



Departamento de Posgrados

Maestría en Derecho Constitucional

Constitucionalismo contemporáneo y democracia: interrelación y principales dilemas

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de
Magíster en Derecho Constitucional**

Autor: Juan Francisco Delgado Ponce

Director: Ab. Guillermo Ochoa Rodríguez, Mgtr.

Cuenca, Ecuador

2017

Dedicatoria:

A mi familia y esposa por su apoyo, comprensión y permanente incentivo.
A Dios, por darme la lucidez necesaria para afrontar y completar un nuevo reto.

Tabla de contenidos

Introducción	1
CAPÍTULO I	3
EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO	3
i. Introducción al capítulo	3
1.1. Del Estado legal al Estado constitucional	5
1.1.1. El Estado de Derecho	5
1.1.2. El Estado legal	6
1.1.3. La transición al Estado Constitucional	14
1.2. El constitucionalismo contemporáneo:	21
1.2.1. El constitucionalismo postpositivista (no positivista).	23
1.2.2. El nuevo constitucionalismo latinoamericano.	31
Bibliografía del Capítulo	37
CAPÍTULO II	39
CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA	39
i. Introducción al capítulo	40
2.1. La democracia	41
2.1.1. Algunos elementos teóricos acerca de la democracia:	42
2.1.2. La democracia procedimental	45
2.1.3. La democracia constitucional como alternativa a la democracia procedimental	51
2.2. La tensión entre democracia y constitucionalismo	55
2.2.1. Las razones del constitucionalismo frente a la democracia	56
2.2.2. Los cuestionamientos al constitucionalismo desde la democracia	61
2.3. Los derechos como punto de tensión entre democracia y constitucionalismo	65
Bibliografía del capítulo	71
CAPÍTULO III	73
DILEMAS PARA EL CONSTITUCIONALISMO Y LA DEMOCRACIA	73
i. Introducción al capítulo	74
3. La objeción democrática	75
3.1.1. La objeción democrática intertemporal	76
3.1.1.1. Objeción democrática y precompromiso	77
3.1.1.2. La defensa de la autolimitación	80


3.1.1.3.	Objeción democrática y derechos	84
3.1.2.	La objeción democrática al carácter contramayoritario del control judicial de constitucionalidad	88
3.1.2.1.	Breve repaso del surgimiento del control judicial de constitucionalidad ..	89
3.1.2.2.	Control judicial de constitucionalidad y voluntad popular	92
3.1.2.3.	Interpretación y control de constitucionalidad	95
3.1.2.4.	Panorama general de las soluciones propuestas a la dificultad contramayoritaria	97
3.1.2.4.1.	Los planteamientos conservadores	98
3.1.2.4.2.	La postura radical	99
3.1.2.4.3.	Estado actual de la cuestión	105
3.2.	El constitucionalismo débil como alternativa	108
	Bibliografía del capítulo	115
	Conclusiones	116
	Bibliografía	131

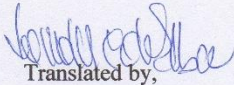
Resumen:

El presente trabajo expone los términos básicos de la compleja articulación entre el constitucionalismo y la democracia, partiendo de identificar las características fundamentales de los conceptos en liza, así como las dimensiones que asume cada uno en la fórmula de la “democracia constitucional”. En este contexto se verá que los derechos fundamentales se configuran en uno de los principales nudos críticos de la relación planteada, en articulación con los dilemas que proyecta la objeción democrática desde sus dos tradicionales enfoques. Finalmente, evidenciaré que la propuesta del constitucionalismo débil resulta una alternativa dentro del conflicto, no obstante presentar serios retos para su consolidación.

ABSTRACT

This research paper discussed the basic terms of the complex articulation between constitutionalism and democracy. It started by identifying the fundamental characteristics of the concepts at stake, as well as the dimensions assumed by each in the formula of "constitutional democracy". In this context, it will be observed that the fundamental rights are one of the main critical cores of the proposed relationship in regard with the dilemmas projected by the democratic objection its two traditional approaches. Finally, I will be evidenced that the proposal of weak constitutionalism is an alternative within the conflict, despite presenting serious challenges for its consolidation.


Ana Isabel Pacheco de Urte
AZUAY
Dpto. Idiomas


Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

Introducción

En el escenario de la vida en sociedad intuitivamente es posible prever que la búsqueda de la libertad política basada en la idea de autogobierno, aparece en primer plano opuesta a las restricciones que exige la defensa de las libertades individuales, provocando la coincidencia de dos fines igualmente legítimos que han exigido de la ciencia política y jurídica arduos esfuerzos por encontrar mecanismos efectivos de articulación, con respecto a los cuales habrá que cuidar además el suficiente grado de legitimidad que garantice la estabilidad de la organización.

En forma sintética, los términos de la contraposición denunciada encarnan en el debate que provoca la definición de los términos en los que se presenta la relación entre la democracia y el constitucionalismo, cuya aproximación se produce en el seno del Estado de Derecho, testigo de numerosos debates que surgen del cuestionamiento interpuesto desde la filosofía política a los mecanismos jurídicos de los que el constitucionalismo se sirve para cumplir sus fines.

En este sentido, el abordaje que aquí se realiza del tema tiene por objetivo evidenciar los principales dilemas a los que se enfrenta la democracia en su relación con el constitucionalismo, para lo cual será imprescindible identificar las características medulares del constitucionalismo contemporáneo a partir de su materialización en el Estado Constitucional y establecer el tipo de relación que en tal contexto se instaura con la democracia en sus enfoques formal y sustancial.

Para los fines propuestos, partiré de exponer una esquemática reseña del proceso que supone la transición del estado legal al estado constitucional de derecho, lo que permitirá situarse en un contexto de análisis que expondrá dos de las principales vertientes del denominado “constitucionalismo contemporáneo”, esto es, la que corresponde al constitucionalismo postpositivista y la del denominado nuevo constitucionalismo latinoamericano”. A continuación, presentaré algunos elementos teóricos básicos acerca

de la democracia, enfatizando en las corrientes de la democracia procedimental y la democracia constitucional, con lo que se tendrán elementos suficientes para comprender la naturaleza de la relación entre democracia y constitucionalismo.

En el tercer capítulo intentaré evidenciar algunos de los principales dilemas que enfrenta la relación entre la democracia y el constitucionalismo, tomando como base fundamentalmente la objeción democrática en sus dos principales orientaciones, la objeción intertemporal y la objeción democrática al carácter contramayoritario de la justicia constitucional, procurando esquematizar en forma básica los más relevantes argumentos que la doctrina ha esgrimido al respecto y el rol que los derechos fundamentales desempeñan en dicho contexto.

Finalmente, plantearé algunas ideas fundamentales de cara a comprender la alternativa que supone la propuesta del denominado “constitucionalismo débil”, en cuyo contexto buscaré identificar los principales retos a los que el mismo se enfrenta en su intención de articular una fórmula viable que permita redefinir la relación entre la democracia y el constitucionalismo.

CAPÍTULO I

EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

Sumario del capítulo

i. Introducción

1.1 Del Estado legal al Estado Constitucional

1.1.1 El Estado de Derecho

1.1.2 El Estado Legal

1.1.3 La transición al Estado Constitucional

1.2 El constitucionalismo contemporáneo

1.2.1 El constitucionalismo postpositivista (no positivista)

1.2.2 El nuevo constitucionalismo latinoamericano

i. Introducción al capítulo

El constitucionalismo, en tanto fenómeno histórico, se asocia a distintas etapas de su desarrollo con orientaciones ideológicas que han determinado cambios en la organización política y jurídica de las sociedades. Su aparición, principalmente asociada al período de la segunda posguerra, marcó un hito esencial en el surgimiento de la figura del Estado Constitucional de Derecho, cuya presencia se extiende en línea de evolución hasta nuestros días.

Parte esencial del proceso de evolución antes referido se asienta no solamente en la modificación de las estructuras orgánico-políticas asociadas al constitucionalismo, sino fundamentalmente en la transformación operada en la teoría del Derecho positivista, propia del Siglo XIX, en virtud de la redefinición de la Constitución como eje articulador del ordenamiento jurídico y continente de una expresión de voluntad popular que adquiriría fuerza normativa legítima.

En este contexto, el presente capítulo procura un abordaje del constitucionalismo, iniciando en una esquemática reseña de la capital transición del estado legal al estado

constitucional de derecho, lo que permitirá situarse en un contexto de análisis que expondrá dos de las principales vertientes del denominado “constitucionalismo contemporáneo”, esto es, la que corresponde al constitucionalismo postpositivista y la del denominado nuevo constitucionalismo latinoamericano”.

Al finalizar, se espera que el lector disponga de los elementos necesarios para situarse en el principal punto de debate que subyace al análisis propuesto en el presente trabajo: la tensión existente entre el constitucionalismo y la democracia.

1.1. Del Estado legal al Estado constitucional

1.1.1. El Estado de Derecho

Manuel García Pelayo (1991) ha descrito al Estado de Derecho como “la concreción en una época histórica dada de un arquetipo intemporal de convivencia política [al que designa como] nomocrático en el sentido de que el poder está investido de normas” (pág. 33). Lo dicho puede interpretarse como un intento por describir el proceso de racionalización sobrevenido para el fenómeno del poder como parte de un cambio en la mentalidad política del hombre de finales del siglo XVIII.

Desde sus primeras formulaciones serias, atribuidas a Kant y Humboldt, el Estado de Derecho pretende ser el contrapunto de dos nociones propias del *Ancien Régime*, a saber: por una parte, la de un Estado policía, propio del absolutismo ilustrado de la segunda mitad del siglo XVIII, facultado para intervenir en la esfera de los individuos como “mal necesario” para alcanzar un fin superior como la felicidad o la paz; y, por otro lado, la idea de la ley como un instrumento en manos del monarca que permite hacer efectiva su voluntad omnímoda (García Pelayo, 1991, pág. 34), aspectos estos que pueden ser fácilmente interpretados en clave hobbesiana.

Así, la inauguración del Estado de Derecho, cronológicamente asociada a las postrimerías del siglo XVIII e inicios del siglo XIX, supone una inversión de roles en cuanto el Estado pasa a ser un instrumento a través del cual se encauza el ejercicio del poder, y el Derecho la herramienta a la que este se somete en aras de la racionalidad y de la garantía de certeza y despersonalización. En este sentido, Gustavo Zagrebelsky (2009) ha sostenido que el siglo XIX es, en sí, el siglo del Estado de Derecho o *Rechtsstaat*, apoyado en la trascendencia de este postulado que significó la superación del absolutismo, constituido bajo un régimen de fuerza; con acierto, el autor afirma que el Estado de Derecho, en tanto concepto relevante para la ciencia jurídica, encierra un valor que se expresa en “la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos” (pág. 21).

No obstante lo señalado, desde sus orígenes bajo la influencia del liberalismo, pasando por su “humanización”, a través de la incorporación de “la dimensión social de los derechos”, hasta llegar a su “constitucionalización” y vinculación con la corriente del garantismo; es innegable que la filosofía del Estado de Derecho ha sufrido importantes modificaciones, merced a la influencia de las variaciones en la cultura de los pueblos, que le han valido sus distintas calificaciones doctrinarias, tendientes todas a evidenciar la transición de cada “etapa histórica” de la humanidad a una nueva. A continuación procuraré una aproximación a dos paradigmas históricamente reconocibles en el contexto del Estado de Derecho: el Estado legal y el Estado Constitucional.

1.1.2. El Estado legal

La Revolución Francesa de 1789, marcó en el desarrollo del Estado y su concepción, un verdadero hito. De forma generalizada, la doctrina señala a dicha gesta histórica como el inicio de la afirmación del Estado de Derecho, no obstante sus antecedentes más remotos. En efecto, es innegable que la irrupción del pensamiento liberal, afincado en la consideración del hombre como ser humano libre, racional y, en tal condición, igual a sus semejantes, irrumpió en la teoría política de finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX, marcando definitivamente el surgimiento del Estado de Derecho en su primera orientación teórica, la del Estado legal.

Las ideas de John Locke, calificadas por algunos como un intento por asentar como título del poder el consentimiento popular, tuvieron trascendencia en el surgimiento del Estado legal de Derecho. A los postulados del filósofo inglés se sumó el pensamiento de otros intelectuales, entre ellos Montesquieu, y Rousseau, quienes contribuyeron a la expansión de este modelo influenciados por la escuela del *ius* naturalismo en su vertiente racionalista. Para Zagrebelsky (2009), esto provocó un cambio en la tradicional idea de un Estado apoyado solamente en el principio de autoridad por cuanto afirma que “...el sentido general del Estado liberal de derecho consiste en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad en el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley” (pág. 23).

En este punto es preciso resaltar el valor de la experiencia del Estado de Derecho liberal o legal en el contexto europeo continental, en el que se aprecia con mayor claridad su fundamento y se advierte el devenir histórico del constitucionalismo mundial en vista de los obstáculos que debió superar hasta su afirmación (Trujillo, 2013). Dentro de este panorama, la lucha revolucionaria inaugurada en 1789 se configuró como una cruzada por limitar el poder del monarca, primero, mediante la introducción de un contrapeso político personificado en el parlamento, considerado el único representante que, en nombre de la nación, era capaz de establecer un freno al poder despótico del rey, obligándolo a sujetarse a reglas de actuación que garantizaran un mínimo de condiciones para el resguardo de la libertad del pueblo. En un segundo momento, el Estado de derecho liberal se consolida como el esquema en el que el derecho es identificado exclusivamente con la ley, concebida como un instrumento capaz de garantizar objetividad, imparcialidad y certeza por estimarse a esta el registro objetivo y despersonalizado de la voluntad popular que gozaba de un carácter intrínsecamente justo (Rousseau, 1984), y por medio del cual el parlamento era teóricamente capaz de articular en una expresión común de la heterogeneidad de aspiraciones e ideologías de sus representados.

