



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA: UNA
DEFENSA CONTEXTUAL DE LA REVISIÓN
JUDICIAL**

Autor:

Juan Pedro Correa Torres

Director:

Dr. Sebastián López Hidalgo

**Cuenca-Ecuador
2021**

DEDICATORIA

A Enrique quien estaría orgulloso de llamarme colega.

AGRADECIMIENTO

Este trabajo representa la culminación de los años de estudio universitario de los que han formado parte varias personas. Considero que la libertad siempre será posibilidad de elección, por esto agradezco a mis padres, Marcia y Enrique, por darme la auténtica libertad de estudiar sin restricción. También, por el invariable apoyo que me han brindado en esta etapa.

A mi abuela Astrid por su constante soporte y esmero en que me forme y finalice mis estudios universitarios.

A mis hermanos Carolina y Santiago, siempre agradecido por sus consejos en más de un aspecto.

A mis pares en las aulas por los momentos compartidos, no en la lejanía de llamarlos compañeros, sino en la calidez de decirles amigos. Y en particular a Sofía quien guarda un lugar especial, por todo lo compartido y el aliento que frecuentemente me ha ofrecido.

A mis compañeros de trabajo, por ayudarme a pensar el Derecho. Sin su comprensión y sus frecuentes aportes, no hubiera sido posible finalizar este trabajo.

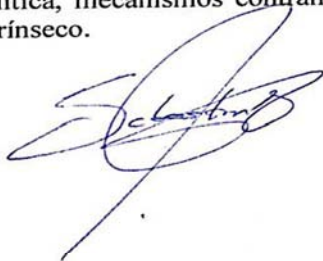
Al profesor Sebastián López por sus consejos y acertadas observaciones que contribuyeron a que este trabajo sea lo que es.

RESUMEN

El presente trabajo fundamentalmente busca reflejar que la tensión entre los conceptos de constitucionalismo y democracia es inevitable, y que, sin embargo, se puede adoptar un enfoque general para conciliarlos, al proteger los ideales que hacen a estos dos conceptos valiosos y esta tarea es una que corresponde hacerse desde las realidades concretas de cada región.

Hay dos ideas básicas que guían el desarrollo de este trabajo. La primera, que contribuye a plantear el problema, es que el constitucionalismo tiene ciertos mecanismos que, por entrar en conflicto con la democracia, se ven necesitados de justificación. La segunda, que ofrece una vía de solución, es que el constitucionalismo puede encontrar su justificación en su hipotética mayor aptitud de proteger el sistema completo de derechos de una comunidad política y que la verificación de esta aseveración depende inevitablemente del contexto.

Palabras clave: Democracia, constitucionalismo, dependencia del contexto, igualdad política, mecanismos contramayoritarios, revisión judicial, valor instrumental, valor intrínseco.

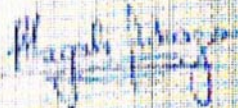
A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'J. C. L. S.', is written over the text of the keywords.

ABSTRACT

This research seeks to reflect that the tension between the concepts of constitutionalism and democracy is inevitable. However, we can adopt a general approach to conciliate them, by protecting the ideals that make these concepts valuable, and that this task is one that needs to be done from the concrete realities of each region. There are two basic ideas that lead this work. The first one, which contributes to set the problem, relies on the fact that although constitutionalism presents conflict with democracy, it has some mechanisms that are needed for justification. The second one, which offers a possible solution, is that constitutionalism can find its justification in its hypothetic higher aptitude to protect the complete rights system of a political community, and that asseveration verification depends inevitably on the context.

Key words: Democracy, constitutionalism, context dependence, political equality, countermajoritarian mechanisms, judicial review, instrumental value, intrinsic value.

Translated by



Juan Correa

ÍNDICE

Contenido

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1	3
1. LA OBJECCIÓN DEMOCRÁTICA AL CONSTITUCIONALISMO	3
1.1. El concepto de democracia	3
1.2. Otras concepciones de la democracia	10
a) Democracia sustancial	11
b) Democracia deliberativa	15
1.3. Los Mecanismos contramayoritarios del constitucionalismo	22
1.3.1. El coto vedado	23
1.3.2. La revisión judicial como garantía de la supremacía constitucional	26
1.4. La objeción democrática sobre los límites de la jurisdicción constitucional	29
CAPÍTULO 2	32
2. LAS ALTERNATIVAS FRENTE A LA OBJECCIÓN DEMOCRÁTICA	32
2.1. El carácter popular de la Constitución	32
2.1.1 Objeciones a una visión dualista de la democracia	36
i. El originalismo y sus problemas	37
2.2. Una visión procedimentalista de la protección de los derechos	40
2.2.1 Las dificultades del procedimentalismo	42
i. Sobre la protección de las minorías	44
2.3. Un control material: Proteger los derechos sustantivos	46
2.3.1 Los inconvenientes de delimitar un control material	47
2.4. Un planteamiento instrumental: Hacia una defensa contextual del control material	48
2.4.1 Una revisión judicial dependiente del contexto para conciliar Constitucionalismo y Democracia	52

INTRODUCCIÓN

El ideal normativo del Estado de Derecho es, y siempre ha sido, el sometimiento de todo poder al derecho. El Constitucionalismo pretende reforzar este ideal con la incorporación de ciertos derechos denominados fundamentales, que funcionan como límites materiales al poder.

Estos límites deberían significar una restricción a todo poder incluido el legislativo, es más principalmente al legislativo, dado que el Estado Constitucional pretende superar al Estado legislativo de Derecho caracterizado, este último, por la prevalencia de la ley.

Para cumplir con este objetivo se requiere una norma que distribuya y limite el ejercicio del poder, pero que, además, sea suprema y que esta supremacía se halle garantizada de alguna manera.

Es así que al servicio de este ideal se ha erigido una estructura institucional que surge precisamente con el Estado Constitucional de Derecho como modelo de organización jurídica-política del poder. Esta estructura, generalizada en los estados contemporáneos (con contables excepciones) está constituida por dos elementos clave: la rigidez constitucional y la revisión judicial de la ley.

La rigidez, instituye un mecanismo agravado de reforma de ella frente a la ley. Por su parte la revisión judicial supone el mecanismo de control de la conformidad de la ley con la constitución, la que solo será suprema en la medida de que las normas que le son contrarias puedan ser expulsadas del ordenamiento.

El contenido rígidamente establecido en la constitución supone una clara restricción a lo que la mayoría puede decidir, dado que supone modificar la forma de tomar decisiones en una democracia, pero, además, dependiendo del grado de rigidez, si estos contenidos no se pueden modificar el paso del tiempo les restará legitimidad.

Que la revisión de los actos legislativos sea atribuida a un órgano carente de legitimidad democrática directa y que este sea el “órgano de cierre” refuerza la crítica a esta estructura institucional del constitucionalismo.

Estos dos elementos de la estructura institucional del constitucionalismo entran en conflicto con la democracia que persigue asegurar el autogobierno de los ciudadanos, generándose una tensión entre

las dos variables que guían el desarrollo de este trabajo y en resaltar esa tensión consiste precisamente la que, desde Alexander Bickel, se ha denominado objeción contra mayoritaria.

De esta manera el constitucionalismo se ve en la necesidad de justificar estos mecanismos a la luz de una objeción de tipo democrático, y es entonces que surge la pregunta de si ¿se justifican estos mecanismos contramayoritarios?, y ¿cuáles son las alternativas para a ello?

Este trabajo pretende en un primer momento, desde una discusión en torno al concepto de democracia reflejar la tensión con el constitucionalismo, mostrando como los elementos que se hallan en el núcleo mismo de estos conceptos entran en conflicto. En un segundo momento se plantearán ciertas alternativas que pretenden a su manera superar el conflicto, y se exponen las razones por las que se las considera insuficientes para franquear el problema. Finalmente, en un tercer momento, se toma partido por una posición que permita conciliar los conceptos en tensión.

CAPÍTULO 1

1. LA OBJECCIÓN DEMOCRÁTICA AL CONSTITUCIONALISMO

1.1.El concepto de democracia

El término democracia es un término en sí mismo conflictivo dada la cantidad de visiones que existen sobre ella, y por los distintos usos que se le han dado. Es por ello que en este apartado se intentará descifrar cuál es el contenido básico del término democracia, cuál es, para decirlo de alguna forma, su “núcleo de significado”. Se pretende determinar sobre qué elementos parece haber consenso en cuanto a lo que la democracia efectivamente designa, y en el sentido contrario, esto nos permitirá, descartar que no se encuentra dentro de su designación.

La definición (o al tipo de definición) al que se llegue nos resultará además adecuada a la hora de dirigir la crítica hacia el constitucionalismo y sus mecanismos, ya que dependiendo de la postura que se tenga sobre el concepto de democracia la crítica al constitucionalismo parece diluirse¹.

Resulta útil, entonces, partir de donde el contenido del concepto no es controvertido, y aquí corresponde resaltar un hecho evidente: el término democracia siempre ha sido empleado para designar a una forma de gobierno; ciertamente la democracia es otra de las formas que se han ideado para organizar y ejercer el poder político en la sociedad. Como forma de gobierno la democracia es aquella en la que el poder político es ejercido por el pueblo, y sobre ello no hay mayor inconveniente, sin embargo, dentro de la teoría de las formas de gobierno la democracia puede tener y, de hecho, ha tenido distintos usos.

Estos usos pueden resumirse en tres²: un uso descriptivo, uno prescriptivo y uno histórico. El primero supone un uso clasificatorio y se resuelve en la tipología de las formas de gobierno; el segundo tiene un carácter axiológico y por ello implica juicios de valor y un orden de preferencia entre las distintas formas de gobierno, así una forma de gobierno puede ser juzgada como mejor o peor que otra, y el último uso (el histórico) hace referencia al lugar que en la historia ha ocupado la

¹ Algunas posturas pretenden superar el conflicto entre constitucionalismo y democracia a través de un concepto de democracia distinto al tradicional. Entre ellos por ejemplo Ferrajoli, cuyo pensamiento y postura se analiza más adelante.

² Se toma la clasificación propuesta por Norberto Bobbio en su obra *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*.(2010)

democracia, es decir sus distintas realizaciones históricas y su relación con las principales filosofías de la historia.

De cara al objetivo de este apartado el uso histórico parece ser el más adecuado, ya que se pretende encontrar la esencia del significado del término democracia, lo que supone una connotación histórica en la que se haya usado esta palabra.

Entonces, históricamente el término democracia ha sido utilizado de distintas maneras desde los primeros trabajos clásicos, sin embargo, aquí el análisis del uso histórico del término se enfoca en la edad moderna, debido a que desde la época antigua el uso del término democracia como concepto no cambia en esencia. La única variación relevante parece darse en el sentido de cómo se contraponen a las otras formas de gobierno en el que se destaca su carácter no autocrático³.

Además, la tensión con el constitucionalismo surge en determinado contexto histórico en el que la democracia ya ha cambiado su forma de aplicación a la realidad, en concreto, me refiero al tránsito de la democracia directa a la representativa.

En efecto producto de las experiencias revolucionarias americana y francesa tenemos manifestaciones reales de la democracia representativa, lo cual llamó la atención en un contexto marcado por la crítica a la democracia de que esta era solo posible en estados pequeños, y la admiración del logro norteamericano se veía reforzada por la vasta extensión territorial en la que se había implementado (Bobbio, 2010).

En el caso de los Estados Unidos algunos los padres fundadores, entre ellos Madison cuya visión de cómo debía ser la institucionalidad de los nuevos Estados prevaleció, se mostraron resueltos a marcar una diferencia entre lo que entendían por democracia y lo que era una república. En este sentido Madison manifestó en el Federalista No.10 (2015)

“... estas democracias han dado siempre el espectáculo de su turbulencia y sus pugnas; por eso han sido siempre incompatibles con la seguridad personal y los derechos de

³ Con el paso a la modernidad el término democracia dentro de las formas de gobierno, empieza a usarse en contraposición al gobierno autocrático en general y no como se usaba en la antigüedad en la que se la concebía como una forma de gobierno más, en una sucesión de las formas utilizadas en el desarrollo de la historia. En este sentido lo que hacían los autores (Platón, Polibio, Vico, etc.) es ubicar a la democracia como una de las etapas de las distintas formas de gobierno que se habían realizado históricamente.(Bobbio, 2001)

propiedad; y por eso, sobre todo, han sido tan breves sus vidas como violentas sus muertes.” (p.49)

Pero a lo que Madison denominaba democracia era la democracia directa y a lo que se refería como república era el gobierno representativo, precisamente a este último, con ciertas instituciones de la primera, es a lo que hoy llamamos, sin más, democracia.

De aquí surge la idea de que el gobierno representativo es la única forma de democracia compatible con un territorio vasto y una población numerosa, esto quiere decir que la república o gobierno representativo no es en realidad opuesta a la democracia sino más bien es *“la única democracia posible en determinadas condiciones de territorio y población (...)”* (Bobbio, 2010, pág.212).

Con ello surgen dos elementos que pasarían a ser elementales para distinguir una sociedad democrática de una no democrática desde que Alexis de Tocqueville los resaltara⁴. Por un lado, que rija el principio de la soberanía popular, es decir que *“el poder esté de hecho, directamente o por interpósita persona en las manos del pueblo”* (Bobbio, 2010, pág.213) y por otro, el fenómeno del asociacionismo que resalta la necesidad de cooperación de los individuos en una democracia.

A partir de estos dos elementos en los siglos siguientes el Estado representativo sufrió un proceso de democratización en dos sentidos: se produjo la ampliación del derecho al voto hasta llegar al sufragio universal y el asociacionismo político se concretó en los partidos de masas. Así la democracia representativa se ha ido consolidando como la adaptación inevitable de la soberanía popular a la necesidad de los grandes estados⁵.

De aquí cabe resaltar dos ideas producto del surgimiento de los Estados modernos. La primera es que la soberanía popular y el asociacionismo forman parte de una noción de democracia y la segunda, que la democracia solo puede subsistir en su forma representativa.

Por otro lado, se debe tener presente que en cualquier forma de gobierno siempre encontraremos una forma de cómo se toman las decisiones, y en el caso de la democracia esta forma

⁴ Tocqueville describió como elementos imperantes en la democracia “moderna” que surgía en América a la soberanía popular y al asociacionismo, el segundo, según Bobbio (2010), se vuelve *“un criterio nuevo (nuevo en referencia a los criterios tradicionales que siempre se han basado exclusivamente en el número de gobernantes) para distinguir una sociedad democrática.”*(Pág.213)

⁵ Incluso Rousseau, quien defendía la idea de que la voluntad general no debía ser usurpada por la representación, reconocía que esta era en sociedades complejas un *mal necesario* (Pisarello, 2012)

es la regla de la mayoría. Efectivamente un rasgo esencial de la democracia es que se atribuye legitimidad a las decisiones que han sido tomadas por lo menos por la mitad más uno de quienes deciden y esto es así tanto en su versión directa como indirecta, en la primera, la regla de la mayoría se manifiesta principalmente (aunque no exclusivamente) en la elección de los representantes a través de distintos sistemas de elección, y la segunda a través de los mecanismos parlamentarios.

Tenemos entonces que existen al menos tres criterios esenciales para definir a la democracia, la soberanía popular, el asociacionismo y la regla de la mayoría, criterios que han estado un largo tiempo dentro del campo de definición de la democracia. Dado que el asociacionismo, articulado mediante la formación de partidos políticos, es la forma en la que se ha llegado a concretar la soberanía popular en un sistema representativo, este se puede subsumir en ella. Así quedan la soberanía popular y la regla de la mayoría como elementos básicos que deben tomarse en cuenta al momento de construir un concepto de democracia.

Considerando estos elementos se han propuesto definiciones de la democracia que, siguiendo la distinción trazada por Ana Pintore (2000), pueden calificarse de *mínimas* y *más que mínimas*.

Definiciones mínimas son las que se limitan a destacar la esencia procedimental del concepto de democracia y que en ese sentido abarcan los elementos (soberanía popular y regla de la mayoría) que hemos destacado como fundamentales. Sobre las más que mínimas, ya que sobre algunas de ellas se tratará en el siguiente apartado, bastará con decir que son aquellas que cualifican la esencia procedimental del concepto de democracia con ulteriores elementos.

Si las definiciones mínimas se limitan a la esencia procedimental del concepto, conviene preguntarse: ¿qué supone una esencia procedimental del concepto de democracia?, y ¿por qué este tipo de definiciones abarcan a la soberanía popular y la regla de la mayoría?

Para dar respuesta a estas interrogantes conviene partir de una distinción entre principios morales de primer orden y principios morales de segundo orden. De principios de primer orden se puede hablar en dos sentidos en el primero son aquellos a los que se pueden acceder *directamente* es decir sin otro principio intermedio, y en el segundo son los que nos indican el modo moral de actuar (Pintore, 2000).

De principios de segundo orden también se puede hablar en dos sentidos, que de manera contraria a los de primer grado, son:

En un primer sentido se refieren a principios *“cuyo contenido remite al contenido de otros principios o normas de conducta moral”* (Pintore, 2000, págs.128, 129). Un ejemplo de ellos sería la tolerancia, esta establece que debemos tolerar valores morales distintos de los nuestros, así para que la tolerancia sirva como guía de conducta tendremos que remitirnos a otros valores: a los distintos de los propios que debemos tolerar.

