de cultura política que, si bien se presentó en la discusión, no se analizó con detalle. Además, se analizan dos cuestiones que se consideran relevantes: el llamado “constitucionalismo popular” y cierta matización de las originarias posiciones de los autores que defendieron las críticas democráticas al constitucionalismo.

Palabras claves: Constitucionalismo – Democracia – Derechos – Constitucionalismo débil – Valor intrínseco – Valor instrumental – Constitucionalismo popular – Cultura política.

¹ Universidad Nacional de Córdoba.

Introducción

Hasta hace unos años, cualquier autor hispanohablante que se ocupara de analizar la tensión entre constitucionalismo y democracia, debía manifestar una insatisfacción. En franca contraposición con los desarrollos teóricos en Estados Unidos, este tema no había despertado un elevado interés teórico; o bien no se le prestaba suficiente atención, o bien se asumían sin problematizar soluciones simplistas sobre los problemas en danza². No obstante, el tiempo ha pasado y, en la actualidad, se han desarrollado poderosos argumentos sobre el tópico. En particular, algunos filósofos se ocuparon de él con una sofisticación poco común y con un rigor analítico envidiable. De este modo, aquel lamento académico de la década de los noventa, hoy carece de sentido³.

² La introducción de un análisis profundo y sofisticado de este tema se remonta, recién, a trabajos pioneros de Carlos Nino aunque, en rigor, bastante insulares. Véase NINO, C., “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y debates*, 29, Madrid: CEC, 1991; *Fundamentos de derecho constitucional*, Bs. As.: Astrea, 1992; y *La constitución de la democracia deliberativa*, Roberto P. Saba (Trad.), Barcelona: Gedisa, 1997. Del mismo modo, podría señalarse solo las obras de Roberto Gargarella (*La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona: Ariel, 1996) y Víctor Ferreres Comella (*Justicia constitucional y democracia*, Madrid: CEC, 1997).

³ Véase, entre muchos otros trabajos de calidad, además de los citados en la nota anterior, BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, *Discusiones*, 1, 65–94 y BAYON, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”. En: CARBONELL, M. y GARCIA JARAMILLO, L. (Eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010; DE LORA, P., “Justicia constitucional y deferencia al legislador”. En: LAPORTA, F. (Ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid: Ministerio de la Presidencia y CEC, 2003 y “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”. En: CARBONELL, M. y SALAZAR, P. *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Madrid: Trotta, 2005; FERRERES COMELLA, V., “Una defensa de la rigidez constitucional”. En: LAPORTA, F. (Ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, “El control judicial de constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”. En: CARBONELL, M. y GARCIA JARAMILLO, L. (Eds.), *El canon neoconstitucional*; LAPORTA, F., “Filosofía del derecho y norma

El primer número de *Discusiones* no tuvo en esta evolución una influencia menor. Los trabajos allí publicados son demostrativos de lo que recién dije; el rigor analítico, la profundidad filosófico política al analizar este temas y la originalidad en sus aspectos propositivos son característicos de los textos incluidos. Es por eso que algunos de sus argumentos —y los protagonistas del debate— aun hoy marcan la agenda de la discusión académica sobre la correcta relación entre constitucionalismo y democracia⁴. De allí que se justifique revisitar aquella lejana publicación.

En este trabajo haré lo siguiente. En un primer momento, presentaré, del modo más preciso que pueda, qué discutieron estos autores y describiré cuáles fueron sus argumentos. Luego indicaré algunos puntos abiertos no tratados de modo preciso. En particular, vincular la justificación del constitucionalismo con cuestiones de cultura política que, si bien se presentó en la discusión, no se analizó con detalle. En especial, las consecuencias que deben extraerse para la implementación

constitucional: una aproximación preliminar”. En: LAPORTA, F. (Ed.), *Constitución: problemas filosóficos. y El imperio de la ley*, Barcelona: Trotta, 2007; LINARES, S., “Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes”, *Isonomía*, 28, y *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid: Marcial Pons, 2008; MARTI, J., 2005. “El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales”. En: CARBONELL, M. y SALAZAR, P., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli; La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Madrid: Marcial Pons, 2006 y “Legitimidad y espacio para la democracia en Ernesto Garzón Valdés”, *Doxa*, 30; MORESO, J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid: CEC, 1997; “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Discusiones*, 2000, 1, 15–51; “Sobre el alcance del precompromiso”, *Discusiones*, 2000, 1, 95–107 y *La constitución: modelo para armar*, Madrid: Marcial Pons, 2009; ORUNESU, C., *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2012; PRIETO SANCHIS, L., “Tribunal constitucional y positivismo jurídico”, *Isonomía*, 16, y RUIZ MIGUEL, A., “Constitucionalismo y democracia”, *Isonomía*, 21; entre muchos otros que citaré.

⁴ Esta influencia es obvia, por ejemplo, en VILAJOSANA, J., “Precondiciones para el análisis del conflicto entre Tribunal Constitucional y Parlamento”, *Isonomía*, 36, 89-116.

de un determinado diseño institucional. Más tarde, intentaré referirme al estado actual del tema; para eso recurriré a dos posturas sobre el asunto. En primer lugar, al denominado “constitucionalismo popular” y, en segundo, a cierta matización de las originarias posiciones de los autores que defendieron las críticas democráticas al constitucionalismo.

Telón de fondo; filosofía y derecho constitucional.

El acercamiento filosófico al constitucionalismo no puede soslayar situarse en el eje de cierta incomodidad: la definición correcta de sus relaciones con el ideal democrático. En particular determinar si la idea de “democracia constitucional” es un oxímoron o un pleonismo⁵. Por un lado, no podría ser el caso en que una democracia sea constitucional sin dejar de ser, a su vez, verdaderamente democrática. El punto aquí es que el *core* del constitucionalismo es poner límites a lo que democráticamente es posible acordar. Desde otra posición se sostiene que *es* el constitucionalismo —con un cierto contenido— el que da sentido a la democracia —i.e. no puede darse el caso en que una “democracia” no sea “constitucional”—. De lo contrario, ésta sería un ideal vacío y carente de interés. En suma, la cuestión es pendular: se extiende, como gráficamente dice Holmes, entre el “fastidio” y la “amenaza”; para los demócratas la constitución es un “fastidio” y para los constitucionalistas la democracia es una “amenaza”⁶. El problema es, en palabras de Bayón, hacer frente al “hecho intelectualmente incómodo” que consiste en interrogarse si dos criterios de legitimidad del poder que *prima facie* se presentan como igualmente básicos e irrenunciables, conviven armónicamente o, al contrario, si colisionan irremediablemente⁷.

⁵ Stephen Holmes emplea la noción de “oxímoron” para referirse a este tema como un “matrimonio de opuestos”. Aunque descarta esta presentación; para él la tensión entre estos ideales es uno de los “mitos” del pensamiento político moderno. Conf. HOLMES, S., “El precompromiso y la paradoja de la democracia”. En: ELSTER, J. & SLAGSTAD, R., *Constitucionalismo y democracia*, Mónica Utrill de Neira (Trad.), México: FCE, 1999, p. 219.

⁶ Conf. HOLMES, S., “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, p. 219.

⁷ BAYON, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, p. 421.

El pensamiento moderno, se ha ocupado de analizar esta tensión con mayor o menor suerte. Si hay algo que ha quedado claro en esto, es que no es posible sortearla sin cuestionar las propias bases desde las que se parte. A fin de clarificar las preguntas que están presentes, y sus posibles vías de solución, la teoría constitucional se vio auxiliada por la filosofía del derecho, política y moral. En efecto, desde un tiempo a esta parte, es un lugar común que filósofos del derecho bien preparados se ocupen de problemas que, en principio, estaban geográficamente delimitados a los constitucionalistas dogmáticos. Tal encuentro, a mi modo de ver, ha hecho evolucionar al propio derecho constitucional⁸. Cuando nos interrogamos por los fundamentos del constitucionalismo es difícil, sino imposible, no recurrir a la filosofía política y moral en auxilio⁹. En tanto, ayudan a formular las preguntas adecuadas de modo correcto y muestran el camino para las respuestas que deben presentarse¹⁰.

Francisco Laporta, hace unos años, afirmó que la relación entre el derecho y la moral no es un tema más de la filosofía del derecho; es *el* lugar en que se encuentra¹¹. Es decir que, en todo caso, deberían

⁸ Recuérdese, por caso, a Dworkin que advirtió la necesidad de vincular el derecho constitucional con la teoría ética respecto a la protección de los derechos frente al Estado. Su intuición era que esta rama del derecho no haría ningún progreso hasta que enfrentara este problema. Conf. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Marta Guastavino (Trad.), Barcelona: Planeta Agostini, 1993, p. 233. Hace referencia, también, a esta idea, DE LORA, P., “Justicia constitucional y deferencia al legislador”, p. 344/345.

⁹ Se trata de problemas que “nos empujan más allá de la Constitución misma, a los criterios últimos que utilizamos para justificar sus cláusulas y guiar nuestras decisiones constitucionales”. LAPORTA, F., “Filosofía del derecho y norma constitucional: una aproximación preliminar”, p. 39.

¹⁰ Y esto es así porque, como correctamente afirma Moreso, “los fundamentos del constitucionalismo constituyen un ámbito en el que conviven fecundamente la teoría jurídica (la teoría del derecho *sensu stricto*, pero también como es obvio la teoría constitucional), la teoría política (la teoría de la democracia, la teoría del diseño institucional) y la filosofía (de la filosofía del lenguaje a la filosofía social, moral y política)”. MORESO, J., *La constitución: modelo para armar*, p. 21.

¹¹ La referencia exacta es: “...el problema de las relaciones entre moral y derecho no es *un* tema de la filosofía jurídica, sino es *el* lugar donde la filosofía del

determinarse las relaciones entre esos dominios normativos. Algo semejante ocurre con el derecho constitucional. La relación entre democracia y constitucionalismo no es apenas un elemento introductorio de una teoría constitucional; es el corazón de los problemas que, como comunidad política, enfrentan todas las sociedades contemporáneas. Se trata de determinar el espacio concreto que debe asignársele a cada uno de sus miembros en el derecho a participar en la toma de las decisiones públicas que a ellos les conciernen. Y, con esto, el procedimiento adecuado en la fijación del alcance y contenido de sus derechos. Es así que al resolver —o al intentarlo— sus posibles relaciones y tensiones estamos tomando una opción por uno de ellos. Las decisiones que se adopten, por eso, se relacionan con las dificultades entre ideales con los que nos sentimos fuertemente comprometidos. En todo caso, su trascendencia surge de que se trata de una cuestión que nos concierne a todos. No dar la espalda a este “hecho intelectualmente incómodo”, como dice Bayón, nos obliga a incursionar en los fundamentos del constitucionalismo; lo que, de ningún modo, puede hacerse a extramuros de un análisis filosófico. Esto también surge del primer número de *Discusiones*, como veremos.

Constitucionalismo y democracia, ¿ideales en tensión?

La pregunta que titula este acápite parece una contradicción. Todo lo dicho presupone una verdadera tensión entre la democracia y el constitucionalismo; que ellos no encajan armónicamente sobre un mismo engranaje. El modo interrogativo se justifica, de todos modos, porque no es necesario rechazar de plano la posible interacción conflictiva entre ellos para salir en la búsqueda de fundamentos que hagan comulgar ambas nociones. Por eso, ni siempre se sostuvo la contradicción ni es una cuestión pacífica que ello sea así. En efecto, muchas teorías postulan que la tensión es solo aparente. Para ellas una correcta definición de democracia o constitucionalismo lo demostraría.

derecho *está*”. Conf. LAPORTA, Francisco, *Entre el derecho y la moral*, México: Fontamara, 1995.

Así, por ejemplo, se defendió que la noción de democracia vaciada de contenido sustantivo carece de sentido¹²; que la verdadera democracia constitucional es aquella en la que, en su seno, está la protección de los derechos fundamentales¹³, que esta noción sin limitaciones es un yerro conceptual pues confunde el “dominio de la mayoría” con el “principio de la mayoría”¹⁴; etc. Ahora, como dice Bayón, “...si como ideales morales se parte no solo del de los derechos, sino también del valor de la democracia, entonces el camino hacia el constitucionalismo es quizá menos llano de lo que parece”¹⁵. Incluso, desde la propia atalaya de los derechos el camino tampoco carece de espinas. Los avances teóricos más importantes desde las filas democráticas, justamente, están destinados a demostrar que la objeción democrática se basa en derechos¹⁶.

¹² Por ejemplo, DWORKIN, R., “La lectura moral y la premisa mayoritarista”, Paola Bergallo y Marcelo Alegre (Trads.). En: KOH, Harold H. y SLYLE, R. (Comp.), *Democracia Deliberativa y Derechos Humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004; GARZON VALDES, E., “Democracia y representación”. En: GARZON VALDEZ, S., *Derecho, ética y política*, Madrid: CEC, 1993 e *Instituciones suicidas. Estudios de ética y política*, México: Paidós y UNAM, 2000.

¹³ Por ejemplo, FERRAJOLI, L., “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Isonomía*, 16, “Sobre la definición de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero”, *Isonomía*, 19, y “Derechos Fundamentales” en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi (Trads.), Madrid: Trotta, 2004. Para críticas en clave democrática, véase BOVERO, M., “Democracia y derechos fundamentales”, *Isonomía*, 16, 2002; DE LORA, P., “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”; MARTI, J., “El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales”.

¹⁴ Conf. KELSEN, H., *Esencia y valor de la democracia*, Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra. (Trads.), Madrid: Punto Omega – Guadarrama, 1977.

¹⁵ Conf. BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 68.

¹⁶ El *locus* clásico aquí es WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, José Luis Martí y Águeda Quiroga (Trads.), Madrid: Marcial Pons, 2005. Véase, también, WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”, *The Yale Law Journal*, 115, 1346, y BELLAMY, R., *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la democracia*, Jorge Urdániz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz (Trads.), Madrid: Marcial Pons, 2010.

Ahora bien, algunos teóricos sostienen que el papel que una teoría moral le adscriba a los derechos en el razonamiento moral y jurídico tiene sus proyecciones en el diseño institucional que una comunidad se otorgue. En otras palabras, el compromiso moral con su protección acarrea consecuencias institucionales de importancia. Dos en particular. Por un lado, la existencia de un conjunto de derechos que se presentan al margen de cualquier negociación y discusión política. Esta tesis en el ámbito de la discusión filosófica de habla castellana tiene un feliz nombre, propuesto por Garzón Valdés, el “coto vedado”. Según la cual no es posible que las mayorías se inmiscuyan con los derechos; ellos están al margen de las apetencias mayoritarias. Están más allá, en suma, de la regla de la mayoría. Para asegurar esto, el constitucionalismo tiene la maquinaria indicada: supremacía y rigidez. De ahí que las manos alzadas son inertes en este ámbito¹⁷. Se trata, en puridad, de un supuesto de incompetencia¹⁸. Las mayorías son incompetentes para establecer cursos de acción si, con ello, podrían afectar ese núcleo esencial de derechos. Existiría una especie de tendencia suicida en la democracia que debe evitarse; “librada a su propio dinamismo, una clara tendencia a la destrucción” aflora¹⁹. En palabras de Ernesto Garzón:

[I]a representación parlamentaria es éticamente justificable [solo] cuando respeta la vigencia de los derechos de cada cual a los bienes primarios y procura satisfacer a través del compromiso la realización de los deseos secundarios de los miembros de la comunidad política [...] [C]onstituyen el núcleo no negociable de una constitución democrático liberal que propicie el Estado social de derecho. Para el coto vedado vale la prohibición de reforma [...] y el mandato establecido de adopción de medidas tendientes a su plena vigencia”²⁰.

¹⁷ Como gráficamente dice Richard Bellamy, para quienes piensan de este modo las decisiones democráticas son tomadas por “aquellos que más gritan”. BELLAMY, R., *Constitucionalismo político*, p. 45.

¹⁸ Véase GARZÓN VALDES, E., *Instituciones suicidas*, p. 100 (para quien sería un caso de impotencia de las mayorías).

¹⁹ Conf. GARZÓN VALDES, E., *Instituciones suicidas*, p. 17.

²⁰ Conf. GARZÓN VALDES, E., “Democracia y representación”, p. 649.

Sin este *enforcement* institucional la democracia estaría expuesta a extralimitaciones propias de las mayorías y, por ende, sería una penosa forma de honrarla; porque, de lo contrario, no tiene nada de valorable. Así, se sostiene, no debería hacerla colapsar en el más puro y simple mayoritarismo; comprender esto evitaría equívocos conceptuales y las perniciosas consecuencias que un accionar contrario arroja²¹. Única y exclusivamente la satisfacción de los derechos más básicos —*i.e.* bienes universalizables o bienes primarios— justifican éticamente la representación política. De tal suerte, el ámbito de estos derechos limita aquello que es posible decidir democráticamente. Solo con respecto a los “deseos secundarios” tendría sentido ético político que a ellos se refirieran las contingentes mayorías.

Ahora bien, si se admite que una “teoría moral basada en derechos” —*rights based*— da fuerza justificatoria a la existencia de ese conjunto de derechos y si, como consecuencia de ello, se acepta que se presentan como indisponibles para las mayorías, devendría necesario la adopción de instituciones que tengan como finalidad primaria su protección. Esto es, el adecuado resguardo del coto vedado. Aquí aparecen en escena arreglos institucionales que tienden a asegurar ese anhelo: la primacía de la constitución, su rigidez y el control judicial de constitucionalidad. Esta es la tesis de cierto liberalismo político, particularmente sensible a esta cuestión²². De este modo, les ha otorgado a los derechos una especie de *prius* lógico y ético que, incluso, poseen la fuerza institucional de legitimar

²¹ Para una de las posiciones más conocidas sobre esta forma de argumentar, véase, DWORKIN, R., “La lectura moral y la premisa mayoritarista” (distingue dos concepciones de la democracia. La “estadística”, que supondría el dominio irrestricto del principio mayoritario y la “constitucional” que, por el contrario, estaría conformada por limitaciones sustantivas: los derechos básicos de los ciudadanos. Para él solo esta última estaría justificada; insiste en que no hay nada valioso en el puro mayoritarismo).

²² Bouzat, Esandi y Navarro sostienen que la discusión sobre la naturaleza y justificación del control judicial de constitucionalidad es un “debate *interno* al liberalismo político”. Conf. BOUZAT, A., ESANDI, L. y NAVARRO, P. “Introducción”, *Discusiones*, 1, p. 9. No creo que esto necesariamente sea así; a mi parecer las objeciones más importantes al “constitucionalismo fuerte”, al contrario, se basan en posiciones republicanas.

la propia actuación del Estado. Esto ha hecho que, en suma, se entienda que su legitimidad solo puede lograrse ni bien se aseguren un conjunto de derechos individuales que deben considerarse como que integran ese “coto vedado”. Se encontraría, por tanto, al margen de la negociación política y, por ende, más allá de las posibilidades de adopción de cursos de acción por parte de las mayorías políticas. De tal modo, deberían estar excluidos todos aquellos bienes que son considerados “como básicos para la realización de cualquier plan de vida”.

Por supuesto, los problemas aquí son numerosos. En primer lugar, no es para nada obvio que una teoría basada en derechos deba arribar a estas conclusiones sin añadir premisas adicionales. En segundo lugar, no es nada sencillo cómo identificar los bienes que deberían estar encorsetados en derechos. Surge como interrogante, por ello, cuál sería el criterio a utilizar para proceder a su inclusión en un catálogo de derechos constitucionales, cómo serían determinados y qué procedimiento se seguiría para esto. Si la respuesta recurriera a la opinión consensuada o mayoritaria de una determinada comunidad política, obviamente, sería contradictoria con sus propios fundamentos. Dado que la razón para extirparlos del alcance de las mayorías es, justamente, su carácter de bienes universalizables o primarios, no es posible sostener coherentemente que en el nivel constituyente sí estén a su alcance; mas no, en el nivel legislativo. O, al menos, para sostener esto es necesaria una justificación independiente. Y ésta debería presuponer que los “momentos constitucionales” son presenciados y participan en ellos personas más ilustradas sobre las que es dable identificar una competencia especial en materia moral y política; quienes colocarían constitucionalmente los bienes correctos y no pecarían ni por defecto ni por exceso. Esto es, no incluirían bienes que no debieran incluir —por no ser bienes primarios— ni dejarían de incluir bienes que son primarios. Ahora, el punto es que, como dice Elster, “la idea de que los constituyentes son semidioses legislando para bestias es una ficción”²³.