El cambio que supuso la introducción del Estado liberal de derecho en el contexto jurídico y político de la época puede describirse de forma sintética a partir de los siguientes rasgos distintivos:

- a) La primacía de la ley, a la cual tiende a reducirse esencialmente el derecho, colocándose por tanto como la primera fuente en importancia desde su carácter presuntamente democrático y despersonalizado.

En este escenario, la Constitución, si bien existe y se concibe como el instrumento fundacional del Estado, alcanza la consideración únicamente de programa político de carácter indicativo y por tanto no susceptible de ser exigido a través de procedimientos jurisdiccionales (García Pelayo, 1991, págs. 33-37).

- b) La distinta situación de los particulares y la administración frente a la ley, en tanto se afirmó la supremacía de la ley sobre la administración, lo que en palabras de García Pelayo (1991, pág-36-36)) y Zagrebelsky (2009; págs. 27-33) comporta la

sujeción del poder al derecho y la limitación positiva de sus competencias como norma general; y, la libertad de los particulares en ausencia de ley, siendo admisible la posibilidad excepcional de limitación de sus derechos únicamente en virtud de una ley sancionada por el órgano legislativo.

Este rasgo particular suele asociarse en doctrina desde la noción del denominado principio de legalidad, traducido en el mandato de que las intervenciones de la autoridad (en definitiva del Estado) en la esfera de libertad de los particulares, se admitieran solamente en casos excepcionales previstos por la ley.

La importancia del principio señalado para el pensamiento político y jurídico de la época se observa con claridad en la redacción de los artículos 4 y 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789¹.

- c) La adopción del positivismo como sustento filosófico, que se proyecta a la teoría del derecho en una “ciencia de la legislación positiva” (Zagrebelsky, 2009, pág. 33) y se reduce a sostener los siguientes presupuestos fundamentales: a) el monopolio de la producción jurídica por parte del órgano legislativo; b) la presunción de justicia, legitimidad y por tanto validez de toda ley creada conforme a los cauces formales de competencia y procedimiento establecidos por el Derecho; c) la consiguiente función del aparato judicial como simple boca de la ley, limitado a aplicar normas vigentes prioritariamente desde el método de la subsunción; y, d) una tarea de la ciencia jurídica orientada solamente a explicación y sistematización del contenido de los textos legales.

Desde un enfoque crítico, Luigi Ferrajoli (2009) ha relevado como rasgo de identidad del Estado legal de Derecho decimonónico la equivalencia concedida a los conceptos de validez y vigencia de las leyes, lo que condujo a sostener, en

¹ **Artículo 4:** La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. Por ello, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tan sólo tiene como límites los que garantizan a los demás Miembros de la Sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites tan sólo pueden ser determinados por la Ley.

Artículo 5: La Ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la Sociedad. Nada que no esté prohibido por la Ley puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer algo que ésta no ordene.

términos metodológicamente paralelos pero conceptualmente distintos a los Rousseau, que la ley se presume válida y su cumplimiento exigible por el simple hecho de su existencia, no obstante su contenido o el resultado de justicia o injusticia a la que su aplicación conduzca (págs. 20-22).

- d) Una estructura estatal definida en función del ideal liberal, propio del Estado legal, en la que el órgano legislativo ocupa un rol protagónico como responsable de crear la ley, situándose de esta manera en un sitial superlativo frente a las ramas ejecutiva (encargada de su ejecución) y judicial (responsable de su aplicación) (Vigo, 2010, pág. 3), y en la que además se predispone al Estado a la adopción de una conducta de abstención y limitación de su actividad al mínimo, como presupuesto del respeto y garantía de la libertad, la propiedad y la seguridad de los particulares.

Delimitada de esta forma la órbita de actuación del Estado, quedaban dentro de la entera libertad de los ciudadanos otros campos no regulados, principalmente la economía, en la cual se podía actuar de forma independiente y libre. Se concibió que en materia económica fueran las leyes del mercado las que debían regir, permitiendo de esta forma la implantación del sistema de economía de libre mercado propia del pensamiento económico liberal; en este contexto, el Estado recogería, entonces, el papel de explotar aquellas áreas que no eran explotadas por los individuos y que eran de interés social, pero únicamente en el campo de sus posibilidades económicas y materiales.

Desde una comprensión clara y sintética de lo dicho, la Corte Constitucional ecuatoriana, a través de la sentencia No. 002-09-SAN-CC, publicada en el Registro Oficial Suplemento 566 de 8 de abril de 2009, ha enfatizado en el papel representado por la Constitución y el legislador en el contexto del Estado legal de derecho al sostener lo siguiente:

“Dentro de la ciencia jurídica dominante en el Estado Liberal, el positivismo, el papel del operador jurídico se reducía a un proceso exegético de subsunción o deducción de reglas, el juez era boca de la ley. Bajo ese esquema, el juez estaba

sujeto únicamente a la ley, y su función era aplicarla obligatoriamente cualquiera fuese su contenido. (22) En efecto, bajo el paradigma del Estado Liberal, el Parlamento, conformado por la burguesía, era el que ejercía dominio sobre cualquier otra función del Estado, así, vía legal, se restringían derechos, se limitaban garantías, y la Constitución y sus principios (contenido material) pasaban a un segundo plano.”²

En similar sentido, Ramiro Ávila Santamaría (2008) describe la realidad del Estado legal en los siguientes términos:

“Por ley se puede definir cuáles son los derechos, las competencias de las autoridades y las garantías. El parlamento podría incluso cambiar la constitución, eliminar derechos y restringir las garantías: la constitución no es rígida y se puede reformar por el procedimiento ordinario de creación de las leyes; los derechos son los que están reconocidos y desarrollados en las leyes...” (pág. 778)

Lo expresado por la jurisprudencia y la doctrina nacional da cuenta de otro hecho de importancia esencial para la comprensión jurídica del Estado legal. Como se ha sostenido antes, la visión “legicéntrica” del orden jurídico promovió el fortalecimiento del órgano legislativo al punto de conseguir que los ordenamiento jurídicos de distintos estados, incluido el ecuatoriano³, colocasen en manos de dicho órgano la competencia de máximo intérprete constitucional y responsable de la reforma constitucional, avocando con ello paralelamente la facultad de definir vía ley numerosos aspectos de raigambre constitucional, principalmente los derechos en su alcance, contenido y limitaciones. Este argumento genera de inmediato una relativización de los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución, dada la concentración del poder que se produce en el legislador como órgano, en la ley como su instrumento de manifestación y en el principio de legalidad como el sustento de su poder.

² Corte Constitucional, sentencia No. 002-09-SAN-CC; caso 0005-08-AN; Registro Oficial Suplemento 566 de 8 de abril del 2009.

³ El artículo 130 de la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial Nro. 1, del 11 de agosto de 1998, contempló como atribución del Congreso Nacional, entre otras, la de “Reformar la Constitución e interpretarla de manera generalmente obligatoria”.

Queda así en evidencia uno de los mayores defectos señalados al Estado liberal, pues en él, el principio de legalidad, fundamento de su orientación, se tradujo en la expresión de intereses políticos y económicos de la burguesía, a cuyo servicio se encontraba dispuesto el aparato estatal. De todos modos, se considera que se trató de una forma revolucionaria de Estado, pues aplicó el derecho como un freno a la arbitrariedad, y por otra parte, determinó el traslado de poder de la monarquía y el clero a la burguesía.

Naturalmente, la falta de intervención del Estado en lo económico, social y cultural en el contexto hostil de las consecuencias sociales de la Primera Guerra Mundial originó graves inequidades, enriqueciendo a una parte de la población muy reducida, y empobreciendo a otra considerablemente amplia -la clase proletaria-. Esta última se vio fortalecida en sus intenciones de sustituir el modelo abstencionista de Estado por otro de carácter activo, bajo la influencia de la denominada “Doctrina Social de la Iglesia” surgida a partir de la encíclica “*Rerum Novarum*”, emitida por el Papa León XIII, y complementada por las posteriores encíclicas “*Quadragesimo Anno*”, del papa Pio XI en 1931, “*Mater et Magistra*”, del Papa Juan XXIII en 1961, y “*Centesimus Annus*”, del Papa Juan Pablo II en 1991; todas orientadas a condenar el individualismo capitalista, y a fomentar el desarrollo de una sociedad basada en los principios de la caridad y la justicia social como alma del nuevo orden, las cuales debían ser tuteladas por el Estado.

En efecto, la pugna y presión de las clases sociales menos favorecidas provocaron modificaciones en la disposición estatal, a través la expedición de normas por medio de las cuales se garantizaba la intervención del Estado con el fin de nivelar las desigualdades, brindando protección a los menos privilegiados. Es así como surge el denominado “derecho social” -materializado esencialmente en un inicio en las normas del derecho laboral y el derecho de la seguridad social- como una rama destinada a la consecución del bien común, con una participación activa del Estado y de los particulares.

Surgida así, la noción del Estado Social se integra a nivel constitucional, a partir de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, aunque, conforme lo señala

la doctrina, su origen se remonta a las Constituciones de México (Querétaro) de 1917 y de Alemania (Weimar) en 1919, en las que se evidencian las primeras normas de orden social, vinculadas sobre todo con el derecho al trabajo y la seguridad social. En adelante, su incorporación se produjo de manera progresiva en las cartas constitucionales a nivel global⁴, generando el reconocimiento de los denominados derechos económicos, culturales y sociales, entre los cuales se incluyen el derecho al trabajo, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, etc.

No obstante, cuadra advertir que por su naturaleza, las normas que consagraron derechos del tipo indicado se integraron a las constituciones de la época en forma de “mandatos programáticos”, lo cual significó que no se perfeccionaran de manera automática, sino que imponían al Estado una obligación de procurar la efectividad de tales derechos condicionada a sus posibilidades económicas y materiales. De esta característica, se desprende lo que Ramiro Ávila (2008) califica como “no justiciabilidad” de los derechos, relegándolos al papel de guías o estímulos para la acción pública, cuya efectividad se encontró directamente condicionada la disponibilidad de recursos y medios con los que cuenta el Estado.

Lo reseñado, sin embargo, obliga a precisar que aún a pesar del sentido humanizador alcanzado progresivamente por el estado en el contexto del constitucionalismo social, fruto de la primera posguerra, el modelo de organización continuó siendo en esencia el impuesto por el paradigma del Estado legal, basado en los mismos principios y caracteres que se han señalado brevemente con antelación. En este sentido, autores como García Pelayo (1991) son enfáticos en sostener la línea de continuidad existente entre el Estado liberal y el Estado social de Derecho, en consideración a que no obstante la diferencia ideológica subyacente a cada uno, ambos se erigen sobre la base del estado legal y su orientación positivista.

⁴ En el caso ecuatoriano, la doctrina nacional es coincidente en señalar a la Constitución Política de la República del Ecuador expedida el 29 de marzo de 1929 como el inicio de la corriente social del constitucionalismo, no obstante lo cual la figura del denominado Estado Social de Derecho se incorporaría normativamente a partir del texto de la Constitución Política de la República vigente desde el 11 de agosto de 1998.

Al respecto de lo indicado, el extinto Tribunal Constitucional ecuatoriano, desde el análisis de los dos modelos normativos en referencia, ha señalado lo siguiente:

“(...) el Estado Social de Derecho surge, históricamente, por los excesos del Estado liberal al reconocer los derechos individuales casi como un absoluto, excluyendo prácticamente toda intervención estatal, lo que produjo el advenimiento del constitucionalismo social, que promueve y reconoce derechos de segunda generación, o económicos, sociales y culturales;

(...) la disposición constitucional en virtud de la cual el Ecuador es un Estado Social de Derecho tiene consecuencias al momento de aplicarse el principio por el legislador y ser desarrollado en el ejercicio de la potestad reglamentaria, también, al establecer el sistema de protección de derechos fundamentales, el mismo que no rechaza las concepciones y principios esenciales del Estado liberal clásico, ni los derechos individuales, sino que perfecciona el sistema otorgando a la población una base material y económica para lograr el ejercicio real de dichos derechos individuales. En definitiva, el Estado liberal protege a la sociedad y al individuo frente al Estado, mientras que el Estado social protege a la sociedad y a los individuos como integrantes de esa sociedad por acción del Estado. El Estado no es ya, como sistema de protección de derechos fundamentales, un mero garante de dichos valores esenciales y permanentes del ser humano, sino un promotor de los mismos (...). (Tribunal Constitucional, 2002)”

El modelo estatal de tipo legal, aun a pesar de sus variantes ideológicas brevemente aludidas en lo principal aquí, consolidó, junto con el imperio de la ley como máxima referencia jurídica, un sistema de control afín a su objeto, el control de legalidad. Lo dicho motiva a que con frecuencia, y creo con mucha razón también, se sostenga que el verdadero afianzamiento del estado legal de derecho se produjo con el surgimiento de la justicia contencioso administrativa, cuyo rol ha sido y continúa siendo aún en nuestros días la guarda de la legalidad en las actuaciones de la administración pública (García Pelayo, 1991, págs. 34-37).

Los elementos hasta aquí reseñados permiten identificar al estado legal de derecho como figura jurídico-política propia de finales del siglo XVIII y durante el siglo XIX, rasgos que merecerían importantes cambios que vendrán motivados por el surgimiento del denominado estado constitucional, cuyo análisis procuraré a continuación.