En un segundo sentido son aquellos principios que no nos indican el modo de actuar moralmente, sino lo que hacen es *“indicarnos el modo de identificar los principios para obrar de modo moralmente recto”* (Pintore, 2000, pág.129), este tipo de principios son los denominados procedimentales y su característica más relevante es que no contienen referencia alguna al contenido de las normas y de los valores que habrán de ser preferidos.

Esto que ha sido descrito desde la ética, en el campo político se ve reflejado en la democracia. En ella la producción de reglas sustantivas se da por la verificación en el mundo empírico de hechos o actos, que previamente han sido calificados por los principios procedimentales como productores de esas reglas sustantivas. Es decir, en una democracia existen normas que regulan los procedimientos de producción de normas sustantivas, pero no se refieren directamente al contenido de esas normas. La democracia funciona del mismo modo que los principios de segundo grado que nunca se refieren directamente al contenido, sino que lo único que hacen es proporcionarnos un modo de identificar esos contenidos.

Esta es precisamente la razón de que la democracia sea en esencia procedimental, pues puede ser entendida como un conjunto de reglas que nos indican que decisiones se consideran válidas, independientemente de su contenido. Pero además es una buena razón para no denominar formales a este tipo de definiciones de la democracia ya que si la democracia es parangonable a un principio procedimental y cualquier principio moral tiene siempre un contenido, entonces la democracia tiene, también, un contenido. Por ello como afirmaría Kelsen, citado por Pintore (2000):

“si la democracia es sobre todo una forma, de Estado o de gobierno, se debe tener presente que el antagonismo entre forma y sustancia o entre forma y contenido es solamente relativo y que una misma cosa puede parecer forma desde un punto de vista y contenido o sustancia desde otro”. (Pág.131)

En definitiva, esto supone que los procedimientos también pueden ser entendidos con un contenido, que en el caso de la democracia serían justamente la soberanía popular y la regla de la

mayoría. La democracia estará entonces conformada por reglas que nos indican estos contenidos: para usar las expresiones de Bobbio (1986) nos indican el “*quién*” decide y el “*cómo*” lo hace.

En este punto resulta importante resaltar que democracia es por lo menos procedimiento, esto equivale a decir que en el núcleo del concepto de democracia se encuentra la noción de método de decisión político y que una definición que no incluya una referencia a este se “*colocaría fuera del campo semántico que ha connotado la historia de esta palabra*”(Pintore, 2000, pág.132)

Entonces, si el término democracia designa principalmente a un procedimiento, aunque este tenga un contenido, se puede concluir que tiene un núcleo sólido de significado de carácter procedimental, y por lo tanto cualquier definición seria del término debería considerar este elemento. Justamente en esto se basa la distinción entre definiciones mínimas y más que mínimas propuesta. Las denominadas mínimas como se sostuvo son las que se circunscriben a este elemento procedimental.

Entre los autores que proponen definiciones de carácter mínimo se encuentran: entre los más destacados Kelsen, Bobbio, Schumpeter y Dahl⁶

De entre los autores citados aquí tomaremos como central la definición, propuesta por Bobbio ya que es la que mejor ejemplifica la esencia procedimental del concepto. Este autor afirma que la democracia está “*caracterizada por un conjunto de reglas que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos*” (Bobbio, 1986, pág.14) En efecto para que una decisión sea considerada colectiva y, además, legítima, esta debe ser tomada con base en reglas que designen quienes son los que pueden válidamente decidir y cómo pueden decidir.

Así en cuanto a quienes deciden, y como vimos anteriormente, los regímenes democráticos se caracterizan por haber ampliado el número de quienes tienen derecho al voto hasta alcanzar el sufragio universal⁷.

⁶ Todos los autores citados parten de definiciones procedimentales, por ejemplo, Kelsen es decidido en definir a la democracia como método político o Shumpeter que define a la democracia como “*instrumento institucional para llegar a decisiones políticas*” (Gozzi, 2018, pág.276). Pero algunos de ellos se enfocan en destacar otros rasgos adicionales que derivan de la experiencia real de la democracia en la sociedad, entre ellos el mismo Shumpeter destaca el elemento de competencia de las élites por el voto popular como central, y Dahl por su parte que subraya la concurrencia de varios grupos minoritarios que luchan por acceder al poder en su visión de la democracia como conformada por poliarquías (Gozzi, 2018)

⁷ Hay que resaltar el hecho de que atendiendo al número de quienes tienen derecho al voto no hay un umbral claro por el que se puede establecer cuando un régimen empieza a ser democrático. En este sentido solo se podría afirmar que un régimen es más democrático que otro cuando garantiza a más individuos este derecho.

En cuanto al procedimiento de decisión la regla que aplica en la democracia es la de la mayoría, esta es la *“regla con base en la cual se consideran decisiones colectivas y, por tanto, obligatorias para todo el grupo las decisiones aprobadas al menos por la mayoría de quienes deben tomar la decisión”*(Bobbio, 1986, pág.14)

Pero Bobbio añade un tercer elemento para una definición mínima, que consiste en que los sujetos llamados a tomar las decisiones colectivas (directa o indirectamente), *“se planteen alternativas reales y estén en condiciones de seleccionar entre una y otra”* (Bobbio, 1986, pág.15), pero para que esto sea realizable es necesario que a quienes deciden les sean garantizados los derechos denominados de libertad que nacen como base del Estado liberal, y es por esto que, precisamente el Estado liberal es el presupuesto histórico y jurídico del estado democrático⁸. Ciertas libertades deben estar garantizadas para que el poder pueda ser ejercido de manera democrática.

Este elemento es el que mayor conflicto ha generado en una definición enfocada en la democracia como procedimiento, como es la adoptada por Bobbio. La crítica consiste en afirmar que la definición propuesta apela, en este último elemento, a la sustancia de las decisiones y por ello perdería su carácter puramente procedimental, ya no se estaría refiriendo exclusivamente al *quién* y al *cómo* de la toma de decisiones sino, para usar los términos de Ferrajoli (2011), al *qué cosa* no está permitido decidir. Por ello existiría una contradicción en la definición de democracia entre el carácter procedimental de ella y este último requisito.

No obstante, para Bobbio los derechos de libertad que deben ser garantizados para el funcionamiento de un Estado democrático no son el contenido sino las condiciones de la democracia, esto quiere decir que el contenido es a lo que se llega a través de las decisiones tomadas con apego a las reglas de la democracia, en palabras del autor: *“las normas constitucionales que atribuyen estos derechos no son propiamente reglas de juego: son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego”* (Bobbio, 1986, pág.16). Ciertos derechos de libertad como la libertad de asociación o de expresión son necesarios previamente para que se efectúen las decisiones democráticas, pero estos derechos no son el contenido de esas decisiones.

⁸ Entre Estado liberal y Estado democrático hay, efectivamente, una interdependencia que para Bobbio (1986) va en dos sentidos del liberalismo a la democracia y de la democracia al liberalismo en el sentido de que “es improbable que un Estado no liberal pueda asegurar un correcto funcionamiento de la democracia, y (...) es poco probable que un Estado no democrático sea capaz de garantizar las libertades fundamentales” (Pág.15 y 16)

Aun así, podría mantenerse la crítica en el sentido de que privar de los derechos del Estado liberal (civiles y de libertad) a los ciudadanos no puede ser parte de este contenido de las decisiones colectivas tomadas a través de las reglas democráticas, ya que la condición de que estos derechos sean garantizados implica que a ninguna mayoría le sea permitido privarlos.(Ferrajoli, 2009a).

Pero el propio Ferrajoli (2017), que se ha mostrado crítico en este sentido, reconoce que esta contradicción podría resultar aparente si se consideran dos aspectos a) primero que la naturaleza de este límite que constituye la garantía de estos derechos de libertad, es el asegurar el ejercicio de los derechos políticos y con ello la dimensión formal de la democracia. Por ello no se incluye en este límite a otras libertades fundamentales como el derecho a la integridad personal o las garantías penales y procedimentales, entre muchos otros, porque nada tiene que ver con la forma en la que se toman las decisiones. Y b) dichos límites están considerados dentro de la filosofía política y no de la teoría jurídica de la democracia, se tratan de límites políticos y no de límites jurídicos que se encuentran plasmados en las constituciones de forma rígida como sucede en el constitucionalismo.

Estos dos aspectos destacados son bastante relevantes, debido a que una teoría de los derechos fundamentales y de la naturaleza de ellos como límite a lo que las mayorías puede decidir es una noción que resulta del constitucionalismo y del Estado constitucional de derecho como nuevo paradigma del derecho, se trata de un elemento que se encuentra en la noción misma de Estado constitucional de derecho, pero no hay razón para incluirla en la definición de democracia. Por ello el enfoque (como el asumido por Bobbio) de partir desde la filosofía política a la hora de proponer una definición de democracia parece el más adecuado.

1.2.Otras concepciones de la democracia

Quedó establecido que en la esencia del concepto de democracia se encuentra la noción de procedimiento, sin embargo, existen visiones sobre este concepto que resaltan elementos adicionales que deben ser considerados al abordar la tensión entre democracia y constitucionalismo que es el objeto principal de este trabajo. Por esta razón y por la relevancia que han tenido en el pensamiento jurídico se hará referencia a dos concepciones de la democracia: la sustancial y la deliberativa.

a) Democracia sustancial

Más allá de que la democracia es una forma de gobierno, esta también puede caracterizarse a partir de los fines hacia los que una comunidad política aspira. De esta manera un régimen democrático se distinguirá de uno no democrático, ya no solo formalmente, sino también por su contenido.

El principio vinculado a estos fines que persigue la democracia parece ser la igualdad, de hecho, la democracia persigue asegurar el autogobierno de los ciudadanos mediante la posibilidad de que sean ellos en igualdad de condiciones quienes decidan el rumbo de la colectividad, por esta razón la regla de mayoría, en su modalidad electoral, se manifiesta en la expresión *un ciudadano un voto*.

También por ello Rousseau, muchas veces referido como el padre de la democracia moderna, termina por fusionar las dos concepciones (formal y sustancial) de la democracia, ya que se inspira en el ideal de la igualdad para su teoría, y este ideal igualitario se materializa en la formación de la voluntad general. (Bobbio, 2010)

Pero más recientemente se ha afirmado que la igualdad moderna se basa en la igualdad de derechos y por eso la igualdad se constituiría con base en los derechos fundamentales. Con ello a través de la constitucionalización de los derechos fundamentales se habría introducido una dimensión sustancial de la democracia, bajo esta línea se encuadra la teoría del garantismo defendida por Luigi Ferrajoli dentro de la que surge la concepción sustancial de la democracia a la que nos referimos.

Para este autor el garantismo puede tener varias acepciones, una de ellas es como modelo normativo de derecho,⁹ en esta acepción se refiere al cambio operado tanto en el Estado de Derecho como en la democracia por la introducción de contenidos de carácter axiológico a través de los derechos fundamentales en lo que él denomina una “*incorporación limitativa*” (Ferrajoli, 2011).

Que las transformaciones sean tanto en el Estado de Derecho como en la democracia se explica porque la teoría de Ferrajoli parte de un isomorfismo entre estos dos conceptos¹⁰. En

⁹ Las otras acepciones son como teoría del Derecho y como Filosofía del Derecho (Ferrajoli, 2011).

¹⁰ Esta relación isomórfica se encontraría inicialmente, a juicio de Ferrajoli (2017), en la concepción “formal” de la validez y de la democracia de Kelsen y Bobbio lo que se reflejaría adicionalmente en la concepción avalorativa de la ciencia jurídica frente a su objeto. Precisamente el carácter de neutral del derecho como ciencia derivaría en el

consecuencia para él las condiciones de la democracia dependen de las condiciones de validez de las normas, así en el denominado “*modelo paleoiuspositivista del Estado legislativo de Derecho*” (Ferrajoli, 2009b) la validez equivalía a existencia de las normas, es decir, que la validez de las normas “*depende de ser obra de una autoridad legitimada para ello cuando actúa observando las formas y procedimientos establecidos*” (Ferrajoli, 2017, pág. 37.): el *quién* y el *cómo* de la producción normativa. Esto llevaría a una concepción también formal de la democracia que estaría conformada por las reglas que definen el *quién* y el *cómo* de las decisiones

Pero al introducirse el constitucionalismo rígido con el que, según el autor que seguimos, se produce un cambio de paradigma hacia el *modelo neoiuspositivista* del Estado Constitucional de Derecho, opera una triple transformación : 1.en las condiciones de validez de las normas, 2.en la naturaleza de la democracia y, 3.en el papel de la ciencia jurídica (Ferrajoli, 2009b, 2017).

El cambio se da principalmente en la validez de las normas la cual comienza a depender también de los contenidos y de su concordancia con las normas constitucionales. Por el isomorfismo entre las condiciones de validez y las condiciones de la democracia, esto equivale a decir que la validez de las normas depende de la sustancia de las decisiones o del *qué cosa* se decide y no solo del *quién* y del *cómo* de las decisiones. Se crea así un espacio en el que se define qué cosa no es lícito decidir y qué cosa sí es obligatorio decidir. Este espacio está constituido por los derechos fundamentales que actúan en dos sentidos: primero como “*vínculos de carácter negativo generados por los derechos de libertad que ninguna mayoría puede violar*” (Ferrajoli, 2010, pág.23.) que nos indican lo que no es lícito decidir, y segundo como “*vínculos positivos generados por los derechos sociales, que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer*” (Ferrajoli, 2010, pág.24) que nos indican lo que es obligatorio decidir.

Este tipo de ordenamiento estaría entonces condenado a un alto grado de ineficacia dados los vicios de incoherencia (antinomias) y de falta de plenitud (anomias) que produce la prescripción de derechos de libertad y derechos sociales respectivamente. Pero precisamente una concepción de la democracia que garantice los derechos fundamentales requiere esta posibilidad de un ordenamiento imperfecto en el que se generen antinomias y anomias, ello por la incorporación, que conlleva el Estado constitucional, de vínculos de contenido que operan como condiciones de validez tanto de

positivismo de la neutralidad ética del observador frente al objeto. Objeto que sería para el positivismo el derecho como hecho avalorativo, es decir el derecho “*como es y no como debe ser*”.

las normas como de las decisiones democráticas. Así esta “*divergencia entre normatividad y efectividad, entre deber ser y ser del derecho es la condición previa del Estado constitucional de derecho como de la dimensión sustancial de la democracia.*” (Ferrajoli, 2010, pág.25.)

En síntesis, la posición defendida por Ferrajoli se caracteriza por denunciar la insuficiencia del positivismo -y dentro del él en concreto la concepción formal de la validez y de la democracia de las cuales Kelsen y Bobbio son sus teóricos más prominentes- para dar cuenta del cambio introducido con el constitucionalismo de posguerra con la incorporación de contenidos axiológicos. Por ello para el autor es necesaria una concepción de la democracia que recoja estos nuevos elementos y que vaya más allá de la estrictamente procedimental o incluso que la meramente política.

A una definición de estas características se le pueden formular varias críticas¹¹, no obstante, aquí interesan fundamentalmente dos de ellas: una en relación al tipo de definición, y otra en relación al objeto que efectivamente asigna.

En lo relativo al tipo de definición adoptada por Ferrajoli, esta se trata de una definición que, como el mismo ha asumido, es de tipo jurídico, pero “*la democracia no es un fenómeno esencial o prevalentemente jurídico*” (Zolo, 2009, pág.82.) en consecuencia el enfoque jurídico no es más que un punto de vista parcial entre los múltiples puntos de vista posibles. En cambio, como se analizó anteriormente la democracia es un concepto eminentemente político, lo que sucede es que entre democracia y derecho hay una relación recíproca, que es de hecho más amplia y deriva de la relación entre política y derecho, en ella “*el poder político determina la eficacia del derecho al aplicarlo y el derecho legitima al poder político al regularlo*” (Storini, 2017, pág.25). En efecto para que un ordenamiento sea eficaz es necesario un poder que cree y aplique los mandatos contenidos en las normas, y el poder será legítimo mientras cumpla con las normas que prescriben su origen y ejercicio.

Pero de ello no se sigue que la democracia en sí sea de carácter predominantemente jurídico, más bien, su campo semántico se circunscribe en el ámbito político y esto nos lleva a la segunda crítica relevante: el objeto designado por Ferrajoli en su concepción de democracia sustancial parece ser el Estado constitucional de derecho antes que la democracia como tal, lo cual se hace

¹¹ Entre las críticas relativas a la concepción sustancial de Ferrajoli se encuentran las dirigidas por Danilo Zolo (2009), Ana Pintore (2000, 2009), y Paolo Comanducci (2009, 2018) entre otros.

evidente en el siguiente pasaje de Derecho y razón (Ferrajoli, 2011): *“llamaré democracia sustantiva al estado de derecho dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales”*.

En realidad una definición que se refiera a contenidos *“acabaría por alejarse notablemente del significado léxico de la expresión democracia”* (Pintore, 2009, pág.248), significado que, como se anticipó, de acuerdo a su uso histórico siempre ha hecho referencia al *quién* y al *cómo* decidir antes del *qué* cosa se decide. Sin embargo, podría alegarse que incluso las definiciones denominadas procedimentales que se circunscriben a los primeros elementos (el *quién* y *cómo*) consideran indispensable la garantía de ciertos derechos para la efectiva existencia de un Estado democrático, a tal punto de incluirlos como elementos de la definición¹².