De tal modo, es necesario rechazar el marco de la moral positiva y encontrar las bases de la fundamentación racional de normas morales en situaciones hipotéticas en las que se recurre a la imparcialidad y

²³ Citado en BAYON, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, p. 447.

universalidad²⁴. Incluso, para esta teoría no es relevante si los sujetos son conscientes y autorreflexivos sobre la necesidad de que estos derechos estén protegidos en un ámbito constitucional y, por tanto, fuera del alcance de mayorías esporádicas. Dado que son los necesarios para satisfacer cualquier plan de vida, sería una muestra de irracionalidad no aceptarlos. Es que quien no comprende este carácter es un “incompetente básico” y, por ende, se justifican actitudes paternalistas a su respecto²⁵. Esto, y no otra cosa, permitiría el constitucionalismo, al menos, en alguna versión fortificada.

Empero, las cosas no son tan simples como, a primera vista, parecerían. José Luis Martí, entre otros, ha sometido a esta posición a una crítica, a mi criterio, demoledora. Por eso en lo que sigue, reconstruiré sus objeciones²⁶. Advierte Martí que si las críticas son correctas, debería quedar en claro que “la teoría es devastadora” para la democracia. Tres motivos identifica como generadores de estos indeseables efectos: 1.- El problema de la paradoja de precondiciones de la democracia; 2.- El problema del precompromiso irreversible; y, 3.- El problema de la indeterminación de los derechos fundamentales y el control de constitucionalidad de las leyes.

En referencia al primer problema, puede decirse lo siguiente. Si los derechos imponen limitaciones al procedimiento democrático, la entidad de estos límites depende de cómo se los conciba y, en especial, cuáles sean. En efecto, si esos límites son los que comúnmente se denominan “derechos procedimentales”, entonces serán internos al procedimiento democrático. Ahora bien, si son independientes de él se tratarían de límites externos. Por último, si estamos en presencia de ambas clases de derechos el procedimiento, como es obvio, tendrá

²⁴ Por ejemplo, así lo hace GARZON VALDES, E., “Democracia y representación”.

²⁵ Sobre el vínculo entre “incompetente básico” y paternalismo jurídico justificado, véase GARZON VALDES, E., “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”. En: GARZON VALDES, E., *Derecho, ética y política*.

²⁶ Conf. MARTI, J., “El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales”. Su opinión sobre el “coto vedado”, en MARTI, J., “Legitimidad y espacio para la democracia en Ernesto Garzón Valdés”.

límites internos o externos, según el tipo de derechos de que se trate. Admitido que sea que ciertos temas deben estar al margen de las decisiones políticas, y que esto se realiza para la protección de ciertos derechos que se conciben como fundamentales, puede ser realizado por diversas razones. Deviene entonces necesario determinar por qué se les atribuye ese carácter. La importancia teórica es obvia al interpretar sus limitaciones y el margen asignado a la institución democrática. Convincentemente, Martí identifica dos estrategias: 1.- Las “precondiciones de la democracia” —*i.e.* la garantía de determinados derechos es conceptualmente necesaria para que exista, o para otorgar valor, al propio procedimiento democrático—; y, 2.- La “justicia sustantiva” —*i.e.* se protegen ciertos valores sustantivos porque toda decisión democrática que los vulnere es claramente injusta—. Con respecto a la primera, el problema es la llamada “paradoja de las precondiciones de la democracia”. Esta se puede entender del siguiente modo: el ideal democrático tiene un conjunto de precondiciones sin las cuales el propio procedimiento o no existe o carece de valor alguno. Ahora bien, depende de cuán extensivas sean esas condiciones para no caer en un regreso al infinito. Es que si estos derechos deben asegurarse y protegerse, y si ellos implican o incluyen desde la libertad de expresión, por ejemplo, hasta los conflictivos derechos sociales puede que no quede nada para decidir democráticamente. Entonces, veladamente el ámbito de la deliberación y de la política librada al principio de la mayoría o es inexistente —por ser demasiado amplias las condiciones de procedimiento necesarias para que la democracia funcione— o son tan estrechas que no aseguran esas condiciones —por no incluir derechos que deberían ser incluidos—. En suma, los derechos así concebidos pueden generar supuestos de sobre e infrainclusión; o se incluyen derechos que no deberían protegerse para asegurar el procedimiento democrático limitándolo excesivamente, o bien no se aseguran los que dan valor y sentido a ese procedimiento²⁷.

²⁷ El autor que más claramente señaló este aspecto fue Carlos Nino. En sus palabras: “Cuando intentamos satisfacer las precondiciones del proceso democrático, expandimos su valor epistémico, pero, al mismo tiempo, reducimos su alcance. De este modo enfrentamos el peligro de contar con un

En palabras de Martí:

Si garantizamos las precondiciones de la democracia para hacerla posible y valiosa, ya no [la] necesitamos [...] porque los grandes temas de controversia están zanjados. Si no las garantizamos, entonces el ámbito de la democracia

método óptimo pero para tomar decisiones sobre muy pocas cuestiones, dado que apartamos la mayoría de las cuestiones fuera del alcance del proceso democrático para que éste funcione correctamente”. Véase NINO, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 302. Un análisis detenido de esta posición en MARTI, J., “Un callejón sin salida. La paradoja de las precondiciones (de la democracia deliberativa) en Carlos S. Nino”. En: ALEGRE, M., GARGARELLA, R. y ROSENKRANTZ, C. *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires: La Ley – Facultad de Derecho, 2008. Recientemente Claudina Orunesu sostuvo que esta paradoja o solo se vincula con la concepción epistémica de la democracia o bien es trivial. Lo primero, porque cuanto más sean los derechos que se reconocen como precondiciones, mayor será la fiabilidad moral del procedimiento; pero menor el campo para su puesta en práctica. Lo segundo, porque si se justifica el procedimiento democrático por su valor intrínseco, no hay nada de paradójico en que deban asegurarse, a través de una carta de derechos, ciertas precondiciones para que el procedimiento exprese adecuadamente el principio que le da fundamento. La trivialidad, entonces, es que la supuesta paradoja solo sostiene que, si se atrinchera un derecho para asegurarlo, queda sustraído del procedimiento ordinario en la toma de decisiones. ORUNESU, C., *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, p. 184/185. No creo que sea correcta la postura de esa autora. Por un lado, este problema está implicado en toda concepción de la democracia deliberativa y no se limita únicamente a la controvertida concepción epistémica de Nino. Los problemas surgen, en rigor, porque aquella concepción se funda sobre dos aspectos; uno deliberativo y otro democrático. Existen algunas vinculaciones entre esos aspectos que generan el riesgo de que ambos supuestos colapsen. Nótese que, por ejemplo, si se sostiene que los derechos sociales son una precondición de la democracia será necesario que se satisfagan un conjunto de condiciones esenciales para la participación política, por lo tanto, habrá cuestiones que democráticamente no podrán decidirse. En especial, cómo se habrán de asignar los recursos públicos para satisfacer ciertas necesidades ciudadanas, porque esto debiera tener una respuesta constitucional. Ahora, en la determinación precisa de esta cuestión existen un número importante de cuestiones políticas que deben resolverse. El problema, entonces, es que las condiciones necesarias para

permanece abierto, pero o no será posible el procedimiento o no tendrá valor alguno²⁸.

La estrategia sustantiva tampoco carece de objeciones. Según ésta, los derechos se consagran en tanto exigencias de una concepción de justicia. Esto es, son ideales de cómo debemos concebir las instituciones para que estén moralmente justificadas; lo que determina la necesidad de consagrar un conjunto de derechos como indisponibles y más allá de las decisiones mayoritarias. Los problemas aquí se relacionan con el “hecho del desacuerdo”²⁹. Esto es: ¿Cuáles derechos merecen dicha calificación? ¿Cuál es la concepción de la justicia correcta para determinar estos derechos? ¿Quién y cómo se va a encargar de determinar el contenido de los derechos fundamentales?³⁰ Waldron puso

satisfacer el valor que le asignamos a la democracia son tan exigentes que su resultado es dejar muy poco o nulo espacio a las decisiones democráticas. De tal modo, “cuanto más perfectas fueran las condiciones de ejercicio del derecho de participación, menos posibilidades habrá de ejercerlo”. Conf. BAYON, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, p. 423. Se trata, en fin, de una cuestión que está vinculada a cómo se definan y estructuren esas precondiciones. Sobre estas dificultades aplicadas a los derechos sociales, véase, LAPORTA, F., “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”. En: BETEGÓN CARRILLO, J. *et all* (Coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Ministerio de la Presidencia y CEC, 2004. Por tanto, esto es independiente de la concepción epistémica de la democracia y relativa a cualquier postura procedimental. Respecto a la trivialidad creo que, en rigor, lo trivial es la objeción. El punto que la paradoja denuncia es la dificultad de abrazar una postura únicamente procedimental respecto a los derechos y, nos advierte, que tras la definición del conjunto de derechos considerados *a priori* se agazapan serios problemas que deben enfrentarse para guardar grados de coherencia interna. Es que, como insinué, pueden colapsar los dos elementos de una concepción deliberativa de la democracia en casos en los que no se efectúe un adecuado balance entre ellos.

²⁸ Conf. MARTI, J., “El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales”, p. 383.

²⁹ Como se sabe, este argumento se remonta a WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*.

³⁰ Conf. MARTI, J., “El fundamentalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales”, p. 383.

de resalto esto en las “circunstancias de la política”. Esto es, tenemos desacuerdos razonables en las comunidades políticas en las que participamos sobre la existencia, alcance y contenido de los derechos más básicos; y la necesidad, pese a esto, de establecer cursos de acción común. De continuar siendo partícipes, diría, de una comunidad política. Si se acepta lo que he dicho hasta aquí, debería aceptarse que en sociedades políticas pluralistas el desacuerdo no solo está presente sino que, además, es inerradicable. Ahora, constatar esta propiedad fáctica debería tener alguna consecuencia para el establecimiento de un procedimiento referido a determinar su alcance y contenido. Y entonces, concluye, no existirían razones para seleccionar aquel que le atribuye esta decisión a individuos —*i.e.* los miembros del poder judicial— que, en rigor, desacuerdan de la misma forma, con el mismo énfasis y con semejante fortaleza que el resto de los ciudadanos y que, sin embargo, no han sido ni elegidos por ellos ni son controlados por el pueblo.

De ahí que, parece, existe un hiato entre los dos mundos que se vinculan de este modo. Por un lado, el de la justificación y, por otro, el de un específico diseño institucional que tienda a la satisfacción de ese ideal normativo. Este salto podría ser identificado como el “hiato de la inevitabilidad”. Según el cual, se supondría que el diseño constitucional “fuerte” —*i.e.* que defiende la primacía de la constitución, rigidez constitucional y control judicial de constitucionalidad de modo incondicionado— es inevitable si se quiere satisfacer en forma consistente y eficaz los derechos más básicos. No obstante, no es para nada obvio que esto sea así; porque, como dice Bayón, en el trayecto desde la teoría moral y política a estos diseños institucionales particulares “se agazapan más dificultades de lo que parece”³¹. El punto es que este diseño institucional se presenta como derivación necesaria de una teoría moral. Para esta posición, una teoría de la justicia que abrace un conjunto de derechos básicos debe estar vinculada de un modo estrecho con una teoría constitucional, de la autoridad y, finalmente, del diseño institucional que se comprometa a protegerlos eficazmente.

Los problemas que anidan aquí son más serios que los que una consideración ligera podría suponer. Estos resquemores se basan en dos

³¹ BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 66.

reproches fincados sobre un presupuesto común. Por un lado, es muy difícil, sino imposible, justificar el poder otorgado —o arrogado según el caso— a los miembros del Poder Judicial para proteger el contenido del “coto vedado”. Para esta posición el control judicial de constitucionalidad es un hecho democráticamente incómodo. Es que las interpretaciones sobre las más importantes cuestiones constitucionales y de moralidad política son dirimidas por un actor que, en principio, solo posee legitimidad democrática indirecta y sobre el cual las posibilidades de *accountability* ciudadana son, en el mejor de los casos, muy escasas o difíciles de poner en práctica o, en el peor, nulas. Esto se advierte con facilidad ni bien pensemos las materias sobre las que autoritativamente las voluntades de estos no representantes del pueblo, a diario, resuelven³². En especial, con solo revisar los anales jurisprudenciales de países en los que el control de constitucionalidad tiene una larga práctica de ejercicio interpretativo. Así, por ejemplo, cuál

³² Alexy sostiene que, en algún sentido, los jueces constitucionales también son representantes del pueblo. Para él la legitimidad del Parlamento se deriva de su representación democrática. Y para que el control de constitucionalidad sea compatible con la democracia el Tribunal Constitucional de algún modo debe representar al pueblo. Ahora bien, el concepto de “representación” puede analizarse diádicamente: “democrática o decisional” y “argumentativa”. De allí surgen dos modelos de democracia, una “puramente decisionista” y otra “deliberativa”. El primero, acentúa las elecciones y la regla de mayoría. El segundo, “es un esfuerzo [por] institucionalizar el discurso como medio para la toma pública de decisiones”. Desecha la primera concepción y abraza la segunda. Para la noción deliberativa la representación del pueblo sería a la vez decisionista y argumentativa; mientras que en el Tribunal Constitucional es solo argumentativa. A esto debe adicionársele que la representación expresa, también, una pretensión de corrección. Ahora bien, en el ejercicio del control de constitucionalidad confluyen dos elementos que lo justifican: 1. Su ejercicio es limitado (no está todo permitido y son identificables argumentos correctos); y 2. Se conecta con lo que el pueblo piensa (un número suficiente de personas aceptan sus argumentos como razones correctas); con estas limitaciones, y en este sentido, el Tribunal Constitucional es un representante deliberativo del pueblo. Conf. ALEXY, R., “Constitutional Review and Representation”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, 5, p. 572 – 581. Véase, también, TUSHNET, Mark, “Constitutional Interpretation, Character and Experience”, *Boston University Law Review*, 72, 1992, 747–763.

es el alcance de la libertad de expresión y si, por ejemplo, tutela la crítica mordaz y despiadada a los funcionarios públicos; si garantiza la difusión de pornografía; la posibilidad de emplear el derecho penal para castigar conductas que, en principio, son calificables como autorreferentes por no ocasionar un daño de modo directo a un tercero; sobre la existencia de un derecho constitucional al aborto ante la carencia de un texto claro que lo disponga; si el matrimonio, finalmente, debía considerarse una institución indisoluble o si, por el contrario, una constitución impone su disolubilidad.

A esto debe sumarse que el material con el que trabajan estos individuos es, por lo general, deliberadamente impreciso³³. Se trata de normas que, en muchos casos, han sido diseñadas en un lenguaje principista y están necesitadas de un proceso ulterior de determinación para su correcta identificación. Además, esas normas determinan un sinnúmero de cuestiones de la mayor importancia política. Y ellas, en palabras de Dworkin, invitan a una constante “lectura moral”. Ahora bien, si aceptamos que en muchos casos esa lectura es inevitable y si adicionamos como elemento a considerar algunas particularidades de diseño institucional —*i.e.* rigidez constitucional, dificultad contextual basada en cultura política para su reforma, etc.— advertiremos que, *de iure* o *de facto*, las adjudicaciones efectuadas por el poder judicial serán definitivas³⁴. Vale decir, tendrán la última palabra institucional sobre cuestiones que, debemos aceptarlo, nos conciernen a todos³⁵. Su ubicación institucional, que sus decisiones sean muy difíciles de superar

³³ Se trata de lo que Cass Sunstein denomina “incompletely theorized agreements”. Conf. SUNSTEIN, Cass, “Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law”, *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*, No. 147, 2007, disponible en <http://www.law.uchicago.edu/files/files/147.pdf>.

³⁴ Según Bayón: “si el procedimiento de reforma constitucional es tan exigente que, en la práctica, su puesta en marcha es inviable, entonces los jueces constitucionales tienen *de facto* la última palabra sobre el contenido y alcance de los derechos básicos”. Conf. BAYÓN, J. “Democracia, derechos y constitución”, p. 69.

³⁵ Esa definitividad los convierte institucionalmente en infalibles. Sobre todo cuando se combina con la rigidez constitucional. De ahí que el *Justice* Robert Jackson afirmara: “*We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final*”. USSC, “Brown v. Allen”, 344, U.S., 443, 540 (1953).

y de altos costos democráticos hace que, en definitiva, sean los últimos institucionalmente competentes para referirse a la constitución de una determinada comunidad.

Ahora bien, el constitucionalismo no se presenta de un modo uniforme. Es posible identificar algunos elementos que otorgan más razones para las quejas del demócrata. En este sentido, no sería el constitucionalismo *in totum* una afrenta a la democracia; al contrario, es la conjunción de esos caracteres institucionales los que determinan un particular diseño objetable desde un punto de vista democrático. Solo interesa destacar aquí que es necesario tomar conciencia de las posibles combinaciones, por gradiente, que este puede presentar. Pues, cuando mentamos algo así como “constitucionalismo” podemos querer decir muchas cosas; según cuáles sean sus elementos caracterizantes³⁶. Como sostiene Marmor, lo hallaremos en “distintos paquetes” y “[s]olo analizando la totalidad del paquete podemos determinar si (y en qué medida) un régimen constitucional dado es robusto”³⁷. El grado de rigidez, el poder de las cortes para determinar el contenido de la constitución y su poder para prevalecer sobre la legislación democrática son los caracteres a tener en cuenta para “medir” el grado de robustez del constitucionalismo. Y, de este modo, cuál es su compatibilidad con el autogobierno y la democracia.

En resumen, las objeciones democráticas corren por dos rieles. Por un lado, la *supremacía* de la constitución en conjunción con su *rigidez*. La incomodidad aquí se asienta sobre la dificultad para justificar por qué las decisiones de un órgano legislativo, que representa a la mayoría de la población, deben verse limitadas por un texto en el que no ha participado de su construcción y que, por definición, determina la exclusión de algunas materias como ámbitos sobre los que ya no podrá

³⁶ Véase, WALUCHOW, W., 2004: “Constitutionalism”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/spr2009/entries/constitutionalism> y NINO, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 16/17.

³⁷ Conf. MARMOR, A., “Son las constituciones legítimas”. En: MARMOR, A.: *Teoría analítica del derecho e interpretación constitucional*, Jorge Luis Fabra Zamora *et al.* (Trad.), Lima: Ara Editores, 2011, p. 176.

deliberar³⁸. Es que si aceptamos que el órgano legislativo representa razonablemente bien la pluralidad de convicciones de la ciudadanía, que el desacuerdo razonable sobre el contenido de los derechos, que “somos una multitud, y tenemos desacuerdo sobre la justicia”³⁹; deberían ofrecerse razones independientes para sostener que algunas cuestiones no pueden librarse al principio de la regla de la mayoría. Nótese que las materias incorporadas en la Constitución son, a partir de allí, materias no debatibles. Esto es, nos encontramos dentro de la *esfera de lo indecidible*. Por otro, como se adelantó, la propia idea del control de constitucionalidad en manos del poder judicial. Según el cual los jueces constitucionales tienen el poder para anular o inaplicar, para el caso concreto, decisiones democráticas. Aquí se interroga por la legitimidad de estos individuos, ni democráticamente elegidos ni responsables ante el pueblo mismo, para decidir de un modo autoritativo y final cuestiones constitucionales. Nada de esto debería llamar la atención. El constitucionalismo, desde un punto de vista ideológico, tiene dos finalidades: proteger derechos y limitar al poder. Sin embargo, esta última solo es esencial en tanto instrumental a la primera teleología. De este modo, se excluyen algunas consideraciones del ámbito discursivo para ser alejadas de contingentes mayorías⁴⁰.