1.1.3. La transición al Estado Constitucional

Es necesario partir de una aclaración conceptual básica. Lo expresado hasta aquí marca la consideración de un Estado de Derecho Legal, ideológicamente guiado por el liberalismo, cuya configuración fue forzada al cambio –desde lo ideológico- por las circunstancias. En este sentido, si bien el advenimiento del Estado Social impulsado por los factores antes señalados se promovió esencialmente como el producto de una visión crítica al Estado legal de vertiente liberal, aquello -como se dijo- no fue óbice para marcar una relación de continuidad en el paradigma del estado legal. La sustitución paulatina de un estado abstencionista por uno de talante más activa e interventora en favor de intereses superiores a los particulares bien puede interpretarse como un efecto reflejo de la pugna entre la nueva clase dominante, la burguesa, y la clase obrera que luchaba por alcanzar el reconocimiento legal de sus intereses (Zagrebelsky, 2009, págs. 21-40).

Como lo señala Farge Collazos (2007; pág. 45), el marcado sello capitalista –en lo económico- del Estado legal liberal, había provocado notables desigualdades sociales, acrecentando una brecha entre las clases dominantes y las menos favorecidas. En este contexto, con vista en los problemas asociados a la manipulación que -a vista y paciencia del positivismo jurídico- habían realizado los gobiernos fascistas con respecto a la ley, se promovieron cambios en el enfoque de la propia sociedad lo cual trajo aparejados también cambios en el Derecho, el que en un primer momento, desde la ya comentada figura del Estado Social, trató de remediar legislativamente el problema.

Un Estado Social que manejó inicialmente línea de continuidad con el modelo del Estado legislativo de Derecho, derivó en una inevitable inflación legislativa de cara a responder ante el rol prestacional adquirido, generando de forma creciente normas jurídicas destinadas todas a cubrir las distintas facetas que el carácter social imponía al Estado. En

este contexto, dentro del período de la crisis de los años 30 y, más específicamente, después de la Segunda Guerra Mundial se consolidó lo que llegaría a denominarse como “Estado de Bienestar” o *Welfarestate*.

El Estado de Bienestar se caracterizó por su importante papel interventor y prestacional, en el que se destacan como rasgos de identidad la adopción de una política económica orientada al pleno empleo y la protección de la clase proletaria, la provisión pública de servicios básicos, el aseguramiento de las condiciones para el mantenimiento de un nivel mínimo de calidad de vida, en especial para las personas en condición de mayor vulnerabilidad (Farge Collazos, 2007, pág. 49). En estas condiciones, como es lógico asumir, los Estados tendieron a aumentar su tamaño con el objeto de atender las obligaciones adquiridas, coincidiendo esto por tanto con una inflación burocrática de importantes dimensiones.

Así las circunstancias, el contexto fue el siguiente: un Estado que influido por la corriente social adoptó un rol interventor en los distintos ámbitos de la vida social, incluida la económica, cuyas nuevas obligaciones lo forzaron a asumir la carga de numerosas responsabilidades de tipo prestacional en favor de sus asociados, y que bajo una lógica positivista recurrió frecuentemente a la expedición de leyes como respuesta inmediata de cara a alcanzar sus fines. Este marcado paternalismo, generó para el Estado una suerte de “quiebra” altamente criticada desde las posiciones neo liberales, que en lo tocante al constitucionalismo derivó en una insuficiencia estructural de cara a promover la efectividad de los derechos sociales con los que se había comprometido, dando paso en forma forzosa a un cambio de paradigma que se asocia con el Estado Constitucional y sus planteamientos.

Sería propiamente luego de la Segunda Guerra Mundial cuando se produce la transición al denominado “Estado Constitucional de Derecho”, afirmado como el siguiente estadio en la evolución del Estado (García Pelayo, 1991, pág. 38).

Zagrebelsky (2009) señala que el cambio mentado puede explicarse, de forma simplificada, a partir de la modificación en la posición que ocupa la ley en cada modelo de estado. Recordando lo anotado antes, según el autor, en el primero se identifica un

claro “legicentrismo” con los caracteres propios de dicha circunstancia, en tanto en el segundo puede hablarse de una relativización de la ley y su valor jurídico merced a dos factores esenciales: a) el debilitamiento de sus caracteres de abstracción y generalidad debido a la presión del pluralismo de fuerzas que alcanzan o exigen representación en el parlamento y que promueven mayor circunstancialidad y dinamismo en las regulaciones; y, b) la diversificación de las fuentes del derecho provocadas por la creciente complejidad de las sociedades, lo que provoca la pérdida de la exclusividad de la ley como fuente del derecho en aras del surgimiento de instrumentos normativos de variada índole que se adaptan con mayor facilidad a los pujantes cambios y necesidades de las distintas realidades político-jurídicas, particularmente en los regímenes descentralizados (págs. 33-41). Estas circunstancias motivan la consideración de la Constitución ya no como una carta de navegación política sin connotación jurídica, sino como un centro de convergencia estructural del orden jurídico y político en cuyo seno son posibles la multiplicidad de heterogéneas manifestaciones sociales con pretensión de reconocimiento jurídico (Zagrebelsky, 2009).

En este contexto, años atrás, Manuel García Pelayo (1991; págs. 38-45), no obstante reconocer las obvias diferencias que operan según la configuración de cada Estado en su ordenamiento jurídico, propuso algunos rasgos que, a su parecer, permiten identificar al Estado Constitucional como tipo histórico, enlistando entre ellos los siguientes:

- a) La división de poderes, particularmente atendiendo a la originaria división entre el poder constituyente y los órganos del poder constituido, entre los cuales destaca la idea de fundamentación permanente del primero hacia los segundos, lo que en definitiva genera para el Estado Constitucional la necesidad de adaptar los mecanismos de control adecuados y eficaces a fin de promover el permanente respeto a la voluntad constituyente objetivada en el texto constitucional, aun cuando dicha tarea implique la “represión” del ejercicio del poder democráticamente investido en el parlamento. Esto último exige el surgimiento de un ente estatal que, de forma independiente a las funciones del poder público, arbitre las medidas correctivas a fin de preservar el contenido del texto constitucional y su respeto en el ínterin del ejercicio de aquel.

- b) Distinción entre la competencia del Estado y las competencias en el Estado, lo cual apunta esencialmente a diferenciar aquel ámbito dentro del cual le es lícito al Estado moverse a través de su institucionalidad y que se encuentra delimitado por la esfera de autodeterminación social; y, por otra parte, aquel sistema de competencias que atiende específicamente al conjunto de atribuciones asignadas a cada uno de los agentes del poder en el marco de la institucionalidad estatal.
- c) Primacía de la Constitución sobre la ley, lo que implica la superación del paradigma del Estado legal desde al menos dos perspectivas: por una parte, en tanto se asume a la Constitución como norma jurídica que, como tal, goza de exigibilidad y justiciabilidad en caso de infracción, alejándose consecuentemente del rol de simple programa político con carácter indicativo; y, por otra parte, en cuanto presupone trascender de un ordenamiento que coloca su centralidad en la ley como fuente jurídica prima y, sin perjuicio de aceptar su existencia y valor, afirma el principio de supremacía constitucional sobre la ley y sobre el resto de normas del ordenamiento jurídico.
- d) Consecuencia natural del principio de supremacía constitucional resulta que el ejercicio del poder público en su integralidad, y no únicamente en cuanto ejercicio de la potestad legislativa, se encuentran sometidos al imperio de la Constitución y sus normas, encontrándose obligados al respeto de aquellas, particularmente en cuanto al ámbito dentro del cual les es lícito actuar.
- e) Finalmente, la necesidad de afirmar a la Constitución como norma suprema y el compromiso con la garantía de sus disposiciones justifican la presencia de un órgano de carácter autónomo e independiente de carácter jurisdiccional, en cuyas manos se deposite el rol de precautelar que el ejercicio del poder público se desarrolle en el marco de los límites constitucionalmente previstos. Así, se sostiene la necesidad de una jurisdicción constitucional que haga posible la superación del paradigma del estado legal en tanto modelo que expuso la ausencia de adecuados sistemas para la

efectividad y defensa de los contenidos constitucionales, dejando en el mejor de los escenarios en manos del legislativo la potestad de su interpretación y control. Con notoria claridad, García Pelayo (1991) expresa la importancia del surgimiento de la denominada jurisdicción constitucional al sostener que: “así como el Estado legal de Derecho sólo se constituye cuando existe una jurisdicción contencioso-administrativa, así el Estado constitucional de Derecho sólo adquiere existencia cuando se establece una jurisdicción constitucional” (García Pelayo, 1991, pág. 42).

Por su parte, Luis Prieto Sanchís (2013; págs. 23-32) profundiza en la caracterización del estado constitucional a través del señalamiento de lo que considera son rasgos singulares del mismo, contemplando entre aquellos a los siguientes:

- a) El reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, lo que en términos de lo sostenido por García Pelayo (1991) podría interpretarse en primer lugar como la asunción de la Constitución como norma jurídica, pero que con mayor amplitud desde la visión de Prieto Sanchís (2013), coincidente con la de Zagrebelsky (2009), implica no únicamente una cuestión de grado o jerarquía normativa, sino un reconocimiento social del valor jurídico y político de la constitución en tanto continente de un pacto social originario que establece los términos fundacionales⁵ de la organización política y que se traduce en una práctica social e institucional permanente de aceptación, respeto y por tanto cumplimiento voluntario.
- b) La rematerialización de la Constitución, lo que entraña una superación del paradigma del estado legal, prolijo en la predeterminación constitucional de límites y cauces formales para el ejercicio del poder, en aras de la incorporación cada vez más frecuente y pródiga de normas que incorporan, además, límites materiales o de contenido a las actuaciones de los poderes, especialmente los públicos, esencialmente a través de disposiciones que contemplan valores

⁵ Ello no obstante la tendencia contemporánea, particularmente visible en los procesos constituyentes latinoamericanos de las últimas décadas, de producir constituciones con entramados normativos más profusos y amplios.

superiores, introductores de un interesante debate que renueva la discusión acerca de la relación entre derecho y moral.

- c) Garantía judicial y aplicación directa de la constitución, rasgo que coincide con lo que hace ya varios años señalaba García Pelayo, y que se presenta como una consecuencia natural de aceptar a la constitución como norma jurídica. En efecto, se estima espontáneo aceptar que a fin de alcanzar el grado de obligatoriedad que exige la noción de la fuerza normativa de la constitución, es imprescindible contar con un órgano que actúe como su “guardián”, en términos de la antigua discusión entre Kelsen y Schmidt, aunque con un sentido superlativo que expresa la necesidad de forzar el cumplimiento de las normas constitucionales, formales y materiales, aún a través de la actividad jurisdiccional que pueda imponer límites a la actividad de las otras esferas de ejercicio del poder, superando inclusive la faceta únicamente de legislador negativo y asumiendo un rol con espectro mucho mayor.

En este espacio, es indudable para Prieto Sanchís (2013) que parte esencial de esta garantía judicial de la constitución implique no solamente la capacidad “restrictiva” de la acción jurisdiccional de control constitucional, sino además la aplicación directa de sus contenidos materiales, en especial aquellos que contemplan derechos, sin esperar la intermediación legislativa; ello no obstante, no implica saldar la discusión acerca del alcance de dicha aplicación directa, como lo reconoce el propio autor.

- d) La rigidez constitucional, que se presenta como una condición fundamental a fin de hacer posible la tarea de defensa de la constitución en tanto norma jurídica, y que presupone en esencia una garantía primaria de indisponibilidad de los contenidos constitucionales por los poderes constituidos, afirmando por consecuencia la distinción ya planteada por García Pelayo (1991) entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

En este aspecto, no obstante, es importante advertir las profusas discusiones que ocupan el debate constitucional contemporáneo, en tanto reeditan la permanente tensión entre constitucionalismo y democracia, cuyos principales aspectos serán materia de análisis más adelante.

Para Raúl Gustavo Ferreyra (2015), el estado constitucional puede ser distinguido a partir de cuatro reglas fundamentales entre las que cita 1) el rol supremo y fundante de la constitución como norma a la que se subordina el Estado en su integralidad, 2) la rigidez constitucional como presupuesto de interdicción a la variación de sus contenidos a través de procedimientos ordinarios, 3) la división de funciones del poder como garantía de su limitación y como respuesta organizativa al compromiso con el principio de la dignidad humana; y 4) la predeterminación de los derechos constitucionales como guía de la vida en sociedad y como estatuto ordenador del ejercicio del poder público.

En estos términos, el estado constitucional procura ser una superación del estado legal y los vicios que se endilgaron al mismo, principalmente desde el excesivo centralismo conferido a la ley y a las consecuencias que aquello introdujo en la teoría del derecho, en el rol de los operadores de justicia y en la labor de la ciencia jurídica. En forma concreta podría sostenerse que el estado constitucional consigue una revalorización de la constitución en tanto norma jurídica, la que trasciende el umbral de un simple reposicionamiento en un sistema cerrado y piramidal de fuentes que guardan entre sí relación de supeditación, para convertirse en un real centro de convergencia y al propio tiempo de irradiación de todo el ordenamiento jurídico, incluyendo desde luego a la ley (Prieto Sanchís, 2013, págs. 23-60).

El estado constitucional se materializa por tanto en la constitución, concebida como su instrumento jurídico fundamental, y como herramienta “creadora del momento de estabilidad y permanencia” (Häberle, 2001, pág. 3), que en palabras de Häberle (2001) expresa no solo un mecanismo normativo de utilidad para los operadores del derecho, sino sobre todo se constituye en la manifestación de una específica etapa del desarrollo cultural de la sociedad que, abriendo sus puertas al futuro, pretende la institucionalización de experiencias proporcionadas por su historia (págs. 11-16). Lo sostenido por el profesor alemán concuerda con el criterio de Prieto Sanchís (2013) y Pérez Royo (2010) en tanto

conciben que la constitución y su fuerza normativa, base del estado constitucional, descansan en altísima medida sobre la base de un importante grado de legitimidad y, por tanto, de recepción y aceptación social.