Esto es cierto, pero como ya se anotó en el primer apartado, una cosa son los contenidos sobre los que se puede tomar una decisión democrática y otra son los presupuestos que hacen del método con el que se toma la decisión un método democrático. O sea que ciertos derechos de libertad son precondiciones para que un método decisonal pueda ser considerado, precisamente, democrático¹³. En definitiva podemos afirmar con Pintore (2009) que *“si se quiere ser fiel a la semántica de ‘democracia’ (de los modernos), pueden incluirse los presupuestos, pero no debe incluirse el contenido”*

Se habrá notado que una definición como la de Ferrajoli al identificar Estado constitucional de derecho con democracia pretende superar el conflicto existente entre ellos, pero esto también resulta desafortunado. La tensión existente entre constitucionalismo y democracia, entre derechos fundamentales y principio democrático, es un problema de carácter filosófico que acecha a las democracias constitucionales, y el tratar de solucionarlo por la vía definitoria supone evadir la discusión a través de una definición estipulativa¹⁴.

En definitiva, los elementos que traería consigo el cambio de paradigma al modelo de Estado constitucional de derecho no son tanto elementos de la democracia sino justamente del Estado

¹² En esta línea Bobbio (1986) y como se destacó oportunamente en el apartado 1.1, establece como elemento de su definición de democracia la garantía de ciertos derechos de libertad. También Kelsen y Dahl prevé un catálogo de derechos para calificar a un sistema como democrático (Pintore, 2000, 2009).

¹³ Justamente es este el sentido que Bobbio (1986) le da a la tercera condición de su definición al referirse a los derechos liberales como *“(…) el supuesto necesario del correcto funcionamiento de los mismos mecanismos fundamentalmente procesales que caracterizan un régimen democrático.”* (Pág.15.)

¹⁴ Definiciones estipulativas son aquellas que proponen un nuevo uso de un término, en oposición a las definiciones léxicas que registran como se utiliza el lenguaje en torno al término.

constitucional de derecho y el proponerlos como elementos de una definición – y además de una teoría- de la democracia supone dar por sentada la tensión existente en los Estados democráticos actuales, cuando una definición debería contribuir a plantear este problema de manera más clara.

Por estas razones una concepción sustantiva al momento de definir la democracia resulta inconveniente y nos inclinamos por una perspectiva procedimental para el efecto, pero antes debemos analizar la influencia y el aporte de una concepción más de la democracia.

b) Democracia deliberativa

La democracia deliberativa ha tenido un desarrollo histórico de décadas, por lo que en este trabajo no nos dedicaremos a hacer un análisis histórico de esta concepción, bastará con identificar que sus influencias se remontan a por lo menos la obra de 1927 *The Public and its Problems* de John Dewey (Cortina, 2010), pasando por la influencia de la democracia participativa durante los años 50, 60 y 70 para que en 1980 Joseph Bessette acuñara esta expresión en su obra *Deliberative Democracy* (López, 2018)

Es importante destacar que la visión deliberativa no se agota en la democracia sino que es “*un marco de disposiciones sociales e institucionales que facilitan el razonamiento libre entre iguales*” (López, 2018, pág. 59), es decir se trata de una postura que es aplicable a los fenómenos sociales en general sin limitarse a la democracia.

La perspectiva deliberativa engloba múltiples concepciones al punto que se podría afirmar que existen tantas visiones de la democracia deliberativa cuantos autores se refieren a ella¹⁵. Sin embargo, lo que da unidad a una concepción deliberativa de la democracia es, por un lado, la opinión común del valor que la deliberación produce en general y, por otro, el énfasis en el proceso por el que se forma la voluntad en una sociedad antes que en la forma de toma de decisiones.

Como se podrá intuir estos dos elementos se encuentran relacionados, ya que si se resalta el valor que la deliberación puede tener en general, resulta lógico enfocarse también en el momento de formación de la voluntad del procedimiento democrático donde la deliberación pueda desplegar su potencial.

¹⁵ Entre los autores más destacados cabe resaltar: la perspectiva discursiva de Apel y Habermas, las visiones más políticas de Rawls, Gutmann y Thomson, también es relevante en el ámbito jurídico la posición defendida por Nino que resalta el valor epistémico de la democracia deliberativa.

En lo que tiene que ver con el valor de la deliberación colectiva este se puede resumir en una serie de razones que, parafraseando a Gargarella (2012), las podemos condensar en las siguientes:

1. Contribuye a identificar y eliminar posibles errores de nuestros juicios. Las demás personas actuarían como filtro externo ayudándonos a reflexionar y señalando nuestras equivocaciones.
2. Tiene una función de carácter positivo ya que favorece el enriquecimiento de nuestros juicios al proveernos información y ampliar nuestra perspectiva.
3. Ayuda conocer las preferencias de los demás y así a eliminar prejuicios, malentendidos o errores de interpretación.
4. Se dejan de lado argumentos basados en el autointerés y hace que se modifiquen los argumentos para que sean aceptables para los demás.
5. Tiene un carácter educativo, mediante la discusión las personas puede mejorar su habilidad para razonar y su capacidad para vivir en comunidad.

En definitiva, el atributo fundamental de la deliberación que se juzga como bondadoso parece ser que favorece la transformación y con ello una forma de llegar a decisiones más depuradas e imparciales. Se constituye también en una forma de alcanzar la racionalidad.

En lo relativo al proceso de formación de voluntad, la idea que guía a esta concepción es que este proceso se debe mejorar al máximo y esto es así porque hemos convenido que la voluntad del pueblo se exprese a través de la voluntad de la mayoría, pero no porque creamos que esta representa esa voluntad general sino porque no hay una manera mejor de aproximarse a ella. Y esta es la razón de que lo fundamental sea el proceso por el que se forman las mayorías y no tanto por el que se toman las decisiones. Es decir, lo que importa es el momento de reflexión y debate colectivo que antecede a la decisión democrática, el medio por el que una mayoría llega a ser tal, y por ello es necesario mejorar este momento¹⁶.

¹⁶ Esta postura queda resumida en la cita de John Dewey que Habermas incluye en *Facticidad y validez* (2008) “La regla de la mayoría, justo como regla de la mayoría, es tan tonta como sus críticos dicen que es. Pero nunca es simplemente la regla de la mayoría ... Los medios por los que una mayoría llega a ser una mayoría es aquí lo importante: debates previos, modificaciones de los propios puntos de vista para hacer frente a las opiniones minoritarias... La necesidad esencial, en otras palabras, es la mejora de los métodos y condiciones del debate, de la discusión y la persuasión”. (pág.380).

La importancia del proceso de formación de la voluntad tiene como punto de partida el hecho de que en la sociedad existen profundos desacuerdos tanto morales como de preferencias e intereses. Si hay desacuerdo sobre la forma en la que queremos vivir como sociedad es necesario escoger un procedimiento para formar la voluntad general, pero ese procedimiento debería ser el más adecuado. Como lo hace notar Cortina (2010) frente a estos desacuerdos, en el ámbito político se puede recurrir bien a la imposición mediante una concepción compartida de vida buena que determine a que interés se da prioridad y a que no, o, también por imposición, llegar a una comunidad de consenso; o bien se puede recurrir a la agregación de preferencias o intentar transformar estas preferencias mediante la deliberación. Ya que las dos primeras recurren a la imposición, las dos últimas opciones serían las únicas alternativas respetuosas con la democracia, aunque difieren sustancialmente. Estas se refieren a la democracia agregativa y a la deliberativa respectivamente.

La democracia agregativa se basa en la idea de que los ciudadanos forman sus preferencias e intereses en privado, y que cuando la política recién interviene estos se encuentran ya dados, así el mecanismo democrático debe limitarse a sumarlos y atender al interés de la mayoría. Mientras que los partidarios de la democracia deliberativa sostienen que los intereses y preferencias no vienen preconfigurados en privado, sino que se forman socialmente y pueden modificarse, por ello la deliberación *“es un método racional para transformar públicamente las diferencias más que para agregarlas”* (Cortina, 2010, pág.80.). Para superar el desacuerdo proponen además que los individuos deben aceptar una decisión solo si esta pudiera ser justificada para ellos de forma convincente.

Hay varias razones para preferir una visión deliberativa a una agregativa de la democracia, que bien pueden sintetizarse en las siguientes:

Primero, la deliberación fomenta una concepción de racionalidad intersubjetiva coherente con el ideal de autogobierno que persigue la democracia, que la agregativa no contempla. Siguiendo la línea de una democracia discursiva trazada por Apel y Habermas, la racionalidad humana exige del diálogo¹⁷ para descubrir que normas pueden considerarse válidas, en este sentido solo las normas

¹⁷ Habermas parte de la distinción entre acción instrumental y acción comunicativa. Nuestra acción tiende a fines y en este sentido es instrumental, pero también debe expresar un sentido y esto lo hace a través del lenguaje, por ello es comunicativa, y es en este segundo momento en el que *“se alojan las condiciones de posibilidad de la razón”* (Cárcova, 2009, pág.227.)

que puedan ser aceptables por los afectados por ellas serán válidas, lo cual en el plano político coincide con la noción de autogobierno que pretende alcanzar la democracia.

Segundo, la visión deliberativa es coherente con el contenido etimológico de la expresión democracia. Si la democracia es el gobierno del pueblo esta no debe agotarse en la elección de representantes, sino que también los ciudadanos deben formar parte de las decisiones a través de la deliberación, de propuestas y escuchando las respuestas a ellas. En definitiva, y en relación al punto anterior, las leyes deben ser racionalmente aceptables para sus destinatarios.

Tercero, el agregacionismo da por sentado que los intereses y preferencias vienen ya dados y que son de alguna manera inmodificables, mientras la concepción deliberativa destaca el potencial transformador de la deliberación para cambiar las opiniones y la voluntad.

Es por razones como estas que ha tenido lugar el denominado giro deliberativo de la democracia, y que nos proporciona una visión que contribuye indudablemente a la construcción de un concepto de democracia.

Una vez que hemos definido los rasgos en los que una concepción deliberativa de la democracia encuentra unidad, cabe analizar brevemente ciertos elementos particulares de una versión que ha influido notablemente en la concepción de la democracia como transformación, me refiero a la versión deliberativo-discursiva de la democracia de Jurgen Habermas.

Como acertadamente ha destacado Cortina (2010) la postura de este autor parte de la visión de Marx según la cual el único modo de realizar la democracia es mediante el acceso a una fase de la historia en la que el estado se subordine a la sociedad. Sin embargo, como este modelo sería inviable en las sociedades modernas debido a su complejidad, Habermas sugiere transformarlo en procedimientos que permitan la formación democrática de la voluntad.

Para este fin aplica el denominado principio del discurso al ámbito político, este principio consiste en *“un punto de vista de la razón práctica desde el que es posible juzgar imparcialmente una norma y decidir sobre ella”* (Cortina, 2010, pág. 76.) y se basa en que para determinar si una norma es válida se requieren procesos de discurso racional entre los afectados por ella. En otras palabras, este es un principio que nos permite juzgar neutralmente las normas prácticas, tanto morales como jurídicas, mediante discursos racionales de los posibles afectados por ella.

Siguiendo este razonamiento si nos trasladamos al campo político el principio que debe guiar la democracia sería aquel que formule que las normas solo pueden ser válidas si han sido sometidas a la discusión de todos los miembros de la comunidad. En palabras del autor “*solo pueden pretender validez legítima las normas jurídicas que en un proceso discursivo de producción de normas jurídicas (...) puedan encontrar el asentimiento de todos los miembros de la comunidad jurídica*”. (Habermas, 2008, pág. 175)

Tomando esto en cuenta, además de los rasgos que apoyan una concepción deliberativa en general, deben destacarse por lo menos tres elementos que respaldan esta visión de la democracia deliberativa en particular.

1. Es una teoría con pretensión cognitivista, en el sentido de que permite conocer que normas son válidas basándose en la aceptación racional de las normas. El sistema democrático se funda en que los destinatarios de las normas coincidan con los autores de las mismas, para que esto sea posible en las sociedades complejas actuales es necesario que los ciudadanos sean convencidos con razones, esto porque en estas sociedades el único sistema posible es el representativo y para formar las mayorías necesarias se deberían presentar argumentos a los ciudadanos. La opción contraria sería basar la legitimidad del sistema democrático en un criterio de aceptabilidad fáctica que favorece la manipulación de los ciudadanos¹⁸.

Entonces parece necesaria una teoría que entienda la aceptabilidad no solo como fáctica sino también como racional. En este sentido que la teoría de Habermas sea cognitivista implica que se pueda descubrir que normas son válidas mediante la aceptación de los afectados por ellas, es decir las normas válidas son cognoscibles en la medida en la que sean racionalmente intersubjetivas.

2. Implica un reconocimiento particular del papel de la sociedad civil. Habermas distingue entre el subsistema político, económico y el mundo de vida¹⁹, a los dos primeros les caracteriza el razonamiento instrumental que tiende a fines individuales y al último la

¹⁸ Ciertas teorías de la democracia fundamentan la legitimidad del Estado en el reconocimiento de las leyes que se produce de hecho por parte de los ciudadanos. Esto haría según Cortina (2010), que los partidos busquen únicamente aceptación de sus propuestas y que para ello recurran a la manipulación emocional de los electores.

¹⁹ El mundo de la vida se constituye en aquel “*entramado simbólico y cultural que comparten los miembros de la sociedad, el horizonte común de comprensión, que posibilita la comunicación entre los hablantes y la coordinación dialógica de las acciones.*” (Carabante Muntada, 2011, *La sociedad como sistema y mundo de la vida*, para 5)

racionalidad comunicativa. El mundo de vida viene a ser el marco en el que tiene lugar la acción orientada al entendimiento, la cual sería la función primordial del lenguaje como acción comunicativa.

Partiendo de esta separación distingue entre dos momentos: uno institucionalizado de formación política de la voluntad, que es la clave del subsistema político y otro de formación de la opinión no institucionalizada que es la clave del mundo de vida.

En el momento institucionalizado existen procesos formales de deliberación y se identifica con el proceso parlamentario en el que el espacio público se encuentra limitado en relación a interlocutores, temas y tiempo que se dispone. Mientras que el momento no institucionalizado se caracteriza por no estar regulado por procedimientos, sino que son los ciudadanos quienes los forman.

En este momento informal, no regulado es en el que se *descubren* los problemas y las exigencias de los ciudadanos a través del diálogo, y, por esta razón Habermas le atribuye la categoría de contexto de descubrimiento. Una vez descubiertos los problemas de los ciudadanos estos se transmiten a la opinión pública en donde pueden ser recogidos por las instituciones políticas y tratados en su agenda: *“La sociedad civil se compone de esas asociaciones, organizaciones y movimientos surgidos de forma más o menos espontánea que recogen la resonancia que las constelaciones de problemas de la sociedad encuentran en los ámbitos de la vida privada, la condensan y elevándole, por así decir, el volumen o voz, la transmiten al espacio de la opinión pública política”*.(Habermas, 2008, pág. 447.) Mientras que el momento institucionalizado, limitado como es en cuanto al espacio público, se constituye en un lugar de justificación de las normas.

Es una ventaja de esta teoría el reconocer la labor de la sociedad civil en un Estado democrático como lugar de *descubrimiento* de los asuntos relevantes para la política.

3. Permite plasmar en las instituciones el ideal de la democracia deliberativa. Recordemos que para Habermas *“Válidas son aquellas (y solo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”*, lo que coincide con el principio en el que se funda la democracia deliberativa, según el cual todos los posibles afectados por una decisión deben intervenir en ella. Si la sociedad civil, en la que se encuentran los ciudadanos destinatarios de las normas políticas (todos los posibles afectados por ellas), opera como

un contexto de descubrimiento de los temas que serán abordados en el proceso parlamentario, en última instancia son los propios ciudadanos los destinatarios y a la vez los autores de las normas. Lo que se propone es que *“el poder comunicativo, nacido del mundo vital, debe legitimar en último término la acción política”* (Cortina, 2010, pág. 87)

Finalmente, con estas ideas podemos enfocarnos en el aporte que una concepción deliberativa brinda al concepto de democracia. Partimos de un concepto procedimental mínimo al que una concepción deliberativa de democracia no se opone sino más bien complementa. Como se analizó, este concepto procedimental se enfocaba en identificar los sujetos decisores, los procedimientos que se utilizan para la toma de decisiones y la necesidad de la garantía de ciertos derechos de libertad como condición previa. Así identifica el procedimiento de toma de decisiones con la regla de la mayoría, que en efecto es la forma como se decide en un estado democrático, pero no desarrolla mayormente el momento anterior a la formación de la voluntad colectiva, es aquí donde incursiona la concepción deliberativa destacando la importancia de optimizar este momento.

Esto parecería marcar distancia entre las posturas, siendo la primera demasiado estática para coincidir con la perspectiva deliberativa enfocada en la potencialidad dinámica y transformadora del diálogo.

Sin embargo, la idea de deliberación en sí supone un procedimiento regulado que permitan las posibilidades de un diálogo racional, y que al tratarse de la democracia vendría dado por las reglas que nos indican quien tiene la competencia para decidir y cómo en último momento se decidirá.

Cabe destacar que cuando se alega por parte de los defensores de una definición mínima de democracia que es necesaria la garantía de ciertos derechos de libertad, fundamentalmente relacionados con la información, la reunión y la asociación; se estaría, de hecho, haciendo referencia a aquellas condiciones dirigidas a garantizar un momento deliberativo previo, necesario para formar la voluntad colectiva.