El problema es que, ni bien se la analiza institucionalmente, la regla de decisión colectiva que así defendería es, en palabras de Bayón, “lo

³⁸ Por eso, Laporta se interroga: “¿Cuál es la razón que justifique la existencia de un texto constitucional que se superponga a ese órgano y limite sus competencias legislativas dificultando o excluyendo de sus deliberaciones y decisiones en determinadas materias”. LAPORTA, F., *El imperio de la ley*, p. 221.

³⁹ Conf. WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, p. 7.

⁴⁰ En palabras de Marmor: “La razón esencial de las constituciones escritas es suprimir determinadas decisiones político-morales de los asuntos ordinarios de la legislación [...] suprimir determinadas decisiones ordinarias que se toman en los procesos democráticos, básicamente, para protegerlos de la regla de la mayoría”. Conf. MARMOR, A., “Son las constituciones legítimas”, p. 172. No se trata de una consideración efectuada por académicos trasnochados; algunos miembros del Poder Judicial lo reconocieron: “El propósito mismo de una declaración de derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de la controversia política para colocarlos fuera del alcance de mayorías... y

que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entiendan que constituye el contenido de los derechos básicos”⁴¹. Pero, ¿por qué deberíamos tolerar esto? ¿Cuáles son las razones que nos conducirían a sustraer porciones importantes de temáticas concernientes a todos del debate colectivo?⁴² ¿Es posible que justifiquemos esta limitación en una especie de prejuicio sobre cuáles son las tendencias de las asambleas democráticas? ¿Existen razones independientes de consideraciones elitistas y sesgadas? Es obvio que, detrás de esto, existe una notoria desconfianza respecto al curso de acción que podría adoptar una contingente mayoría sobre minorías “discretas e insulares”, por decirlo según una famosa frase⁴³. ¿Por qué deberíamos aceptar este planteo? ¿Por razones históricas o conceptuales? ¿Es deseable que se atrincheren, en fin, algunas cuestiones y que no estén al alcance de las mayorías populares? ¿Estaría esto justificado moral y políticamente? Son estas preguntas las que originan la llamada “objección contramayoritaria” con la que, como dice Bayón, el constitucionalismo tiene una “espinosa cuenta pendiente”⁴⁴.

A responder a estas preguntas, y a tantas otras, dedica su atención José Juan Moreso en el trabajo que sirve de pórtico al primer número de

establecerlos como principios jurídicos que serán aplicados por los tribunales.” Conf. “West Virginia State Board of Education vs. Barnette” citado por HOLMES, S., “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, p. 218. Más ejemplos en WALUCHOW, W., “Constitutionalism” y *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law. Un árbol vivo*, Pablo de Lora (Trad.), Madrid: Marcial Pons, 2009.

⁴¹ BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 69.

⁴² Las preguntas son: ¿Cuál es la principal razón de una constitución escrita? ¿Cuál es el sentido de hacer esto? ¿Por qué querríamos hacer esto? Conf. MARMOR, A., “¿Son las constituciones legítimas?”, p. 179.

⁴³ Conf. “United States vs. Carolane Products Co.”, 304 U.S. 144, 152-153, n. 4 (1938) *Justice* Harlan Stone.

⁴⁴ BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 67. De todos modos, le asiste razón a Friedman en que existe una lamentable falta de claridad sobre qué significa “contramayoritario”; con esto puede decirse que las decisiones judiciales son adoptadas al margen (y contrarias a) las preferencias de la ciudadanía. Sin embargo, para esto debieran apoyarse en estudios empíricos que lo demuestren; sin embargo, como no lo hacen se genera demasiada incertidumbre e imprecisión. Conf. FRIEDMAN, B., “Constitutionalismo

Discusiones; las respuestas de Roberto Gargarella y Juan Carlos Bayón a esa provocación brindan razones para distanciarse de él y, además, argumentos adicionales de por qué, y en qué medida, el suyo no es un buen acercamiento. En lo que sigue, reconstruiré su posición.

Moreso sobre el constitucionalismo; or a constitutionalist scholar

El texto que abre el primer número de *Discusiones* tiene tres partes⁴⁵. En primer lugar, su autor efectúa algunas consideraciones conceptuales. Allí defiende la neutralidad de su tesis en cuestiones de metaética y respecto de la posición en ética normativa que de fundamento a una teoría de la justicia. Únicamente ésta debe comprender ciertos principios que establezcan derechos. Luego, discute los críticos del constitucionalismo y defiende lo que llama la “primacía de la constitución” en forma incondicionada. Según esta tesis, si se acepta una teoría de la justicia que contiene principios que establecen derechos básicos, entonces debemos comprometernos con el diseño de instituciones políticas que aumenten la probabilidad de obtener decisiones que no los violen. La protección constitucional de esos derechos es un elemento, a menudo necesario, para tal fin. Finalmente, propone una justificación condicionada de la actuación del poder judicial. El control judicial de constitucionalidad, reconoce, no es un requisito necesario, ni suficiente, para la protección de los derechos básicos. En algunas circunstancias, incluso, puede dificultar su protección; por lo que no habría razones para mantenerlo. Ahora, tampoco las hay para pensar que es un procedimiento que siempre debe ser rechazado⁴⁶. Moreso distingue, entonces, los diseños institucionales necesarios incondicionadamente

popular mediado”, Margarita Maxit (Trad.), *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, 1, p. 123.

⁴⁵ Aquí no me ocuparé del primer punto señalado porque no hace al *core* de la discusión y creo que no es estrictamente necesario para sostener las dos tesis institucionales que defiende. En el mismo sentido, Conf. GARGARELLA, R., “Los jueces frente al ‘coto vedado’”, *Discusiones*, 1, p. 64, n.2.

⁴⁶ Así lo expresa el propio autor en MORESO, J., “Derechos y justicia procesal imperfecta”, p. 40/41.

de aquellos que son meramente contingentes para la protección de los derechos. De ahí que sostenga una justificación diferenciada de las instituciones del constitucionalismo fuerte; por eso, la “primacía de la constitución” es necesaria e incondicionada mientras que, por el contrario, el “control jurisdiccional de constitucionalidad” solo es contingente y condicionado a las particularidades de cultura política de una comunidad.

Su postura tiene un basamento moral y político importante. En uno de sus últimos trabajos sitúa el “trasfondo de la constitución” en el propio campo de la moralidad. Para él la democracia constitucional no es uno más de nuestros ideales; se trata de una *condición contribuyente* —i.e. una condición necesaria de una condición suficiente— para el desarrollo y florecimiento humano y, entonces, para la protección de los derechos individuales. Por cuanto, parecería razonable pensar que en el marco de “...un sistema político respetuoso de los derechos individuales, con instituciones democráticas sólidas” existen más seguras “posibilidades para el bienestar humano, concebido de modo integral”⁴⁷. Ahora bien, situar el constitucionalismo en el ámbito de la moralidad no despeja las dudas. En efecto, ni existe un acuerdo generalizado sobre cuáles son las razones que lo sostienen ni sobre la correcta comprensión del ideal de la democracia constitucional ni, en particular, sobre el rango de acción de las decisiones mayoritarias⁴⁸.

Esto nos coloca de lleno ante el problema objeto de discusión en *Discusiones*. Pues, si aceptamos su posición —i.e. deben respetarse los derechos para asegurar las mayores posibilidades al bienestar humano y el constitucionalismo es el mejor modo de conseguir esos objetivos— el interrogante por el constitucionalismo, y su vinculación con la

⁴⁷ MORESO, J., *La constitución: modelo para armar*, p. 22.

⁴⁸ Moreso descarta el relativismo y el escepticismo moral porque no ofrecerían argumentos coherentes y aceptables todas las cosas consideradas. Sin embargo, no por eso el defensor del constitucionalismo debe abrazar el “absolutismo moral”. Existiría un resquicio para la defensa de un “objetivismo moral pluralista”, según el cual podemos identificar “el objetivismo de las razones morales que nadie, en condiciones tales que le permitan apartar los prejuicios que nublan su visión adecuada de las cosas, rechazaría”. Conf. MORESO, J., *La constitución: modelo para armar*, p. 27.

democracia, se hace presente. Recuérdesse lo ya dicho: determinar si existe una justificación plausible para retirar ciertos temas de la agenda política; protegerlos en una constitución reforzada frente a decisiones mayoritarias; qué rol le cabe al poder judicial en la defensa de esos derechos; y, por último, una cuestión interpretativa: cómo debe posicionarse respecto de las interpretaciones efectuadas por el poder legislativo⁴⁹.

Para responder a estos interrogantes, establece un vínculo entre la teoría de la justicia, los derechos básicos y el diseño institucional⁵⁰. Le preocupa determinar cuáles consecuencias institucionales se derivan de la adopción de una teoría de la justicia que, entre sus principios, contiene algunos elementos que “confieren derechos básicos”. ¿Es cierto que una teoría de la justicia *rights based* implica, en el nivel institucional, que aquellos deban estar atrincherados en una Constitución? Si la respuesta fuera afirmativa, ¿cuáles serían los que deben incluirse en el catálogo constitucional? ¿Solo los derechos más básicos? ¿Con qué criterio los determinaremos? ¿En virtud de qué procedimientos serán incorporados a la Constitución? Aun cuando tuviéramos respuestas no controvertibles a esos interrogantes: ¿con qué nivel de detalle debe realizarse la inclusión? ¿En normas abstractas y generales con la estructura de lo que comúnmente se denominan “principios” o, por el contrario, con la mayor precisión posible? Luego, deberá determinarse quién los

⁴⁹ En palabras de Moreso la cuestión es responder tres interrogantes: 1. ¿Está justificada la idea de primacía de la constitución?; 2. ¿Está justificado establecer un mecanismo de control judicial de constitucionalidad?; y, 3. ¿Qué grado de deferencia deben tener los órganos jurisdiccionales ante las decisiones legislativas? Conf. MORESO, J., *La constitución: modelo para armar*, p. 29. Sin embargo en “Derechos y justicia procesal imperfecta” no se ocupa de los problemas de interpretación jurídica. Para su posición, véase *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución* (aquí está el germen de argumento justificatorio de la primacía de la constitución: el “precompromiso”) y *La constitución: modelo para armar* (analiza muchos temas de interpretación constitucional, y cómo y por qué, para enfrentarlos debería recurrirse al “positivismo jurídico incluyente”).

⁵⁰ La necesidad de este vínculo, como veremos, no es discutido por quienes responden de un modo diferente a los mismos interrogantes. La controversia, en todo caso, surge por las conclusiones a las que se arriba.

protegerá; es decir, si la mejor forma de resguardar esos bienes es dejándolos a los procedimientos democráticos o bien debe ser un poder judicial independiente y separado de las mayorías políticas el fijado para su protección. Aun cuando se identifique a este poder para encarar esta tarea, las cuestiones no quedan allí. ¿Qué posición institucional debe adoptar en la tutela de estos derechos? ¿Una actividad garantista y activista? ¿Debe, al contrario, ser deferente a las decisiones mayoritarias y solo en ciertos y precisos casos en los que la intervención sobre un derecho fundamental se vea como irracional controvertir esas decisiones? ¿Debe emplear en la resolución de los casos que se le presenten teorías morales controvertidas?

La intuición de Moreso es que

Si se acepta una teoría de la justicia que contiene principios que establezcan derechos básicos, entonces hay poderosas razones para que al menos algunos de estos derechos se conviertan en el diseño institucional justo en derechos constitucionales con cierta primacía sobre las decisiones legislativas ordinarias y, también, que hay poderosas razones para confiar en los órganos jurisdiccionales algunos aspectos de la protección de estos derechos constitucionales⁵¹.

El detalle del argumento, es el siguiente. La democracia sería un supuesto de “justicia procesal imperfecta”⁵²; porque si bien es cierto que existe un criterio independiente para establecer el resultado correcto de un procedimiento, no nos es posible designar aquel que asegure la obtención de resultados justos en todos los casos. En modo alguno es posible pensar en la democracia como instanciación de la noción de “justicia procesal pura”; al menos no para una concepción de la justicia

⁵¹ MORESO, J., “Derechos y justicia procesal imperfecta”, p. 16/17.

⁵² Rawls distingue tres tipos de justicia procesal: “pura”, “perfecta” y la, ya referida, “imperfecta”. Para la primera, que un resultado sea justo es consecuencia de un procedimiento que es justo en sí mismo y sobre el que carecemos de un criterio independiente que permita identificar los resultados justos. Según la segunda, al contrario, contamos con un criterio independiente y previo sobre qué es lo justo, de modo que un diseño institucional debería asegurar el resultado que se compadece con ese criterio. Véase, RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, María Dolores González (Trad.), México: FCE, p. 89 y ss.

que abrace entre sus ideales principios que reconocen derechos. Las decisiones democráticas, claro está, pueden ser injustas; en especial con los derechos de las minorías. En función de esto, se debe resolver “cómo diseñar procedimientos políticos que aseguren en la mayor medida posible resultados de acuerdo a los principios de justicia”⁵³. Y el procedimiento democrático no podría, por sí mismo, hacerlo.

Esta conclusión, debería comprometernos con una concepción “dualista” de la democracia. Se establecerían restricciones a las decisiones a ser alcanzadas por la regla de mayoría dejando fuera de su alcance algunas cuestiones. La democracia, así caracterizada, se distinguiría por dos notas; una positiva y otra negativa. Según la primera, es posible distinguir entre el poder constituyente y el poder constituido. Por la segunda, debe rechazarse la soberanía parlamentaria. Ahora bien, no es pacífica esta caracterización del dualismo. Bruce Ackerman por ejemplo, uno de los autores que más se ha preocupado por la defensa de esta noción, se compromete con ciertas conclusiones que el profesor español no estaría dispuesto a aceptar. En tanto una interpretación plausible del dualismo es pensar que este es democrático primero y protector de derechos después y que estos son definidos de acuerdo a decisiones democráticas de una mayoría movilizadas⁵⁴. Por el contrario, Moreso no podría aceptar que los derechos más básicos sean definidos de acuerdo a movilizaciones mayoritarias. Por eso, su posición podría calificarse de “fundamentalista”; para la que, en términos de Ackerman, “la constitución es, primero y principal, un instrumento de protección de derechos de tal modo que solo después que estos derechos son garantizados el proceso puede abrirse su propio camino”⁵⁵. Y si esto es así, entonces, es menos democrática de lo que parece.

⁵³ Conf. “Derechos y justicia procesal imperfecta”, p. 31.

⁵⁴ Conf. ACKERMAN, B. y ROSENKRANTZ, C., “Tres concepciones de la democracia constitucional”, *Cuadernos y debates*, 29, Madrid: CEC, 1991 p. 25.

⁵⁵ Para Moreso el dualismo se caracterizaría por la existencia de un límite para las competencias de la legislación ordinaria y, por ende, a la regla de mayoría. Es decir que algunas cuestiones están fuera de su alcance. Para esto invoca la autoridad de Ackerman. No estoy muy seguro de que esta interpretación sea correcta; o, al menos, que la identificación de su postura pueda identificarse con lo que éste entiende por “democracia dualista”. Esta noción le sirve al profesor americano para demostrar, entre otras cosas, que existen diferentes

Luego, defiende su propia posición para justificar la “primacía de la constitución”. Antes de esto señala que, en primer lugar, podríamos defender a la democracia como el mejor modo de obtener resultados justos. En segundo, identificaríamos algunas restricciones a ese procedimiento con una finalidad: imponer limitaciones a la regla de la mayoría. Desechadas las posiciones contrarias, defiende la existencia de ciertas circunstancias que determinarían la “primacía de la constitución”. A estas las denomina “las circunstancias de la constitución”. Sostener esto, reconoce Moreso, implica pagar un precio; la conocida “paradoja de la democracia” denunciada por Elster: “[c]ada generación desea tener la libertad de sujetar a sus sucesoras, sin ser sujeta por sus predecesores”⁵⁶. Entonces, si esto es así, si es cierta esta pretensión de cada generación, es necesaria una justificación ulterior. Aquí aparece el conocido argumento del precompromiso⁵⁷.

niveles de compromiso popular con las normas que dicta el gobierno. De ahí que distinga dos “momentos” de la legislación; el “constitucional” y el de “política ordinaria”. Según el primero, es el pueblo mismo quien se expresa sobre la constitución a partir de juicios reflexivos y considerados y, por eso, no habría posibilidad de controlar su voluntad. Las decisiones adoptadas estarían más allá de la revisión judicial. Aun cuando en esa oportunidad se suprimieran derechos de los más básicos. Por el contrario, los momentos de “política ordinaria” no están respaldados por una voluntad popular significativa y, por eso, podrían ser objeto de control de constitucionalidad. Sobre la visión “monista”, “dualista” y “fundamentalista” de la democracia, Vid. ACKERMAN, B. y ROSENKRANTZ, C., “Tres concepciones de la democracia constitucional”. Sobre el dualismo en general y como reconstrucción histórica de Estados Unidos, ACKERMAN, B., *Who the people. Foundations*, Cambridge: Harvard University Press, 1991.

⁵⁶ ELSTER, J., *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, México: FCE, 2000, p. 159/160.

⁵⁷ Juan Carlos Bayón menosprecia la actualidad de esta justificación. Primero, me parece, porque considera que las objeciones de Waldron fueron devastadoras. Segundo, por el viraje teórico de quien la propuso: Jon Elster. Este autor, en un primer momento —*Ulises y las sirenas*— defendió el poder explicativo y justificatorio de esta estrategia para comprender el constitucionalismo. Sin embargo, recientemente —en *Ulises desatado*— puso serias dudas sobre su fuerza. Al margen de esto, intentaré ocuparme con algún detalle en tanto sigue siendo sostenida por Moreso. Véase, MORESO, J., *La Constitución: modelo para armar*.

El sintagma “democracia constitucional”, entonces, no sería un oxímoron. En realidad, las limitaciones impuestas por la constitución deben considerarse un elemento capacitador de la democracia. Evitaría situaciones de debilidad de voluntad que podrían perjudicar. El argumento presupone dos cuestiones: el autopaternalismo y la racionalidad imperfecta. Se trata de mecanismos que aseguran que el sujeto pueda “atarse a sí mismo” para garantizar la racionalidad de decisiones futuras. Así como ciertas decisiones individuales aseguran la racionalidad de una decisión posterior, lo mismo ocurre desde un punto colectivo. De este modo, el mecanismo de un modo indirecto explica aquellos casos en los que actuamos así porque “llevar a cabo cierta decisión en el tiempo t_1 [logrará] aumentar la probabilidad de llevar a cabo otra decisión en el tiempo t_2 ”. En suma, “atarse a sí mismo en [ciertas] situaciones consiste en excluir determinadas decisiones del futuro, para preservar una decisión del pasado que se valora positivamente”⁵⁸. Esto, y no otra cosa, haría la “primacía de la constitución”.

La estrategia del precompromiso, entonces, se basa en una analogía con las decisiones individuales. Según ella, al igual que en estos supuestos existen mecanismos de decisión colectiva que también intentan asegurar la racionalidad futura; de este modo, pretenderían “excluir la posibilidad de tomar determinadas decisiones [...] para preservar contenidos especialmente valiosos”⁵⁹. La democracia constitucional, a decir verdad la primacía de la constitución, sería un ejemplo claro de esta noción. Pues, “determinadas materias (los derechos fundamentales, la estructura territorial del Estado, la división de poderes, etc.) quedan fuera de la agenda política cotidiana y, por lo tanto, del debate público y del debate legislativo —de la regla de la mayoría, que solo vale para la agenda del resto de cuestiones—”. Es que, “[s]i las decisiones colectivas son susceptibles de ser afectadas por la debilidad de las voluntades concurrentes, entonces es razonable pensar en introducir mecanismos procesales para la toma de decisiones que introduzcan la

⁵⁸ Conf. MORESO, J., “Derechos y justicia procesal imperfecta”, p. 36.

⁵⁹ Conf. MORESO, J., “Derechos y justicia procesal imperfecta”, p. 36.

racionalidad indirectamente [...] Por lo tanto, el coto vedado de los derechos constitucionales está justificado como un mecanismo de precompromiso para nuestras decisiones colectivas”. Por eso, se convierte en un “instrumento susceptible de dificultar [las] decisiones que violan derechos”⁶⁰.