1.2. El constitucionalismo contemporáneo:

La caracterización del constitucionalismo puede intentarse de distintas formas según el enfoque que se adopte. Para los efectos que comporta el presente estudio asumiré una perspectiva mixta que ayude a describir, de manera instrumental al constitucionalismo en tanto proceso histórico, con una finalidad definida y propia, y que coincide, a mi juicio, con aquello que Paolo Comanducci (2002) sostiene con respecto a su naturaleza.

Sin pretender un abordaje exhaustivo del constitucionalismo y sus implicaciones tomo al constitucionalismo como una ideología cuya principal vocación es la limitación del poder en aras de la protección y garantía de unos ciertos derechos considerados, mayoritariamente, de sustrato natural (Comanducci, 2002, pág. 96).

Núñez Leiva (2015), desde una perspectiva histórica, afirma que el constitucionalismo, en sus albores, es la expresión adaptada al derecho público del proceso de codificación jurídica civil y penal sucedido en Europa a finales del siglo XVIII (págs. 79-84). El autor estima que en el origen, el constitucionalismo no es sino un intento de limitar el ejercicio del poder despótico del monarca en el *Ancien Régime*, particularmente a través de un esfuerzo de concentración de las potestades normativas y consiguiente codificación y sistematización de la producción jurídica en la Constitución, como garantía de unidad y coherencia, todo ello bajo el impulso del iusnaturalismo racionalista, fruto de la ilustración.

No obstante la necesaria referencia histórica, es necesario advertir en este punto que el interés del presente estudio se posiciona en un período avanzado de la evolución del constitucionalismo, al que identifico como “contemporáneo”, intentando con ello establecer conexión directa con el desarrollo del mismo a partir del período de la segunda posguerra, es decir, me refiero a un constitucionalismo en sentido fuerte (propiamente ideológico), en términos de la clasificación propuesta por Comanducci (2002), que

posiciona a la defensa de los derechos fundamentales frente al poder del estado como principal objetivo, para lo cual emplea a la constitución en calidad de instrumento.

En este contexto, Josep Aguiló (2007) explica que el proceso histórico a través del cual el constitucionalismo se ha desarrollado y practicado desde la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad, y que procura una presunta transformación profunda del derecho, se produce gracias a una “constitucionalización del ordenamiento jurídico” (págs. 666-667), expresión que, de acuerdo a Ricardo Guastini (2003), plantea una cuestión que puede ser observada en distintos grados y no como una situación de todo o nada, y que se liga en relación directa con nivel de cumplimiento de siete “condiciones” entre las que el profesor de la Universidad de Génova enlista las siguientes: 1) una constitución rígida; 2) la garantía jurisdiccional de la constitución; 3) la fuerza vinculante de la constitución; 4) la sobreinterpretación de la constitución; 5) la aplicación directa de las normas constitucionales, 6) la interpretación conforme a la constitución de las leyes; y, 7) la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas (págs. 49-73).

Núñez Leiva (2015) y Ferreyra (2015), acotan que este constitucionalismo al que me he referido requiere además un especial tipo de constitución, una que trasciende de la simple organización y división de funciones del poder bajo controles mutuos y recíprocos (*checks and balances*) como mecanismo de mediación entre intereses de élites sociales que se disputan el mando social (Comanducci, 2002), y en su lugar asume un rol de estatuto del poder, orientándolo al cumplimiento de unos fines que coinciden con los denominados derechos fundamentales.

De esta forma, el constitucionalismo en su visión contemporánea estaría llamado a coincidir, necesariamente como lo hace notar Núñez Leiva (2015; pág. 85), con la idea moderna de estado de derecho en tanto presupone un ordenamiento jurídico que se estructura a partir de una constitución que limite el ejercicio del poder, disponiendo y ordenando el mismo con miras en la efectividad y garantía de los derechos fundamentales, retomando con ello, aunque guardando las distancias respectivas de fundamento, la

originaria concepción de la constitución en la época revolucionaria, recogida en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁶.

Situados en este espacio, Ferrajoli (2012; pág. 792) advierte la multiplicidad de concepciones a cuya confrontación invita el estudio del constitucionalismo hoy en día, mencionando entre aquellas a la “paleopositivista”, la “postpositivista” y a la “garantista”, coincidiendo esta última con una suerte de neo iuspositivismo. A lo mencionado por el profesor de la Universidad de Roma cabría añadir las perspectivas planteadas por el constitucionalismo y su recepción en América latina durante los últimos años, dando lugar a distintas propuestas de las cuales se ha sugerido la existencia de un “nuevo constitucionalismo latinoamericano”.

En consideración a los fines que se propone el presente análisis, centraré mi atención en dos de las mencionadas corrientes, esto es, en la postpositivista, por ser aquella la prevaleciente o de mayor difusión y desarrollo durante los últimos años y en el denominado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, dada la vinculación que la misma pretende con la realidad de nuestro continente y en particular con la ecuatoriana.

1.2.1. El constitucionalismo postpositivista (no positivista).

Aguiló (2007) afirma que el debate suscitado en el marco del proceso evolutivo del estado de derecho permite distinguir al menos dos corrientes de pensamiento: la primera, denominada “positivista”, defendida por quienes estiman que el abordaje de los fenómenos jurídicos actuales tiene lugar en línea de continuidad con el paradigma positivista y las estructuras del estado de derecho legal, acaso con variaciones de tipo cuantitativo; y, la segunda, denominada “postpositivista”, también nombrada por algunos autores “neoconstitucionalista”, sostenida por quienes postulan la necesidad de un cambio de paradigma que debe ser necesariamente construido en torno a la visión del estado constitucional, involucrando por tanto cambios de carácter cualitativo (pág. 668). Atienza (2014), observa que en el contexto del constitucionalismo contemporáneo, el término

⁶ Conforme al artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se determina que: “Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”.

neoconstitucionalismo comporta extrema ambigüedad, no obstante lo cual, tomado en un sentido más específico podría designar a una específica orientación filosófica que tiende a coincidir con una postura más extrema de lo que él llama “no positivismo”, y que sin embargo se distingue del constitucionalismo iusnaturalista que sería el extremo más distante. En tal sentido, sugiere el empleo de la denominación “constitucionalismo postpositivista”, con el objeto de agrupar las tendencias filosóficas que, no obstante encontrarse representadas por autores con orientaciones específicamente diversas como Alexy, Dworkin o Zagrebelsky, coinciden en varios puntos esenciales que podrían caracterizar a esta corriente (pág. 10).

Así comprendido, el postpositivismo para cierto sector de la doctrina, más que una superación del positivismo indicaría un desplazamiento de los temas centrales de preocupación y debate en la ciencia jurídica: la indeterminación del derecho y la relación existente entre el derecho y la moral (Calsamiglia, 1998). No obstante, desde otra perspectiva que pareciera haber alcanzado mayor aceptación, se ha sostenido que los términos en mención identifican la agrupación de ideas que coinciden en una propuesta filosófica dirigida a cuestionar las estructuras teóricas del positivismo jurídico, a través del planteamiento de un cambio en varios de sus componentes, promoviendo una reconstrucción doctrinaria que, oponiéndose al positivismo, evita los excesos del iusnaturalismo racionalista puro (Pozzolo, 2016, págs. 143-144).

Desde esta tesitura, para Pozzolo (2016)⁷ esta corriente, como teoría del derecho, descriptivamente constituiría el testimonio y justificación del proceso de impregnación constitucional que opera como parte de la constitucionalización de un ordenamiento jurídico y que se manifestaría al menos en tres dimensiones:

- a) En la teoría de la fuentes del derecho, asumiendo a la Constitución como norma suprema y predeterminadora de la forma y sustancia del ordenamiento jurídico y sus distintas manifestaciones formales, incluyendo a la ley que deja de ser concebida como la fuente por antonomasia, y permitiendo al mismo tiempo el

⁷ A decir de Atienza (2014), Pozzolo no repara en la distinción entre el neoconstitucionalismo y el postpositivismo, razón por la cual emplea el primero de los términos aludidos para dar cuenta de los cambios operados por la corriente de pensamiento que aquí se aborda como postpositivismo.

crecimiento en importancia práctica de otras fuentes relegadas a un papel secundario en el contexto del positivismo, como la jurisprudencia y la doctrina.

En relación con lo último importa destacar el debate que con ocasión de los cambios provocados por la vigencia del estado constitucional, se reedita con respecto a la proximidad entre el sistema jurídico europeo occidental y el anglosajón, particularmente desde la visión de una actividad judicial más presente y participativa en la tarea de la garantía de los contenidos constitucionales (Prieto Sanchís, 2013).

- b) En la teoría de las normas, a través del tránsito de un derecho por reglas a un derecho por principios y por reglas (Pozzolo, 2016; Prieto Sanchís, 2013 y Zagrebelsky, 2009), en donde los primeros exhiben un carácter abierto y se predisponen en ciertas ocasiones como “principios en sentido estricto” (Atienza, 2011, pág. 78)⁸ y en otras como verdaderos mandatos de optimización (directrices) obligando a que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las aptitudes materiales y jurídicas (Alexy, 2010, págs. 67-68). Las segundas (las reglas) mantienen un carácter cerrado (de estructura hipotética), previendo una descripción de circunstancias fácticas que le sirven como presupuesto y la consiguiente consecuencia jurídica que deriva de su verificación. En ambos casos, es importante destacar, se mantiene la característica común de ser disposiciones de tipo normativo (Alexy, 2010, pág. 67; Atienza, 2011, págs. 78-79).

Desde este enfoque, las Constituciones del postpositivismo se muestran como textos con una especial riqueza en normas tipo principio (aunque sin excluir a las reglas), que sirven además como instrumento de fundamentación y origen de nuevas reglas, y de interpretación del ordenamiento jurídico en general.

⁸ Manuel Atienza (2011) sostiene que la consideración de ciertos principios como “principios en sentido estricto” o de principios como “directrices”, es una cuestión contingente, que dependerá por tanto de una decisión del constituyente en cada ordenamiento jurídico.

- c) En la teoría de la interpretación jurídica, desde que la presencia de una mayor carga de normas del tipo principio que ostentan igual jerarquía y peso abstracto en los textos constitucionales torna insuficiente al tradicional método subsuntivo del positivismo jurídico, habida cuenta de la estructura de dichas normas.

En este espacio es preciso aclarar que lo indicado no implica prescindir de la subsunción, dado que la misma no pierde utilidad en la aplicación de normas tipo regla y aún como parte del procedimiento ponderativo de derechos (Atienza, *Dos versiones del constitucionalismo*, 2011, págs. 79-80), aunque sí conduce a la necesidad de introducir, adicionalmente, mecanismos interpretativos distintos, esencialmente la ponderación, en cuyo proceso el juez se encuentra forzado a evaluar y escoger entre distintas posibilidades normativas igualmente aplicables al caso concreto, a partir de lo cual "...establece una nueva jerarquía momentánea que se aplicará al caso concreto y a una clase de casos futuros" (Pozzolo, 2016, pág. 146), todo ello sobre la base de un ejercicio argumentativo cuya mayor precisión técnica permitirá atenuar en mayor medida el cuestionamiento basado en su posible subjetividad. Sobre el particular es de interés la postura de Atienza (2011), quien resalta que la ponderación, pese a su relevancia y necesidad como método interpretativo en el contexto del constitucionalismo postpositivista, no es el método por antonomasia, ya que su aplicación debe ser más bien de carácter residual en el caso de jueces de rango inferior al de los máximos órganos de control e interpretación constitucional (llámense tribunales o cortes), debiendo en tal supuesto aplicarse y aceptarse preferentemente las ponderaciones efectuadas en la esfera legislativa y la judicial de rango superior (Atienza, 2011).

Pese a que el análisis del valor de la argumentación jurídica en el contexto del postpositivismo excede el interés del presente trabajo, es importante dejar sentado que los más importantes debates contemporáneos encuentran su principal contrapunto en el rol de la argumentación jurídica y su idoneidad para mitigar el temor que provoca un activismo judicial exagerado, que a guisa de ponderación culmine permitiendo una dictadura de los operadores de justicia y eliminando todo

rastros democráticos en la función de administración de justicia (Gargarella R. (., 2009, págs. 123-148).

Desde una visión más normativa, Pozzolo (2016, pág. 145) caracteriza al constitucionalismo no positivista a partir de la subordinación de todo el derecho a los contenidos de la norma constitucional, superando no obstante la teoría política constitucional clásica de simple limitación o contención del poder, a través del énfasis en los contenidos sustanciales del texto constitucional. De esta suerte, las constituciones del constitucionalismo postpositivista adquieren un carácter preceptivo que rebasa lo formal, y se encuentran impregnadas por un conjunto de valores, principios y reglas, en cuya presencia el rasgo característico de la constitucionalización del ordenamiento será la capacidad del derecho constitucional así concebido de permear con su bagaje axiológico y normativo todos los ámbitos jurídicos, incluido el de la producción legislativa, provocando la aplicación de la Constitución en todos los espacios de las relaciones interpersonales, todo lo cual, desde luego, no obsta para actuar también en favor de los principios de limitación del poder e interdicción de la arbitrariedad (Pozzolo, 2016, pág. 145).

Con respecto a lo último, es importante resaltar tres aspectos que resultan de interés para los fines del presente análisis:

- a) Por una parte, la conexión entre derecho y moral que es coincidentemente sostenida por los distintos defensores del constitucionalismo postpositivista, aunque aquello no autorice para afirmar que todos lo hagan en idénticos términos. Pozzolo (2016), por ejemplo, desde su defensa del “neoconstitucionalismo”, alude a la mentada conexión al considerar que “...la constitución es la carta de valores de la comunidad social y política, razón por la cual hay varias conexiones entre derecho y moral” (pág. 147), no obstante advertir que dicha conexión puede presentarse en diferentes medidas e intensidades según el autor al que se adscriba.