La garantía de estos derechos sería uno de los supuestos del denominado por Habermas como espacio público de comunicación²⁰, el cual “*supone un sistema de libertades básicas, formación de la voluntad política a través del consenso o la regla de la mayoría y acceso franco e ilimitado a la información.*” (Cárcova, 2009, 230).

De ahí que exista más una relación de complementariedad que una verdadera tensión entre estas dos concepciones. Y es necesario comprender que cualquiera que sea la visión que se tenga de democracia esta supone siempre (y por lo menos) un procedimiento para la toma de decisiones basado en la regla de la mayoría y la soberanía popular, el que se puede optimizar con mecanismos deliberativos.

1.3. Los Mecanismos contramayoritarios del constitucionalismo

El proceso de constitucionalización de los Estados trae consigo elementos que han sido cubiertos teóricamente por los juristas, al punto que se puede hablar de una constitucionalización del pensamiento jurídico²¹ que ha generado lo que denominamos neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o simplemente constitucionalismo²².

Este implica una particular manera de ver el derecho que en términos generales se opone al positivismo jurídico. Precisamente en oposición al positivismo jurídico autores han elaborado tipologías del constitucionalismo, entre ellas por ejemplo Paolo Comanducci (2009) distingue entre (Neo) constitucionalismo teórico, ideológico y metodológico²³. Siempre en relación a la constitucionalización, el primero se limita a describir sus logros, el segundo los valora

²⁰ Este se trataría de un espacio en el que es posible reunir las condiciones ideales de diálogo que permiten a los ciudadanos llevar a cabo procesos de discusión racional que permitan extraer la validez de la acción social en cuestión.

²¹ En este sentido se manifiestan Guastini en La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano (2009), y García Figueroa en La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo (2009).

²² Existe desacuerdo sobre la forma de denominar al fenómeno ocurrido en el período que siguió a la Segunda Guerra Mundial en Europa y que se ha extendido por el mundo occidental hasta nuestros días. En virtud de este se introdujeron cambios en el tipo de Estado de derecho, en la teoría del derecho y en la ideología (Prieto Sanchís, 2009). Lo que se resalta es que estos términos se utilizan como sinónimos para definir a una misma realidad, y en este trabajo optamos por utilizar el término de constitucionalismo para referirnos a ella. Al constitucionalismo se lo puede definir como “*la teoría o conjunto de teorías que han proporcionado una cobertura ius teórica conceptual y/o normativa a la constitucionalización del Derecho en términos normalmente no positivistas*”(García Figueroa, 2009, pág. 165).

²³ Comanducci parte de la distinción propuesta por Bobbio entre positivismo teórico, ideológico y metodológico, para generar contraste entre estas dos visiones del derecho.

positivamente, y el tercero afirma que producto de la constitucionalización es posible sostener una conexión necesaria entre derecho y moral.

Puesto que en su versión ideológica, el constitucionalismo valora positivamente los logros de la constitucionalización esto involucra sostener que el constitucionalismo es la mejor o la más justa forma de organización política (Prieto Sanchís, 2009), y esto nos revela una tensión particular frente a la democracia. Sin embargo, tanto como teoría, ideología y metodología el constitucionalismo afirma una particular estructura institucional que entra en conflicto con el principio democrático.

Esta estructura se caracteriza por una constitución rígida que garantice los derechos fundamentales frente al paso del tiempo y por un órgano jurisdiccional que se encargue de revisar la conformidad de las leyes con la Constitución, cuya tensión con la democracia (que ya se podrá intuir) se explica a continuación.

1.3.1. El coto vedado

Una de las condiciones del proceso de constitucionalización es la adopción de una Constitución rígida, esto quiere decir de aquella Constitución que *“en primer lugar, es escrita; en segundo lugar, está protegida (o garantizada) contra la legislación ordinaria, en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional (...)”* (Guastini, 2009, pág.50)

La adopción por el constitucionalismo de una constitución rígida como condición necesaria de la constitucionalización, tiene su origen en una de las características de los derechos fundamentales subrayadas por Alexy (2009): la máxima importancia de su objeto, esto se refiere a que mediante los derechos fundamentales se decide acerca de la estructura básica de la sociedad y de ahí que sea necesario protegerlos. Esta calificación a los derechos no es menor si se toma en cuenta que justamente en ella se encuentra la razón de que sean *fundamentales* y no otra cosa.

Si los derechos implican las más importantes aspiraciones a las que propendemos como sociedad surge como necesario protegerlos de alguna manera y para ello se ha instituido la rigidez constitucional como garantía de esos derechos.

Detrás de ella se halla la idea de que debe existir un cúmulo de derechos que contienen los bienes básicos de las sociedades, lo que se ha dado por llamar “coto vedado²⁴” en la teoría de Garzón Valdés (1989) , en efecto este autor afirma que existen ciertas necesidades básicas (naturales y derivadas) que deben ser incluidas en esta esfera.

“Los derechos incluidos en el coto vedado son aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida. Estos bienes básicos pueden ser llamados también necesidades básicas en su doble versión de naturales o derivadas. “(Garzón Valdés, 1989, pág. 209)

Institucionalmente para que estos derechos sean verdaderamente garantizados deben encontrarse en una constitución que sea suprema y para que esta supremacía sea tal, las normas constitucionales solo pueden ser modificadas por un procedimiento especial, que es precisamente en lo que consiste la rigidez del texto constitucional. Pero ¿qué implica esto para la democracia y en concreto para el ideal de autogobierno al que esta aspira?

La tesis del coto vedado, que en principio es una tesis moral sustantiva relativa a una concepción particular de justicia (Bayón, 2009), conlleva una importante consecuencia para la política: los derechos básicos retiran ciertos temas de la agenda política ordinaria, la cual coincide con la innovación introducida por el Estado constitucional de Derecho frente al Estado legislativo de Derecho, en el que para garantizar la supremacía de la constitución frente a la ley se instituye una constitución que no puede modificarse en la misma manera que una ley ordinaria, y esto trasladado a la democracia supone indudablemente un límite a lo que se puede decidir.

Al inicio de este trabajo se destacaron como elementos esenciales de la democracia a la soberanía popular por un lado y a la regla de la mayoría como regla de decisión por otro, es decir que el pueblo sea quien tiene la capacidad de decisión y que cuando se decida se atienda a lo que disponga la mayoría.

Que la constitución solo pueda modificarse por un proceso agravado de reforma evidentemente atenta contra el segundo de los elementos (regla de la mayoría) puesto que ya no es la simple mayoría la que decide, sino que, dependiendo de la rigidez que adopte un texto constitucional, si no hay cláusulas de intangibilidad, se requerirá el pronunciamiento de órganos

²⁴ La expresión coto vedado coincide con nociones difundidas en la literatura jurídica como “esfera de lo indecible” (Ferrajoli, 2011), “cartas de triunfo”(Dworkin, 2002), entre otras, que pueden agruparse bajo esta denominación.

no democráticos del tipo corte constitucional, o por lo menos se requerirán mayorías calificadas. Frente a la exigencia de mayorías calificadas existen varias objeciones entre las que vale destacar con Bayón (2009): en primer lugar, que están sesgadas en favor del status quo ya que brinda un apoyo a las decisiones vigentes, por exigir una mayoría distinta para la aprobación de nuevas propuestas, y en segundo lugar, que suponen un poder de veto de la minoría en el sentido de que atribuye desigual valor al voto de partidarios y oponentes lo que en el fondo quiere decir que no les trata como iguales.

Pero en lo que se refiere a la soberanía popular es quizás donde se muestra la faceta más antidemocrática de la rigidez constitucional y esto es así porque la soberanía popular implica que sea el pueblo quien decida pero que además lo sea de manera perpetua, puesto que, para decirlo como Thomas Paine, el único consenso válido es el de las personas vivas (Gargarella, 2012, pág. 148). En efecto mediante la rigidez una generación que transita por un momento constituyente termina por imponer su ideal a otras generaciones futuras. La rigidez, entonces, retira la posibilidad de decisión a las futuras generaciones las que se ven atadas a un coto vedado de derechos sobre el que no consintieron y esto implica un coste en términos de autogobierno²⁵.

Debe añadirse que esta objeción será más o menos acentuada dependiendo del diseño constitucional concreto que adopte un Estado, es decir la rigidez es una cuestión de grado que depende de diversos factores y por ello la crítica se acentúa en ciertos países²⁶. Siguiendo la propuesta de Ferreres Comella (2000) podemos afirmar que son por lo menos tres los factores que influyen en el grado de rigidez de una Constitución: en primer lugar, el número de instituciones cuyo consentimiento se requiere para proceder a una reforma constitucional, en segundo el tamaño de las mayorías exigidas para la reforma y en tercer lugar si se exige o no la participación del pueblo. Así, mientras se requiera el consentimiento de más instituciones, se exijan mayorías de mayor tamaño y haya menos participación del pueblo más rígida será una Constitución.

²⁵ Problema que se agudiza si consideramos que *"las Constituciones no siempre son tan esenciales, escrupulosas y concisas como se supone. Con frecuencia son ordenancistas y prolijas cuando no oportunistas ..."* (Laporta San Miguel, 2001, pág. 463.) Entonces si cuando nos encontramos en un proceso constituyente existen intereses que se expresan en el texto constitucional de manera "oportunistas", hay un mayor conflicto si estos quedan plasmados de forma rígida

²⁶ Por ejemplo, la Constitución norteamericana es típicamente señalada como ejemplo del extremo de rigidez y por esto no extraña que este sea el país donde ha nacido y donde más discusión se ha generado en torno a la denominada objeción contramayoritaria

Aun así, lo relevante es que la adopción de una Constitución rígida como la que el constitucionalismo implica, trae consigo un coste democrático que reduce las posibilidades de autogobierno, y esta es una observación que es preciso tomarse en serio a la hora de discutir que diseño institucional se debe adoptar en una comunidad política.

1.3.2. La revisión judicial como garantía de la supremacía constitucional

Si la constitución requiere un proceso agravado de reforma, y, si esta es la característica institucional que la diferencia de las leyes, entonces surge como necesario controlar de algún modo la conformidad de las leyes frente a la primera, caso contrario el legislador podría “reformular” de hecho la Constitución sin seguir el procedimiento de reforma, la Constitución se hallaría a disposición del legislador. La única forma de evitar que esto suceda es que exista un control de constitucionalidad de las leyes. Además, para que la Constitución sirva de criterio de referencia frente a la ley, debe ser diferenciada de ella a través de un procedimiento de reforma distinto del ordinario.

Como se puede apreciar hay una relación estrecha entre rigidez constitucional y control de constitucionalidad: para que sea posible realizar el control de constitucionalidad es necesario que la Constitución se distinga de la ley, así surge la rigidez constitucional entendida como procedimiento de reforma distinto del procedimiento legislativo ordinario; y para que se respete la rigidez de la Constitución es necesario que se verifique que las leyes que han sido aprobadas mediante ese procedimiento legislativo ordinario no sean contrarias a la Constitución, es decir no “reformen” a la constitución por una vía no válida.

Esta relación se explica porque estas dos garantías²⁷ están dirigidas a un mismo fin: el asegurar la supremacía del texto constitucional frente a las demás normas que integran el ordenamiento jurídico. La rigidez restringe la posibilidad de que se modifique el texto constitucional de la manera en que se hace con las leyes y así asegura su superioridad jerárquica pero esta solo es garantizada

²⁷ Precisamente como garantías se las define para el estudio del derecho constitucional. Así Pérez Royo (2010) las define como *“las garantías que la Constitución se da a sí misma, a fin de asegurar su primacía respecto de las demás normas del ordenamiento jurídico. Tales garantías son dos: la reforma de la Constitución y el control de constitucionalidad de la ley.”* (pag.113). También Bernal Pulido (2008) *“el control de constitucionalidad es una garantía de la Constitución y de los Derechos Fundamentales (...)”* (pág. 27)

en la medida en que las leyes que sean contrarias a la Constitución puedan ser expulsadas del ordenamiento jurídico, asegurando la supremacía constitucional.

Ahora esto no ha sido siempre así, más bien el control de constitucionalidad de la ley es una institución relativamente reciente. Esto se explica si tomamos en cuenta que la Constitución moderna es también un fenómeno reciente que tiene como origen histórico las experiencias revolucionarias tanto americana como europea y, filosóficamente el pensamiento del período de la ilustración que influenció decisivamente en la idea de una Constitución racional normativa²⁸.

Pero, a pesar de la identidad en la idea de “darse” una Constitución de este tipo que existía en ambos continentes, la realidad histórica que siguió a los momentos revolucionarios difieren considerablemente en la experiencia americana frente a la europea.

Brevemente repasemos lo que ocurrió. En los Estados Unidos la Constitución Federal de 1787 no preveía, nunca lo ha hecho, el control judicial de la ley, esta institución surge a partir de su reconocimiento jurisprudencial en el célebre fallo *Marbury vs. Madison* de 1803 dictado por John Marshall. Pero la idea del control de constitucional se encontraba implícita en el momento constituyente americano, en particular los federalistas, quienes además lograron plasmar mayoritariamente su visión, entendían que la garantía de la Constitución debía confiarse al que, opinaban, era el más neutro de los poderes y que tenía mayor posibilidad de mantenerse al margen del debate político: el poder judicial²⁹ (Prieto Sanchís, 2009, pág.125).

Detrás de ello se encontraría la idea de que se puede alcanzar la imparcialidad en las decisiones sin necesidad de consultar a todos los posibles afectados, lo que deviene en una concepción elitista de la política que se encontraba presente al momento de aprobar la Constitución

²⁸ La referencia es claramente a García Pelayo quien define a la Constitución escrita como Racional Normativa y según Pérez Royo (2010) con esta denominación se recoge el ideal del constituyente del Siglo XVIII el cual es *“descubrir a partir del estudio de la naturaleza del ser humano mediante el uso de la razón cuál es la Constitución que debe presidir su organización en sociedad.”* (pág.71). Y precisamente este es un producto de la Ilustración porque con ella se pretendía aplicar a la organización social lo que se venía aplicando en las ciencias naturales, el estudiar científicamente un fenómeno y luego utilizarlo para el beneficio humano, así en cuanto a su vida social se refiere la idea es establecer normas racionales para la convivencia humana.

²⁹ Hamilton recoge este pensamiento en el Federalista Número 78 *“Quien considere con atención los distintos departamentos del poder, percibirá que en un gobierno en que se encuentren separados, el judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes (...)”* (Hamilton et al., 2015, pág. 294)

de 1787 en Filadelfia.³⁰ De ahí que no sorprenda que Marshall, un republicano conservador, haya resuelto como lo hizo, siguiendo además un razonamiento expuesto con anterioridad por Hamilton en El Federalista sobre la necesidad de una Constitución limitada que conjure los excesos de la mayoría³¹.

Este era el contexto en Norteamérica, uno que favorecía la incorporación de un control al poder legislativo por parte de otro de los poderes clásicos del Estado el judicial, por esta razón podemos afirmar, siguiendo a Pérez Royo (2010), que el origen de esta institución en Estados Unidos, fue un origen de carácter *natural*, o si se prefiere espontáneo.

Así es que surge esta institución como mecanismo de verdadera garantía de la primacía constitucional.

En Europa sucedió lo contrario, producto de la disolución de la soberanía popular en la parlamentaria. A partir de la revolución francesa se concebía a la Constitución como realizadora de un proyecto político en el que el poder constituyente se perpetúa en el tiempo operando como límite a la acción política posterior, y para ello es ejercido continuamente por su único titular: el pueblo (Prieto Sanchís, 2009). Pero como el pueblo requiere ser representado es el parlamento quien expresa la *voluntad general*, de ahí que en la Francia postrevolucionaria se sostuvo una identidad entre nación y asamblea que fundamentaba la no intromisión en el proceso de creación legislativo dando lugar a una separación estricta entre los poderes, distinta al sistema de pesos y contrapesos norteamericano (Gargarella, 2012).

Así es que la Constitución no podía asegurar su supremacía frente a los poderes constituidos en particular frente al legislador, se trataba de una Constitución flexible no garantizada frente a la ley. Ante este desarrollo histórico el control de constitucionalidad no podía surgir tan espontáneamente como lo hizo en Estados Unidos y por ello se explica su creación como institución distinta de los poderes clásicos a través de una decisión constituyente (Pérez Royo, 2010). Como

³⁰ Para un desarrollo de este análisis ver *La justicia frente al gobierno* (Gargarella, 2012) en particular págs. 67-70, y desde una perspectiva más histórica *Un largo termidor: Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático* (Pisarello, 2012).

³¹ Hamilton ya razonaba al referirse a la Convención constituyente que “*la Constitución deberá ser la piedra de toque para la interpretación de las leyes y que siempre que exista una contradicción evidente, las leyes deben ceder ante ella. Pero esta doctrina no se deduce de ninguna circunstancia peculiar al plan de la convención, sino de la teoría general de una Constitución limitada (...)*” (Hamilton et al., 2015, pág. 306). John Marshall, al dictar el célebre fallo en el caso *Marbury vs. Madison* que funda el control de constitucionalidad de la ley en EE.UU. sigue este razonamiento.

función distinta de las tres clásicas, justamente, surge el Tribunal Constitucional a inicios del Siglo XX.

El constitucionalismo contemporáneo entonces instituye, para asegurar la normatividad de la Constitución y con ello su supremacía, la garantía jurisdiccional de la Constitución como una condición necesaria de un Estado constitucional.