Sin embargo, la estrategia tiene sus propios problemas. En primer lugar, se basa en una por demás cuestionable analogía entre las decisiones individuales y colectivas. Esto tiene un aire paradójico. Es justamente lo que hace atractiva la propuesta teórica la que determina sus dificultades. En efecto, parte de su atractivo es que estamos muy familiarizados con ella; es muy común que recurramos cotidianamente para garantizar la racionalidad de nuestras propias acciones⁶¹. No obstante, la semejanza es solo superficial. Existe una diferencia fundamental: en el caso individual *es el mismo* sujeto quien se impone esas restricciones; ello no ocurre con respecto a la comunidad⁶². Si existe la posibilidad de que la comunidad cambie, el problema de la identidad deviene consustancial a las normas que se habrá de dictar. Moreso, en su respuesta, intenta una salida elegante; pero infructuosa. No cuestiona las objeciones que se le formulan ni propone una interpretación mejor de la idea de precompromiso. En rigor, debía dar razones de por qué el problema de la identidad no tiene la importancia que los críticos le adjudican; debía demostrar que no se trata de distintas comunidades en distintos tiempos; que, en suma, es uno y el mismo sujeto el que se ata. Ahora bien, no fue esta su estrategia. Por el contrario, pretendió derruir la objeción cuestionando la analogía entre decisiones individuales y

⁶⁰ Conf. MORESO, J., “Derechos y justicia procesal imperfecta”, p. 37.

⁶¹ WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, p. 309.

⁶² Sobre el problema de la “identidad”, véase GARGARELLA, R., “Los jueces frente al ‘coto vedado’” y BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”. Recuérdese cómo Jefferson y Paine insistían en que la tierra le pertenece a los vivos. Por eso el primero propuso que cada generación debía estar en condiciones de dictar su propia constitución cada diecinueve años (ya que este sería el término de “vida” de una generación). Sobre estos autores y otros ejemplos históricos sobre la “dificultad intergeneracional” y el gobierno de la “mano muerta del pasado”, véase HOLMES, S., “El precompromiso y la paradoja de la democracia”.

colectivas. En particular, cuestiona que exista algo así como una noción de la identidad en el ámbito individual: su posición es que “existe en [la] crítica el presupuesto de que la identidad de los agentes individuales no es problemática y que un agente individual tiene en cada momento una sola opinión acerca de cómo debe comportarse”. Además, agrega, los teóricos que se han ocupado de este problema acuden a una analogía entre el concepto de identidad individual y la identidad de una sociedad. De esto deduce que “[d]ado que la pluralidad y el conflicto no solo son un problema para las decisiones colectivas, sino también para las decisiones individuales; entonces el mecanismo del precompromiso no puede impugnarse en el caso de las primeras y justificarse en el caso de las segundas”⁶³.

Ahora bien, no creo que esta sea una respuesta adecuada a la objeción democrática. Por el contrario, me parece que preterintencionalmente se allana al planteo. Por ejemplo, Jeremy Waldron insistió que el núcleo de este problema radica en no distinguir cuándo un sujeto se coloca ante el juicio de otro individuo (o conjunto de individuos). Pues todo caso en que se coloque en el deber de soportar o someterse al juicio de otro individuo (o conjunto de individuos) es de difícil justificación. Según este criterio, entonces, no habría ningún problema en objetar la supuestamente no objetable decisión individual⁶⁴. Si se diera el caso en que el individuo se coloca sobre el *juicio* de otro no estará justificado el mecanismo. Entonces, si se demostrase que el

⁶³ MORESO, J., “Sobre el alcance del precompromiso”, p. 97.

⁶⁴ Para Waldron diferenciar entre “mecanismos causales” y someterse al “juicio de otro” hace que la analogía de *Ulises* no sea satisfactoria. Un ejemplo al que recurre es muy esclarecedor. Imagina una persona, Bridget, que se debate entre concepciones religiosas alternativas. Y, sin embargo, un buen día se compromete con una fe tradicional en un Dios personal. Por eso decide entregar las llaves de su completa biblioteca sobre teología a un *grupo de amigos* con instrucciones de no devolvérselas nunca; aun cuando se las pida. Ahora bien, un buen día las dudas sobre su fe renacen. Entonces, pide que se las devuelvan. Se trata, claro, de una contradicción entre dos o más *yoes* en conflicto. El punto es que al someterse al juicio de otro, no es posible no cumplir con esta exigencia sin tomar partido sobre la forma de manejar y comprender las concepciones teológicas de la protagonista. WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, p. 320/322.

individuo ya, en un sentido relevante, no es más el mismo individuo la decisión se habría colocado en manos de otro individuo y, por tanto, no estaría justificada. La voluntad de éste estaría dominada arbitrariamente por la de otro.

En segundo lugar, se basa en una premisa cuestionable y no justificada: las decisiones más meditadas y de mayor racionalidad son las adoptadas en los momentos fundacionales del ámbito constitucional; y no en casos de política ordinaria. Además presupone que las mayorías tienden a fagocitar los derechos de las minorías. En rigor, se trata de una actividad un tanto esquizofrénica. Los individuos, en el ámbito de su privacidad, son considerados “portadores de derechos”. Estos se protegen porque ellos son autónomos y las decisiones adoptadas en ejercicio de esa autonomía deben ser respetadas y quedar fuera del escrutinio público. Esas decisiones, se piensa milleanamente, son las mejores que pueden tomarse pues cada uno es el mejor juez sobre sus asuntos. Ahora, cuando ese individuo trasciende el ámbito de su privacidad, cuando sus actos dejan de ser autorreferentes, asumirá una posición de “depredador de derechos”. En palabras de Waldron:

...el respeto por los derechos individuales no es compatible con una imagen puramente depredadora de las mayorías legislativas, puesto que las mayorías están compuestas por individuos portadores de derechos y parte de lo que respetamos en esos individuos es su capacidad para ser portadores de derechos para darse cuenta responsablemente de lo que ellos deben a los demás”⁶⁵.

Moreso frente a esta crítica tiene una doble réplica. Por un lado, el precompromiso no es un fin en sí mismo; es un instrumento destinado a asegurar que ciertas decisiones *acertadas* estén atrincheradas. Por otro, ese resultado se logrará en tanto los bienes atrincherados sean dignos de protección. Por eso, sostiene, “[l]a calidad de una decisión constitucional no depende de que esté atrincherada sino de su acuerdo con los principios de justicia”. Ahora bien, insiste en que deben distinguirse dos formas de entender el precompromiso: (i) como mecanismo para

⁶⁵ WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, p. 308.

alcanzar resultados adecuados; y, (ii) como “mecanismo de evitación”. En cuanto a lo primero, acepta que la mayor calidad deliberativa no se encuentra en cómo (y cuándo agregaría) se toma una decisión. Es su contenido lo que cuenta; sobre qué se decide. Presume que los integrantes de comunidades políticas estarían de acuerdo sobre cuestiones muy generales y abstractas. Para sostener esto denuncia cierta incoherencia de la postura democrática. Si cualquier objeción se sostiene sobre el “hecho del desacuerdo” en las circunstancias de la política, no existe ninguna razón para sostener que todo es controvertido y controvertible en relación a las cuestiones sustantivas pero no sobre el derecho a la participación⁶⁶. En relación al segundo punto —*i.e.* como “mecanismo de evitación”—, evitaría un “exceso de deliberación”, una “deliberación muy conflictiva” y excluiría asuntos espinosos cuya no resolución impediría incluso el vivir juntos⁶⁷. Ahora, esta salida solo puede tener efectos explicativos o brindar motivos estratégicos a esos fines; pero de ningún modo justificatorios. Esto es, tiene sentido en cuanto reconstrucción heurística de decisiones constitucionales⁶⁸. Empero, por qué sería una razón moral para atrincherar estas cuestiones queda pendiente; además, nótese, la relación entre las “reglas mordaza” y el ámbito deliberativo y democrático son inversamente proporcionales. Si el contenido, número y extensión de esas reglas de evitación aumentan, las posibilidades democráticas de deliberación disminuyen⁶⁹. Más allá de este punto, Sunstein identificó dos problemas adicionales.

⁶⁶ Esta objeción, por algo que diré más adelante, tiene sentido sobre Waldron pero no sobre el constitucionalismo débil defendido por Bayón.

⁶⁷ Esta estrategia fue pensada por Stephen Holmes. Para este autor, “al aplazar la discusión sobre un asunto espinoso, un grupo o una nación pueden aumentar su capacidad de resolver el problema emergente cuando este ya no puede disimularse”. HOLMES, S., “Las reglas mordaza o la política de omisión”. En: ELSTER, J. & SLAGSTAD, R., *Constitucionalismo y democracia*, p. 73.

⁶⁸ Es muy estimulante relacionar estas *gag rules* con acontecimientos históricos de una comunidad específica. Para el caso de los Estados Unidos, véase HOLMES, S., “Las reglas mordaza o la política de omisión”.

⁶⁹ Esto lo reconoce HOLMES, S., “Las reglas mordaza o la política de omisión”, p. 85: “La democracia no solo se vuelve posible, sino también imperfecta, por una reducción sistemática de los asuntos bajo el control de la mayoría”.

En primer lugar, la privatización de cuestiones conflictivas puede ser un “arma de dos filos”. Esto es, puede ser cierto que promueva la democracia pero la falta de deliberación pública sobre ello no establece de un modo claro cuál habrá de ser su resultado. Además, “la privatización por medio de ley constitucional inmuniza también la cuestión ante el escrutinio público...”. Y esto puede generar efectos indeseados. En particular, si uno asume que un aspecto importante de la política es el tratamiento de cuestiones conflictivas, de sostenerse esa postura, el ámbito sobre el que ella habrá de expresarse no sería trascendente; “los procesos democráticos solo podrían actuar cuando lo que estuviere en juego fuera poco relevante y las cuestiones más graves se resolverían tras bambalinas o entre grupos particulares”. En segundo, el espacio que le resta a la ciudadanía para tratar estos temas conflictivos no es institucional. Una buena pregunta, entonces, sería en qué ámbito ellos podrían ser discutidos y cuáles alternativas quedarían en manos del pueblo. El problema es que, como dice Sunstein, “[s]i la resolución por medios de procesos políticos es inviable, el pueblo podrá ejercer mayor presión y, tal vez, se valdrá de los remedios políticos generales, perderá la fe en el sistema y recurrirá a medios extralegales”⁷⁰.

Al margen de esto, quisiera insistir en un punto reclamado por Waldron. Para él, deben distinguirse las situaciones referidas a mecanismos causales y las que están relacionadas con juicios externos. Por eso, recuerda que la (primera) posición de Elster supuso que los mecanismos de autoimposición de limitaciones fijan un procedimiento causal externo al agente. De este modo, atarse a sí mismo implica un proceso causal en el mundo externo que facilita la ejecución de la decisión adoptada en t_1 . No es esto lo que ocurre en política. Los límites constitucionales no funcionan causalmente sino que, por el contrario, importan que un conjunto de personas —*i.e.* una comunidad política— otorgan un poder de decisión a otra persona o conjunto de personas (un tribunal), como una *cuestión de juicio*, si la conducta que está siendo contemplada (por ejemplo, por el Parlamento) en t_2 vulnera un límite adoptado en t_1 ⁷¹. Vale decir, se trata de una situación en la que alguien

⁷⁰ SUNSTEIN, C “Constitucionalismo y democracia: un epílogo”. En: ELSTER, J. & SLAGSTAD, R., *Constitucionalismo y democracia*, p. 357.

⁷¹ WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, p. 313.

se coloca en manos de un tercero para que evalúe si las situaciones por él pensadas con anterioridad, en este instante están presentes. No es el mismo sujeto quien las evalúa sino que es un tercero quien adquiere la *capacidad de juicio* para su determinación e identificación. Y, lo que es fundamental, sujetar la cuestión al sometimiento de “juicios externos”, en especial cuando se invita a jueces constitucionales a recurrir a principios abstractos de moralidad política, “presagia el desacuerdo, y en política la cuestión es siempre cómo deben resolverse los desacuerdos entre los ciudadanos”⁷². Por eso el interrogante fundamental, nos dice Waldron, es: “¿el juicio de *quién* debe prevalecer cuando los ciudadanos discrepan en sus juicios?” Si recurriésemos a los jueces en este caso, no es en el juicio de la comunidad precomprometida; sino que, por el contrario, es el juicio de un tercer sujeto distinto. Lo que ocurre es que “...los arreglos constitucionales [...] no pueden ser considerados realmente como una forma de precompromiso por un agente A en un tiempo t_1 respecto de una decisión (para el tiempo t_2) que el propio A ha tomado. En su lugar, es una forma de sumisión de A en t_1 a cualquier juicio realizado en t_2 por otro agente B en la aplicación de principios muy generales que A ha ordenado tener en cuenta a B”⁷³.

Y, en tercer lugar, esta estrategia solo podría dar razones respecto a la primacía de la constitución; mas no respecto del control judicial de constitucionalidad. Esto lo reconoce Moreso y, por eso, su conclusión no es terminante. Para él no existen razones independientes de la cultura política en la que se inserta para su justificación. En tanto no es necesario que el *judicial review* proporcione resultados justos y correctos, sino que esta posibilidad está condicionada por (y depende del) contexto político en el que este arreglo se incorpora⁷⁴. Por eso,

...si el control jurisdiccional de constitucionalidad es un instrumento adecuado para asegurar el coto vedado de los derechos depende de consideraciones contingentes y estratégicas. En algunas sociedades y en algunos momentos [...] puede ser adecuado para aumentar la probabilidad de

⁷² WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, p. 315.

⁷³ Conf. WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*, p. 316.

⁷⁴ La misma idea defiende DWORKIN, R. *La justicia con toga*, Marisa Iglesias

que las decisiones colectivas sean justas; en otras sociedades o en otros momentos, puede favorecer a minorías elitistas deseosas de mantener el *status quo*. Por lo tanto, la conveniencia de los mecanismos de control judicial de la constitucionalidad depende de circunstancias históricas y contingentes⁷⁵.

Ahora bien, solo en un supuesto la actuación del Poder Judicial es indispensable e independiente de cualquier consideración contingente y contextual: los conflictos de derechos. En estos casos de ningún modo puede sostenerse que se trate de decisiones judiciales que tengan visos contramayoritarios. Su actuación es inevitable: los derechos morales no son derechos absolutos sino derechos *prima facie*, por lo que la posibilidad de conflictos está siempre latente. En suma, respecto del *judicial review* Moreso acentúa su valor instrumental y, por tanto, deben considerarse las circunstancias políticas de que se trate. Empero, su consideración no brinda muchas razones de por qué esto sea así. En particular, como ha aceptado recientemente, su teoría no efectúa un balance adecuado entre el valor intrínseco y el valor instrumental de un procedimiento; presupone, por el contrario, que en la “primacía de la constitución” este último es asegurado de un modo más fiable; pero no así en el control jurisdiccional de constitucionalidad.

Reconocido que un procedimiento cualquiera debe tener en cuenta su valor instrumental y, además, su valor intrínseco, se echa de menos considerar ambas cuestiones para evaluar su corrección y determinar su selección. Para eso debería efectuar un adecuado balance entre ambos valores. Esto nos coloca de lleno en la contribución de Juan Carlos Bayón al primer número de *Discusiones*. A su análisis se dirigen las próximas líneas.

Vila e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Trads.), Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 137/138: “Es perfectamente posible que una nación cuya Constitución escrita limite el poder de las cámaras legislativas asigne la responsabilidad última de la interpretación de la Constitución a instituciones distintas de un tribunal, incluyendo a las propias cámaras legislativas”. Y, más adelante (152), aclara: “Pensar que el concepto de democracia puede dictar que instituciones deberían tener o no la última palabra interpretativa resulta insuficiente. Tal decisión [...] tiene que tomarse conforme a otras razones”.

⁷⁵ Conf. MORESO, J., “Derechos y justicia procesal imperfecta”, p. 38.

Bayón en búsqueda de un (descontextualizado) constitucionalismo débil

Juan Carlos Bayón, en su trabajo “Derechos, democracia y constitución”, defiende una versión mínima de constitucionalismo; concepción que denomina “débil”. Asume que la discusión contemporánea en filosofía política y moral identifica dos rasgos esenciales a la “idea de derechos básicos o fundamentales”: 1. Atrinchera bienes que deben asegurarse incondicionalmente a cada individuo; y, 2. Constituyen “límites infranqueables” al procedimiento democrático. Sin embargo, no son de su interés estos ámbitos normativos sino que le preocupa problematizar su paso posterior: las consecuencias institucionales que se derivarían de la adopción de aquellas posturas abstractas. Para él, en el trayecto desde la teoría moral y política a estos diseños “se agazapan más dificultades de lo que parece”⁷⁶.

Recuerda Bayón que el constitucionalismo posee dos “piezas maestras”: (i) la primacía de una constitución en la que se incluyen derechos y (ii) la competencia de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de normas dictadas por el legislador democrático. Ahora bien, la combinación de estos elementos, y la forma de concebirlos, determinan “diseños institucionales muy diversos”. De ahí que es posible encontrar constitucionalismos más o menos robustos, según cómo se acomoden esos elementos. Y la relación con la democracia está estrechamente vinculada a ellos.

A partir de eso, en su intervención, Bayón se propone dos cuestiones. Primero, ofrecer razones democráticas en contra de diversas variantes del “constitucionalismo fuerte”. Sin embargo, no llevará sus conclusiones hasta los extremos. Por eso efectúa fuertes críticas y denuncia inconsistencias en la paradigmática posición de Waldron. Segundo, exponer los elementos característicos del “constitucionalismo débil”. En lo que sigue reconstruiré separadamente los argumentos que brinda para cada uno de estos propósitos.

⁷⁶ BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 66.

Crítica al constitucionalismo fuerte

Bayón retoma las críticas que Waldron efectuara en contra del constitucionalismo⁷⁷. Aunque, como anticipé, no acepta todas las consecuencias que se siguen de su posición. Pues, si tomamos seriamente esta postura debiéramos concluir que ningún tipo de constitucionalismo está justificado. Sin embargo, acepta un punto nodal en el argumento waldroniano: la regla de la mayoría posee un fuerte valor intrínseco, “una calidad moral, de la que carecería —o al menos no poseería en el mismo grado— cualquier otro procedimiento de decisión colectiva”⁷⁸.

Ahora bien, notablemente el constitucionalismo fuerte sería la negación de ese ideal. Por cuanto “construye y limita el funcionamiento [de la regla de la mayoría] colocando en cada uno de sus costados otros procedimientos —el de reforma constitucional y el de control jurisdiccional de constitucionalidad—” que, en rigor, dificultan que aquel pueda mantener su valor esencial⁷⁹. En primer lugar, porque la exigencia de mayorías reforzadas no solo que equivale al poder de veto de la minoría —y con ello se asegura y favorece el *status quo*— sino que también atribuye un desigual valor al voto de los partidarios y oponentes de la propuesta. Las mismas razones son extensibles al control jurisdiccional de constitucionalidad a partir de la aceptación de esta premisa. En particular, porque en cuanto “mecanismo estrictamente procedimental”, destinado a fijar los límites a la regla de la mayoría, se aparta “del ideal de la participación en términos de igualdad en la elaboración de las decisiones públicas”. En tanto, los que habrán de tomar una decisión definitiva sobre el alcance de los derechos no serán los propios afectados por la decisión de que se trate, con respeto por el igual valor moral de cada ciudadano, sino que serán ciertos individuos

⁷⁷ Para él, se trata de la crítica más “lúcida y potente” (p. 70).

⁷⁸ BAYÓN, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 72. También FERRERES COMELLA, V., “El control judicial de constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”. En: CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L. (Eds.), *El canon neoconstitucional*, p. 481.

⁷⁹ BAYÓN, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 72/73.

no representantes del pueblo, ni controlados por él, quienes adoptarán esa decisión.