Estimo que con alguna precisión y claridad mayor Atienza (2014) defiende como rasgo característico del constitucionalismo postpositivista la necesaria conexión entre el derecho y la moral, desde lo que él llama la “tesis de la unidad de razón

práctica”; esta última implica aceptar que “en el razonamiento práctico, las razones últimas son las de carácter moral” (pág. 15), afirmación que no equivale a sostener que el Derecho deba resumirse a la moral, sino comprender que este tiene una necesaria e inescindible dimensión moral, que deriva de su dualidad como conjunto de normas y como práctica social que tiene por objeto la consecución y realización de unos ciertos fines y valores (pág. 14). Es importante, sin embargo, añadir que para Atienza (2014; pág.16), la materialización de la conexión entre Derecho y moral presupone un grado mínimo de “objetivismo moral”, es decir, de un mínimo conocimiento con respecto a cuáles habrán de ser tomados como aquellos valores que se constituyen en el fin último del Derecho, circunstancia que, a decir del profesor de la Universidad de Alicante, más que a través de un discurso retórico se alcanza por medio de una discusión y discurso racional que no tiene pretensión de corrección absoluta sino, por el contrario, propensión permanente a la derrotabilidad a través de un discurso justificativo racionalmente más sólido (págs. 17-18).

- b) En relación con la aplicación directa de la constitución y la incidencia de las normas constitucionales (sean estas tipo regla o tipo principio) en todas las relaciones que se configuran en el seno de la sociedad, conviene precisar con Atienza (2014) que una tesis tal debe ser debidamente comprendida a fin ponerse en práctica adecuadamente. Señala el autor que es necesario evitar el peligroso extremo en el que caen aquellos a los que con especificidad denomina “neoconstitucionalistas”, al sostener que el Derecho, en el contexto del Estado constitucional, se resume a la aplicabilidad directa, inmediata e irreflexiva de los principios constitucionales, inclusive si ello comporta hacer caso omiso a las reglas que, sobre todo a nivel legislativo, existen en el ordenamiento jurídico. Esta situación, ha dicho el español, provoca una distorsión que bien podría cuadrar con las principales críticas al constitucionalismo contemporáneo en el sentido de generar un peligroso espacio de discrecionalidad que otorga a quien decide en materia jurídica el poder para actuar de forma subjetiva e inclusive al margen del

Derecho (págs. 18-20). En este espacio, Atienza (2014) propone un equilibrio en la práctica jurídica, el que desde sus palabras se expresa como sigue:

“...lo que necesitamos es conjugar reglas y principios y buscar, por así decirlo, un equilibrio entre la certeza que procuran las reglas y la flexibilidad que requiere el manejo inteligente del material jurídico y que no es posible llevar a cabo sin los principios: es precisamente en los principios en donde se encuentra la justificación para aceptar en algunos casos la existencia de excepciones -implícitas, no formuladas en el texto de la ley- a las reglas.” (pág. 20)

Estimo que lo expresado por Atienza (2014) no debe confundirse con una postura en extremo deferente al legislador, en tanto depositario de una superlativa legitimidad democrática, como lo sostendría en algún punto la tesis positivista, ni interpretarse como una sugerencia de cercenar o desconocer la necesidad del control de constitucionalidad de las normas jurídicas, en especial de las leyes, sino asumirse como un posicionamiento que valore y sopesa desde un principio de razonabilidad y equilibrio la tensión posible entre certeza (seguridad jurídica) y supremacía constitucional a la que avoca el constitucionalismo postpositivista.

- c) Es importante, finalmente, rescatar el valor de los derechos en el contexto del constitucionalismo contemporáneo y particularmente en el marco del constitucionalismo postpositivista.

He sostenido antes, siguiendo a Pozzolo (2016), que en términos genéricos el constitucionalismo de vertiente europea gestado a partir de la segunda posguerra tiene como uno de sus rasgos fundamentales la fuerte rematerialización de los textos constitucionales, circunstancia que se explica desde su vocación a disciplinar no solamente las formas de producción sino también los contenidos del derecho (Añón, 2002, pág. 26; Ferrajoli, 2009, pág. 22). En este sentido, Ferrajoli (2009), desde su postura particular del “constitucionalismo garantista”, coincide de forma evidente con las distintas orientaciones del constitucionalismo contemporáneo, entre ellas la postpositivista, en afirmar que aquel

condicionamiento sustantivo del derecho tiene lugar gracias al rol que desempeñan los derechos como sustrato y condición de validez de las normas que integran el orden jurídico, y como condición previa del fenómeno político democrático que opera en el marco del estado de derecho, planteando esferas de aquello que no puede ser decidido válidamente y aquello que es de obligatoria decisión por los poderes sociales.

Para Prieto Sanchís (2004, pág. 49), la relevancia adquirida por los derechos en el constitucionalismo contemporáneo bien puede conducir a sostener la génesis de una nueva teoría del derecho contrapuesta a la del positivismo, cuya “singularidad” autorizaría a hablar de un verdadero “constitucionalismo de los derechos”. En esta línea, con respecto a los derechos, el español ha afirmado lo siguiente:

Los derechos fundamentales, quizás porque incorporan la moral pública de la modernidad que ya no flota sobre el Derecho positivo, sino que ha emigrado resueltamente al interior de sus fronteras (14), exhiben una extraordinaria fuerza expansiva que *inunda, impregna o irradia* sobre el conjunto del sistema; ya no disciplinan únicamente determinadas esferas públicas de relación entre el individuo y el poder, sino que se hacen operativos en todo tipo de relaciones jurídicas, de manera que bien puede decirse que no hay un problema medianamente serio que no encuentre respuesta o, cuando menos, orientación de sentido en la Constitución y en sus derechos. (pág. 51)

No corresponde a este espacio profundizar sobre el discurso de los derechos y su problemática en el contexto del constitucionalismo, a lo cual dedicaré un lugar específico más adelante en el presente trabajo. No obstante, en el contexto en el que nos hemos situado conviene dejar claro, como lo ha observado Añón (2002) que la tutela de los derechos se perfila como un rasgo definitorio del constitucionalismo postpositivista y como elemento central del Estado Constitucional, instituyéndose como la razón que justifica la existencia del estado

y el Derecho, los que se instrumentalizan en función de la garantía de la plena efectividad de aquellos (pág.28).

Situados en este punto es imperioso sentar, aunque se lo haga de manera prematura y arriesgadamente simplificada, que la orientación postpositivista que aquí se presenta encuentra asiento filosófico en dos corrientes que, aun cuando pueden parecer por momentos difícilmente compatibles, dan signos de reconciliación a través de este planteamiento. Por una parte, cabe apreciar la notable influencia de la postura bobbiana, cuyos postulados –como se verá con mayor profundidad en el siguiente capítulo- pese a una acusada raigambre positivista ya adelantaron argumentos para sostener el importante papel que los derechos juegan en la relación del derecho y el poder, instituyéndose en esta línea, desde su discurso de la filosofía política, como precondiciones para el ejercicio de la libertad en condiciones igualitarias, lo que se sintetiza en la noción de democracia. Por otra parte, cabe notar la presencia de la filosofía habermasiana, cuya teoría de la acción comunicativa pareciera ser recogida desde las más recientes discusiones dentro del constitucionalismo, en tanto herederas de una legítima preocupación por recuperar e imprimir un carácter democrático en las instituciones políticas y en el propio Derecho, a través del posicionamiento de la deliberación pública racional como mecanismo para la garantía de legitimidad y normatividad del Derecho, y del acercamiento entre la realidad y las estructuras políticas montadas en el Estado Constitucional de Derecho. No corresponde a este espacio profundizar sobre estas ideas, sin embargo de lo cual cabe adelantar que en buena parte se volverá sobre las mismas en el capítulo tercero del presente estudio, particularmente desde el planteamiento de Roberto Gargarella, quien con un interesante desarrollo teórico ha generado un planteamiento desde lo que denomina el constitucionalismo dialógico.

1.2.2. El nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Un breve análisis acerca del constitucionalismo contemporáneo como el que se ha planteado aquí, no obstante obviar la referencia a las múltiples orientaciones

filosóficas que encuentran amparo en el debate académico, obliga a referir de manera sucinta a la tendencia del denominado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en tanto experiencia propia que ha sido observada y también criticada en el marco de la vivencia del constitucionalismo en el continente en las últimas décadas.

Bajo la denominación de nuevo constitucionalismo latinoamericano se agrupa a un conjunto de experiencias con rasgos comunes en lo jurídico y político, que se han observado en los ensayos constituyentes gestados en varios países de América Latina a finales de la década de los noventa en el siglo veinte y que se extienden y replican con mayor vigor en la primera década del siglo veintiuno. Como muestras relevantes de estos sucesos, suele referirse a los procesos constituyentes y su fruto natural, las constituciones, ocurridos en Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), en las cuales se observarían con mayor énfasis los rasgos de esta propuesta (Belloso Martín, 2015).

Roberto Viciano y Rubén Martínez (2012) apuntan que, en el contexto del constitucionalismo contemporáneo, la especificidad del nuevo constitucionalismo latinoamericano frente a las posturas postpositivistas viene dada en cuanto el primero, más que una nueva teoría del Derecho, pretende instituirse como una teoría democrática de la Constitución, dirigiendo su preocupación a procurar el mayor grado de legitimidad democrática del texto constitucional tanto en su proceso de génesis cuanto en los mecanismos positivados constitucionalmente para la garantía de la participación democrática, la efectividad de los derechos fundamentales y la limitación del poder, aspectos que sin embargo no implican prescindir de los rasgos esenciales del constitucionalismo postpositivista en torno a la necesaria constitucionalización del ordenamiento jurídico y al valor de la fuerza normativa de la constitución como presupuesto esencial (pág. 163). El planteamiento se traduciría, por tanto, en una simbiosis compleja que a decir de Uprimny (en Belloso Martín, 2015, pág. 45), busca la difícil pero no imposible

conciliación de un constitucionalismo fuerte con una deliberación y participación democrática fuerte.

Viciano y Martínez (2012) sostienen que el nuevo constitucionalismo latinoamericano no es más que el producto de la falta de respuestas por parte de las constituciones del denominado “viejo constitucionalismo” frente a la realidad y necesidades sociales de los pueblos latinoamericanos. En este sentido, se acusa la deficiencia de los textos constitucionales neo liberales de la década de los ochenta y durante los primeros años de los noventa, de cara a brindar cauces democráticos adecuados para proveer salidas a la crisis política y social detonada en países como Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú y Bolivia, factor que en buena parte se atribuye a la carencia de legitimidad democrática de los mencionados textos, aprobados en su mayoría sin mediar el concurso de la voluntad popular, y representativos de intereses de grupos minoritarios pero con importantes cuotas de poder debido a razones, fundamentalmente, de orden económico (págs. 167-170).

Para Nuria Belloso Martín (2015), uno de los rasgos que explican el marcado elitismo presente en las constituciones latinoamericanas de la época es la notoria influencia ideológica y dogmática, herencia de los procesos coloniales europeos, y de la acentuada proyección política y jurídica que posteriormente generaría la ideología liberal presente en las declaraciones de derechos de la época revolucionaria (pág. 30). A este respecto, Belloso Martín (2015) manifiesta que: “...en la práctica las instituciones jurídicas han estado marcadas por el control centralizado y burocrático del poder oficial; formas de democracia excluyente; sistema representativo clientelista; experiencias de participación elitista; y por ausencias históricas de grandes masas campesinas y populares” (pág. 31)

En este contexto, el nuevo constitucionalismo latinoamericano representaría la propuesta de un nuevo paradigma que pretende separarse de los postulados del liberalismo clásico y del neo liberalismo, de marcada talante individualista,

procurando la reestructuración de los procesos democráticos desde una matriz que incluya y empodere, esencialmente, a los actores sociales tradicionalmente marginados, los que paradójicamente han constituido siempre las grandes mayorías privadas del poder de decisión en el contexto de lo social (Belloso Martín, 2015, pág. 33). Desde esta perspectiva, el nuevo constitucionalismo latinoamericano puede identificarse y describirse desde sus rasgos esenciales, entre los que Belloso Martín (2015; págs. 33-36) resalta los siguientes:

- a) La centralidad de los derechos fundamentales de carácter liberal, económico, social y cultural, y la procura de su efectividad a través de sistemas de garantías, como prioridad esencial del Estado.
- b) Más interés en la dimensión política y menos en la dimensión jurídica de la Constitución, lo que conlleva la procura de su legitimidad democrática originaria (desde la soberanía popular) y práctica (desde la participación en democracia),
- c) Constitucionalización del reconocimiento de la diversidad social a través de mecanismos como la afirmación del pluralismo jurídico y su recepción dogmática y orgánica.
- d) Incorporación de una dimensión socioambiental, que procura la armonía del desarrollo social con la conservación y respeto a la biodiversidad.

Los rasgos señalados coinciden en esencia con las que Viciano y Martínez (2012) denominan características materiales del nuevo constitucionalismo latinoamericano, entre los que incluyen a la búsqueda de mecanismos de legitimidad y control sobre el poder a través de fórmulas que incentiven la participación social preferentemente directa; la ampliación de las cartas de derechos constitucionalmente positivados no solamente en número sino también y esencialmente en cuanto a sus titulares; y, la incorporación de modelos económicos que procuran una mixtura que conjuga la participación de la iniciativa pública, privada y comunitaria, en procura de un sistema que haga posible la justa redistribución de la riqueza a partir del principio de solidaridad (págs. 178-182).