Este es el segundo costo en términos democráticos que el constitucionalismo implica. Con la posibilidad de revisión judicial de la ley nos encontramos frente al problema de que un órgano democráticamente integrado sea controlado por un órgano que no lo es. Además, este órgano no democrático se constituye como un órgano de cierre, es decir, aquel que tiene la última palabra en las decisiones políticas, pues si la Constitución es norma suprema quien es su interprete tiene la decisión última sobre las cuestiones controvertidas en relación a ella.

1.4. La objeción democrática sobre los límites de la jurisdicción constitucional

Se indicó en páginas anteriores que la rigidez sin control de constitucionalidad no es posible en la práctica, pues, sin ella el órgano legislativo podría modificar de hecho la Constitución mediante un proceso ordinario, es decir, podría, en definitiva, expedir una ley contraria a la Constitución sin que esta sea expulsada del ordenamiento. Esto sumado a que la garantía jurisdiccional de la constitución es ordinaria, es decir es aquella, que se verifica en el día a día, frente a las extraordinarias ocasiones en las que se hace efectiva la rigidez cuando se pretende una reforma, hace que en la práctica la discusión se centre en la revisión judicial.

Por otro lado, toda la actividad jurídica implica interpretación y toda interpretación involucra desacuerdo por la inevitable indeterminación del lenguaje. Si el Derecho es en esencia lenguaje se presentarán desacuerdos razonables sobre el contenido de las normas. Y esta dificultad indudablemente se verá acentuada cuando tenga que aplicarse una norma a un caso concreto puesto que como afirmaría Gadamer *“ninguna norma tiene la virtud de regular su propia aplicación.”* (Gadamer citado por Bernal Pulido, 2008, pág.48). Y ya que los órganos jurisdiccionales son los encargados de la aplicación del Derecho, la interpretación se vuelve un asunto especialmente problemático para la jurisdicción en general.

Este problema general del Derecho (y del lenguaje) se acentúa en la labor de la jurisdicción constitucional por la naturaleza de su objeto: los derechos fundamentales tienen un máximo grado de indeterminación y por ello requieren ser siempre interpretados al punto que se puede afirmar, empleando las palabras de Alexy (2009), que *“los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación.”* (pág.35)

En la relación política entre el parlamento y la jurisdicción constitucional, esto hace que la opinión que tenga la mayoría sobre estos asuntos esencialmente controvertidos (opinión que se encontraría representada en la ley que aprueba el parlamento) no prevalezca, sino que sea la interpretación de los jueces constitucionales la que prime al final.

Sucede entonces que el parlamento ya no es el único mediador entre Derecho y Política, sino que la interpretación se vuelve compartida, el legislativo interpreta la Constitución de forma inicial pero esta interpretación puede ser revisada judicialmente por la justicia constitucional. La interpretación parlamentaria se encuentra condicionada *“por la Constitución exclusivamente, pero tal como es definida de manera definitivamente vinculante por el Tribunal Constitucional.”* (Pérez Royo, 2010, pág.123).

Siendo los máximos intérpretes de la Constitución los jueces constitucionales tienen entonces de hecho la última palabra sobre el alcance del contenido de la Constitución; para decirlo bajo un enunciado del realismo jurídico³²: los derechos fundamentales pasan a ser lo que los jueces decidan que constituyen los derechos fundamentales.

En definitiva, son las cortes constitucionales las que al interpretar la Constitución tienen que decidir acerca de los propios límites de la Justicia Constitucional, por eso se afirma que la objeción democrática a la Justicia constitucional es fundamentalmente una objeción sobre los límites de la justicia constitucional.

³² El realismo jurídico puede definirse como *“una corriente de la filosofía del derecho cuya tesis es entender al derecho como fuerza estatal o decisiones judiciales”* y *“tiene como fundamento a las reglas observadas por la sociedad o impuestas por la autoridad estatal”*. (Carruitero Lecca & Cerna García, 2019, pág.263) Se trata, entonces, de una corriente que hace énfasis en la aplicación del Derecho, concretamente a través de las decisiones judiciales, así el Derecho pasa a ser lo que es gracias a su aplicación judicial.

Si se pretende garantizar la supremacía de los textos constitucionales y con ello los derechos ahí consagrados, es necesaria alguna forma de control de la constitucionalidad de las normas. Pero este control en cuanto poder debe limitarse de alguna manera, y dado que un es necesario atribuir a una institución la *última palabra*, es decir es necesario un órgano cuya decisión ya no pueda ser revisada nuevamente, esta limitación no puede ser otra que una autolimitación.

Entonces si el problema es la autolimitación de la jurisdicción constitucional el conflicto entre constitucionalismo y democracia bien puede plantearse desde la forma en que ese control debe ejercerse.

Así surge la interrogante de ¿hasta dónde han de llegar las cortes en la tutela de los derechos frente al legislativo?, lo cual en el fondo evoca la interrogante de ¿cómo compatibilizar el constitucionalismo frente a la democracia?

Para dar respuesta a esta interrogante se han elaborado diversas teorías aquí se destacan por su aporte a la propuesta final 1) las que se enfocan en la distinción entre el origen “más” democrático de la Constitución frente a las leyes, 2) las que limitan el control de constitucionalidad a los procedimientos democráticos y 3) las asumen que la única alternativa es realizar el control atendiendo a los contenidos sustantivos de los textos constitucionales. El siguiente capítulo se dedica a la exposición y crítica de estas propuestas, pero también a sugerir una alternativa de solución a la tensión entre constitucionalismo y democracia distinta.

CAPÍTULO 2

2. LAS ALTERNATIVAS FRENTE A LA OBJECCIÓN DEMOCRÁTICA

2.1.El carácter popular de la Constitución

Entre las opciones propuestas para hacer frente a la denominada objeción contramayoritaria al constitucionalismo³³, existe una tendencia que se concentra en destacar el carácter popular que reviste la aprobación de una Constitución. Este razonamiento parte de la idea de que la objeción perdería relevancia si se considera que la Constitución expresa la genuina voluntad del pueblo, y que por lo tanto las leyes serían menos democráticas que esta. Así quedarían resueltos mediante un solo argumento los dos grandes problemas de legitimidad del constitucionalismo: si la Constitución expresa la voluntad superior del pueblo se justifica tanto su supremacía, como su control por un órgano que asegure que rija esa voluntad y no otra.

Este tipo de razonamiento puede rastrearse a, por lo menos, el debate constituyente estadounidense en el que esta posición fue defendida entre los Federalistas principalmente por Alexander Hamilton. De acuerdo con Gargarella (2012) Hamilton afirmaba que la revisión judicial no ponía en cuestión la voluntad soberana del pueblo, sino que más bien la reafirmaba y que esta facultad de revisión de las leyes era defendible como medio para proteger la voluntad de la mayoría. Lo cual es tanto como decir que la Constitución es norma suprema por su especial carácter democrático. Para llegar a esta conclusión partía de considerar que la ley era producto de la voluntad de los representantes, mientras que la Constitución lo era de la voluntad del pueblo. Así en el Federalista número 78 sostuvo que:

“Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.” (Hamilton et al., 2015, pág.296.)

³³ La objeción contramayoritaria puede definirse como *“una imputación antidemocrática hecha al control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en manos de un poder judicial no electo”* (Rivera León, 2011, pág. 408.) Sin embargo, la objeción no se limita al control jurisdiccional de constitucionalidad, sino como hemos visto se extiende también a la rigidez constitucional y con ello a toda una estructura institucional que conlleva el constitucionalismo.

En la misma línea se ubicaba el juez John Marshall cuando resolvió el caso Marbury vs. Madison, y fundó la que desde ese momento se conoce como revisión judicial. Marshall en uno de los pasajes más famosos de su fallo afirmaba:

“De tal suerte que si una norma (por ejemplo un estatuto o tratado) se encuentra en oposición con la Constitución, si tanto la norma como la Constitución son aplicables al caso concreto, de tal suerte que la Corte debe decidir el caso o conforme a la ley ignorando la Constitución, o conforme a la Constitución ignorando la ley, la Corte debe determinar cuál de estas reglas en conflicto rigen el caso. Esta es la misma esencia del deber judicial. Entonces, si las cortes deben deferencia a la Constitución y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, entonces la Constitución y no tal acto ordinario, debe regir el caso en el cual ambas son aplicables”(Rivera León, 2011, pág. 408.)

En el fondo lo que se plantea es que existen dos niveles de decisión política en una democracia uno representado por la Constitución y otro que se manifiesta a través de los representantes políticos en las leyes producto de su voluntad, por esta razón es que se ha denominado a este tipo de visión como dualismo democrático³⁴

Pero sin duda quien con mayor éxito ha defendido el argumento del mayor carácter popular de la Constitución (aunque no solo de ella) es Bruce Ackerman. Este asume un razonamiento bastante similar al de Hamilton pues para elaborar su teoría parte, precisamente, de la existencia de distintas decisiones políticas en una democracia; en esta, diferencia entre decisiones tomadas por el pueblo mismo y decisiones tomadas por el gobierno³⁵.

El criterio para distinguir entre niveles de decisión es el momento del que estas provienen, así distingue entre decisiones que provienen de *momentos constitucionales* y decisiones que derivan

³⁴ Con este nombre se denominan tanto la postura defendida por Ackerman en Estados Unidos, como las sostenidas en Francia por Dominique Rousseau y Michel Troper. Para un análisis de sus teorías ver *Acerca de la legitimidad democrática del juez constitucional* (Cárdenas, 2008) págs.. 95-99, y *El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática* (Ferrerres Comella, 2010) pag. 363.

³⁵ En la propia definición que propone de dualismo lo esencial es la distinción entre decisiones del pueblo y de los gobernantes , en palabras de Ackerman y Rosenkrantz (1991)“... podemos decir que el dualismo constitucional es una concepción que, por sobre todas las cosas, intenta distinguir entre dos clases distintas de decisiones políticas a las que adjudica distinta legitimidad; primero, decisiones tomadas por el pueblo mismo; segundo decisiones tomadas por el gobierno.” (Pág.16)

de *momentos corrientes* que también pueden denominarse ordinarios. Los momentos constitucionales se caracterizan por tres circunstancias de hecho: 1) el extraordinario número de ciudadanos conscientes de la seriedad del asunto que se discute, 2) el que los ciudadanos hayan tenido la oportunidad de organizarse para expresar su visión del problema que se trate y 3) la existencia de una mayoría a favor de una determinada forma de dar solución a ese problema (Ackerman & Rosencrantz, 1991). De estas circunstancias pueden colegirse dos características importantes de estos momentos, en primer lugar, que son infrecuentes, y en segundo lugar, que no se limitan a los momentos *formalmente* constituyentes, es decir no se limitan a aquellos momentos en los que existió una asamblea constituyente o en los que se ejercen los mecanismos de reforma constitucional: “*la más alta legitimidad constitucional no es únicamente patrimonio del constituyente originario sino que es patrimonio del pueblo.*” (Ackerman & Rosencrantz, 1991).

La primera característica es justamente la que diferencia las decisiones constitucionales de las decisiones que derivan de los *momentos corrientes* pues estas últimas decisiones se toman diariamente por el gobierno y su principal característica es que en los momentos que las preceden no existe debate ni movilización de la ciudadanía (Ackerman & Rosencrantz, 1991). La segunda característica es la que marca una distancia con la postura de Hamilton o la de Marshall, y permite encontrar en otras decisiones distintas a las que se han plasmado en la Constitución, un mayor valor democrático.

En efecto tanto Hamilton como Marshall atribuían mayor valor al texto constitucional en relación a la ley, mientras que Ackerman reconoce la posibilidad de alcanzar nuevamente un consentimiento de la misma naturaleza y que no necesariamente coincide con la reforma constitucional. Por esto es que en se reconocen como momentos constitucionales en el contexto norteamericano, además de los debates constitucionales, a las enmiendas posteriores a la Guerra Civil dirigidas a la integración racial, y las decisiones tomadas por la Corte Suprema durante el New Deal.(Gargarella, 2012)

Esta visión de la democracia constitucional asume un papel relevante para la Justicia constitucional en su tarea de control de constitucionalidad, si lo que se quiere es que prime la voluntad popular es necesario un órgano que la preserve. En concreto los tribunales constitucionales tendrían el deber de preservación de las decisiones tomadas por el pueblo mientras evitan que las

decisiones del gobierno las vulneren, entendiendo por decisiones del pueblo no solo los acuerdos constitucionales básicos sino también aquellos posteriores que reúnen los requisitos para ser considerados como verdaderos momentos constitucionales a la luz de esta teoría.

Esta concepción presenta varios puntos conflictivos que se los abordarán, sin embargo, es importante resaltar su aporte sobre la labor de la justicia constitucional. Para Ackerman, a través de su función preservadora de la voluntad popular, la justicia constitucional estaría contribuyendo a señalar cuando un conflicto es relevante, y así obligaría a los ciudadanos y a las instituciones a concientizarse de la importancia de la decisión a tomarse; les indica que si quieren que sus decisiones tengan un mayor grado de legitimidad deben recurrir a un camino más largo para alcanzar un momento constitucional. Así a través del control constitucional se fomenta la participación de los ciudadanos y la deliberación pública. El papel de los jueces sería el de *“forzar a la gente a deliberar acerca de si conviene modificar la constitución o es mejor, por el contrario, mantener el status quo hasta que la gente se encuentre lo suficientemente convencida como para dar ese paso.”* (Bellamy, 2010, pág. 149)

Esta postura destaca el potencial de fomentar la deliberación que tiene el control de constitucionalidad, y como se señaló al discutir acerca de la democracia una de sus características más relevantes se encuentra en la posibilidad de discusión previa al proceso de decisión como tal. Pero también nos ayuda a comprender el porqué de la supremacía constitucional, precisamente al aprobarse una constitución existe mayor deliberación y discusión ciudadana y el objeto de la decisión no es cualquiera, sino que se escogerán los principios que nos indican cómo nos organizaremos como sociedad.

Además, resalta el hecho de que existen ciertos momentos en la historia democrática de un país que se encuentran revestidos de una especial connotación por su profunda discusión e importancia, momentos que el órgano encargado de la revisión judicial puede contribuir a determinar. Lo cual nos obliga a remitirnos al contexto de cada país³⁶, a mirar nuestra propia

³⁶ La concepción dualista es hasta cierto punto descriptiva, ya que aspira a plantear una concepción que mejor refleje la práctica real de ciertas democracias constitucionales, y para ello establece tres modelos de democracia constitucional: el monista, el fundamentalista y el dualista, cada uno de ellos se corresponderían con una práctica constitucional real; el monista con la experiencia inglesa e israelita, el fundamentalista con la alemana y el dualista con la estadounidense e incluso con la argentina. Lo cual indudablemente nos aboca a analizar los contextos concretos de cada Estado.

historia, lo que, según se abordará más adelante, se juzga como adecuado a la hora de enfrentar la tensión generada entre democracia y constitucionalismo.

1. Objeciones a una visión dualista de la democracia

La posición dualista frente a la democracia ciertamente no es la misma en su versión inicial defendida por Hamilton y en la sostenida por Ackerman, entonces existen críticas que son válidas para ambas, pero hay otras que solo pueden dirigirse independientemente a cada una.

Así por ejemplo a la primera se le puede reprochar que la Constitución (más aun una tan antigua como la norteamericana) no refleja necesariamente la voluntad popular, si se considera que en el proceso constituyente de ciertos Estados no fueron incluidos ciertos sectores sociales al punto de no ser considerados siquiera como ciudadanos. Históricamente las minorías raciales y las mujeres no han sido considerados a la hora de dictar una Constitución, y su inclusión ha sido producto de la constante lucha social que se ha plasmado no necesariamente en un texto constitucional. (Pisarello, 2012)

También de esta versión es criticable que no acepte que una voluntad como la que precedió a la aprobación de una Constitución pueda repetirse sin la necesidad de recurrir a la reforma del texto constitucional (Gargarella, 2012). Se trata de una crítica a la que adhiere Ackerman y de ahí que proponga su definición de *momentos constitucionales* sin atenerse únicamente a los mecanismos constitucionales formales.

En cuanto al dualismo de Ackerman, a pesar de sus aportes el problema sigue en pie: siguen siendo los jueces no electos quienes, al momento de identificar los momentos constitucionales, tienen la atribución de interpretar con efectos vinculantes una Constitución rígida y de anular toda ley democrática que, entiendan, se oponga a ella.

Y el problema se mantiene porque de forma arbitraria se determina que sean los jueces quienes deben decidir qué momentos deben ser considerados constitucionales y cuales corrientes u ordinarios, lo cual se ahonda desde una perspectiva democrática dada la naturaleza misma de la función judicial frente a la ciudadanía, pues se trata de un órgano tradicionalmente aislado de las mayorías y se vuelve hasta cierto punto contradictorio que sea este quien interprete la voluntad popular.