Distancias de Waldron

Para Waldron ningún modo de constitucionalismo estaría justificado desde un punto de vista democrático⁸⁰. En cuanto, en última instancia, implica la defensa de una regla procedimental y, como tal, debe determinarse aquella que sea más coherente con el valor de igualdad moral que subyace a la regla de la mayoría. Ante esto, Bayón lo coloca en un verdadero dilema. Reconoce que la noción de “procedimiento democrático”, en rigor, hace referencia a una “familia” de procedimientos y que es posible que la decisión sobre cuál de ellos sea el que se habrá de adoptar, se realice “a través de aquél que entre ellos se haya adoptado como regla de decisión en el pasado”. Ahora bien, so pena de no tratarse de un procedimiento cualquier variante debería adoptar un “núcleo mínimo común”,

“Entonces, o bien ese núcleo mínimo es un límite a lo que las mayorías pueden decidir válidamente, o no lo es. Si no lo es, lo que se está propugnando es la versión del procedimiento democrático auto-comprensiva o abierta al cambio: y en ese caso el constitucionalismo quedaría justificado solo con que su implantación se acordase mediante una decisión democrática. Por el contrario, si aquel núcleo mínimo es un límite intangible sustraído a la decisión de la mayoría, la estrategia procedimentalista sí fundamenta el atrincheramiento constitucional de algunos contenidos. Por cualquiera de los dos caminos, en definitiva, la tesis de Waldron sale mal parada⁸¹.”

De modo tal que, según el dilema que construye Bayón, Waldron o es incoherente o contradictorio. Lo primero, pues no podría no aceptar que democráticamente se adopte una versión mínima de consti-

⁸⁰ No obstante, según diré, esta posición ya no es defendida por Waldron. Véase, WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”.

⁸¹ Conf. BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 81.

tucionalismo. Lo segundo, porque si aceptara proteger algunos contenidos para asegurar el procedimiento democrático, existirían cuestiones sustantivas que deberían atrincherarse. Lo mismo ocurriría si la regla de la mayoría fuese “cerrada al cambio” —*i.e.* no puede aceptarse que por mayoría se modifique el propio procedimiento—; es más, para Bayón esta sería la única forma de respetar el valor esencial que se reconoce en el principio de igualdad política. Dado que si ella se considera valiosa no es posible aceptar que se adopte una decisión que la ponga en riesgo. De este modo, si existen razones fuertes en el planteo de Waldron y si, no obstante, algunos de sus postulados son deficientes, es menester un nuevo programa para clarificar las dificultades y mejorar los aspectos propositivos de una teoría respetuosa tanto al valor moral igualitario de la regla de la mayoría como a la necesidad de producir resultados justos.

Hacia un constitucionalismo débil

En este punto, Bayón ofrece su gran contribución al debate sobre las tensiones entre democracia y constitución. Advierte que “la justicia de un procedimiento (del cómo se decide) es distinguible de la justicia de sus productos (del qué se decide)”. De tal modo, es predicable un mayor o menor *valor intrínseco* sobre la justicia de un procedimiento y un mayor o menor *valor instrumental* según la probabilidad de que él arroje resultados (o sus productos sean) justos⁸². Waldron no advertiría esta distinción. Y tampoco, agregaría yo, Moreso. El primero, pone su atención únicamente sobre el mayor *valor intrínseco* de un procedimiento y, así, no considera su valor instrumental en tanto acepta que todos los procedimientos son falibles por definición. El segundo, sobre el mayor *valor instrumental*; en tanto solo tiene en cuenta aquel diseño institucional que favorezca resultados justos. Ahora bien, replica Bayón, que todos los procedimientos sean falibles “no implica que lo sean *en el mismo grado*, es decir, que la probabilidad de generar productos injustos sea la misma para todos [ellos]. Y por tanto al elegir un procedimiento no deberíamos

⁸² BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 85.

comparar solo sus valores intrínsecos, sino también sus valores instrumentales”⁸³.

Si se acepta esto, existen dos argumentos contra el crítico del constitucionalismo. Por un lado, negar el valor intrínseco que se predica de la “regla de mayoría” —*i.e.* afirmar que no está respaldada por un principio sustantivo incardinado en el valor y trascendencia de la igualdad política—. Por otro, sostener que la elección de un procedimiento no puede hacerse a espaldas de un balance entre su valor intrínseco e instrumental. Bayón rechaza la primera estrategia argumentativa pues, para él, “ningún otro procedimiento asegura la misma capacidad de reacción a la mayoría de los ciudadanos frente a decisiones que desapruera”⁸⁴. De tal suerte, concluye, si se acepta el ideal moral del coto vedado en procura de la protección de ciertos derechos y, también, se sostuviera que uno de esos derechos es el de “participar en términos igualitarios en la toma de decisiones colectivas”, entonces es necesario hacer un “balance adecuado entre valores procedimentales y sustantivos”. El resultado de ese balance debería ser la instauración de un tipo de diseño institucional al que denomina «constitucionalismo débil»:

Ese diseño admite un núcleo —formulable en forma de reglas— irreformable; reconoce que puede haber ventajas —de tipo instrumental— en que el resto del contenido del coto vedado (solo formulable en forma de principios) alcance expresión constitucional; y respecto al control jurisdiccional de constitucionalidad, puede considerarlo deseable —como mecanismo para incrementar la calidad de la deliberación previa a la toma de decisiones— dependiendo de cuál sea su ensamblaje con el resto de los componentes del sistema: porque en lo que insiste de manera decidida es en evitar que la combinación de aquél con mecanismos de reforma constitucional que exigen gravosas mayorías reforzadas prive a los mecanismos ordinarios de la democracia representativa de la última palabra⁸⁵.

⁸³ BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 85/86.

⁸⁴ BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 87.

⁸⁵ Conf. BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 89. Una defensa

De tal modo, es posible que exista una variante del constitucionalismo que imponga límites sustantivos a la regla de la mayoría y, sin embargo, no la asfixie. Por eso, “quien entienda que ciertas decisiones no deben ser tomadas debe preferir un procedimiento que las excluya, es decir, uno que respecto a esas decisiones no sea falible”. Aunque no implica que deban materializarse constitucionalmente todas las exigencias de justicia. Se trata, por tanto, de un constitucionalismo “muy débil”; en el que “solo una pequeña parte del contenido del coto vedado es la que consigue primacía sobre la legislación ordinaria —aunque, eso sí, resulte inmodificable— y en él no hay lugar para el control jurisdiccional de constitucionalidad”. Esa pequeña parte debe formularse en términos de *reglas*, porque si se desarrolla en forma de *principios* el procedimiento de “determinación” será inevitable⁸⁶.

Una observación interesante sobre este planteo realizó Vilajosana. Para él, que se quiera blindar una determinada disposición a través de una regla no la inmuniza a los problemas propios del lenguaje natural⁸⁷. Y, si esto es cierto, la posición de Bayón solo es una ilusión. De todos modos, no creo que la objeción sea tan seria como se la postula. Es un

semejante, en DE LORA, P., “Justicia constitucional y deferencia al legislador” y “Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”.

⁸⁶ Para Bayón este “procedimiento de determinación” es inevitable cuando las restricciones sustantivas se formulan en forma de principios. Y, agrega, “[e]sto requiere una advertencia inmediata: muy pocos límites sustantivos pueden ser formulados [a través de reglas]. El problema no es solo el desacuerdo con otros, sino la indeterminación de nuestras propias concepciones acerca del contenido y límites de las restricciones sustantivas que querríamos ver respetadas por cualquier regla de decisión: las formulamos en forma de principios no solo porque a mayor vaguedad mayor posibilidad de aceptación general, sino también porque no sabemos ser más precisos sin correr el riesgo de comprometernos con reglas ante cuya aplicación estricta nosotros mismos retrocederíamos en circunstancias que, sin embargo, no somos capaces de establecer exhaustivamente de antemano”. Conf. BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 84.

⁸⁷ VILAJOSANA, J. “Precondiciones para el análisis del conflicto entre Tribunal Constitucional y Parlamento”, p. 112.

hecho notorio que el derecho, por más que se formule en términos de reglas, está a merced de los problemas de vaguedad, textura abierta o ambigüedad que le son connaturales. Bayón es consciente de esto y no es un problema que no tuvo en cuenta o menospreció. Ahora, más que una cuestión referida a su propuesta, es un problema del propio medio con el que se comunica el derecho: el lenguaje. Estos problemas son ineliminables. Más allá de eso, debería aceptarse que estos supuestos son menos regulares de lo que se anuncia o, al menos, de los que una crítica fuerte debería presuponer. En todo caso, una variante del constitucionalismo débil podría sostener que en estos casos quien debería eliminar la dificultad no sea el poder judicial. Con respecto al diminuto “coto vedado” no es lo mismo prohibir “castigos crueles e inhumanos” que, derechamente, “la pena de muerte y los azotes”. Sin embargo, con esa objeción también se podría criticar la configuración de las reglas del juego democrático incluidas en el diseño débil en forma de núcleo irreformable. Piénsese en el siguiente ejemplo. Hace un tiempo, en la provincia de Córdoba, Argentina, se discutió el siguiente caso. Existía una dificultad interpretativa sobre cómo debían computarse las mayorías para la designación del Defensor del Pueblo de esa jurisdicción. La constitución vigente únicamente establecía que para el nombramiento debía concurrir el voto de “los dos tercios de la Legislatura”. Obviamente, se trata de un caso claro de una regla. Sin embargo, los problemas referidos a la textura del lenguaje estaban presentes. La discusión consistió en determinar si esa mayoría debía ser calculada sobre la totalidad de los miembros del cuerpo deliberativo o bien sobre los presentes en una sesión convocada al efecto. Según este planteo, se trataría de un problema que Bayón y el constitucionalismo débil no podrían solucionar. En este caso, debería pronunciarse el Poder Judicial a fin de la eliminación de la duda interpretativa. Y como se trata de un límite del lenguaje, el juez propiamente actuaría con discrecionalidad. De este modo, el procedimiento de determinación, aun cuando se formule con reglas relativamente claras, es inevitable. Por eso, la posición de Bayón no pasaría de un deseo imposible. Una visión débil del constitucionalismo, de todos modos, puede salir de la encerrona: en estos casos, en los que incluso existirían problemas de

lenguaje referidos a las reglas constitutivas de la democracia, debería privilegiarse la interpretación que sobre ellas efectúe el Poder Legislativo. No obstante, dado que no es posible arribar a esta conclusión desde esta teoría, para sostenerla deberíamos recurrir al “constitucionalismo popular”. De él me ocuparé más adelante.

Bayón y el abandono de la descontextualización

Con razón ha dicho Moreso que la última contribución a este tema de Juan Carlos Bayón “cierra un debate” iniciado por filósofos del derecho y constitucionalistas en la década del noventa⁸⁸. Ni se equivoca ni exagera la importancia de este trabajo. Tengo para mí que es el mejor artículo en lengua castellana sobre el espinoso problema del constitucionalismo y su relación con la democracia. Nunca antes alguien había desarrollado con semejante *expertise* los problemas inmersos en la discusión. Aborda con maestría todas las cuestiones de teoría constitucional, teoría del derecho, filosofía política y diseño institucional que están presentes por lo que, seguidamente, me ocupare de él.

Recapitulemos, este autor en clave waldroniana criticó sesudamente al constitucionalismo fuerte. Básicamente, porque los arreglos que propicia no tienen en cuenta el mayor *valor intrínseco* de la regla de mayoría. Hecho esto, analiza la postura de quien sentó las premisas de su razonamiento crítico. Sin embargo, como quedó dicho, esta posición se presenta como contradictoria e incoherente por lo que son necesarios algunos retoques. Su conclusión fue la justificación de un diseño institucional que denominó “constitucionalismo débil”; en tanto era el mejor resultado de balancear el *valor instrumental* y el *valor intrínseco* de un procedimiento. Esta defensa era de modo incondicionado —*i.e.* más allá de las circunstancias políticas de que se trate—; se trataba del único diseño justificado democráticamente en tanto hacía más justicia (que

⁸⁸ Para MORESO, J. (*La constitución: modelo para armar*, p. 146), “a partir de ahora quien quiera referirse seriamente a esta cuestión deberá partir de dicho trabajo y, en este sentido, cierra una puerta y abre otra hacia una morada más amplia y luminosa”.

cualquier otro) al balance de razones intrínsecas e instrumentales a considerar en la elección de un determinado procedimiento. Ya no le parece justificado este proceder. Para él si uno acepta que la justificación de un diseño institucional es el resultado del balance recién referido debería aceptar que está sometido a cuestiones que dependen de un análisis “contextual”; esto es, “en diferentes condiciones sociales pueden estar justificados procedimientos de decisión distintos”⁸⁹.

Luego de desarrollar todos los argumentos que se han dado en este intenso debate pretende desterrar dos ideas que, a su criterio, son inaceptables. Primero, la que sostiene que existen solo dos formas institucionales de articular constitucionalismo y democracia —*i.e.* “constitucionalismo fuerte” *vis a vis* soberanía parlamentaria—. Segundo, que la deseabilidad y justificación de un diseño institucional “no es relativa a circunstancias contingentes que puedan variar de una comunidad a otra”⁹⁰.

En cuanto a lo primero, para él existen en la actualidad sistemas políticos que, sin asumir ninguno de los extremos mencionados, se articulan en condiciones tales que si bien dejan la última palabra sobre “la mayoría parlamentaria ordinaria” establecen arreglos que los alejan del llamado modelo de *Westminster*. Invoca, para esto, casos representativos del “constitucionalismo débil” que defendió en *Discusiones*: el sistema canadiense y su cláusula *notwithstanding*, el Tribunal Constitucional de Nueva Zelanda que puede emitir declaraciones de incompatibilidad de una ley sin invalidarla ni inaplicarla o Australia con una constitución rígida que no incluye declaración de derechos. Entonces, la presuposición extendida de que las alternativas institucionales son diádicas sería falsa. Se deduce de esto que el constitucionalismo débil tiene expresión institucional y que, por tanto, su funcionamiento correcto debería ser analizado en función de cada uno de los casos en que se presenta.

⁸⁹ Conf. BAYON, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, p. 450. A esta estrategia la llama “planteamiento rawlsiano”. Aunque reconoce (p. 453, n. 117) que Rawls no mantuvo sin matizaciones esta última postura después de *Teoría de la Justicia*.

⁹⁰ BAYON, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, p. 472.

En segundo lugar, matiza su posición anterior e insiste en que si acepta que la justificación de un diseño institucional depende de balancear su *valor intrínseco* y su *valor instrumental*, debería admitirse que el diseño preferible para una comunidad es una cuestión dependiente del contexto —*i.e.* relativa a variables de cultura política—. Por eso, “para diferentes condiciones sociales habrá que considerar justificados procedimientos distintos”⁹¹. Empero, si la participación democrática en la toma de decisiones públicas es intrínsecamente valiosa todo mecanismo contramayoritario es *prima facie* disvalioso; y, por tanto, necesita una justificación adicional. Empero, no implica que en modo alguno no pueda brindarse. En efecto, podrían ofrecerse un conjunto de razones adecuadas siempre y cuando esos mecanismos aseguren un valor instrumental en un grado suficiente como para “compensar su [escaso] valor intrínseco”⁹². Subyace a esta manera de ver el problema que,

aunque el conflicto entre el valor intrínseco y el valor instrumental de un procedimiento es siempre posible, las circunstancias sociales en las que el procedimiento mayoritario realiza en mayor medida su valor intrínseco tienden a coincidir con aquellas en las que menos reticencias hay que tener en relación con su valor instrumental, con aquellas, en suma, en que son más escasas las razones para presuponer que, en comparación con él, desplegará sistemáticamente un mayor valor instrumental un procedimiento que incorpore restricciones contramayoritarias⁹³.

Ahora, la función de los jueces constitucionales en el constitucionalismo débil no es menor. Si bien carecerían de competencia para resolver de modo definitivo cuestiones controvertidas de moralidad política pueden, todavía, tener una función bien trascendente. En efecto,

⁹¹ BAYON, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, p. 473.

⁹² BAYON, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, p. 453.

⁹³ Conf. BAYON, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, p. 475. La coincidencia de esta posición con los aspectos propositivos de la teoría de Gargarella son notables.

debieran ser vistos como promotores de un diálogo institucional de alta calidad. El poder judicial, en palabras de Bayón, sería el encargado de abrir “una forma de diálogo institucional que aumente la calidad deliberativa de los procesos de decisión, no, por tanto, imponiendo al legislador ordinario sus puntos de vista acerca de cuestiones relativas a la concepción de los derechos sobre las que existen desacuerdos razonables, sino haciendo ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones, forzándola de ese modo a reconsiderarlas, pero no necesariamente a abandonarlas”⁹⁴. Se trata esta, es cierto, de una posición mucho menor de la que dibuja para los jueces constitucionales el “constitucionalismo fuerte”, no obstante, se trata de la mejor forma de balancear el mayor *valor instrumental* del *judicial review* con su menor *valor intrínseco*; en tanto procedimiento conspicuamente contramayoritario. Y, para esto, nada mejor que pensar en el poder judicial como un facilitador del diálogo institucional y de aumentar la calidad de las razones presentes en el mismo.

Su estrategia puede ser cuestionada desde dos puntos de vista. Por un lado, podría objetarse su metodología —*i.e.* la promoción de un balance entre el valor intrínseco e instrumental de un procedimiento según consideraciones contextuales—. La objeción resaltaría que la propuesta es una solución meramente de “compromiso”: no advierte que la cuestión es normativa —*i.e.* se relaciona con cuestiones de legitimidad política— y que, por tanto, debe resolverse en el nivel más abstracto de justificación. De este modo, si los principios coherentes —en ese grado

⁹⁴ BAYON, J., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, p. 475. Moreso recuerda que él defendió la “dependencia contextual” del problema del *judicial review*. Como se vio, en *Discusiones* la defensa de este arreglo dependía de consideraciones contingentes y estratégicas relativas a si era un instrumento adecuado para asegurar los derechos; para producir resultados justos. Sin embargo, y reconoce la crítica de Bayón, no evaluó la necesidad balancear el valor intrínseco e instrumental de un procedimiento. Solo tuvo en cuenta este último, como ya dije antes. De todos modos, aun, considera que la “primacía de la constitución” puede ser defendida en términos incondicionales. Y no como, por el contrario, sostiene Bayón. Conf. MORESO, J., *La constitución: modelo para armar*, p. 31.

de abstracción— con nuestras intuiciones morales —y compromisos democráticos— determinan que el resultado de aquel balance es la no justificación de variantes del constitucionalismo fuerte, entonces, solo el constitucionalismo débil estaría justificado. Más allá de circunstancias contingentes relacionadas con cuestiones de cultura política. En suma, el primer Bayón tenía razón; no el segundo. Cualquier resultado de ese balance que no coincida con el constitucionalismo débil implicaría suplantarse el principio subyacente referido al valor moral de la igualdad política. Vale decir, no es cierto que, por ejemplo, si se concluyera que para una comunidad política es deseable un sistema constitucional rígido es esta una conclusión impuesta por consideraciones contextuales de cultura política. Al contrario, esta implicación es una consecuencia de que el principio normativo identificado como valioso fue modificado. No obstante, tengo la impresión que la estrategia de Bayón tiende a efectuar una adecuada vinculación entre teorías ideales y no ideales. Las teorías ideales son aquellas que “ofrecen una guía para el diseño institucional y la actuación de las personas en condiciones ideales”. Las teorías no ideales, al contrario, tendrían en cuenta contingencias históricas y sociales⁹⁵. Subyace en su postura que las teorías ideales tienen sentido en el nivel más abstracto de justificación; pero no cuando se trata de proponer diseños institucionales concretos. En efecto, solo teorías no ideales podrían dar cuenta del problema que acarrea el diseño de instituciones estables y coherentes con principios normativos pero adecuados a una arraigada cultura política. De no tenerse en cuenta esta distinción podría ocurrir que las propuestas institucionales sean vistas como “ideas fuera de lugar” —sin tener en cuenta los condicionamientos contextuales de su ejecución—, de imposible concreción práctica o que —sin quererlo— socaven los propios principios que se quiere asegurar por un deficiente encaje con el entorno cultural y político. Si todo esto es cierto, la objeción metodológica se basa en una presuposición errónea: las teorías ideales podrían determinar diseños institucionales para sociedades concretas. En resumen, Bayón cuestiona esta conclusión porque para él, cuando se trata de arreglos institu-

⁹⁵ Conf. VILAJOSANA, J. “Precondiciones para el análisis del conflicto entre Tribunal Constitucional y Parlamento”, p. 94/95.

cionales, no puede hacérselo desvinculado de cuestiones de cultura política en las que la propuesta institucional habrá de acomodarse. Por otro lado, podría criticarse que su propuesta se apoya en una hipótesis no justificada: los dos valores a ponderar poseen el mismo valor y, por tanto, son conmensurables de acuerdo a contingencias políticas. Esto, sin embargo, no es para nada claro. Podría pensarse, pues, que no está justificado que el *valor instrumental* de un procedimiento tenga el mismo peso que su aspecto *intrínseco*. Por el contrario, este último tiene mayor peso en todas las circunstancias. La posibilidad obtener resultados justos a través de él no deja de ser una conjetura. Entonces, debería prestarse atención única y exclusivamente al aspecto intrínseco. No obstante, podrían existir casos patológicos de instituciones que funcionan de modo tal que tienen una predisposición a la obtención de resultados absolutamente justos. Ahora, para aceptar esto, deberíamos comprometernos con alguna especie de objetivismo moral que, por otro lado, es cuestionable por sus propios fundamentos. Además, en el terreno empírico, debíamos pensar que el desacuerdo sobre cuestiones morales controvertidas no existe. Esto parece poco plausible para una teoría que pretende efectuar una opción de compromiso entre teorías ideales y no ideales. También, podría cuestionársele que presume que no habría desacuerdos a la hora de adscribir valores al procedimiento. Esto es, es posible que existan desacuerdos sobre el correcto valor, ya sea instrumental o intrínseco, que a predicar de un procedimiento. Si deben ser balanceados es porque pueden ser medidos y, en virtud de esto, deberíamos pensar que se trata de una cuestión graduable. Imaginemos que asignamos valores del 1 al 5 para determinar el peso de cada uno de estos valores; no es para nada claro por qué no existirían desacuerdos sobre su cuantificación precisa y, por tanto, debíamos seleccionar un metaprocedimiento para efectuar el balance al que nos invita Bayón. Y, si este fuera el caso, se originarán los mismos problemas que se quiso evitar.