Es importante rescatar que junto a los elementos de orden material antes mencionados, Viciano y Martínez (2012; págs. 171-178) exponen otros de carácter formal que identificaría al nuevo constitucionalismo latinoamericano, entre los que señalan los siguientes:

- a) El contenido innovador de los textos constitucionales, particularmente en relación con los mecanismos de participación democrática y a las figuras institucionales que buscan romper la tradición cultural de réplica e importación de esquemas constitucionales ajenos a la realidad social.
- b) La capacidad para conciliar en textos de fácil comprensión, fórmulas jurídico-políticas de alta complejidad que, debido al carácter altamente garantista de los múltiples intereses sociales con pretensión de tutela jurídica, exigen mayor regulación y el planteamiento de estructuras institucionales complejas, lo que deriva adicionalmente en textos de elevada extensión que pretenden principalmente afianzar la voluntad constituyente frente a los órganos del poder constituido.
- c) El reforzamiento de la rigidez constitucional, entendido no como la inmutabilidad del texto constitucional sino como la vinculación de todo proceso de cambio constitucional a la necesaria intervención del poder constituyente, asentado en el inexorable concurso de la voluntad popular.

En este último sentido, Belloso Martín (2015) rescata la apertura de los textos constitucionales como el ecuatoriano de 2008 frente a la faceta del control constitucional, al instituir la posibilidad de que toda persona se transforme en “guardián de la Constitución” mediante la legitimación activa que se confiere a los mismos para instaurar procesos destinados a resguardar la supremacía formal y material del texto constitucional (pág.42).

Los aspectos reseñados dan cuenta de una propuesta de compleja realización, en la que se enfrentan con mayor intensidad el constitucionalismo y la democracia, siendo que desde el enfoque del nuevo constitucionalismo latinoamericano se procura conciliar en la práctica ambos conceptos de forma armónica, circunstancia que no obstante ha sido fuertemente criticada a la luz de los resultados aportados

por los primeros años de vigencia de los textos constitucionales, en los que se ha cuestionado seriamente el carácter “novedoso” de los textos constitucionales latinoamericanos a los que aquí se ha hecho referencia. Pese a que no pretendo en este espacio profundizar en las críticas antes mencionadas, considero sin embargo relevante mencionar por su agudeza la postura de Roberto Gargarella y Christian Courtis (2009), para quienes las constituciones de este el nuevo constitucionalismo latinoamericano nada tienen de nuevo, en tanto no hacen más que reproducir esquemas de poder propios del “viejo constitucionalismo”, provocando una seria desventaja para los nuevos mecanismos de participación que procuran incorporarse, en contraste con el paralelo fortalecimiento que dichos textos realizan de las estructuras de un tradicional presidencialismo “híper-poderoso”, desencadenando con ello una situación que enfrenta cuestiones contradictorias y que tenderá naturalmente a definirse en favor de la segunda de aquellas, merced a la ventaja que le otorga su histórica consolidación (págs. 27-29).

Bibliografía del Capítulo

- Aguiló Regla, J. (2007). Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*(30), 665-675.
- Alexy, R. (2010). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Añón, M. J. (2002). Derechos fundamentales y estado constitucional. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*(40), 25-36.
- Atienza, M. (2011). Dos versiones del constitucionalismo. *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*(34), 73-88.
- Atienza, M. (2014). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da Jurisdição Constitucional*(2), 1-24.
- Ávila Santamaría, R. (2008). Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia. En R. (. Ávila Santamaría, *La Constitución de 2008 en el Contexto Andino*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Belloso Martín, N. (2015). El neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse? *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*(32), 21-53.
- Calsamiglia, A. (1998). Postpositivismo. *Doxa, cuadernos de filosofía del Derecho*, 209-220.
- Comanducci, P. (2002). Formas de neo constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*(16), 89-112.
- Farge Collazos, C. (2007). El Estado de bienestar. *Enfoques*(1-2), 45-54.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derechos y garantías: La Ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2012). El constitucionalismo. Entre principios y reglas. *Doxa, cuadernos de filosofía del Derecho*(35), 791-817.
- Ferreya, R. G. (2015). Breve manifiesto sobre el estado constitucional. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*(5), 407-421.
- García Pelayo, M. (1991). Estado legal y estado constitucional de derecho. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*(82).
- Gargarella, R. (. (2009). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gargarella, R., & Curtis, C. (2009). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. *CEPAL - Serie Políticas Sociales*(153).
- Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. C. (Coord.), *Neoconstitucionalismo (s)* (págs. 49-74). Madrid: Trotta.
- Häberle, P. (2001). *El Estado Constitucional*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Núñez Leiva, J. I. (2015). El constitucionalismo: tres nortes para una misma brújula. *Seqüência (Florianópolis)*(70), 77-92.
- Pérez Royo, J. (2010). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Pozzolo, S. (2016). Neoconstitucionalismo. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*(11), 142-151.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.

- Rousseau, J. J. (1984). *El contrato social*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Tribunal Constitucional, 041-2001-TC (Tribunal Constitucional del Ecuador 11 de Enero de 2002).
- Trujillo, J. C. (2013). Aportes del Constitucionalismo Liberal (Gran Bretaña, Francia, Estados Unidos de América). En J. C. Trujillo, *Constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos, retos*. (págs. 15-47). Quito: Corporación Editora Nacional.
- Viciano Pastor, R., & Martínez Dalmau, R. (2012). Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En L. F. (Ed.), *Política, justicia y Constitución* (págs. 157-188). Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Vigo, L. R. (2010). Del Estado de derecho legal al estado de derecho constitucional. *Auctoritas Prudentium*(4), 5-16. Recuperado el 20 de 03 de 2017, de <http://unis.edu.gt/wp-content/uploads/2015/09/ap-2010.pdf>
- Zagrebelsky, G. (2009). *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta.

CAPÍTULO II

CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA

Sumario del capítulo

i. Introducción.

2.1. La democracia.

2.1.1. Algunos elementos teóricos acerca de la democracia.

2.1.2. Democracia procedimental.

2.1.3. La democracia constitucional como alternativa a la democracia procedimental.

2.2. La tensión entre democracia y constitucionalismo:

2.2.1. Las razones del constitucionalismo frente a la democracia.

2.2.2. Los cuestionamientos al constitucionalismo desde la democracia.

2.3. Los derechos como punto de tensión entre democracia y constitucionalismo.

i. Introducción al capítulo

La relación entre la democracia y el constitucionalismo ocupa parte importante del espacio en el que se desenvuelven los debates contemporáneos acerca del ejercicio del poder. Autores como Kelsen, Bobbio, Dworkin, Alexy o Ferrajoli han relevado, desde su particular perspectiva, que la mencionada relación se configura como una situación de tensión, en la que existen argumentos, de una parte, para sostener que la democracia resulta indebidamente constreñida por el constitucionalismo, y, de otra parte, en el sentido de afirmar que a la inversa, el constitucionalismo permite un adecuado funcionamiento de la democracia, imponiéndole límites en procura de alcanzar una relación armónica entre libertad política e individual.

En este contexto, el presente capítulo parte de presentar algunos elementos teóricos acerca de la democracia y su comprensión en tanto fenómeno asociado al ejercicio del poder en la sociedad; a continuación, se enfatiza en dos de los enfoques más connotados de la democracia, esto es: la democracia procedimental y la democracia sustancial, ello a fin de comprender las bases en las que se asienta la relación democracia-constitucionalismo.

A partir de lo anterior y tomando algunos elementos propuestos en el capítulo precedente acerca del constitucionalismo y el Estado Constitucional, se enfoca la tensión que observable en la relación de la democracia con el constitucionalismo, para efecto de lo cual se plantea una breve recopilación de los principales argumentos esgrimidos por la doctrina en favor de uno y otro.

Finalmente, se presentan algunas razones que permiten considerar que, hoy, la relación entre la democracia y el constitucionalismo encuentra en los derechos –a los que se aborda como precondiciones de la democracia- un nudo crítico que justifica la relación de tensión antes enunciada.

2.1. La democracia

Hasta aquí el abordaje realizado comprende una visión panorámica del Estado Constitucional en su contraste con el Estado legal, y una síntesis de las principales tendencias en el marco del constitucionalismo contemporáneo, elementos que permiten situarnos con mayor claridad de cara a la comprensión del constitucionalismo y sus rasgos esenciales.

A manera de un rápido recuento, cabe convenir en que el constitucionalismo representa una conjunción de elementos que, desde una visión bastante esquemática, son reconducibles a tres cuestiones esenciales: la rigidez constitucional, el control de constitucionalidad y la supremacía constitucional, siendo de advertir en relación con el último que para varios autores este sería una consecuencia del primero (Ruiz Miguel, 2004, pág. 62).

Preguntándonos asimismo por la razón de ser del constitucionalismo, se ha evidenciado también que, a través de un recorrido por las circunstancias que motivaron su génesis, su finalidad esencial radica en la limitación del poder casi omnímodo del parlamento, reforzado por un esquema positivista en el que la ley asumió el rol de norma prima del ordenamiento jurídico, dando cabida al reforzamiento de la situación de su creador, el legislador, todo ello bajo la convicción de ser este último el representante popular que con mayor fidelidad traduce la voluntad popular y por tanto la esencia misma de la democracia.

Es precisamente en el contexto de lo último que surge el tema interesa al presente capítulo, la dicotómica, según algunos, o complementaria, según otros, relación que se suscita entre el constitucionalismo -limitador, restrictivo y moderador- y la democracia -liberadora, expansiva y emancipadora. Sin embargo, antes de abordar de lleno algunos términos en los que ha tendido a apreciarse el desenvolvimiento de esta relación, es necesario traer algunos elementos teóricos base con respecto a la democracia, ello en función de afirmar el terreno del análisis que se desarrollará más adelante.

2.1.1. Algunos elementos teóricos acerca de la democracia:

La voz democracia es asociada, desde su significación etimológica, con la noción de gobierno popular. Su origen se rastrea comúnmente, en su enfoque antiguo, en la experiencia griega y romana, advirtiendo sin embargo que en la última se dio por utilizar el término “república” para significar en términos similares la noción de autogobierno o gobierno a cargo del pueblo, bajo la concepción de la “cosa pública”.

En estas sociedades, como lo destacó Constant en su célebre discurso pronunciado en 1819, se observa un ejercicio democrático de tipo directo, por cuanto la toma de decisiones originalmente tuvo lugar a través de asambleas que, con distinta nomenclatura, juntaban a los integrantes del *demos* para debatir y decidir sobre las cuestiones políticas de la organización (Constant, 2013). El ejercicio de la democracia representativa, a criterio de Dahl (2004), tendría un incipiente desarrollo con motivo del crecimiento del imperio romano, y ulteriormente con la formación de las pequeñas repúblicas italianas generadas desde las ciudades-estado que se configuraron fruto de la caída del imperio romano.

En la modernidad política, edificada desde la racionalización del ejercicio del poder, la democracia se vincula más estrechamente con el concepto de representación como una consecuencia de la imposibilidad práctica de llevar a cabo un ejercicio de democracia directa en virtud del gradual incremento de la complejidad y tamaño de las sociedades. A este giro contribuyeron, sin duda, las teorías contractualistas fortalecidas con el proceso revolucionario liberal que marcó un hito esencial en la afirmación del ser humano como sujeto libre, racional y por ello igual a sus semejantes, sin perjuicio de lo cual cabe relieves que en posturas de pensadores como Rousseau y Montesquieu se observa el criterio de que la verdadera democracia únicamente es aquella que se ejerce de forma directa, siendo la de tipo representativo un mal necesario que culmina disminuyendo el grado de libertad de los ciudadanos.

Cabe reconocer sin embargo, que aún en este contexto habrá siempre que observar el limitado alcance con el que se presentan los principios de libertad e igualdad, cuya ampliación vendrá con los años y se sostendrá de forma más o menos continúa hasta

nuestros días, en el ansia de superar los obstáculos impuestos por conceptos reduccionistas que tratan de definir selectivamente a quiénes cabe el reconocimiento de sujetos libres e iguales. Muestra de lo indicado es la experiencia segregacionista racial vivida con gran intensidad entre los años 1870 y 1970 en los Estados Unidos de América, en donde inclusive en el contexto de una sociedad afirmada a sí misma como democrática, bajo los principios de libertad e igualdad según reza el preámbulo de la Constitución de 1787, se aprobaron normas como las Leyes de Jim Crow en 1876, que establecieron fuertes limitaciones en contra de las personas de raza negra.

En este contexto es posible coincidir con Borja (1991) quien afirma que, políticamente, la democracia es susceptible de ser definida como una forma de organización social conforme a la cual la sociedad en su conjunto se ordena, de forma piramidal desde abajo hacia arriba, colocando al pueblo en la base, en tanto se concibe a este como el sustrato o depositario original de la soberanía (pág. 85). Lo expresado no impide considerar, sin embargo, las diferencias conceptuales y de enfoque que progresivamente se observan en la evolución de la noción de soberanía desde su configuración clásica hasta la actualidad, aspecto que sin embargo excede el interés del presente estudio; no obstante, es posible afirmar que, en tanto forma de organización política, la democracia en sus distintas etapas ha mantenido firme su fundamento en dos valores básicos: la libertad y la igualdad, ello no obstante aceptar que lo debatible al respecto sea el alcance conferido a uno y otro según el particular momento histórico al que aludamos.

Para Bobbio (citado en Córdova Vianello, 2006, págs. 56-60), la distinción entre los “gobiernos democráticos” y aquellos que no lo son, radica en los valores en los que la democracia se inspira, advirtiéndose acto seguido que sin embargo no cualquier tipo de libertad o igualdad son los que fundamentan el concepto del que tratamos. En forma precisa, el profesor italiano sostiene que específicamente la democracia aspira, por un lado, a un tipo de libertad que coincide con la denominada “libertad política”, y que se concreta en el “régimen político en el que las decisiones colectivas son adoptadas a través de la participación de los individuos que se verán vinculados por ellas y que, en la medida de esa participación, pueden ser considerados autónomos” (en Córdova Vianello, 2006,

pág.58). En similar sentido, Kelsen (1934) señala que en el contexto de la democracia “[e]s políticamente libre quien, aun estando sometido, lo está solamente a su propia voluntad y no a la ajena” (pág. 17), rescatando con ello el valor de la libertad en sociedad, presentan en la noción de autogobierno que subyace a la teoría política revolucionaria, sin embargo de lo cual el profesor austriaco es enfático en señalar que en el contexto de la metamorfosis de la idea de libertad, esta noción de autodeterminación suma a su dimensión individual una colectiva, es decir, política, que lleva por consecuencia natural asumir el principio de mayoría como eje articulador (pág. 23)

Por otra parte, Bobbio acota que la igualdad a la que aspira la democracia es asimismo una igualdad de connotación política, esto es, aquella que en palabras de Bovero (citado en Córdova Vianello, 2006, pág.59) comporta “la igualdad entre todos los destinatarios de las decisiones políticas, en el derecho-poder de contribuir a la formación de las decisiones mismas”. Kelsen (1934) resalta de igual forma el peso de la igualdad como valor fundamental de la democracia al sostener que en el contexto de esta última, la libertad que se atribuye a los integrantes del grupo social es de carácter equivalente, sin que la libertad de uno tenga mayor valor que la de otro, en procura de hacer libres al mayor número posible de hombres(23).