Siguiendo a Gargarella (2012) podríamos criticar también la arbitraria decisión de dividir las decisiones políticas únicamente en dos, se puede afirmar que *“las acciones políticas se encuentran en un continuo con diferentes tonalidades, esto es, podríamos sostener que efectivamente existen diferencias, pero que estas no permiten delinear separaciones tan drásticas como las sostenidas por Ackerman.”* (Pág. 159)

Tal vez el elemento que más dudas plantea en esta teoría es cómo podemos diferenciar entre los momentos constitucionales y los corrientes. Como vimos Ackerman plantea tres circunstancias que rodean a los primeros (ver página 33 último párrafo y 34 primer párrafo), que obviamente no se encontrarían en los segundos. No obstante, estas circunstancias no son claras, el que los ciudadanos sean conscientes del problema existente no es algo fácilmente perceptible por un observador externo, y que haya una visión mayoritaria sobre el asunto no necesariamente distingue los momentos ordinarios de los constitucionales. Más allá de esto es importante resaltar que si bien es cierto que en los períodos de crisis asociados a los momentos constitucionales hacen probables una mayor tendencia al compromiso, se debe considerar el hecho de que siempre van a existir desacuerdos razonables en lo político y por lo tanto divisiones políticas. En esta línea Bellamy (2010) ha destacado que la experiencia de las convenciones constitucionales revela esta división política, así en la convención constituyente de Filadelfia había verdaderos desacuerdos sobre cómo se organizaría políticamente la sociedad, y de manera similar habría ocurrido en otras convenciones como la que dio a lugar la Carta de derechos de la Unión Europea. De esto se sigue que las decisiones constitucionales resultan bastante similares a las corrientes u ordinarias y por ello *“muchos de los acuerdos tan solo reflejarán las creencias y preocupaciones de la gente en un determinado momento, y puede esperarse su modificación”* (Bellamy, 2010, pág. 151)

Finalmente, tanto en la perspectiva dualista de Ackerman para determinar qué momentos se consideran constitucionales frente a los corrientes, como en la versión defendida por Hamilton para hacer valer la Constitución frente a la ley es necesario determinar cuál es la *genuina voluntad popular*. Pero para hacerlo no se tiene otra alternativa que recurrir a una particular concepción de la interpretación que resulta inaceptable.

- i. El originalismo y sus problemas

Tanto para afirmar que la Constitución sin más, o la Constitución y ciertos momentos constitucionales expresan la genuina voluntad popular, es necesario interpretar para desentrañar esa voluntad. Pero esta voluntad fue expresada en un momento dado, es decir en un contexto, y si la tarea de la revisión judicial es pronunciarse sobre la compatibilidad o no de las leyes frente a la Constitución es necesario conocer cual fue esa intención, frente a la manifestada actualmente en la ley de que se trate. Esta tarea de interpretación no tendría inconvenientes si el texto constitucional fuera totalmente claro y estuviera integrado únicamente con reglas específicas, en este caso sería posible afirmar que el control judicial efectivamente hace prevalecer la voluntad popular expresada en la Constitución en el momento que declara la incompatibilidad de una ley. Pero esto no es así y en realidad existe controversia sobre la interpretación del texto constitucional.

Esto coincide plenamente con el planteamiento de los originalistas. Para ellos si se quiere hacer valer la voluntad popular expresada en la Constitución, se requiere conocer cuál fue la verdadera voluntad del constituyente, cuál es el significado original de su texto.

El originalismo consiste en un método de interpretación que entiende que es posible conocer las intenciones originales de los Constituyentes y que por ello este es el único método idóneo para interpretar la Constitución sin contaminarla con apreciaciones políticas y valores personales de los jueces. De hecho sus defensores argumentan que *“la única forma legítima de interpretar la Constitución era permanecer fiel a su texto y a su concepción original”* (Post & Siegel, 2014, pág.25).

Varios académicos e incluso magistrados de la Corte Suprema de los Estados Unidos adhieren a esta postura por lo que existen diferentes planteamientos dentro de ella, sin embargo, esta corriente de interpretación tiene rasgos generales que pueden resumirse en las siguientes características:

1. La constitución debe interpretarse de acuerdo a la intención de quienes redactaron el texto o de quienes lo reformaron³⁷, pues si a ellos les reconocemos la autoridad de promulgar o reformar el texto fundamental, su opinión debe contar a la hora de interpretarlo.

³⁷ Dentro de los originalistas hay quienes como Robert Bork, consideran que a la hora de determinar que disposiciones no pueden alterarse, también debe considerarse la opinión del público de la época. (Bernal Pulido, 2008)

2. Prefieren las intenciones más específicas a las abstractas. Los originalistas entienden que cuando nos encontremos frente a principios abstractos estos deben ser considerado como una referencia a un conjunto de reglas más específicas que los constituyentes tenían presentes cuando redactaron el texto constitucional. (Ferrerres Comella, 2010)
3. Entienden que su método supone uno adecuado para lograr la separación entre derecho y política. Como los jueces deben interpretar la Constitución de acuerdo con las intenciones de los Constituyentes y no con sus propios valores, si se alejan de esas intenciones, justamente, se vuelven políticos que imponen sus preferencias a la legislatura (Ferrerres Comella, 2010)

Frente a estos rasgos se pueden formular varias críticas. Al primero de ellos, se le objeta que no es fácil descubrir cuál fue la intención original de los constituyentes, y frente a ello se pueden tener interminables discusiones (Bernal Pulido, 2008). La Constitución representa un fuerte nivel de consenso al que llega la sociedad ya que al momento de aprobarla existe la necesidad de llegar a un acuerdo fundamental sobre cómo organizarse políticamente, sin embargo, las intenciones de los constituyentes y las razones para apoyar el texto son siempre divergentes.

Frente a la segunda característica hay que considerar que como sostiene Ferrerres Comella (2010) las intenciones de los constituyentes pueden ser apreciadas en distintos niveles de especificidad; detrás del lenguaje abstracto del texto constitucional hay varios grados de especificidad entre los que elegir y los originalistas no dan razones para detenernos en uno de ellos y escogerlo, esta elección será siempre arbitraria³⁸.

En cuanto a la tercera característica en virtud de la cual el originalismo contribuiría a separar la política del derecho, podemos sostener que esta corriente hace todo lo contrario. Si nos detenemos a considerar que implica una visión que nos remite a las “intenciones originales” que motivaron a los constituyentes a aprobar determinado texto, repararemos en que esta es una visión totalmente conservadora. En efecto una interpretación de este tipo nos llevará a considerar siempre al pasado

³⁸ En esta línea de crítica también se encuentra Dworkin (2019) quien afirma “... no existe una manera no arbitraria de seleccionar un nivel particular de abstracción en el que un principio constitucional pueda ser enmarcado, excepto el nivel establecido por el texto. ¿Por qué deberíamos elegir como principio intermedio, por ejemplo, uno que prohíbe cualquier discriminación racial por sobre una que permite la acción afirmativa a favor de un grupo formalmente desaventajado? ¿Y por qué no al revés?”. (pág. 22)

como referente para el presente, algo no muy distinto de la postura conservadora que apela a las tradiciones pasadas como valor político que la caracteriza. Por esta incoherencia es que se ha considerado que la visión originalista *“proporciona un método ligeramente disimulado para infundirle al derecho constitucional valores políticos conservadores”* (Post & Siegel, 2014, pág. 26).

No obstante, la principal crítica que puede dirigirse a esta postura interpretativa es que en general refuerza la crítica a la rigidez constitucional. El originalismo apela a la visión del mundo que tenían los constituyentes que pertenecieron a generaciones pasadas, es decir que las cláusulas constitucionales deben ser leídas de acuerdo a las visiones de otras generaciones para aplicarse a casos del presente. El autogobierno democrático se vería afectado en mayor medida pues en la práctica constitucional diaria los ciudadanos se encontrarían atados a lo que los jueces interpretan como intención pasada de los constituyentes. Y esta crítica se vuelve más relevante si consideramos que los momentos constitucionales no son tan *gloriosos* como los solemos plantear, más bien estos suelen ser, como destaca Francisco Laporta (2001) *“un período en el que las fuerzas sociales, políticas y económicas más relevantes forcejean para introducir en el texto constitucional la garantía rígida de sus intereses y prejuicios en el contexto de una gran turbulencia política”*.

Por estas razones es que se juzga como inadecuado este método de interpretación al que nos conducen las posturas que ven en la Constitución el reflejo de la genuina (y por tanto prevaleciente) voluntad popular.

2.2. Una visión procedimentalista de la protección de los derechos

Otra de las alternativas al momento de enfrentar la objeción democrática es limitar el control constitucional exclusivamente a los procedimientos, es decir, en lugar de realizar la revisión judicial con base en los supuestos valores que subyacen al texto constitucional, esta debe limitarse a asegurar que el proceso político opere adecuadamente.

El razonamiento detrás de esta postura es el siguiente: como los valores son siempre cuestiones controvertidas sobre las que no se puede obtener un acuerdo objetivo, los jueces deben limitarse a resguardar los derechos de carácter procesal que hacen posible el proceso democrático en el que se decidirán las cuestiones fundamentales.

El exponente más destacado de esta perspectiva es John Hart Ely. Parte del hecho que la constitución tiene un lenguaje de textura abierta (Bernal Pulido, 2008), es decir que las disposiciones de la Constitución pueden favorecer al mismo tiempo diversas respuestas para un mismo asunto y por esto cuando se intenta interpretar los valores que se encontrarían en ella “*lo que (...) el juez o el jurista va a descubrir, no es otra cosa que sus propios valores*” (Ely en Democracy and Distrust citado por Bellamy, 2010, pág. 125.)

Frente a ello Ely propone una alternativa distinta, en la que los tribunales deben asegurar que el proceso político se halle abierto de una manera igualitaria a los distintos puntos de vista existentes. Esto es así porque en el proceso político es donde en realidad deben identificarse los valores que se consideran fundamentales para la sociedad, y para que esos valores sean adoptados a través de una decisión verdaderamente colectiva, el acceso a ese procedimiento debe ser garantizado a todos por igual. Así los tribunales deben garantizar derechos del tipo de la libertad de expresión, derecho al sufragio entre otros para que el procedimiento democrático funcione correctamente.

Para el autor, el objetivo de la Constitución y del control constitucional es que exista una igual participación entre los ciudadanos, pero para lograrlo es necesario evitar que una mayoría motivada por prejuicios pueda ignorar sistemáticamente los intereses de la minoría. El problema que identifica es que las mayorías pueden lograr sus intereses sin necesidad de las minorías, por eso podrían ignorarlas o discriminarlas de forma explícita. Entonces no basta que sea garantizada la participación en el proceso político en el que se determinan los valores³⁹, sino que es necesario asegurar que “*la situación que se ha alcanzado mediante esos procesos posibilita la igualdad de oportunidades y protege incluso los intereses de las minorías que no carecen de voto.*” (Ely citado por Bellamy, 2010, págs. 127-128)

En suma, los jueces no deben proteger los valores sustantivos de la Constitución, sino que deben limitarse a dos tareas fundamentales: mantener abiertos los canales de cambio político y

³⁹ Un ejemplo claro de una minoría que logró acceso a la participación en el proceso democrático, pero que continúa en situación de opresión, es el de la minoría racial en Estados Unidos. Lo mismo puede afirmarse de otros tipos de minorías (mujeres, minorías sexuales, etc.) que han alcanzado el derecho al voto, pero sus intereses pueden ser ignorados consistentemente.

corregir la discriminación en contra de las minorías, que no les permite participar en igualdad de condiciones en el proceso político en el que se determinan los valores fundamentales.

Para llegar a esa conclusión Ely respalda su visión, por lo menos, en los siguientes puntos:

1. Es una perspectiva coherente con la democracia representativa ya que los jueces al ejercer este tipo de control restringido estarían preservando las precondiciones que hacen que un sistema sea democrático, y no estarían decidiendo sobre los asuntos sustantivos sobre los que siempre existe desacuerdo.
2. La Constitución estadounidense tanto en su parte estructural como en su declaración de derechos se dedica a cuestiones procedimentales y no a valores sustantivos. Se dedica tanto a conseguir una imparcialidad procedimental en los conflictos individuales como en asegurar la participación de los ciudadanos en los procesos gubernamentales (Bellamy, 2010). Es por esta razón que asegura que de acuerdo al diseño de la Constitución norteamericana la decisión sobre los valores corresponde a los órganos políticos.
3. Este enfoque implica una división de tareas en la que los jueces se ocupan de un área en la que son expertos: el control de los procedimientos; mientras que los políticos se dedican a identificar los valores (Gargarella, 2012). Pero además que los jueces constituyen una parte imparcial a la hora de controlar el proceso democrático del que los legisladores forman parte. En definitiva, que los jueces están en mejor posición que los legisladores para controlar los defectos del procedimiento democrático.

Así esta postura pretende superar la objeción democrática a través de la división entre lo sustantivo y lo procedimental reservando exclusivamente lo segundo a la decisión de los jueces, y garantizando que las cuestiones fundamentales se decidan en el procedimiento democrático, pero ¿hasta qué punto es esto posible?

2.2.1 Las dificultades del procedimentalismo

La postura procedimentalista parte de la distinción entre sustancia y procedimiento para delimitar el ámbito de un control constitucional dirigido a garantizar que el proceso democrático se desarrolle de forma adecuada. Esto supone realizar un juicio sobre si el procedimiento en cuestión es justo o no, y compartimos el criterio expuesto por Richard Bellamy (2010) en el sentido de que

no se puede juzgar si el proceso es justo “*si no tienes una opinión sobre lo que es un resultado justo, y uno no puede juzgar qué es un resultado justo sin referirse a alguna idea sobre los valores fundamentales.*” (Pág. 128.).

Esto se vuelve más evidente en la postura de Ely cuando alega que no es suficiente garantizar la participación de una minoría en el proceso político, sino que es necesario asegurar que la situación que se ha alcanzado mediante esos procesos posibilita una igualdad de oportunidades (ver pág.41). Ya que implica afirmar que es necesario asegurar un resultado igualitario del procedimiento político, lo que conlleva también que los jueces al controlar el procedimiento político realicen un juicio precisamente sobre si ese resultado es o no justo, remitiéndonos necesariamente a valores sustantivos.

El inconveniente se origina en las distintas concepciones que pueden existir acerca de la democracia como procedimiento. Cuando nos referimos al concepto de democracia pudimos observar que los procedimientos implican también un contenido, pero también que detrás de cada concepción existen opiniones acerca de cuál es el objetivo de la democracia y que resultados esperamos de ella. Por ejemplo, quien defiende una concepción deliberativa tendrá una visión sobre el procedimiento que exija maximizar momentos de deliberación, mientras, quien sostenga una concepción agregativa probablemente solo exija la existencia del voto periódico. Además, los desacuerdos que existen sobre el proceso democrático suelen estar motivados por las mismas razones que en las cuestiones sustantivas, pues “*las preferencias políticas reflejan su perspectiva sobre la moralidad democrática particularmente en lo relativo a la igualdad, y viceversa*”⁴⁰.” (Bellamy, 2010, pág. 129).

Entonces si los derechos relativos al proceso democrático conllevan valoraciones sustantivas la supuesta ventaja de los jueces al interpretar los derechos de carácter procedimental desaparece. Incluso si asumimos que existen derechos estrictamente referidos al procedimiento, estos nunca serán absolutos y siempre habrá la posibilidad de que entren en conflicto con otros derechos de carácter sustantivo, por ejemplo, en el caso del derecho a la libertad de expresión, considerado por

⁴⁰ Bellamy (2010) cita como ejemplo que los libertarios caracterizados por apoyar una limitación del poder del Estado y por promover el libre mercado, sostienen una visión estrecha de la participación al punto de negar participación a quienes no paguen impuestos, mientras que los socialdemócratas que apoyan una visión más amplia del Estado sostienen una concepción más extensa de la participación.

Ely como el derecho procesal por antonomasia, este puede entrar, y de hecho entra en conflicto con el derecho al honor o a la privacidad. Consecuentemente como argumenta Ferreres Comella (2010), si los jueces no están en mejor posición que los legisladores para interpretar los valores sustantivos, que en este caso entran en conflicto con los derechos considerados procesales, cómo se justifica que sus opiniones se impongan.

El problema fundamental es que en la práctica resulta imposible determinar, sin recurrir a juicios sustantivos, qué derechos tienen que ver con el proceso democrático y cuáles no, y cuando y en qué grado los derechos sustantivos afectan dicho proceso.

i. Sobre la protección de las minorías

Este problema que hace inviable al procedimentalismo se ve acentuado en el tratamiento a las minorías que sugiere Ely. Como vimos anteriormente, una de las cuestiones que Ely atribuye al control de constitucionalidad es el asegurar que las minorías puedan *hacer oír su voz*, es decir que puedan participar en igualdad de condiciones en el proceso político en el que, según su teoría, se determinan las cuestiones sustantivas.

El problema vuelve ya que nuevamente la cuestión de quién y cómo ha de ser representado está vinculada a los resultados que se esperan del proceso. Por ejemplo, el clásico debate sobre representatividad: la discusión acerca de qué sistema electoral es mejor, si los sistemas de mayoría simple o los sistemas de representación proporcional son más convenientes, el método para la asignación de escaños etc. Todo ello depende de los fines que uno piense que el proceso busca, es decir, y, en definitiva, de si su resultado es un resultado que consideramos justo.

Ely intenta superar este inconveniente recurriendo al análisis de la motivación de las propuestas, es decir verificando si la intención de una propuesta es discriminatoria o no, si lo es estaríamos frente a una distorsión del proceso y así evitaríamos juzgar el resultado en sí (Bellamy, 2010).

Más allá de la dificultad de descubrir las verdaderas motivaciones de una medida, la dificultad se mantiene por el hecho de que ciertas medidas de discriminación pueden ser justificadas por algunas personas. Pensemos en el caso de las denominadas medidas de acción afirmativa, que se

consideran justificadas en determinadas circunstancias al punto que, haciendo hincapié en la valoración que se les atribuye, se les conoce también como medidas de *discriminación positiva*.