Moreso objetó, desde otra perspectiva, este argumento. Para él, aun si acepta que el procedimiento democrático tiene un mayor valor intrínseco debe reconocerse que una decisión democrática tomada por personas en condiciones de igual libertad “es mucho mayor que el valor

de una decisión democrática tomada en condiciones de inmensas desigualdades”. Si esto es así, debería reconocerse que solo es posible aumentar ese valor satisfaciendo el resto de los derechos básicos a los que se refieren las declaraciones de derechos. Entonces, solo estaría justificado un diseño institucional que les conceda a ellos la primacía que el constitucionalismo fuerte les otorga⁹⁶. Ahora, esto presupone una concepción sustantiva de la democracia y de los derechos. Sin embargo, es posible adoptar —como creo que hace Bayón— una concepción *procedimental y deliberativa* que solo se comprometa con los que determinan que un sistema político pueda ser calificado como democrático —*i.e.* los esenciales para adscribir valor democrático a una decisión—. Más allá de lo cual habrá de exigir que, para tratar a los individuos como iguales, se ofrezcan razones sobre los puntos de vista de que se trate. La preocupación central de Bayón es salvaguardar los derechos necesarios “para que un sistema político se pueda calificar como democrático” y estos “son solo una parte de los que debería respetar un sistema político globalmente justo”⁹⁷. Vale decir, distingue las condiciones necesarias para predicar que un sistema es justo de aquellas relevantes para asignarle valor a la democracia. Es este último aspecto el que es de interés para una concepción deliberativa de la democracia, no el primero.

El planteo contextualizante se asemeja mucho a la posición del último Waldron. Recientemente distinguió entre un control de constitucionalidad fuerte (*strong judicial review*) y otro débil (*weak judicial review*). Aclara que es contra el primero que dirige sus críticas. Caracteriza a un diseño de este tipo que el poder judicial puede: 1. Negarse a aplicar una ley en un caso o modificar sus efectos para que se ajuste a ciertos derechos que podrían verse comprometidos⁹⁸;

⁹⁶ MORESO, J., *La constitución: modelo para armar*, p. 147.

⁹⁷ BAYON, J. (2010:426)

⁹⁸ Conf. WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”, p. 1354. Por contraste el *weak judicial review* se caracteriza porque los jueces pueden examinar la conformidad de una ley con ciertos derechos individuales pero lo que no pueden hacer es negarse a aplicarla simplemente porque de otra manera ellos podrían ser violados.

2. Declarar la inconstitucionalidad de una ley por ser violatoria de derechos del mismo modo que puede hacerlo con respecto a asuntos referidos a la separación de poderes y al federalismo (*rights oriented judicial review*)⁹⁹; 3. Ejercerlo *a posteriori* en el contexto de un proceso legal particular —*i.e.* después de que la legislación fue promulgada—¹⁰⁰; y, 4. La lleva a cabo un poder judicial ordinario¹⁰¹. Ahora bien, para comprender la objeción democrática debe tenerse en cuenta que es contra esta noción que el demócrata debe dirigir sus diatribas. Por eso, rechaza que sea extensible a casos (*no core cases*) caracterizados por una situación institucional básicamente deficitaria. Es esto lo que lo ubica en una objeción condicional y contextual. Para aclarar sus argumentos, identifica cuatro condiciones a cumplir por una sociedad hipotética para que la objeción tenga sentido: 1. Las instituciones democráticas funcionan razonablemente bien, incluyendo una legislatura representativa elegida a base del sufragio universal; 2. Las instituciones judiciales, que funcionan razonablemente bien, son creadas sobre una base no representativa para atender demandas individuales, resolver disputas y defender el *rule of law*; 3. El compromiso por parte de la mayoría de los ciudadanos (y sus funcionarios) con los derechos individuales y de las minorías; y, por último, 4. Un desacuerdo entre los miembros de la sociedad, persistente y de buena fe, sobre el alcance y contenido de los derechos individuales¹⁰². Las consecuencias institucionales sobre las sociedades en las que estén presentes estas condiciones son importantes: los desacuerdos no deberían ser resueltos por los tribunales; al contrario, la legislatura es el escenario adecuado para su resolución. En sus propias palabras: “*If these assumptions hold, the case for consigning such disagreements to judicial tribunals for final settlement is weak and unconvincing, and there is no need for decisions about rights made by legislatures to be second-guessed by courts*”¹⁰³. Sin embargo, cuando

⁹⁹ Conf. WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”, p. 1357/8.

¹⁰⁰ Conf. WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”, p. 1358/9.

¹⁰¹ Conf. WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”, p. 1359.

¹⁰² Conf. WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”, p. 1360.

¹⁰³ Conf. WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”, p. 1360.

aquellas condiciones fallen existe un espacio para la intervención judicial; de modo que los derechos sean tomados seriamente. En particular, para proteger minorías *discrete and insular*¹⁰⁴; pues podría darse que necesiten un cuidado especial que las instituciones con base electoral no les brinden adecuadamente para proteger sus derechos, reparar fallas del sistema político y facilitar su representación¹⁰⁵. Esta intervención depende, también, de cómo esté estructurado el poder judicial. En caso en que, al igual que la legislatura, no pueda cumplir con la asunción 2. no se justificaría el *judicial review*.

En suma, según el “segundo” Waldron no existiría una objeción generalizada e incondicionada al control de constitucionalidad. Por el contrario, está condicionada, en particular, a que las legislaturas no funcionen correctamente para proteger derechos. De este modo matizaría sus planteos anteriores. Insiste en que la objeción debe pensarse para el mundo real; y en el mundo real las legislaturas pueden fallar. Es en ese caso en que no estarían preparadas para proteger derechos. Y, por tanto, se trataría de un caso que merecería atención por parte del poder judicial. El punto es que los desacuerdos sobre el contenido y el alcance de los derechos, por lo general, no solo que son inerradicables sino que son, también, de buena fe. Las razones a las que debiéramos recurrir al evaluar un procedimiento para la solución de los desacuerdos en materia de derechos, según él, serían dos¹⁰⁶. Por un lado, aquellas orientadas a los resultados (*outcome related reasons*) y, por otro, las relacionadas al procedimiento (*process related reasons*). Estas últimas, se apoyan en que una persona participe en la toma de decisiones que le conciernen independientemente de cuáles sean los resultados esperados por esa participación. En tanto las primeras se vinculan con las razones

¹⁰⁴ Conf. “United States vs. Carolane Products Co.”, 304 U.S. 144, 152-153, n. 4 (1938) [*Justice Stone*]. Reclama cautela al analizar el carácter de estas minorías, pues no cualquiera merecería un tratamiento especial, WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”, p. 1403.

¹⁰⁵ Esto recuerda la “teoría del refuerzo de la representación”. Conf. ELY, J. *Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*, Magdalena Holguín (Trad.), Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, 1997.

¹⁰⁶ WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”, p. 1372.

para el diseño de un procedimiento de decisión que pretende asegurar resultados justos. Las cuestiones que hacen a cada uno de estos supuestos deben efectuarse según las circunstancias políticas de una determinada comunidad. De todos modos, podríamos interrogarnos si la teoría no es *ad hoc*, si lo único que nos dice es que en Estados Unidos el *judicial review* carecería justificación. Pues lo que Waldron considera un caso (casi) patológico no lo es en el mundo real al que él quiere referirse. Es más, ciertas disfuncionalidades de los Parlamentos reales, les son consustanciales —*i.e.* situaciones extendidas de lobby, de negociaciones entre legisladores que trocan votos por favores políticos para sus representados—, entonces, asunciones tan exigentes parecería que son menos corrientes en el mundo real que lo que una primera mirada podría pensar. De este modo, la dificultad contramayoritaria solo sería, quizás, una objeción para Estados Unidos y el Reino Unido.

Esta posición, no solo semánticamente, es muy semejante a la propuesta de Bayón. Recuérdese que este autor objetó al constitucionalismo fuerte, pero no consideró que fuese imposible justificar algún tipo mínimo de él¹⁰⁷. Luego, defendió que esta conclusión era relativa a las circunstancias políticas de un determinado país.

Si algo queda claro a partir de este viraje es que la discusión sobre las relaciones entre constitucionalismo y democracia cambió. De lo que se trata, ahora, no es de cuestionar democráticamente al constitucionalismo o al *judicial review* o proponer su supresión. Por el contrario, la discusión actual intenta ofrecer soluciones institucionales que, ya no en el nivel abstracto de justificación sino en el más concreto del diseño institucional, balanceen adecuadamente los valores a los que Bayón se refirió tan convincentemente. Y esta mutación es más clara en Roberto Gargarella y el “constitucionalismo popular”; como veremos a continuación.

¹⁰⁷ Existe, eso sí, un profundo desacuerdo con respecto al caso de Canadá. Para Bayón este es un supuesto de “constitucionalismo débil”. Mientras que para WALDRON, J. (“The core of the case against judicial review”, p. 1356) se trata de un caso de *strong judicial review*, porque aun cuando la famosa “cláusula *notwithstanding*” intentaría atemperar los rasgos fuertes del sistema no es usada frecuentemente.

Gargarella, el precompromiso y el constitucionalismo popular. En búsqueda de intervenciones dialógicas del poder judicial.

Roberto Gargarella, en su contribución “Los jueces frente al ‘coto vedado’”, se ocupa básicamente de dos cuestiones. Por un lado, los déficits del “precompromiso” para justificar la existencia de un “coto vedado”. Y, por otro, la justificación del control de constitucionalidad. En referencia a lo primero, se extiende sobre dos problemas, ya vistos, el de la “identidad” y el de la “pluralidad de los miembros”. Luego, objeta la justificación instrumental del constitucionalismo basado en su potencialidad para obtener resultados justos y que, además, asegure -efectivamente- la racionalidad. Para Gargarella, si se debe adoptar una constitución que incluya una lista muy abstracta de derechos y, al mismo tiempo, si esto es deseable porque favorece una discusión permanente sobre su significado, no es coherente, luego, proponer que se aislen de las decisiones de la política ordinaria. Dado que sería en este ámbito donde debería situarse esa continua deliberación. Es que, para él, si justificamos la democracia como un sistema que promueve la discusión pública, existen buenas razones para limitar el rol de los jueces en el ejercicio del control de constitucionalidad¹⁰⁸.

De tal modo, en su argumentación, existe un llamado de atención sobre qué cuestiones deberían tener competencias los jueces y sobre cómo debieran usarse. Es así que entiende que “pueden contribuir enormemente a la discusión colectiva, por ejemplo, señalándonos hechos y razones que hemos dejado de lado en nuestros debates”. Lo fundamental, entonces, es que deberían servir como percutor de un debate constitucional e institucional lo más abierto posible. Aunque, sin embargo, no deberían estar habilitados para dar por terminada esa deliberación según sus propios puntos de vista; porque, por ejemplo, no “deben decirnos si, en definitiva, tenemos o no el derecho al aborto”¹⁰⁹. El disenso, me parece, es sobre cómo interpretar que *la constitución no es*

¹⁰⁸ GARGARELLA, R., “Los jueces frente al ‘coto vedado’”, p. 61.

¹⁰⁹ Aquí se advierten las similitudes señaladas con los planteos de Bayón.

lo que los jueces dicen que es; sino que, según Rawls, “it is what the people acting constitutionally through the other branches eventually allow the Court to say it is”¹¹⁰. Para Gargarella la ciudadanía debe tener un mayor control sobre la constitución que el poco espacio que, en definitiva y pese a la fuerza retórica de las palabras empleadas, estaría dispuesto a asumir Moreso.

En la actualidad, Gargarella defendería una variante del llamado “constitucionalismo popular”¹¹¹. Bajo este rótulo, comúnmente, se incluyen una serie de autores que, en rigor, además de un programa académico abrazan un ideal político; situar el texto constitucional en manos del pueblo. Advierten que éste ha sido colonizado por ciertos expertos: por jueces constitucionales y esto, denuncian, es insoportable. Por eso, pretenden quitar la interpretación última de la constitución de manos de la judicatura¹¹². Para ellos, básicamente, el derecho constitucional es una especie particular de derecho político, un *political law*. Las bases sobre las que este movimiento se asienta, según este autor, son las siguientes:¹¹³ 1. Un desafío a la supremacía judicial; 2. Reprochan cierta “sensibilidad antipopular” en el mundo académico (aun) progresista; 3. Defienden una interpretación constitucional “extrajudicial”; 4. Realizan una lectura crítica sobre los efectos del

¹¹⁰ Citado por MORESO, J., “Derechos y justicia procesal imperfecta”, p. 45. En la versión castellana: “La constitución no es lo que el tribunal supremo dice que es. Es, antes bien, lo que el pueblo, actuando constitucionalmente a través de las otras ramas, permite eventualmente al tribunal supremo decir que es”. Conf. RAWLS, J., *Liberalismo político*, Antoni Domènech (Trad.), Barcelona: Crítica, 2004, p. 273. La opinión de Gargarella sobre la visión constitucional de Rawls en, GARGARELLA, R., “El constitucionalismo según John Rawls”. En: AMOR, C. (Comp.), *Rawls post Rawls*”, Buenos Aires: UNQ, 2006.

¹¹¹ Comparte este juicio, MORESO, J. *La constitución: modelo para armar*, p. 30, n. 25.

¹¹² Conf. TUSHNET, M., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton: Princeton University Press, 1999. La visión de este autor, en rigor, es más extrema que la de sus colegas; derechamente pretende que el poder judicial no ejerza control de constitucionalidad alguno.

¹¹³ Conf. GARGARELLA, R., “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El ‘constitucionalismo popular’ frente a la teoría de Nino”. En: CARBONELL, M. y GARCIA JARAMILLO, L., *El canon neoconstitucional*.

control de constitucionalidad basada en estudios empíricos que demostrarían la ineficacia del Poder Judicial para proteger los derechos más básicos¹¹⁴; 5. La posibilidad de generación de derecho por fuera del derecho; 6. Impulsan, en fin, una mayor participación popular en las estructuras políticas y económicas como modo de asegurar una mejor democracia. Interesa para este movimiento recuperar el rol central de la mayoría en una democracia constitucional. De ahí que piense que se ha sobredimensionado la posición de las minorías en el ámbito político, lo que opaca legítimas pretensiones democráticas y mayoritarias¹¹⁵. Es así

¹¹⁴ Acentúan que el poder judicial en muchos casos se coloca notablemente cerca de los poderes políticos; de ahí que carecería de la autonomía e independencia que idealizan sus defensores. Conf. GARGARELLA, R., “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes. El ‘constitucionalismo popular’ frente a la teoría de Nino”, p. 540. Barry Friedman investigó este punto con cierto detalle a partir de lo cual defiende lo que llama el “constitucionalismo popular mediado”. Según él existiría una frecuente coincidencia entre las decisiones judiciales y la interpretación constitucional efectuada por los poderes más políticos de la Constitución. Esto demostraría una estrecha relación entre la opinión popular y el control judicial. Su punto es que, no obstante, el constitucionalismo popular está mediado por jueces no electos, ciudadanos poco informados y representantes que tienen la disposición de actuar como “manda” la ciudadanía, o no. Conf. FRIEDMAN, B., “Constitucionalismo popular mediado”, Margarita Maxit (Trad.), *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2005, Año 6, 1, p. 123-160. Sobre esto, GARGARELLA, R., “Acerca de Barry Friedman y el ‘constitucionalismo popular mediado’”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2005, Año 6, 1, p. 161-167. Este autor objeta los aspectos normativos y descriptivos de la propuesta de Friedman. En relación a lo primero, critica su versión del constitucionalismo popular; para él es posible otra reconstrucción que ni propugne ni acepte las cuestiones que aquel le hace decir. Por eso, reinterpreta el movimiento como que objeta la inexistencia de mecanismos institucionales que le permitan a la ciudadanía asegurar un lugar central en la interpretación constitucional. Lo segundo, porque las “opiniones” de la ciudadanía que recoge, como representativas de la coincidencia entre las preferencias mayoritarias y las decisiones judiciales, son “endógenas” a un sistema institucional que produce y reproduce instituciones que excluyen voces ciudadanas del centro del debate colectivo constitucional.

¹¹⁵ PARKER, R., 2011. Este autor pone especial énfasis en la existencia de una “energía política” antipopulista, una sensibilidad antipopulista, en la academia constitucional de los Estados Unidos.

que denuncian la incomodidad con las mayorías, elitismo que distingue a la reflexión jurídica contemporánea y la insistente preocupación por el análisis de las decisiones constitucionales del poder judicial¹¹⁶.

Uno de los autores que está en el centro de este debate, y que defiende este modelo, es Larry Kramer con su libro *The people themselves. Popular constitutionalism and judicial review*. En este texto efectuó una esmerada reconstrucción histórica de los Estados Unidos en clave mayoritaria¹¹⁷. La finalidad del texto es demostrar que la posición institucional que ostentan los jueces en la actualidad no es una derivación necesaria de los fundamentos constitucionales de su país. En efecto, el poco espacio asignado a las mayorías en la política democrática no es tanto una consecuencia del desarrollo de una práctica incuestionada que siempre tuvo esa finalidad, sino un claro apartamiento de sus orígenes. Convalidando esta desviación se olvidaría algo que, en los comienzos de la República, se tuvo bien en claro: el derecho constitucional no es derecho ordinario. Antes bien, se trata de un tipo especial de norma fundamental; de un “derecho político”¹¹⁸. Para aclarar su punto plantea una distinción pasada por alto en algunos discursos críticos del constitucionalismo fuerte. Según él debería disociarse la noción de *judicial review* de la supremacía judicial. Este es el primer elemento conceptual con el que trabajan estos autores. Para ellos no puede colapsarse el ejercicio del control de constitucionalidad en manos del Poder Judicial con la noción —más conflictiva e incluso intolerable— que supone que deben ser ellos quienes, en última instancia, determinen las indefiniciones semánticas del texto constitucional con autoridad última. Esto es importante porque desvincula, en palabras de Gargarella, la “capacidad de los jueces de revisar la constitucionalidad de las normas y, eventualmente, declararlas

¹¹⁶ GARGARELLA, R., “El nacimiento del constitucionalismo popular”. En: GARGARELLA, R. (Coord.) *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, Tomo I, “Democracia”, p. 249.