Bobbio y Kelsen coinciden en sostener que la democracia así enfocada se convierte en un modelo normativo que, como tal, procura ser prescriptivo con respecto a la realidad social. Por tal razón, la realización plena de los valores que subyacen a la democracia son parte de un ideal que únicamente puede alcanzarse de forma aproximada, por cuanto la mayor realización de uno comprenderá, ordinariamente, la necesidad de limitación del otro y viceversa. La relevancia que adquiere esta circunstancia frente a la creciente complejidad de nuestras sociedades vuelve apreciable la necesidad de considerar que el juego democrático deberá ajustarse a unas ciertas “condiciones” o “reglas de juego” en procura de alcanzar un adecuado equilibrio entre los dos valores en relación.

Como se observa, un sistema democrático se erige sobre una estructura de poder en la que toda decisión política contempla la necesaria participación popular, sea directa o sea a través de representantes libremente electos, en cuya virtud la construcción de tales

decisiones se verifica como un ejercicio de autogobierno en el que se garantiza la igualdad de condiciones para todas las personas con independencia de sus particulares circunstancias, siendo relevante en este espacio que, como lo anotó Kelsen (1934) la regla de mayoría sirva instrumentalmente como mecanismo para propiciar la convivencia de la libertad e igualdad políticas, en el contexto del reconocimiento y garantía del derecho de las minorías a incidir en el juego democrático.

De lo dicho hasta aquí es posible advertir sin dificultad que, con sustento en el enfoque de Bobbio, Kelsen y Bovero acerca de la democracia, esta se asimila con un procedimiento para la toma de decisiones políticas, el que se sujeta a unas especiales reglas de desarrollo; esta postura se identifica desde la filosofía política con la noción de la denominada “democracia procedimental”, en cuyo seno caben múltiples posturas inclusive entre los propios autores citados, y frente a la cual se sitúa comúnmente un enfoque de la denominada “democracia sustancial”, cuya defensa en la actualidad ha sido encabezada por Luigi Ferrajoli desde su teoría de la democracia constitucional y el constitucionalismo garantista.

Lo expresado hasta aquí provee un marco teórico mínimo de cara al abordaje de la democracia, debiendo advertirse que supera el interés del presente estudio agotar las múltiples aristas que presenta un análisis detallado de aquella; por esta razón, no se propone el análisis de las distintas concepciones de la democracia en su tratamiento histórico o en las categorías ideológicas que la doctrina ha asociado a la misma. No obstante, sí resulta de importancia, previo a enfocar el punto central del presente capítulo, esto es la tensión entre democracia y constitucionalismo a partir de los derechos, distinguir entre las dos visiones de la democracia que he mencionado y que, considero, pueden contemplarse como dos polos en la discusión sobre la democracia.

2.1.2. La democracia procedimental

En el contexto de un concepto moderno de democracia, Norberto Bobbio (1986; pág. 14) sostiene que esta se concibe, por contraposición a la autocracia, como un conjunto de reglas destinadas a regir el procedimiento de formación de decisiones de carácter político,

regulando específicamente el ¿quién? y el ¿cómo? Para el jurista italiano, las respuestas a las interrogantes planteadas permiten definir a la democracia en forma más precisa, bajo la consideración de que siendo connatural a todo grupo social la adopción de decisiones es imperioso contar con reglas claras que definan cómo ha de procederse para tal fin.

Así, respondiendo al ¿quién?, Bobbio (1986) destaca que aquello que interesa esclarecer es quiénes son los sujetos que se encuentran autorizados para tomar las decisiones políticas en forma legítima, de tal suerte que éstas obliguen a la colectividad toda. Sobre el particular conviene recordar que en una sociedad, aun en el caso en que esta sea catalogada como altamente democrática bajo los cánones teóricos que demanda tal reconocimiento, jamás podrá afirmarse que todas las personas que la conforman se encuentren igualmente habilitadas para expresar en nombre del pueblo su voluntad a través de todos los mecanismos de participación previstos por el ordenamiento jurídico; para ello basta con considerar, como lo señala el profesor italiano, que, por ejemplo, el derecho al voto corresponde solamente a quienes han cumplido determinada edad y – agregaríamos- no han merecido suspensión de sus derechos de participación. Por estas razones, el autor en referencia sugiere que el grado de democratización de una sociedad es una categoría de carácter progresivo, ello en la medida en que a mayor amplitud exista en el universo de sujetos que participen del “quien”, más democrática podrá considerarse a la organización (pág. 14).

Por su parte, la respuesta a la interrogante del ¿cómo?, se resuelve, según Bobbio (1986), a través de la aplicación instrumental de la denominada “regla de mayoría” (págs. 14-15). Amaya (2014) afirma que dicha regla “establece un modo de proceder consistente en que la mayor parte toma las decisiones”; en definitiva, se trata de un mecanismo consistente en interpretar que ante la imposibilidad natural de alcanzar la unanimidad en el contexto de la creciente complejidad de las sociedades, la alternativa viable es adoptar como válidas y obligatorias para todo el grupo social las decisiones de la mayoría de quienes conforman el “quién”. Un insigne defensor del procedimentalismo, John Hart Ely, fundamenta la conveniencia de aplicar la regla en alusión en la conveniencia de que sean las mayorías – entiéndase el pueblo directamente o a través de sus representantes electos- las que deban

decidir acerca de las cuestiones valorativas de la sociedad, dejando para la esfera judicial el rol de intervenir únicamente para impedir y corregir las distorsiones a la libre competencia en el “mercado político”, garantizando su adecuado funcionamiento (en Gargarella; 2012; pág. 172). Cabe destacar que es precisamente en relación con este aspecto en donde se origina la mayor cantidad de divergencias, particularmente porque como señala Bayón (2010), la tiranía de las mayorías tiende a ser considerada una amenaza con vista en la experiencia de la soberanía parlamentaria ensayada luego de la Revolución Francesa y a diversas cuestiones que comúnmente se observan al respecto de la objetividad, independencia e imparcialidad del Parlamento (págs. 317-327).

Sin perjuicio de lo anotado, el enfoque procedimental de la democracia supone un ejercicio que procura interrelacionar los valores en que esta se fundamenta, a través de la fórmula que permita para los ciudadanos la “igual libertad”, según la expresión de Rawls (1971; pág. 25). En tal afán, Bobbio (en Amaya, 2014, pág. 17), plantea la necesidad de establecer unas reglas de juego para el procedimiento democrático que permitan que el mismo provoque el deseado equilibrio entre libertad e igualdad, por considerar que aquello que distingue un sistema democrático de uno carente de tal caracterización, es que el primero cuenta con un conjunto de reglas elaboradas y constitucionalizadas. Bajo tal razonamiento, el autor en referencia propone las denominadas “reglas universales procedimentales”, que se concretan en las siguientes:

- 1) Todos los ciudadanos, sin distinción de raza, religión, condición económica o sexo, deben disfrutar de los derechos políticos, es decir, del derecho a expresar la propia opinión de elegir a quien la exprese por él.
- 2) El voto de todos los ciudadanos debe tener igual peso.
- 3) Todos aquellos que disfrutan de los derechos políticos deben ser libres de poder votar según la propia opinión formada lo más libremente que sea posible; es decir, en una competencia libre entre los grupos políticos organizados en competencia entre ellos.
- 4) Tiene que ser libres, también, en el sentido de que deben encontrarse en condiciones de elegir entre soluciones diversas; es decir, entre partidos que tengan programas distintos y alternativos.

- 5) Tanto para las elecciones como para las elecciones colectivas debe valer la regla de la mayoría numérica, en el sentido de que se considere elegido al candidato o válida la decisión que obtenga el mayor número de votos.
- 6) Ninguna decisión tomada por mayoría puede limitar los derechos de la minoría, particularmente el derecho a convertirse, a su vez, en mayoría en igualdad de condiciones.

Como lo hace notar Amaya (2014; págs. 19-33), en la teoría de Bobbio, estas reglas inspiran las normas fundamentales de competencia y procedimiento que refieren al “quien” y al “como” deben ser adoptadas las decisiones políticas, y se corresponden al mismo tiempo con cinco principios esenciales que, a su juicio, subyacen a la democracia; estos son:

- 1) Mayoría, que supone la convicción de que toda decisión colectiva debe ser tomada por las mayorías en función de respetar en la mayor medida posible los principios de igualdad y libertad política, y al propio tiempo hacer viable la conciliación entre ambos y el cumplimiento del objetivo de adoptar decisiones políticas.
- 2) Pluralismo, concebido desde una visión moderna, conforme a la cual este supone no solamente la consciencia de que en toda sociedad democrática existirá una pluralidad de actores políticos, sino de aceptar y reconocer que esa multiplicidad de protagonistas conlleva además una diversidad ideológica y de circunstancias que se interrelacionan y que dan cabida de forma frecuente, y también deseable, a la posibilidad del disenso y el pensamiento distinto.
- 3) Tolerancia, como elemento consecuente al reconocimiento del pluralismo, en tanto comporta la aceptación y respeto al pensamiento distinto, y la garantía del derecho a disentir, asumiendo que no existe verdad absoluta en la manifestación del criterio político.
- 4) Alternancia, asumida como una garantía de la estabilidad democrática de una sociedad, que supone la convicción de la conveniencia de asegurar el cambio periódico de las autoridades de gobierno, aun cuando estas gocen del respaldo de las grandes mayorías, en aras de evitar distorsiones como el transpersonalismo, las tendencias autocráticas y la turbación de procesos electorales libres y transparentes.

- 5) Protección de las minorías, principio que se posibilita desde los principios de pluralismo, tolerancia y alternancia, y que supone la posibilidad real de que en el marco del juego democrático toda minoría cuente con la posibilidad de llegar a convertirse en mayoría; y, al mismo tiempo, desde el aseguramiento de que en el ínterin del cambio que supone la recomposición de las fuerzas políticas mayoritarias y minoritarias, las segundas cuenten con la garantía de unos mínimos indispensables para asegurar su participación en la toma de las decisiones políticas y el control de las actuaciones de las mayorías.

Con relación a lo expuesto estimo trascendente la opinión de Juan Carlos Bayón (2000) al afirmar que el procedimiento democrático, con sus múltiples fallas, goza del mérito de ostentar un “valor moral” superior a otros procedimientos de toma de decisiones, ello por cuanto hace posible cumplir en forma muy cercana al ideal democrático con el objetivo de asegurar que sean los ciudadanos los que tengan la última palabra en la toma de las decisiones políticas (pág. 87). Esto, en términos de la teoría de la justicia de Rawls (1971), abona en favor de sostener el “valor intrínseco” de la democracia en tanto procedimiento, ya que como lo colige Bayón (2010; pág. 329), dicha virtud deviene del respeto al principio de igual participación.

Es asimismo importante destacar en relación con las reglas propuestas por Bobbio, la alusión expresa a la necesidad de establecer límites al procedimiento que, en esencia, supone la democracia, límites que se instituyen en conexión con el principio de protección a las minorías y la garantía de sus derechos frente a posibles limitaciones que provengan de la aplicación de la regla de mayoría. Esta cuestión, que destaca por su relación con lo que aquí se propone analizar, conduce a apreciar la moderación que Bobbio introdujo a su enfoque procedimental de la democracia al sostener la necesidad de imponer límites al procedimiento democrático, marcando en este punto un cierto grado de distancia con el pensamiento de Kelsen (citado en Córdova Vianello; 2006), para quien, ante el dilema que supone la imposibilidad práctica de alcanzar la unanimidad en la toma de decisiones políticas, la disyuntiva de elegir entre el sacrificio de la libertad del mayor número o la del menor número tiene como única solución viable la aplicación de la regla de mayoría, ello en aras de maximizar el principio de la libertad, procurando que toda decisión

colectiva cuenta con la adhesión del mayor número posible de voluntades y la discrepancia del menor número de ellas (pág.66).

En el contexto de lo dicho es imprescindible advertir que la visión de Bobbio (1986) sobre el tema en cuestión se orientó firmemente a sostener que, en dentro de lo que llamó “una definición mínima de la democracia”, no basta únicamente con la determinación de las ya referidas reglas procedimentales referentes al quién y al cómo, destacando la necesidad de una tercera condición vinculada a la garantía de los derechos de libertad en los siguientes términos:

“...es indispensable que aquellos que están llamados a decidir o a elegir a quiénes deberán decidir, se planteen alternativas reales y estén en condiciones de seleccionar entre una y otra. Con el objeto de que se realice esta condición es necesario que a quienes deciden les sean garantizados los llamados derechos de libertad de opinión, de expresión de la propia opinión, de reunión, de asociación, etc., los derechos con base en los cuales nació el Estado liberal y se construyó la doctrina del Estado de Derecho en sentido fuerte, es decir, del Estado que no sólo ejerce el poder *sub lege*, sino que lo ejerce dentro de los límites derivados del reconocimiento constitucional de los llamados derechos “inviolables” del individuo” (pág. 15)

El propio Bobbio afirma que el reconocimiento y garantía constitucional de los derechos liberales que enuncia no son parte de las reglas de juego a las que debe atenerse la democracia, sino que se instituyen como “reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego” democrático (Bobbio, 1986, pág. 15). Amaya (2014), interpretando lo manifestado por Bobbio, precisa que en términos contemporáneos, las normas constitucionales a las que refiere este último deben ser consideradas “precondiciones” de la democracia (pág. 19), esto es, presupuestos al funcionamiento de la democracia con sus reglas o condiciones.