La única forma de determinar si una propuesta es o no discriminatoria y de controlarla es atendiendo nuevamente al resultado de la misma lo que implica una valoración de carácter sustantivo. Pero el problema no acaba ahí, Ely considera que los jueces también están legitimados a intervenir en cuestiones de discriminación a minorías que no se relacionan directamente con el proceso político. Se trata de casos en los que las mayorías pueden discriminar y de hecho discriminan a minorías, movidas por prejuicios, como los casos de segregación racial que tuvieron lugar en Estados Unidos en la segunda mitad del Siglo XX, cuyo más conocido caso es el de Brown Vs. Board of Education, en el que la corte Warren⁴¹ puso fin a la doctrina *equal but separated*.

En este sentido para determinar que creencia constituye un prejuicio necesitamos realizar una valoración sustantiva, como indica Ferreres Comella (2010) “*sin una teoría sustantiva, no tenemos criterios para identificar qué sentimientos o creencias constituyen prejuicios*” (pág. 372).

Pero, aunque podamos determinar que constituye un prejuicio sin recurrir a lo sustantivo, siempre será necesario un juicio sobre los resultados de las propuestas sujetas a control y es por ello que una decisión de una Corte Constitucional sobre asuntos relativos a la igualdad y no discriminación implicaría lo que Ely se proponía evitar: que los jueces y no los legisladores sean los que decidan sobre las cuestiones sustantivas.

En suma, el problema es que no es posible limitar el control constitucional a los denominados derechos procesales y peor aun cuando se relacionan a la igualdad, porque, aunque se refieran al procedimiento democrático siempre nos remitiremos a los criterios que se tengan sobre la justicia de ese procedimiento con base en los resultados que dicho procedimiento arroje.

Entonces frente a la imposibilidad de aislar los derechos que se refieren al procedimiento, lo que se busca es encontrar una postura que nos permita argumentar que los tribunales en cuanto

⁴¹ Como destaca Gargarella (2012), justamente Ely toma la labor de la Corte Warren como ejemplo de un control constitucional limitado a la garantía de participación en el proceso político, dada la naturaleza de sus fallos dirigidos a la formación de distritos electorales principalmente en protección de minorías raciales, al trato igualitario de grupos minoritarios y la garantía de derechos como la libertad de expresión y asociación considerados como derechos *procesales* (pág. 171)

institución, se encuentran en una mejor posición que los órganos legislativos para interpretar y aplicar los derechos tanto de carácter procedimental como sustantivo.

2.1 Un control material: Proteger los derechos sustantivos

Como se ha visto no es posible en la práctica separar de manera absoluta los derechos referentes al procedimiento democrático (derechos procesales) de los que se refieren a cuestiones sustanciales (sustantivos), porque en el fondo siempre terminaremos refiriéndonos a elecciones en el ámbito sustancial. Por esta razón es que *“nuestra prioridad como miembros de una comunidad política debe ser la de acertar en materia de justicia sustantiva”* (Ferrerres Comella, 2010, pág.373.) y surgen así, a nuestro juicio, sólo dos posibilidades cuando nos encontramos en la necesidad de decidir en el ámbito sustantivo: o no existe el control constitucional de carácter jurisdiccional y la decisión acerca de los contenidos le corresponde a los órganos legislativos, o el control debe ser referido a las cuestiones materiales. Es necesario aclarar que esta disyunción no es aquella asunción común que suele hacerse, en el sentido de que la única posibilidad al discutir acerca de constitucionalismo y democracia es o bien avocarnos por un modelo de supremacía parlamentaria o bien por un modelo, exclusivamente, de Constitucionalismo fuerte, es decir, en esta hay espacio también para el denominado Constitucionalismo débil⁴², y el único objetivo de este planteamiento es el de resaltar que el control de constitucionalidad solo puede ser de carácter material o, caso contrario, no es.

La primera opción nos llevaría de vuelta al Estado legislativo de Derecho en el que no existía control sobre las leyes y por lo tanto la Constitución no estaba garantizada, situación que no es compatible con la realidad actual en la que ya no existe un sistema de supremacía parlamentaria puro⁴³. La segunda opción implica que los jueces pueden (y deben) decidir sobre las cuestiones fundamentales de la sociedad, y nos remite a variadas teorías que pretenden justificar los

⁴² La distinción entre Constitucionalismo débil y fuerte se refiere a que existen modelos en los que el control constitucional radica en un órgano jurisdiccional el cual tiene la última palabra (constitucionalismo fuerte) mientras que hay otros en los que, aunque exista un órgano de carácter jurisdiccional que interviene en el proceso de control quien tiene la última palabra será el legislativo (constitucionalismo débil).

⁴³ El ejemplo al que normalmente se aludía como referencia de supremacía parlamentaria es el caso británico, sin embargo, y como apunta Bayón (2010, pág. 285-286.), desde la introducción de la Human Rights Act de 1998 se introdujo una forma de control de constitucionalidad que vincula el actuar de los tribunales a la Convención Europea de Derechos Humanos.

mecanismos contramayoritarios del constitucionalismo, atendiendo principalmente a cómo los jueces deben realizar dicha función.

Esta segunda opción se centra en cómo debe realizarse ese control material y en ella se encuadran una multiplicidad de autores que van desde Dworkin quien parte de lo que se ha calificado de “*cognitivismo constitucional*” (Bernal Pulido, 2008), en el sentido de que alega que los jueces pueden interpretar la Constitución de manera acertada encontrando la única solución justa para cada caso (tesis de la única solución correcta) (Dworkin, 2002), y para ello, debido a la abstracción de las cláusulas constitucionales, deben realizar un tipo de interpretación en la que recurran a juicios morales (lectura moral de la Constitución) (Dworkin, 2019); hasta Alexy que distingue entre la representación política que es la que el parlamento ostenta y la que él denomina representación argumentativa a la que debe aspirar un Tribunal Constitucional a la hora de resolver sobre los derechos fundamentales en cada caso, esta se trata de una representación que supone la adhesión de los ciudadanos, con concepciones morales distintas, a la idea de que existen condiciones justas de cooperación social que el legislador no podría menoscabarlas (Alexy, 2009).

Es decir, existen muchas formas de conceptuar y de justificar el ejercicio de un control material pero lo que hay que destacar es que la única alternativa coherente con la naturaleza del control constitucional es un control relativo a los contenidos, aunque este traiga consigo, como veremos, inconvenientes de difícil solución.

2.3.1 Los inconvenientes de delimitar un control material

Se ha afirmado ya que la interpretación es en sí una tarea conflictiva debido a la parcial indeterminación del derecho (y del lenguaje en general) y se dijo también que esta indeterminación se ve acentuada en el ámbito constitucional por la particular característica de indeterminación de su objeto: los derechos fundamentales. Todo ello vale también en este punto, ya que si el control de constitucionalidad se ejerce sobre cuestiones sustantivas surgen las dificultades propias de la interpretación del derecho constitucional, pero la dificultad aumenta porque la interpretación en un control de carácter material debe realizarse de una forma en que no socave la esencia de la democracia.

Si partimos del *hecho del pluralismo*⁴⁴, es decir, de la existencia de ciudadanos con las más variadas concepciones de lo justo, cómo podemos determinar qué es lo fundamental y que por lo tanto se encuentra excluido de la esfera de decisión legislativa. En definitiva ¿cómo garantizar que este control material se ejerza de un modo no arbitrario? O, en otros términos, ¿cómo evitar que los jueces se abstengan de interferir en las competencias de los legisladores?

Parece adecuado, entonces, reconocer que no existe una única lectura del texto constitucional que pueda juzgarse correcta, sino que existen múltiples soluciones para los casos concretos que se someten a conocimiento de los tribunales, y en la relación entre el poder legislativo y el judicial existen distintas interpretaciones de la Constitución en la que el primero desarrolla el contenido de los derechos dentro del margen que la Constitución le otorga, y el segundo como órgano de cierre controla las decisiones legislativas, pero este control lo hace a través de una decisión que implica una de las muchas posibles visiones sobre el texto constitucional, se trata de una decisión que *“representa sólo una lectura del texto de la Constitución efectuada a la luz de las circunstancias del caso concreto, con limitaciones de tiempo y conocimientos, por unos jueces inmersos en la sociedad y poseedores por ende de una visión política de la misma.”* (Bernal Pulido, 2008, pág.45)

Lo que se quiere decir con esto es que cierto rasgo de discrecionalidad, aunque se intente reducirlo a través de la racionalidad, estará siempre latente en un Estado, dada la necesidad de establecer un órgano último de cierre que controle los actos normativos que no puede ser, como es obvio, el mismo órgano sujeto a control.

Esto quiere decir que hay un problema inevitable del control de constitucionalidad que siempre lo acompaña, y es el relativo a su interpretación, de ahí que no sorprende la cantidad de autores que se centran en discutir acerca de cómo se ejerce y, es más, cómo debe ser ejercido dicho control. En este punto lo que nos interesa es destacar que esta es una característica que debe tomarse en cuenta a la hora de realizar un balance del sistema político que preferimos adoptar.

2.4 Un planteamiento instrumental: Hacia una defensa contextual del control material

⁴⁴ La expresión es de Rawls en Liberalismo Político.

Desde el inicio hemos conceptualizado a la democracia como (por lo menos) procedimiento, pero el constitucionalismo también puede ser entendido como tal. Este último incorpora, a través de los denominados mecanismos contramayoritarios, limitaciones a las reglas del procedimiento democrático. El resultado de estas limitaciones puede entenderse como una nueva forma de elección colectiva una en la que ya no prima lo que decida la mayoría, sino lo que esta decida siempre y cuando respete los límites impuestos. Y estos son fijados, también, a través de procedimientos que coinciden con los mecanismos contramayoritarios: rigidez constitucional y revisión judicial de las leyes. En efecto, cuando se establece qué no puede ser modificado por la regla de la mayoría existe un procedimiento de determinación de ese contenido (derechos fundamentales), y, luego, cuando se decide constantemente sobre la conformidad de la ley con los contenidos previamente determinados, existe un nuevo procedimiento que controla que esos límites no sean sobrepasados (control de constitucionalidad).

Entonces la cuestión entre democracia y constitucionalismo puede plantearse como elección entre dos procedimientos: uno que favorezca la decisión a través de la regla de la mayoría, y uno que establezca ciertos límites que deben ser evaluados periódicamente por un órgano particular.

Ahora bien, la elección por uno de ellos supone emitir un juicio sobre cuál de ellos consideramos “más” justo, es decir, implica evaluar la justicia de un diseño institucional. En este sentido para asignar valor a un procedimiento político se suele recurrir a definir cuál es su valor intrínseco y su valor instrumental⁴⁵, el primero se refiere al valor del procedimiento en sí mismo y el segundo supone evaluarlo desde sus resultados, es decir que desde un punto de vista instrumental, un procedimiento será más (o menos) valioso si asegura mejores resultados que otro.

Esta postura parte de una idea de John Rawls en su obra *La teoría de la justicia* al momento de abordar la aplicación del denominado por él como *primer principio de la justicia*, a las instituciones.⁴⁶

⁴⁵ Ver por ejemplo (Bayón, 2009, 2010) (Ferrerres Comella, 2010), quienes toman la idea de Jeremy Waldron.

⁴⁶ La obra *La teoría de la justicia* se divide en tres partes: la teoría, las instituciones y los fines, la referencia es a la aplicación de los principios de justicia, que se determinan en la primera parte, a las instituciones políticas, que realiza en esta segunda parte.

Este autor parte de la idea de que la justicia tiene como objetivo principal la estructura básica de la sociedad, es decir su objetivo es “*el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes fundamentales, y determinan la división de las ventajas de la cooperación social*” (Martínez Roldán & Fernández Suárez, 2006, pág. 220). Para realizar esta distribución es necesario alcanzar ciertos principios que serían aceptados por todos por unanimidad⁴⁷. El primero de los principios (son únicamente dos) a los que se llegaría por ese procedimiento imparcial se formula así: “*Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás*” (Rawls, 2010, pág.67). Este principio, que ha sido denominado como principio de prioridad de la libertad, prescribe “*una distribución igualitaria de derechos civiles y políticos*” (Nino, 1988, pág. 87)

Cuando Rawls aplica este principio a las instituciones políticas lo denomina “*principio de igual participación*” (Rawls, 2010, pág. 210). De esta aplicación cabe destacar dos ideas fundamentales.

La primera es que una de las exigencias de este primer principio de la justicia es la garantía del principio de igual participación. La razón de que la igual participación deba ser garantizada es que, cuando se cumplen ciertos presupuestos, tendría una mayor calidad moral. Y así es, justamente, como lo ha sostenido Rawls (2010) “*la libertad política igual, cuando asegura su justo valor, ha de tener una profunda influencia sobre la calidad moral de la vida civil*”⁴⁸ (pág. 220), esto ha llevado a afirmar que lo que Rawls estaría afirmando en el fondo es que “*un procedimiento que respete el principio de igual participación es intrínsecamente valioso*”(Bayón, 2010, pág. 329).

En definitiva, la primera idea que se destaca consiste en que la garantía del principio de igual participación produce un mayor valor intrínseco que puede traducirse al procedimiento que lo garantiza.

⁴⁷ A estos principios se llega través de un procedimiento que arroje resultados imparciales Para alcanzar dicha imparcialidad Rawls utiliza ciertos recursos procedimentales como la denominada posición original, el velo de ignorancia, el principio de elección maximin Para una explicación del uso de estos instrumentos ver *Curso de Teoría de Derecho* (Martínez Roldán & Fernández Suárez, 2006) y el ilustrador ensayo de Carlos Santiago Nino *Constructivismo epistemológico* (1988).

⁴⁸ Ver también las páginas 219- 221 en las que defiende la calidad moral del principio de igual participación, haciendo referencia a ideas propias del utilitarismo de John Stuart Mill.

La segunda idea surge al momento de preguntarnos en que consiste el principio de participación. Según Rawls para ello debemos determinar ¿cuál es su extensión? A esta pregunta responde que la *“extensión del principio de participación se define como el grado en que se restringe el procedimiento de gobierno de la mayoría por los mecanismos del constitucionalismo”* (Rawls, 2010, pág.216). Esto quiere decir que el problema está en definir cómo estos mecanismos constitucionales pueden ser compatibles con el principio de igual participación. La respuesta a este problema es que si los límites que impone el constitucionalismo son aplicados de manera igual para todos, estos mecanismos quedarían justificados por que *“presumiblemente protegen otras libertades”* (Rawls, 2010, pág. 216). De tal modo que *“la mejor solución se obtiene diferenciando las consecuencias del completo sistema de libertad”* (págs.216-217).

Entonces la segunda idea radica en que el primer principio de la justicia implica la garantía de *todas* las libertades (completo sistema de libertad), y no el principio de participación por encima de las demás libertades ni a la inversa⁴⁹. Por lo tanto, la valoración de un diseño institucional depende de la aptitud de este para proteger ese completo sistema de libertad conformado tanto por la igual participación como por las demás libertades.

Al trasladar la primera idea a la discusión en torno al constitucionalismo y la democracia tenemos que si la democracia es el procedimiento que mejor garantiza la igual participación de los ciudadanos hay razones para creer que esta tiene valor intrínseco. En consecuencia, todo mecanismo que la restrinja es intrínsecamente disvalioso, por ello es que los mecanismos contramayoritarios del constitucionalismo tienen un déficit en cuanto a valor intrínseco se refiere.

Sin embargo, la propuesta de Rawls también nos ofrece una salida. Si de acuerdo a la segunda idea el valor de un diseño institucional depende de su aptitud para proteger todas las libertades, los mecanismos del constitucionalismo tienen posibilidad de justificación en su valor instrumental es decir en su aptitud como procedimiento de proteger de mejor manera las demás libertades que entran en tensión con la libertad política. De esta forma lo ha planteado Juan Carlos Bayón (2010) quien al referirse a la justificación del constitucionalismo afirma que esta *“es posible si los*

⁴⁹ Una muestra más de esta opinión de Rawls es que critica, lo que denomina “el dogma del liberalismo clásico” que consiste en afirmar que las libertades políticas tienen menor valor intrínseco que las otras libertades.

mecanismos contramayoritarios aseguran un mayor valor instrumental y lo hacen en un grado suficiente como para compensar su falta de valor intrínseco ...” (pág.331).

La consecuencia que se sigue de este planteamiento es evidente: como para definir la extensión del principio de igual participación necesitamos hacerlo a partir de las otras libertades, la respuesta a la pregunta de cómo debe quedar configurado el completo sistema de la libertad depende de las circunstancias concretas de una constitución política. Volviendo a Rawls (2010, pág. 217) el asunto está en determinar “*qué límites dan mejores resultados en las circunstancias actuales para lograr los fines de la libertad*”.

2.4.1 Una revisión judicial dependiente del contexto para conciliar Constitucionalismo y Democracia

Si la tensión entre constitucionalismo y democracia puede plantearse como la elección por un determinado diseño institucional en el que se evalúe tanto su valor intrínseco como su valor instrumental, la vía para conciliar estos conceptos parece ser enfocarnos en las circunstancias concretas de la sociedad en cuestión. El valor intrínseco dependerá de cómo se articule la igualdad política en ese contexto, y su valor instrumental de la aptitud del sistema para proteger los derechos fundamentales en general. El diseño institucional que juzguemos más adecuado no lo será, entonces, para todas las comunidades políticas, sino que para distintas circunstancias el procedimiento de decisión será distinto.