¹¹⁷ KRAMER, L., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Paola Bergallo (Trad.), Madrid: Marcial Pons, 2011.

¹¹⁸ Según Tushnet, se trata de un “distinctive or special kind of law. I call that kind of law political law”. Conf. TUSHNET, M., “Popular constitutionalism as political law”, *Chicago-Kent Law Review*, 81, 2006, p. 991.

inválidas” de que tengan el carácter de “‘últimos intérpretes` de la Constitución”¹¹⁹. Creo que es una idea atractiva y que posee credenciales suficientes para desechar reproches que se merecerían posiciones que, sin más, reniegan de la propia noción de “control de constitucionalidad”. Es que si el poder judicial es uno de los poderes del Estado y, además, si se admite que debe interpretar la constitución para resolver casos, “algo” sobre “cuestiones constitucionales” debiera decir. Aún para un demócrata. De lo contrario, pareciera que se le exigiría un específico silencio constitucional. No se trata, entonces, de cuestiones equivalentes. No es lo mismo objetar que el poder judicial tenga alguna voz en la discusión constitucional que reprocharle que la suya sea la última a escuchar en términos institucionales. A decir verdad, esta es una discusión que se da en el seno del propio movimiento del “constitucionalismo popular”. Mark Tushnet, por ejemplo, un notable y franco objetor del control de constitucionalidad pretende que, en definitiva, la Corte Suprema no tenga ninguna voz constitucional. Otros autores, como Post y Siegel, objetan incluso las diatribas en contra de la “supremacía judicial”. Para ellos es posible que en algunos casos sea indispensable para asegurar el *rule of law*; para el funcionamiento de la democracia¹²⁰. De este modo, sería posible cierta hermandad entre “constitucionalismo popular” y “supremacía judicial”. Para ellos, por tanto, no es cierto que sea una cuestión disyuntiva para un pueblo democrático. Por eso, entienden que uno de los defectos de la teoría de Kramer, justamente, sea no alcanzar a ver la vital interdependencia que pueden tener. Volveré sobre esto más adelante.

Es con este arsenal que Kramer afirma, por ejemplo, “el constitucionalismo popular jamás negó a los tribunales el poder del control de constitucionalidad: negó solo que los jueces tuvieran la última palabra”¹²¹. Subyace a todo este planteo una fuerte confianza en los

¹¹⁹ GARGARELLA, R., “El nacimiento del constitucionalismo popular”, p. 250. Resalta que para Kramer, a partir de John Marshall en el famoso caso “Marbury v. Madison”, ambas cuestiones colapsan. Pero si de algo se ocupa con maestría Kramer es de resaltar que no era la posición de importantes políticos de la época.

¹²⁰ POST, R. & SIEGEL, R., “Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy”, *California Law Review*, 92, 2004, p. 1029.

¹²¹ KRAMER, L., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, p. 259.

designios mayoritarios. Y, recíprocamente, el rechazo a ciertas concepciones que desconfían en el poder de las mayorías. Esto puede advertirse en el epígrafe que acompaña su texto: “Quién es el mejor custodio de las libertades del pueblo”, se habría preguntado James Madison, la respuesta depende de qué concepción política se abraza: “Un republicano. El pueblo mismo [...] Un antirrepublicano. El pueblo es estúpido, desconfiado, indisciplinado. No puede confiar con seguridad en sí mismo. Una vez que ha establecido un gobierno no debería pensar en nada más que la obediencia, dejando el cuidado de sus libertades a sus gobernantes, que son más sabios”.

Esto se vincula con una visión *departamentalista* de la interpretación constitucional. Según la cual todas las ramas de los poderes constitucionales están en paridad de condiciones para interpretar la Constitución y, por eso, tendrían una autoridad coordinada e independiente¹²². Aun en casos de conflicto constitucional no es posible predicar preeminencia de algún poder sobre otro. En todo caso, el poder supremo es del “pueblo mismo” quien debería tener “un rol central y crucial para la implementación de su constitución”¹²³. De lo que se trata, en verdad, es de propiciar una intelección que arroje a cada una de las ramas del gobierno como vinculadas a la voluntad del pueblo. De ahí que se postule una interpretación extrajudicial de la Constitución.

Ahora bien, esto es particularmente problemático. Adviértase que las interpretaciones de los tribunales de justicia son desarrolladas en el marco de un proceso judicial y al momento de resolver casos individuales. No se entiende, entonces, cómo sería posible que “el pueblo mismo” tenga la última palabra interpretativa si los jueces resuelven y se pronuncian en casos individuales; porque parecería que ambas cuestiones no pueden sostenerse al mismo tiempo. De ahí que cabría interrogarse si el constitucionalismo popular afirma algo imposible conceptualmente o hace una mera afirmación retórica sin

¹²² Conf. POST, R. & SIEGEL, R., “Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy”, p. 1031.

¹²³ Kramer se refiere en varias oportunidades al “derecho del pueblo de decidir sobre el significado de la Constitución”. Conf. KRAMER, L., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, p. 269.

sustento institucional. No puede analizarse esto sin considerar la teoría interpretativa que presupone y el sistema de control de que se trate; siempre y cuando no intente desnaturalizar las funciones del Congreso y el principio de separación de poderes¹²⁴. Entonces, ¿el constitucionalismo popular exige que sea el pueblo mismo quien defina un caso de vaguedad o ambigüedad?¹²⁵ ¿El pueblo mismo debe resolver los casos de conflictos de derechos? A esto se adiciona un problema mayúsculo: si todas las ramas del gobierno interpretan la constitución —algo no controvertible— y todas poseen la misma autoridad interpretativa, ¿qué ocurriría si esas interpretaciones son divergentes? Además, careceríamos de un criterio claro para distinguir cuándo estamos en presencia de un caso de desobediencia de una decisión autoritativa y cuándo ante un supuesto de interpretaciones opuestas, pero tolerables. Y si a esto le agregamos que, en definitiva, la última palabra debe recaer en el pueblo mismo parecería que se nos invita a convocar a elecciones para resolver la disputa. Sin embargo, el argumento se vuelve circular. De ahí que, según Post y Siegel, Kramer se coloca entre los cuernos de un dilema. Si él sostiene que las decisiones de la Corte no son finales, y que el Presidente entonces no está obligado a hacer que se cumplan, él puede efectivamente socavar la protección constitucional de los derechos. Pero si cree que una decisión de la Corte debe ser obedecida, él reconoce que las interpretaciones que ella haga deben ser definitivas con respecto a las partes de un caso. A su criterio: “*as Kramer has framed the problem, he has sustained judicial supremacy by subordinating the people’s understanding of the Constitution to the Court’s*”¹²⁶.

¹²⁴ Sobre esto, ORUNESU, C., *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, p. 204.

¹²⁵ Conf. ALEXANDER, L. & SOLUM, L., “Popular? Constitutionalism?”, *Harvard Law Review*, 118, 2005, p. 1603. Estos autores se interrogan si lo que Kramer dice es que el pueblo debe tener autoridad para resolver supuestos de ambigüedad o proveer construcciones suplementarias cuando el lenguaje constitucional es vago; el pueblo debe tener la autoridad de modificar, suspender o ignorar la Constitución en el momento en que lo desee; se refiere a supuestos de interpretación, revisión constitucional o a ambos.

¹²⁶ POST, R. & SIEGEL, R., “Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy”, p. 1034.

Es posible identificar una justificación implícita en esta posición. Las normas constitucionales que expresan normas generales, abstractas y estándares vagos representan ideales nacionales y sobre ellos, como es obvio, existen interpretaciones controvertidas y en conflicto. Ahora, si se rechaza la autoridad que invocan para el pueblo es probable que estemos ante su probable alienación al sucumbir ante el poder de jueces constitucionales. Y, todo esto, en desmedro de la legitimidad de la Constitución porque se pierde identificación con ella y la imposibilidad de considerar que es, en algún sentido relevante, “nuestra constitución”¹²⁷.

Según se recordará, uno de los problemas derivados de la justificación del control de constitucionalidad es el grado de deferencia exigible a los jueces constitucionales respecto del Poder Legislativo. En la versión de Kramer, el constitucionalismo popular habría identificado el término justo para ello. Según él en la época del *New Deal* se definió un acuerdo sobre la forma de efectuar ese control. En virtud del cual, debían distinguirse las cuestiones constitucionales relacionadas con la definición de los poderes delegados por la Constitución en los poderes políticos y aquellas que pertenecen a la categoría de derechos individuales y que, específicamente, limitan las competencias atribuidas a esos órganos. En cuanto a la primera de estas categorías, se fijó un test llamado *escrutinio de racionalidad*. A partir del cual el Congreso poseía una amplia discrecionalidad en la implementación de sus poderes constitucionales; mientras se pudiera considerar racionalmente que una ley promovía un fin constitucional los tribunales no intervendrían. Estos últimos, eran deferentes al Legislativo salvo cuando sus conclusiones

¹²⁷ Conf. POST, R. & SIEGEL, R., “Democratic constitutionalism”. En: BALKIN, J. & SIEGEL, R., *The constitution in 2020*, New York: Oxford University Press, 2009, p. 27. Algo de esto también tiene en mente Sunstein: “*Every day of every year, we Americans are freer because of our Constitution. If we’re allowed to say what we like, worship as we choose, proceed without fear of the police, and even govern ourselves, we owe a large debt to our founding document. But our freedom is more fragile than it appears. The meaning of the Constitution is often disputed, and the disputes are often settled by the Supreme Court of the United States. The rights of Americans depend on what the Court says, and the Court doesn’t always say what it said before*”. Conf. SUNSTEIN, C., *Radicals in robes*, NYC: Basic Books, 2005, p. XI.

fueran “patentemente ilógicas o infundadas”¹²⁸. Para Kramer se trató de una “regla de autorrestricción constitucional” que implicaba que una ley era adoptada por la legislatura con un poder de revisión de la Corte Suprema limitado a los casos en que ella careciera de “fundamento racional”. De este modo, la Corte cedía un espacio importante de autoridad constitucional a los funcionarios políticos. También se admitía un ámbito de mayor activismo en casos que involucren derechos individuales: los pertenecientes al voto y al proceso político, los necesarios para proteger a las minorías raciales, religiosas y otras minorías discretas e insulares¹²⁹. En estos casos, y en todos los que estuvieran presentes cuestiones relacionadas con la raza, la privacidad y el género, se admitía un escrutinio más *estricto*; mientras que en cuestiones relacionadas con el derecho de propiedad o cuestiones económicas el test empleado era solo de base racional.

Sin embargo, el acuerdo se rompió y la supremacía judicial adquirió nuevos defensores. Las razones para esto son diversas, aunque es fácil advertir que comparativamente se identificó a los Tribunales de justicia como el *locus* ideal para proteger los derechos¹³⁰. Para el

¹²⁸ Esta posición, aunque Kramer no lo haga, se puede rastrear hasta James B. Thayer y la doctrina del *clear mistake*. Sobre eso, véase DE LORA, P., “Justicia constitucional y deferencia al legislador”. Según esta doctrina, los jueces deberían declarar la inconstitucionalidad de una norma solo cuando el legislador cometió un error claro; tan claro que no está “sujeto a inquisición racional”. Presupone que si el “coto vedado” se formula en términos abiertos la Constitución admitirá disímiles y razonables lecturas. Y, si ello es así, no impone al legislador una opinión específica. Esta metodología es una aplicación del modelo de justicia penal al ámbito constitucional; la interferencia se justifica solo cuando el error esté más allá de toda duda racional.

¹²⁹ Conf. “United States vs. Carolane Products Co.”, 304 U.S. 144, 152-153, n. 4 (1938) [*Justice Stone*]. Vid. la “teoría del refuerzo de la representación” de ELY, J., *Democracia y desconfianza*. Formas alternativas de pensar el concepto de minorías “discretas” e “insulares”, en ACKERMAN, B., “Más allá de Carolane Products”, Samanta Biscardi y María Cecilia Garibotti (Trad.), *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 10, 1, 125 – 156 y WALDRON, J., “The core of the case against judicial review”.

¹³⁰ Dworkin, que concibe al poder judicial como el “foro de los principios”, es una consecuencia clara de esto. Conf. DWORKIN, R., *Una cuestión de principios*, Victoria Boschiroli (Trad.), Bs. As.: Siglo XXI Editores, 2012.

constitucionalismo popular esto no es un progreso. Es parte de su credo que la constitución le pertenece al pueblo y que, por tanto, no puede dejarse en manos de jueces no electos popularmente su significado último. Por eso, la supremacía judicial será denunciada como un “presupuesto ideológico cuyo objetivo mayor es persuadir a los ciudadanos comunes de que, piensen como piensen sobre las decisiones de los jueces de la Corte, no es su competencia contradecirlas”¹³¹. Anida detrás de esto que los ciudadanos se ven dominados cuando se coloca la última palabra en materia interpretativa en manos del poder judicial; parecería, como dijera Calsamiglia, que “quizá el tirano peligroso, hoy, ya no es el parlamento sino el juez constitucional”¹³².

Esta renovada fe en la supremacía judicial se basa en una fuerte confianza en que los jueces están en condiciones de alcanzar resultados justos. No obstante, no hay nada que haga pensar que eso no se asienta sino en un prejuicio. Waldron, por ejemplo, insiste sobre la asimetría en la que incurrir al considerar la actuación de los tribunales y del Parlamento¹³³. En efecto, los defensores del control de constitucionalidad acostumbran pergeñar una interpretación de la actividad judicial a su mejor luz, nos invitan a que pensemos en cuán sabios y cuán facilitados están por su posición institucional para arribar a soluciones correctas. Por el contrario, la imagen que brindan del Parlamento es la de un grupúsculo de individuos autointeresados prestos a ofrecer soluciones de compromiso a cambio de votos¹³⁴. Pero, ¿es esto realmente así? ¿Es cierto que los jueces, siempre, tengan esta tendencia generalizada a arribar a decisiones correctas? Del mismo modo, ¿es veraz presentar a los legisladores como incapaces de formular un

¹³¹ KRAMER, L., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, p. 285.

¹³² CALSAMIGLIA, A., “Indeterminación y realismo”, *Análisi e diritto*, 1999, p. 222.

¹³³ Conf. WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos*.

¹³⁴ Señala la importancia metodológica de este punto, VILAJOSANA, J., “Precondiciones para el análisis del conflicto entre Tribunal Constitucional y Parlamento”, p. 92 Para él, la comparación entre ambos órganos puede llevarse a cabo de cuatro maneras distintas; según lo comparado sea un modelo ideal de institución o su funcionamiento real: a) Tribunal real/Parlamento real; b) Tribunal ideal/Parlamento ideal; c) Tribunal real/Parlamento ideal; d) Tribunal ideal/Parlamento real. Y que las tendencias dominantes serían c) y d).

discurso constitucional coherente que tienda a proteger los derechos individuales?

Este es, a grandes rasgos, el aspecto deconstructivo de la teoría constitucional americana según Kramer; busca disputar, históricamente, que la supremacía judicial en Estados Unidos fue abrazada sin cuestionamientos¹³⁵. Ahora, el texto también tiene unas pocas líneas propositivas: propone cuestiones de diseño para acercar la constitución al pueblo¹³⁶. Propicia, incluso, en algunos casos, la rebelión en contra de decisiones judiciales que no son compartidas por la mayoría de la población. Aun cuando signifique “un ataque frontal a la Corte”. Ahora, ni ofrece un criterio para actuar de ese modo ni indica cuáles serían los recaudos para que esto esté justificado. También piensa en la existencia de tribunales constitucionales cuya única función sea la de controlar la constitucionalidad de las normas y la introducción o la morigeración de

¹³⁵ El aspecto histórico del libro de Kramer, no ha pasado desapercibido. Algunos (Tribe y Posner, por ejemplo) cuestionan mordazmente la seriedad de su planteo. Véase, GARGARELLA, R., “El nacimiento del constitucionalismo popular”, p. 260/261. Por el contrario, otros consideran que es una de las mayores contribuciones a la historia constitucional norteamericana. Conf. POST, R. & SIEGEL, R., “Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy”, p. 1027. Una objeción al movimiento en general, y a Kramer en particular, en ALEXANDER, L. & SOLUM, L., “Popular? Constitutionalism?” (para quienes el libro, en el mejor de los casos, es profundamente ambiguo y, en el peor, profundamente equivocado). Asimismo CHEMERINSKY, E., “In defense of Judicial Review: the perils of Popular Constitutionalism”, *University of Illinois Law Review*, 2004, 673. Advierte que el principal peligro de este movimiento es que puede socavar el control de constitucionalidad. Además, señala ciertos defectos: (i) Incurrirían en una generalización apresurada (a partir del hecho de que a veces es innecesario concluyen que siempre lo es); (ii) Sobrevaloran el grado en el que las otras ramas cumplen las normas constitucionales; (iii) No prestan atención a la actuación de otros Tribunales que no sean la Corte Suprema; (iv) No tienen en cuenta que en muchos casos, sus propuestas, colocan a la ciudadanía en manos de otros funcionarios no electos; y, (v) Tienen una fe injustificada en que las otras ramas del gobierno electivas protegen las libertades.

¹³⁶ Coincido con GARGARELLA, R. (“El nacimiento del constitucionalismo popular”, p. 251) que esta parte del texto no está a la altura del cuidadoso y fino análisis que efectúa en el resto de la obra.

las cláusulas destinadas a la reforma de la constitución. Para este autor, ambas modificaciones “facilita[n] la implementación de correctivos políticos” cuando se dan desacuerdos serios entre el tribunal constitucional y el resto de los poderes. Creo que esta afirmación puede deberse a un doble orden de razones; aunque ninguna deja bien parada a su propuesta: o desconoce la práctica de los tribunales europeos a los que se refiere o ha sido preso de una esperanzadora imitación irreflexiva de los elementos institucionales foráneos. Lo primero porque no es cierto que, como afirma, existan casos en los que la práctica institucional europea sea tan aleccionadora como la presenta. Por otro lado, el mismo reproche puede hacerse desde otro punto de vista. Es fácil advertir que ha idealizado el modelo foráneo pretendiendo que este no posee los defectos que identifica, y que él denuncia, en Estados Unidos. Nuevamente, debería tenerse en cuenta cómo los elementos del constitucionalismo fuerte se conjugan entre sí. De no realizarse esta tarea, es imposible pensar que estamos en presencia de una solución o morigeración aunque sea parcial de los efectos devastadores de quitarle la constitución al pueblo mismo. Más aun cuando, y esto no lo tiene en cuenta Kramer, se observa un acercamiento cada vez mayor de los Tribunales constitucionales a un modo de ejercicio del control de constitucionalidad cercano al ejercido por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Sin embargo, el aspecto que aquí interesa destacar no es tanto las soluciones que propone Kramer para mitigar la dificultad democrática de la supremacía judicial, sino las razones que ha brindado para socavar su justificación. En última instancia, su propósito es resaltar que es “el pueblo mismo” la última autoridad en materia constitucional. De este modo,

los jueces de la Corte Suprema empezarán a verse a sí mismos en relación con el público como los jueces de tribunales inferiores se ven hoy a sí mismos en relación con la corte: serán responsables de interpretar la Constitución de acuerdo con su mejor juicio, pero con la conciencia de que allí afuera hay una autoridad superior con el poder para revocar sus decisiones —una autoridad real, también, no un

pueblo en abstracto que se expresó alguna vez, doscientos años atrás, y después desapareció—¹³⁷.

Y todo esto, puede ser exigido porque “la Corte Suprema es nuestro sirviente y no nuestro amo: un sirviente cuya seriedad y conocimiento merece mucha deferencia, pero que en última instancia debe ceder ante nuestros juicios sobre el significado de la Constitución y no al revés. [Porque] no es la autoridad máxima de la patria sobre el derecho constitucional. Nosotros lo somos”¹³⁸. La consecuencia de retomar la autoridad en materia constitucional por el pueblo es la reducción del espacio de actuación del poder judicial. En particular, que no debe tener la última palabra institucional en materias controvertidas de moralidad política. Es que la autoridad sobre el texto constitucional le pertenece al pueblo mismo; hacedores, con victorias y derrotas por la libertad, de una práctica constitucional sobre la que últimamente ha perdido el control que debiera tener.

Ahora bien, el problema con el constitucionalismo según Kramer es su indefinición. Su *approach* carece de herramientas analíticas adecuadas. Esto se ve particularmente, para mí al menos, en tres supuestos que, sin embargo, son esenciales en su estructura argumentativa. Primero, no es claro qué se entiende por el concepto fundamental: “constitucionalismo popular”. Por ejemplo, Alexander y Solum identifican al menos seis posiciones sobre cómo debe entenderse: 1. Es el pueblo quien hace la Constitución; 2. Es el pueblo quien protege la

¹³⁷ KRAMER, L., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, p. 307/308.

¹³⁸ KRAMER, L., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, p. 302. Recuérdese que la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo la tesis contraria. En efecto, ante un caso muy conflictivo en el que necesitaba reafirmar su autoridad para aplicar una de sus decisiones más famosas y celebradas (“Brown v. Board of Education of Topeka”, 347 U.S. 483, [1954]) afirmó que, desde “Marbury” (1803), en el sistema político americano existe un principio que deben respetar todos los Estados: “*the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution, and that principle has ever since been respected by this Court and the Country as a permanent and indispensable feature of our constitutional system*”. Conf. “Cooper v. Aaron”, 358 U.S. 1, 1 – 3 [1958].

Constitución; 3. Es el pueblo quien interpreta la Constitución; 4. Las interpretaciones constitucionales del pueblo son autoritativas; 5. La interpretación constitucional del pueblo es última y final con respecto a las instituciones de gobierno; y, 6. La interpretación constitucional del pueblo puede prevalecer, incluso, sobre el texto escrito de la Constitución¹³⁹. Segundo, el concepto de “supremacía judicial”. Como se vio, esta noción que para Kramer posee un vínculo esencial con el constitucionalismo popular, no es compartida por todos sus sostenedores. Por último, y fundamental, no se sabe quién es el “pueblo mismo”. No se aclara si esta noción tiene un aire rousseaniano, si se trata de una especie orgánica diferenciada de los individuos que lo componen o bien si se identifica con la mayoría de la población. Si fuere esto último las dificultades no son pocas; cuáles serían las razones para que el significado de una constitución sea el que una mayoría de ciudadanos le asigne son complejas y no están explicitadas. Además, existen serios problemas relacionados con la estabilidad de una práctica como el derecho en este sentido. El conjunto de disposiciones que en un momento t_1 es la Constitución, en un momento t_2 podría dejar de serlo y sin que, siquiera, “el pueblo mismo” haya advertido que se produjo esa mutación; ni que exista un acto formal productor de un cambio normativo.

Un interrogante alternativo, además, sería cuál es el rango de acción de la crítica populista. Esto es, ¿se trata de una objeción que tiene credenciales para hacerse valer en todo tiempo y lugar de modo incondicionado? Tiendo a pensar que no; me parece que se trata de una visión que solo se justifica en el marco de una práctica constitucional particular. No todos los vigentes diseños constitucionales poseen un espíritu democrático y aperturista. No todos, en fin, están facturados sobre un principio subyacente que indica que la Constitución pertenece al “pueblo mismo”, que la constitución no es una ley ordinaria y que los jueces constitucionales no deberían tener la última palabra institucional. Existen, y si no fuera el caso podrían existir conceptualmente, constituciones que caprichosamente dan la espalda al pueblo. A estos

¹³⁹ ALEXANDER, L. & SOLUM, L., “Popular? Constitutionalism?”, p. 1616.

documentos, y a estas prácticas constitucionales, el constitucionalismo popular no tiene nada para decirles; al menos en la versión de Kramer dado que su teoría es francamente parroquial y localista. Esto puede deberse a razones diversas. Puede ser porque le asiste razón a este autor al momento de la reconstrucción histórica de la narrativa constitucional americana. Pero, también, puede ser por algo que insinúa el segundo Bayón. Las objeciones al constitucionalismo dependen de un balance entre el *valor instrumental* (para la obtención de resultados justos) y el *valor intrínseco* (calidad moral) de un procedimiento. Y, en esta consideración, las cuestiones contextuales relacionadas con la cultura política son de indispensable atención. Los Estados Unidos es un caso claro, me parece, de lo que tanto el segundo Bayón como el segundo Waldron, tienen en mente cuando se refieren a esto; como un caso claro en el que la supremacía judicial es intolerable. No es posible justificar ninguna versión del constitucionalismo fuerte en ese país. Y esto también por alguna de las razones históricas que ofrece Kramer:

Ni la generación de los fundadores ni sus hijos ni los hijos de sus hijos, ni sus descendientes hasta la generación de nuestros abuelos, fueron tan pasivos en su rol de ciudadanos republicanos. No hubieran aceptado —no aceptaron— que una elite de abogados se hicieran cargo de la Constitución, y no hubieran creído si se les hubiera afirmado (como se nos afirma hoy) que la principal razón para preocuparse por quién se convertirá en presidente es que el ganador controlará las nominaciones judiciales. Hubieran creído que algo marchaba terriblemente mal, si un poder judicial no electo hubiera recibido esa importancia y deferencia. Quizás un país de ese tipo todavía pueda seguir llamándose democrático, pero esa no ha de ser el tipo de democracia por cuya creación lucharon, murieron y pelearon los estadounidenses¹⁴⁰.

La consideración contextual a la que hago referencia viene a decir lo siguiente. Los lineamientos del constitucionalismo fuerte no se amoldan sin fisuras a una práctica constitucional que funciona razonablemente

¹⁴⁰ KRAMER, L., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, p. 280/281.

bien, en tanto goza de una cultura política sostenida en el tiempo tendiente a proteger ciertos valores como son el autogobierno y la libertad republicana. Y eso es lo que ocurre en Estados Unidos. De tal suerte, quizás, aquellos académicos y políticos que propician el constitucionalismo popular no lo estén defendiendo *urbi et orbi*; sino que, por el contrario, es el contexto de producción de esos discursos lo que determina su potencia crítica y valía teórica y política. De ahí que sea posible encuadrar a esta visión en el replanteo teórico de Bayón. Esto es, acotar la propuesta de un constitucionalismo extra débil al contexto político de Estados Unidos. Por otra parte, los caracteres localistas de la teoría impedirían extraer otras consecuencias genéricas y abarcadoras.

Por eso, quizás, sería conveniente recurrir a algunas consideraciones que Roberto Gargarella ha enfatizado con respecto a la actuación del Poder Judicial en el marco de la concepción deliberativa de la democracia. En este orden de ideas, últimamente, pone énfasis en los aspectos propositivos que esa justificación de la democracia determina para el rol que los jueces deberían cumplir¹⁴¹. Así, insiste en que podrían

¹⁴¹ En sus primeros trabajos sobre la dificultad contramayoritaria, Gargarella muy pocas cosas dijo respecto a diseños institucionales concretos que favorezcan su concepción deliberativa de la democracia. Por ejemplo, la doctrina del reenvío que, tíbiamente es cierto, justificó en GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno*, p. 174/177. Antes bien, su tarea se dirigió a cuestionar el control de constitucionalidad y, en particular, que los jueces tuvieran la última palabra en materia interpretativa. Su objeción se centró en lo que denominó la “brecha interpretativa” —i.e. no es para nada claro el sentido de las palabras insertas en la Constitución—, con esto enfatizó que las justificaciones corrientes se asentaban en una ingenua teoría interpretativa que veía a las cláusulas constitucionales como semánticamente claras y no controvertidas. Más allá de eso, creo que no puede exagerarse la valía del argumento para objetar el *judicial review*. En tanto todas las normas están expresadas en lenguaje, no habría nada de particular en la constitución para que la objeción se detenga sobre la interpretación constitucional y no sobre la del derecho en general. Así, coherentemente, debería indicar que existen razones democráticas para objetar que los jueces interpreten todo el derecho; y no solo el constitucional. El autor que más y mejor desarrolló esta objeción fue ERNST, C., “Independencia judicial y democracia”. En: MALEM, Jorge, OROZCO, Jesús y VAZQUEZ, Rodolfo (Comp.), *La función judicial. Ética y*

obligar al poder político a rever su decisión o a fundamentarla o justificarla de otro modo; exigir al poder político que dé razones públicamente aceptables de sus decisiones, que impida que las leyes sean el mero producto de las presiones de grupos de interés, del intercambio de favores o el simple resultado de la voluntad arbitraria de una mayoría ocasional en el parlamento. De este modo, exige que los jueces colaboren, que sean partícipes de la promoción de un debate colectivo, inclusivo, abierto y entre iguales¹⁴². Tan central es en su argumento el aspecto deliberativo de la democracia que considera que, incluso, en aquellos casos en los que los jueces deben enfrentarse con leyes que afectan a la “propia maquinaria de toma de decisiones democráticas, los controles deberían ser más intensos, y menor la presunción de validez de las decisiones en cuestión”¹⁴³. En suma, su rol institucional sería uno

democracia, Barcelona: Gedisa, 2003, p. 239. Para él, habría una especie de *non sequitur* aquí: de aceptar el carácter volitivo de la interpretación del derecho y, por tanto, rechazar que se trate de un ejercicio puramente cognoscitivo, no se sigue la verdad de la dificultad contramayoritaria; que se suponga como problemática solo la declaración de inconstitucionalidad demuestra que existen otras premisas adicionales en el argumento. Sin embargo, si se relacionan con su carácter elitista se presenta una “cierta y relativa incongruencia” al tratar de manera análoga el mismo conjunto de herramientas que sirven para construir una jurisdicción autónoma e independiente y, al mismo tiempo, para constituir una jurisdicción contramayoritaria. Para él, esto es consecuencia de no distinguir la noción de *independencia positiva y negativa*. La primera sería uno de los medios para el logro de la segunda. Habría aquí lo que llama la *paradoja de la independencia judicial*: si el poder judicial es visto como técnico, elitista y no representativo no es un resultado casual. Al contrario, es un acto deliberado para garantizar la independencia negativa y, luego, la positiva —*i.e.* su competencia para declarar la inconstitucionalidad de las normas—. Hasta donde llega mi conocimiento, Gargarella nunca respondió a esta objeción. De todos modos, tendría razones a su favor si pusiera el acento sobre la posición institucional del poder judicial como último intérprete del derecho en cuestiones que nos conciernen a todos y que, en rigor, son de difícil o muy costosa modificación.

¹⁴² Conf. GARGARELLA, R., “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”. En: GARGARELLA, R. (Coord.) *Teoría y crítica del derecho constitucional*, p. 147

¹⁴³ Conf. GARGARELLA, R., “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”, p. 148.

que hoy, por una errónea interpretación de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables, no están dispuestos a tomar¹⁴⁴. Me refiero a que actúen como “facilitadores y promotores del diálogo colectivo, y especialmente sensibles frente a las medidas orientadas a entorpecer ese diálogo”¹⁴⁵. Es por esto que encuentra particularmente interesantes ciertos desarrollos jurisprudenciales que han ayudado a las mayorías a decidir y pensar un determinado asunto. Sin embargo, no por eso optaron ni por la pasividad ni por el activismo y la imposición de sus propios y exclusivos criterios¹⁴⁶. Por el contrario, los jueces deben ser percutores del debate colectivo; dispararlo y controlar las razones que allí se esgrimen. No obstante, debieran ser muy cuidadosos y, quizás, actuar minimalistamente en cuestiones que hoy actúan maximalistamente.

De lo dicho surgen algunos interrogantes. Según su posición, los jueces deben controlar el debate político y, en especial, debieran controlar las razones ofrecidas por los parlamentarios. Aun su teoría daría espacio para que los jueces intervengan en aquellos casos en los que un producto legislativo no es consecuencia de un debate amplio y robusto; o bien cuando no se brindaron razones públicas para tomar esas decisiones. Ahora, no queda claro por qué serían los jueces los que debieran cumplir esta función; en particular, no es para nada obvio cuál sería el criterio que debieran utilizar para emprender esta tarea. Como tampoco cuál sería el incentivo institucional que tendrían para actuar de este modo. Además, ante la ausencia de un texto constitucional que de algún modo brinde cierto parámetro sobre cuándo una decisión ha

¹⁴⁴ Una agenda teórica interesante para los años venideros, en especial para concepciones republicanas, debiera ser elaborar una teoría de las *cuestiones políticas no justiciables en clave democrática*. Llamaron la atención sobre la necesidad de estudiar esto, BOUZAT, A., ESANDI, L. y NAVARRO, P., “Introducción”, p. 12.

¹⁴⁵ Conf. GARGARELLA, R., “La dificultosa tarea de la interpretación constitucional”, p. 148.

¹⁴⁶ Conf. GARGARELLA, R., “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la constitución”. En: GARGARELLA, R. (Coord.) *Teoría y crítica del derecho constitucional*, p. 168/169.

sido insuficientemente debatida y deliberada, las posibilidades se complican. Esto creo que puede ser también un problema. Es posible preguntarse, entonces, ¿cuál es el criterio de suficiencia de la argumentación? De otra manera, ¿cuáles serían los criterios a utilizar para identificar un argumento fundado y cuándo otro no lo está? ¿Cómo evitar las trampas que la discrecionalidad, en este ámbito, nos podría tender? Además de ello, ¿cuáles serían los incentivos institucionales de los que se valdrían los jueces a fin de revisar estas cuestiones? Incluso ¿esta propuesta no propondría que el poder judicial se transforme en Tribunal? Esto implica que los órganos políticos poseen débiles condiciones para recurrir a criterios que identifiquen cuándo ofrecen razones públicas aceptables y cuando no, como así también cuándo una decisión ha sido suficientemente deliberada. ¿Por qué la salida de esto debería ser el poder judicial? ¿Cuáles serían las especiales condiciones epistemológicas de los jueces para individualizar cuándo un argumento es deficiente y cuándo no desde un punto de vista político?

Creo que si esta posición se lleva al extremo y es generalizada nos pone en las garras del mismo elitismo del que quiso escapar. Finalmente, sin consideraciones adicionales queda ante la necesidad de encontrar jueces benevolentes que, pese a sus convicciones morales, no intenten que en el debate democrático se escuchen las razones que solo ellos quisieron escuchar.

Conclusión

Desde hace varios años la teoría constitucional está empeñada en el análisis de una verdadera “obsesión”¹⁴⁷. La llamada, desde la obra de Alexander Bickel, “dificultad contramayoritaria”. El núcleo de esta

¹⁴⁷ Así la llama, FRIEDMAN, B. “The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy”. En: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=60449. Con acierto afirmó Bayón que “la historia de la teoría constitucional es en buena medida la reiteración de [la objeción contramayoritaria] y la de las muchas formas en que se ha intentado contestarla”. BAYON, J., “Democracia, derechos y constitución”, p. 68.

cuestión, como se vio, se asienta sobre el modo de hacer compatible dos ideales con los que, en principio, nos sentimos fuertemente comprometidos: constitucionalismo y democracia. Y que parecerían contradecirse con ciertos arreglos institucionales: la exclusión de ciertos temas de la agenda política democrática en clave de derechos básicos y la competencia de los jueces para ejercer el control de constitucionalidad de normas decididas democráticamente. El punto nodal aquí es, si esos arreglos son necesarios desde la posición constitucionalista, cómo compatibilizarlos con el autogobierno colectivo y el valor adjudicado al derecho de participación política en la toma de decisiones que nos conciernen a todos como miembros de una comunidad política.

De todo esto se ocupó el primer número de *Discusiones*, y que fue una bocanada de aire fresco a un debate que, a decir verdad, nos debíamos. La participación de Moreso, Gargarella y Bayón marcó, en algún sentido, la discusión futura sobre la intrincada relación entre democracia y constitucionalismo. El saldo es francamente positivo. Sus puntos de vista marcaron, y aún lo hacen, la agenda del debate en este tema. Sus contribuciones estuvieron destinadas a responder preguntas en el nivel más abstracto de justificación. Por ende, lo que se discutía era el modo correcto de comprender las relaciones entre aquellos ideales. En la actualidad, quizás, esta discusión ha sido matizada; o bien, ha evolucionado. Los esfuerzos de los autores ya no se dirigen a denunciar incoherencias o tensiones entre ideales con los que nos sentimos comprometidos. Por el contrario, en un nivel más bajo de abstracción, sus esfuerzos se encaminan a postular diseños institucionales que, de algún modo, reflejen las posiciones asumidas en el nivel abstracto de la teoría.

Las posturas de los contendientes en aquella discusión fueron matizadas. Según quedó demostrado ninguno de ellos defiende hoy —al menos con el mismo énfasis— las ideas allí expuestas. Sin embargo, quizás, esto es una consecuencia de plantear de un modo más acabado las preguntas fundamentales que era necesario formular para la correcta comprensión de lo que estaba en juego. La necesidad de justificar con las mejores teorías disponibles un hecho democráticamente incómodo: el constitucionalismo. Al menos, cuando se caracteriza por su “robustez”.

Destaco, también, que esto no se ve disminuido por la posición de Moreso que entendía que el constitucionalismo fuerte está justificado descontextualizadamente. La preocupación central de su trabajo fue brindar las mejores razones para sostener que esto no ocurría o que, al menos, si nos comprometemos con ciertas teorías morales debiéramos hacer lo propio con cierto diseño institucional. Ahora bien, de ello no puede concluirse que la cuestión no merezca ni ser analizada ni tomada seriamente. Por el contrario, su trabajo demuestra cuán necesaria es la vinculación justificatoria de estas cuestiones y cuán fructífero puede ser el rigor filosófico para analizar los fundamentos del constitucionalismo. Las “salidas” por las que se decantan los autores tienen sus problemas. Más allá de esto, ni puede ni podrá quien esté interesado en esta cuestión prescindir del primer número de *Discusiones*. No porque los participantes tengan las razones correctas para la defensa de una u otra posición sino porque, y creo que ese es el objetivo, nos ayudan a comprender de un modo acabado los problemas que subyacen en la temática.

No puedo ocultar mis simpatías con un diseño constitucional “débil”. Entiendo que es el que más se acerca a un correcto equilibrio del valor intrínseco y del valor instrumental que le otorgamos al procedimiento democrático. Y como pienso que se trata de una objeción de tipo ético político me parece que el diseño a proponer debe responder a esos principios. Por tanto, no creo que las cuestiones relacionadas con el contexto político de inserción tengan la potencia que los autores les atribuyen. En todo caso, es una cuestión de matiz. A mi criterio, el constitucionalismo débil es el sistema más acorde a una visión republicana del margen de acción de la política y con nuestros propios márgenes de acción como ciudadanos; como miembros de una comunidad política en la que aspiramos desarrollarnos colectivamente y delinear un futuro común. Ello debe hacernos tomar conciencia, incluso por sus defectos, que no es motivo suficiente para que atávicos compromisos deliberativos sean abandonados y preteridos. Por el contrario, debemos reforzarlos; reclamar un mejoramiento de nuestras instituciones con la cabal conciencia de que con apatía solo nos convertimos en niños bajo la autoridad de mayores. Aun cuando esos mayores, a los que no es ni conveniente ni deseable que nos sometamos,

sean los jueces constitucionales. Pues, finalmente, el compromiso que adoptamos colectivamente es el respeto a una autoridad democrática. Una autoridad que nos habla en un lenguaje abstracto y que nos reclama ser sus autores; no simples espectadores de la representación realizada por otros. Esto último se conecta con el llamado “constitucionalismo popular”. El análisis detallado de esta posición queda aún abierto. El debate sobre su conveniencia, virtudes y defectos está por venir. No obstante, recordémoslo, estamos en mejores condiciones de participar en él gracias al viejo primer número de la revista *Discusiones* de la Universidad Nacional del Sur. Agradecámosles, pues, eso, a los autores.