Tenemos un indicio para la solución del problema, sin embargo, deben hacerse ciertas observaciones.

En primer lugar, la razón de que atribuyamos un mayor valor intrínseco a la democracia es porque consideramos que esta es un procedimiento que asegura la igual participación de los ciudadanos. Pero la verdad de esta aseveración depende, precisamente, del contexto. Es decir que la única forma de verificar que esto es así realmente, es determinar cómo está funcionando el procedimiento democrático en circunstancias sociales específicas, lo cual nos arrojará algo así como *el valor intrínseco concreto* del procedimiento democrático. Esto significa que la democracia no necesariamente es el procedimiento que mejor garantiza la igualdad política, y que por lo tanto el procedimiento que tenga mayor valor intrínseco depende también de las circunstancias específicas de su funcionamiento.

En segundo lugar, se debe advertir que hay un grado de indeterminación en este planteamiento, que deriva de “*la variabilidad empírica de las circunstancias de las que depende el valor instrumental de un procedimiento*”(Bayón, 2010, pág. 352), o sea, que el determinar qué procedimiento arroja mejores resultados (valor instrumental) deviene de evidencia empírica que se pueda obtener, de nuevo, del funcionamiento de estos en circunstancias específicas. Así para determinar si los jueces tienen una “ventaja comparativa” al proteger los derechos en su conjunto, frente al legislador, se debe estudiar el concreto funcionamiento de estos órganos.

En tercer lugar, debe considerarse que una de las razones adicionales que respalda la tesis de la dependencia del contexto, es que esta se trata de una propuesta que puede articularse con una visión deliberativa de la democracia, y que puede contribuir a que despliegue su potencial en distintos ámbitos.

Como se analizó los autores que se decantan por una perspectiva deliberativa consideran que lo fundamental se encuentra en el proceso de formación de la voluntad, antes que en la forma en cómo se decide, así si ese procedimiento de formación no está funcionando de manera óptima tal vez requeriremos un diseño institucional distinto, lo que nos lleva a verificar como está funcionando ese procedimiento. Después de todo los defensores de esta visión deliberativa lo hacen desde su propio contexto: por ejemplo, Cárcova (2009) repara en que la Teoría de Habermas “*es una concepción moderna y eurocéntrica del modo de existencia de la sociedad actual y su evolución. Habermas está pensando en la sociedad occidental ‘avanzada’, para decirlo de modo preciso*”. (pág.228) En estas sociedades occidentales avanzadas, como las denomina el autor, es esperable que el ideal de igualdad política funcione adecuadamente, pero en otros contextos que no lo haga deberemos replantearnos el arreglo institucional.

También la dependencia del contexto encuentra soporte en la idea del mundo de la vida desarrollada por Habermas como elemento clave en una perspectiva dialógica. Si este -el mundo de la vida - es aquel elemento cultural que comparten los miembros de una comunidad (ver pie de página 18), que es necesario para la comunicación entre los hablantes y la coordinación de sus acciones, es indudable que este depende de un contexto. Este contexto es el que generará los rasgos que comparta la comunidad, los que les permitirán llegar a consensos a partir de los cuales puedan

dirigir sus acciones. Y es, también, en ese contexto donde la sociedad civil puede *descubrir* sus problemas y exigencias que puedan trasladarse al ámbito institucionalizado de la política.

En esta misma línea es importante resaltar que la deliberación es un elemento que genera valor a los procedimientos, por lo tanto, independientemente del procedimiento que se elija, el que logre desarrollar prácticas deliberativas tendrá un mayor valor, es decir, que la deliberación opera como un atributo que genera valor intrínseco a los procedimientos. En principio el procedimiento óptimo para la deliberación es el democrático, y esta es una razón más para considerarlo intrínsecamente más valioso. Pero nuevamente, si este no está, de hecho, garantizando la igualdad política, no cumple con el presupuesto que en principio lo hace valioso.

Tampoco se debe olvidar que la deliberación puede trasladarse al ámbito institucional, pero en este punto parece que el enfoque de diálogo interinstitucional que se adopte, depende ya del diseño que se ha escogido previamente. Fundamentalmente de si se ha adoptado un diseño de constitucionalismo débil o constitucionalismo fuerte⁵⁰.

Así en el diseño de constitucionalismo débil el diálogo operaría principalmente entre el legislador y los jueces constitucionales, en la que estos últimos podrían hacer ver a los primeros *“el peso de razones o puntos de vista que no han sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones forzando[les] de este modo a reconsiderarlas, pero no necesariamente a abandonarlas”*(Bayón, 2010, pág. 355.)

Por su lado en un diseño de constitucionalismo fuerte, el diálogo sería fundamentalmente entre órganos jurisdiccionales. Esto es así debido a que actualmente además de la tensión interna entre jueces constitucionales y legisladores, existe una tensión entre tribunales nacionales y tribunales internacionales. La tensión consiste en que la injerencia de los organismos internacionales en los asuntos internos de un Estado, puede ser vista como un problema de legitimidad de la justicia internacional en el que los mecanismos dialógicos juegan un papel importante de integración (Arango, 2017; Roa Roa, 2020).

Estas observaciones nos indican, por un lado, que la dependencia del contexto es inevitable al adoptar un enfoque que se decante por el balance entre valor intrínseco y valor instrumental al

⁵⁰ La clasificación es de Juan Carlos Bayón (Bayón, 2009, 2010), también la utiliza (Roa Roa, 2020), entre otros.

momento de elegir un diseño institucional, pero por otro, resaltan la necesidad de evidencia empírica que nos permita saber el funcionamiento concreto de, lo que Rawls, denomina, “*el completo sistema de la libertad*”. Dicho de otro modo, para saber cómo se encuentran garantizados todos los derechos de manera global, necesitamos conocer cómo se desempeñan los órganos legislativos frente a los tribunales a la hora de decidir sobre los derechos fundamentales, lo cual indudablemente no es una tarea fácil.

Aun así, estas precisiones nos muestran el camino: se requiere recabar información de cuál es el funcionamiento concreto de los distintos arreglos institucionales, para determinar, tanto, el grado de satisfacción del ideal de la igualdad política, como, qué procedimiento genera mejores resultados al proteger los demás derechos. Considerando también para este balance las prácticas deliberativas que fomenten la participación de la sociedad civil, así como el diálogo interinstitucional.

Se trata de una propuesta en construcción que requiere de esfuerzos conjuntos, tanto jurídicos como políticos, que generen datos sobre los cuales identificar cual es el diseño institucional que conviene adoptar en un contexto determinado⁵¹.

Un enfoque de este tipo nos muestra que en la práctica el control de constitucionalidad solo puede ser uno de carácter material incluso cuando se refiere a asuntos (procedimentales) que tienen que ver con la democracia, porque justamente el referirse a la democracia implica valoraciones sustantivas (intrínsecas e instrumentales) sobre ella como procedimiento. Y el valor de este trabajo reside, fundamentalmente, en indicarnos la dirección a tomar para mantener alguna forma de revisión material de las leyes que no mine el valor de la democracia, sino que contribuya a

⁵¹ Este es un camino que se está labrando, existen ya trabajos en esta línea que identifican una práctica común para circunstancias similares, así por ejemplo en Latinoamérica a través del estudio del derecho comparado se ha definido el denominado *Ius Constitutionale Commune* que engloba un conjunto de prácticas coincidentes entre los Estados y con los organismos internacionales, todo ello a partir del mismo contexto “*El Ius Constitutionale Commune en América latina defiende la existencia de un nuevo fenómeno jurídico que ha emergido de la interacción y la confluencia entre el derecho nacional y el derecho internacional, distinguiéndose por ostentar un impulso específico*” (Bogdandy et al., 2017, pág.21)

garantizarlo conjuntamente con las otras libertades, acercándonos al ideal de un igual esquema de libertades para todos.

Conclusiones

Existen distintas conclusiones que se refieren a los distintos conceptos y variables planteadas. En relación a la democracia, es válido concluir que es un concepto fundamentalmente procedimental, que desde sus inicios hasta la actualidad ha mantenido en su significado dos elementos fundamentales: la regla de la mayoría como forma en la que se toman las decisiones democráticas, y la soberanía popular que nos indica quienes deciden.

La visión deliberativa puede contribuir a mejorar ese procedimiento en el que consiste la democracia. La idea de deliberación en sí supone un procedimiento regulado que permitan las posibilidades de un diálogo racional, y que al tratarse de la democracia vendría dado por las reglas que nos indican quien tiene la competencia para decidir y cómo en último momento se decidirá.

Ya que cualquiera que sea la visión que se tenga de democracia esta supone siempre (y por lo menos) un procedimiento para la toma de decisiones basado en la regla de la mayoría y la soberanía popular, este se puede optimizar con mecanismos deliberativos.

Por otro lado, los mecanismos contramayoritarios del constitucionalismo al excluir elementos de la decisión política, pueden entenderse como procedimientos que establecen límites a la democracia. El resultado de estas limitaciones puede entenderse como una nueva forma de elección colectiva una en la que ya no prima lo que decida la mayoría, sino lo que esta decida siempre y cuando respete los límites impuestos.

Normalmente atribuimos un valor especial a la democracia al entenderla como una forma de gobierno que asegura la toma de decisiones en igualdad de condiciones. De esta manera si los mecanismos del constitucionalismo limitan la forma de decidir democráticamente, se ven en la necesidad de una justificación.

La posibilidad de justificación de estos mecanismos no se encuentra en resaltar el carácter popular de la Constitución, ni en la reducción del control de constitucionalidad a derechos procedimentales, pues la primera opción nos lleva a una forma de interpretación que profundiza el carácter contramayoritario de la rigidez constitucional y de la revisión judicial, mientras que la segunda se basa en una dudosa distinción entre procedimiento y sustancia a la hora de realizar el

control de constitucionalidad de la ley, en la que siempre se termina por realizar un pronunciamiento sobre contenidos.

En realidad, el enfoque que distingue entre valor intrínseco y valor instrumental se muestra como el más apto para dar una justificación a estos mecanismos. Así existe una posibilidad de justificación del constitucionalismo en su hipotética mayor aptitud de proteger el completo sistema de derechos, es decir en su potencial de generar mejores resultados en esta tarea. Su justificación radica en su posible mayor valor instrumental.

Para determinar si los mecanismos del constitucionalismo en cuanto procedimiento, aseguran de mejor manera el completo sistema de derechos, es necesario enfocarnos en el contexto de cada comunidad política. La dependencia del contexto radica en que el valor intrínseco dependerá de cómo se articule la igualdad política en ese contexto, y su valor instrumental de la aptitud del sistema para proteger los derechos fundamentales en general.

En consecuencia, el diseño institucional que juzguemos más adecuado no lo será, entonces, para todas las comunidades políticas, sino que para distintas circunstancias el procedimiento de decisión será distinto.

Sin embargo, el planteamiento de la dependencia del contexto necesita ciertas precisiones.

En primer lugar, que el supuesto mayor valor intrínseco que la democracia asegura como procedimiento también depende del contexto. Depende de cómo está funcionando el procedimiento democrático en circunstancias específicas.

En segundo lugar, que la determinación de qué procedimiento de decisión es el adecuado para las distintas circunstancias específicas, depende de información de carácter empírico que nos lleve a concluir si en determinado contexto un sistema constitucional protege de mejor manera el completo sistema de derechos, o si el procedimiento democrático está garantizando la igual participación de los ciudadanos. Es decir, si el constitucionalismo ofrece un mayor valor instrumental o si prima el mayor valor intrínseco de la democracia.

BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, B., & Rosencrantz, C. (1991). Tres concepciones de la democracia constitucional. In *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad* (pp. 13–31). Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2009). Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 31–47). Trotta.
- Arango, R. (2017). Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina. In A. Von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, & E. Ferrer Mac-Gregor (Eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión* (pp. 179–191). Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.
- Bayón, J. C. (2009). Derechos, Democracia y Constitución. In M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 211–238). Trotta.
- Bayón, J. C. (2010). Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo. In M. Carbonell & L. García Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional*. Trotta.
- Bellamy, R. (2010). *Constitucionalismo Político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Marcial Pons.
- Bernal Pulido, C. (2008). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (1986). El futuro de la democracia. In *El futuro de la democracia* (Primera Ed). Fondo de Cultura Económica. <http://zoonpolitikonmx.files.wordpress.com/2013/10/bobbio-norberto-el-futuro-de-la-democracia-1986.pdf>
- Bobbio, N. (2001). *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político* (Segunda Ed). Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (2010). *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*. Fondo de Cultura Económica.

- Bogdandy, A. von, Ferrer Mac-Gregor, E., Morales Antoniazzi, M., Piovesan, F., & Soley, X. (2017). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. In A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, & M. Morales Antoniazzi (Eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión* (pp. 17–51). Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.
- Carabante Muntada, J. M. (2011). *Philosophica: Enciclopedia filosófica on line — Voz: Jürgen Habermas*. 2011. <http://www.philosophica.info/voces/habermas/Habermas.html>
- Cárcova, C. M. (2009). Habermas: La validez como construcción discursiva. In *Las Teorías Jurídicas Postpositivistas* (pp. 225–239). Abeledo Perrot.
- Cárdenas, J. (2008). Acerca de la legitimidad democrática del juez constitucional. In E. Ferrer Mac-gregor & A. Z. Lelo de Larrea (Eds.), *La ciencia del derecho procesal constitucional* (pp. 81–102). Marcial Pons.
- Carruitero Lecca, F., & Cerna García, M. E. (2019). *Curso Universitario de Filosofía del Derecho*. Jurista Editores E.I.R.L.
- Comanducci, P. (2009). Formas de (Neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico. In M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 75–98). Trotta.
- Comanducci, P. (2018). Luigi Ferrajoli: Constitucionalismo. In *Apuntes sobre la teoría del derecho contemporáneo* (pp. 209–220). DERECHO GLOBAL EDITORES S.A.
- Cortina, A. (2010). *Justicia cordial*. Mínima Trotta.
- Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Dworkin, R. (2019). *El Derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana* (Primera ed). Palestra Editores.
- Ferrajoli, L. (2009a). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009b). Pasado y futuro del Estado de derecho. In M. Carbonell (Ed.),

- Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 13–29). Trotta.
- Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (M. Carbonell (ed.)). Trotta.
- Ferrajoli, L. (2017). Norberto Bobbio, Teórico Del Derecho Y De La Democracia. *Revista de La Facultad de Derecho de México*, 60(253), 31.
<https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2010.253.60771>
- Ferreres Comella, V. (2000). Una defensa de la Rigidez Constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 23(23), 29–47.
- Ferreres Comella, V. (2010). El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática. In M. Carbonell & L. García Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional* (pp. 356–380). Trotta.
- García Figueroa, A. (2009). La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo. In M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 159–186). Trotta.
- Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Garzón Valdés, E. (1989). Algo más acerca del «coto vedado». *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 06, 209–213. <https://doi.org/10.14198/doxa1989.6.12>
- Gozzi, G. (2018). Teorías de la democracia y derechos fundamentales. In R. De Giorgi & J. Espinoza de los Monteros (Eds.), *Las dimensiones del Estado Constitucional*. DERECHO GLOBAL EDITORES S.A.
- Guastini, R. (2009). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano. In M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 49–73). Trotta.
- Habermas, J. (2008). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Quinta Edi). Trotta.

- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (2015). *El federalista* (R. Máiz (ed.)). Akal.
- Laporta San Miguel, F. J. (2001). El ámbito de la Constitución. *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 24, 459. <https://doi.org/10.14198/doxa2001.24.17>
- López, S. (2018). *Reflexiones acerca de la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Ecuador*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Martínez Roldán, L., & Fernández Suárez, J. (2006). *Curso de Teoría del Derecho* (Cuarta Edi). Ariel.
- Nino, C. S. (1988). Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 5, 87. <https://doi.org/10.14198/doxa1988.5.05>
- Pérez Royo, J. (2010). *Curso de Derecho Constitucional* (Duodécima). Marcial Pons.
- Pintore, A. (2000). Democracia sin derechos: en torno al Kelsen democrático. *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 23, 119–144. <https://doi.org/10.14198/doxa2000.23.05>
- Pintore, A. (2009). Derechos insaciables. In A. De cabo & G. Pisarello (Eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.
- Pisarello, G. (2012). *Un largo termidor: Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Post, R., & Siegel, R. (2014). La premisa del constitucionalismo democrático. In L. García Jaramillo (Ed.), *Nuevas perspectivas sobre la relación/tensión entre la democracia y el constitucionalismo* (pp. 17–32). Editora y Librería Jurídica Grijley.
- Prieto Sanchís, L. (2009). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 123–158). Trotta.
- Rawls, J. (2010). *Teoría de la justicia* (Segunda Ed). Fondo de Cultura Económica.
- Rivera León, M. A. (2011). Esbozo de teoría contramayoritaria : consideraciones de la “countermajoritarian difficulty.” *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 407.

<https://doi.org/10.5944/trc.28.2011.6966>

- Roa Roa, J. E. (2020). El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. *MPIL Research Paper Series*, 11, 1–16.
- Storini, C. (2017). Poder, política y derecho: Desde la carta magna al constitucionalismo del siglo XXI. In C. Storini (Ed.), *Carta Magna y nuevo constitucionalismo latinoamericano, ¿Ruptura o continuismo?* Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- Zolo, D. (2009). Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. In A. De cabo & G. Pisarello (Eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.