Finalmente, es importante rescatar que, guardando las distancias ideológicas y conceptuales existentes entre ellos, Bovero (2010) y Ferrajoli (2010) son coincidentes en

su apreciación con respecto al alcance del planteamiento de Bobbio quien -no obstante haber insistido públicamente en que su concepción de la democracia permanece en el plano puramente formal- se distancia parcialmente del puro procedimentalismo al incluir dentro de su teoría democrática un tercer aspecto de la democracia relativo al “qué” es lo que puede ser decidido, esto es, a la sustancia de las decisiones políticas, instituyendo, como lo señala Ferrajoli (2010; pág. 42), una suerte de resguardo a la existencia misma de la democracia y su sustancia que rompe con una definición formal de aquella.

2.1.3. La democracia constitucional como alternativa a la democracia procedimental

Según se advirtió antes, la concepción procedimental de la democracia, representada en Kelsen y Bobbio se erige a partir de la definición del “quién” y el “cómo” del procedimiento de construcción de decisiones políticas en la sociedad. No obstante, el afianzamiento de esta concepción de carácter formal en las democracias a nivel mundial, durante las últimas décadas ha enfrentado importantes embates provenientes, fundamentalmente, de las propuestas teóricas desarrolladas desde la ciencia jurídica con ocasión de la segunda posguerra. En este escenario, cabe recordar –como se señaló antes– que este espacio temporal coincide con el surgimiento del Estado Constitucional y su fuerte influencia sobre el desarrollo de los procesos políticos en los distintos Estados, particularmente en el continente europeo.

Así, surgieron múltiples cuestionamientos al concepto formal o procedimental de la democracia hasta entonces predominante, enlazados con otras tantas críticas formuladas a su entorno orgánico –el Estado de Derecho Legal–, y al presupuesto filosófico del mismo, el positivismo jurídico, controvertido fundamentalmente por las consecuencias en términos valorativos de justicia de la asimilación de los conceptos de validez y vigencia de las normas jurídicas.

Importante dentro de este contexto ha sido el aporte de Luigi Ferrajoli (2007) quien, desde un enfoque de la teoría del derecho, prefiere hablar de democracia en tanto institución que, con basamento político, adquiere en el contexto del Estado Constitucional de Derecho una dimensión de carácter jurídico que impone al proceso político encarnado en la democracia

limitaciones de sustancia, configurando así el concepto de lo que denomina “democracia sustancial” (págs. 339-355).

Antes se dijo ya que la democracia procedimental, formal o también denominada simplemente “política”, consolidó la necesidad de establecer reglas acerca del quién y el cómo, lo que en términos de Bayón (2010) significa determinar los parámetros que justifican una “teoría de la autoridad”, esto es, acerca de qué rasgos de identidad en relación con su procedencia y trámite de formación deben observar, en lo formal, las decisiones políticas. Ferrajoli (2014), no obstante reconocer la importancia de lo señalado, advierte acerca de la insuficiencia de este modelo únicamente formal, sustentado en las experiencias de los fascismos europeos en los cuales, hace notar el autor, la democracia se vio pronto vaciada de contenido con la complicidad del principio de mayoría que permitió adoptar decisiones válidas en términos de democracia formal, aunque indudablemente cuestionables en términos de legitimidad medida desde el respeto y garantía a los derechos de las personas. Al respecto, el autor en referencia recuerda que lo indicado tiene su origen, entre otros aspectos, en los señalados defectos que acusó la filosofía positivista tradicional –a la que llama primer positivismo-, la que en línea de continuidad con el principio aristotélico del gobierno de leyes en lugar de gobierno de hombres, afirmó un principio de legalidad que se reconoce verificado, por una parte, en la asimilación de existencia –dada por la competencia de la autoridad de la que emana la norma y el respeto al procedimiento para su creación- y validez, que supone por tanto la aptitud para producir efectos jurídicos; y, por otra, en la sumisión del ejercicio de la autoridad pública –particularmente la judicial- a la ley, exceptuando de tal contexto al legislador, quien adoptó una posición prevalente (pág. 20).

Bajo este razonamiento, Ferrajoli (2014) plantea introducir a la democracia, además de la ya descrita dimensión formal, una dimensión sustancial, configurada por la satisfacción al cuestionamiento adicional del ¿qué?, manifiesto en dos direcciones: por una parte, con respecto a aquello que no puede decidirse y, por otra parte, con relación a aquello que no puede dejar de ser decidido, en ambos casos a través del procedimiento democrático. De esta forma, el autor plantea la necesidad de determinar no solamente los requisitos

formales de constitución de la voluntad política democrática –democracia formal-, sino además condicionar el contenido de dichas decisiones a través de límites y vínculos de carácter sustancial, que determinan en definitiva restricciones a la regla de mayoría (pág. 43).

Pero, ¿en qué consisten estos límites y vínculos sustanciales? Ferrajoli (2014) anota que la dimensión sustancial de la democracia se vincula directamente con la imposición de prohibiciones y obligaciones de hacer a las mayorías democráticas de cara al respeto y garantía de los derechos fundamentales, aclarando al respecto que en estos no se incluirían únicamente –como en el paradigma de la democracia liberal- los derechos de libertad y participación, sino que además se incorporarían los derechos de carácter social reconocidos constitucionalmente (pág. 29). Es preciso hacer notar en este punto, que Ferrajoli (2014) adopta una concepción del Derecho que presenta importantes rasgos del positivismo jurídico, al punto que el propio jurista se ha catalogado a sí mismo como un “neopositivista”; esta digresión es importante en mérito a comprender su planteamiento acerca de los límites que se introducen a la democracia en su dimensión sustancial, por cuanto lejos de insinuar una aproximación entre derecho y moral, el profesor italiano plantea un modelo teórico, y como tal a-valorativo en términos de justicia, que observa a los derechos fundamentales como contenidos sustanciales predeterminados positivamente en los textos de las constituciones rígidas que funcionan a manera de “catalizadores” de las decisiones democráticas, condicionando ya no solo su forma de producción sino fundamentalmente su contenido. Lo dicho ha motivado que el propio autor afirme que estos límites y vínculos sustanciales se correspondan con la esfera de “lo indecible”, esto es, aquello que ninguna mayoría democrática por amplia que fuere puede decidir válidamente en democracia y que se corresponde con los derechos de libertad consistentes en prohibiciones de lesión; y, la esfera de “lo indecible que no”, esto es, de aquello que obligatoriamente debe ser decidido por las mayorías democráticas o, dicho de otra manera, de aquello que ninguna mayoría democrática puede dejar de decidir, y que se corresponde con los derechos sociales consistentes en obligaciones de satisfacción. Junto a estas dos esferas, el autor reconoce una tercera que, con carácter residual, correspondería a la denominada esfera de “lo decible”, siendo en esta última en la que cabría el ejercicio del

derecho de autonomía política (autogobierno) en aplicación del principio de mayoría, y paralelamente el ejercicio de la autonomía individual (reglas de mercado, libertad de empresa, libre competencia), de cuya incidencia se estiman sustraídos los derechos ubicados en las otras dos esferas, los que actúan al propio tiempo como límites y vínculos del procedimiento democrático formal (págs. 54-55).

Bajo estos términos se configura lo que Ferrajoli (2014) reconoce como “democracia constitucional”, esto es, un paradigma complejo en el que concurren tanto la democracia formal cuanto la democracia sustancial, en el escenario de un esquema institucional correspondiente al Estado Constitucional, en donde las decisiones políticas se encuentran predeterminadas por el Derecho –a partir de la Constitución- doblemente, esto es, tanto en la forma como en el contenido, y sujetan no únicamente a los sujetos o actores jurisdiccionales y ejecutivos sino además y sobre todo, dentro de la esfera del poder, a la autoridad legislativa, y fuera de tal esfera a cualquier mayoría aun cuando esta no corresponda al poder público (43). En similar sentido se expresa Bayón (2010), al considerar que “la democracia constitucional es en realidad un ideal complejo compuesto por dos ingredientes, uno relativo a la distribución del poder (quién y cómo decide) y otro concerniente a su limitación (qué no se puede decidir o dejar de decidir)” (pág. 294)

Con respecto a lo último, Bayón (2000) observa que la noción de la democracia constitucional se articula con distintas variantes del constitucionalismo contemporáneo y se expresa comúnmente a través de la fórmula del “atrincheramiento constitucional” de determinados derechos considerados básicos, en perfecta afinidad teórica con lo que Ernesto Garzón Valdez popularizó bajo la denominación del “coto vedado”.

No obstante la apretada síntesis que se ha procurado de la democracia constitucional, estimo que la misma es suficiente para poner de relieve como factor trascendente de cara al presente estudio la distancia que procura marcar, al menos desde su fundamentación, este enfoque del previamente descrito bajo la etiqueta de democracia procedimental. Sin embargo, al respecto del tema considero relevante el llamado de Bayón (2010; pág. 299-300) a considerar más allá de las diferencias existentes, las posibles coincidencias entre

uno y otro enfoque, ello si se tiene en cuenta que, como fue destacado oportunamente, ambas concepciones reiteran el discurso acerca de la democracia –al menos en parte– desde su consideración como un procedimiento para adoptar decisiones políticas, sujeto a unas reglas de funcionamiento, sobre la base de unos presupuestos a los que me he referido antes como “precondiciones”, que coinciden con los derechos básicos estimados indispensables para su adecuado desarrollo; es precisamente en este último aspecto, según lo indica el propio Bayón, en donde estriba la posible diferencia entre uno y otro enfoque, esto es, en la mayor o menor extensión que se confiera a dichas precondiciones.

Estos elementos nos sitúan en la posibilidad de afirmar que, al ser tendencialmente restringida en su alcance por el constitucionalismo a través de la imposición de límites a su ejercicio procedimental con base en el establecimiento de un cúmulo de presupuestos que coinciden con aquellos derechos considerados básicos, la democracia experimenta una relación de posible tensión, cuyo principal nudo crítico se encuentre en buena medida situado en el alcance y extensión que se confiera a tales derechos. A este abordaje se dedicará el siguiente apartado.

2.2. La tensión entre democracia y constitucionalismo

Autores como Dworkin (2010), Bayón (2010), García Jaramillo (2015), Laporta (2001) y Prieto Sanchís (2013), entre otros, destacan que la relación entre constitucionalismo y democracia es de tensión; tal afirmación se sustenta en el conflicto de origen que, como ha quedado de manifiesto al revisar algunos elementos acerca de la democracia, se produce cuando en el contexto de esta última –caracterizada por la igual libertad - se incorporan limitaciones a través del atrincheramiento constitucional de determinados contenidos estimados relevantes para la vida en sociedad.

La compleja relación que se plantea ha merecido el pronunciamiento desde distintos sectores de la doctrina, unos favorables y por tanto destinados a justificar la presencia constitucionalismo, y otros críticos destinados a cuestionar dicha incidencia, particularmente desde la denominada objeción democrática en sus distintas aristas. En lo que sigue procuraré una breve síntesis de los principales rasgos de las mencionadas posturas.

2.2.1. Las razones del constitucionalismo frente a la democracia

El proceso de surgimiento del constitucionalismo norteamericano, documentado a partir de las discusiones entre federalistas y antifederalistas, concluye brindando un dato importante para comprender las razones del constitucionalismo; este dato fue destacado por Madison (en Jaramillo, 2015), al sostener que “el trono de la razón debe estar resguardado de pasiones mayoritarias” (pág. 74). En este sentido se pretende justificar la necesidad de establecer protecciones frente a la democracia procedimental y el mayoritarismo, de cara a contener la voluntad electoral –desbordada en ocasiones gracias a la práctica política populista- evitando que la democracia incube en sí misma el germen de su propia destrucción. Como lo explica Ruíz Miguel (2004), Madison, Kelsen y -más contemporáneamente- Ferrajoli recuerdan contundentemente la necesidad de establecer límites al funcionamiento del sistema democrático con el objeto de defender su propia estabilidad y evitar que la autonomía política conduzca desenfrenadamente al suicidio de la democracia (pág. 66-71); en otras palabras, de lo que se trata es de establecer jurídicamente frenos que impidan decisiones democráticamente adoptadas que atenten en contra de la propia democracia y sus bases. Lo dicho supone por tanto que la democracia no sea concebida solamente como un procedimiento, sino además de ser tal, como un conjunto de obligaciones que vinculan y encauzan la aplicación del principio y regla de mayoría en cuanto el mismo se haga efectivo a través de la democracia directa y, sobre todo, de la democracia representativa. En síntesis, el constitucionalismo parte de la idea de que -utilizando los términos empleados por Arteta (2013)- lo democrático no es sinónimo de lo mayoritario por cuanto se asume que la democracia no se identifica, sin más, con la simple agregación de preferencias con independencia de la valoración moral de los resultados de su ejercicio.

Así concebido, para Ruíz Miguel (2004) y García Jaramillo (2015), el constitucionalismo estaría llamado a cumplir dos funciones fundamentales: por una parte, garantizar el ejercicio regular del poder político y la estabilidad de la organización jurídico-política (insisto, previniendo la autodestrucción de la democracia); y, por otra parte, asegurar las condiciones que permitan alcanzar unos determinados fines y objetivos de interés social;

los fines señalados, se vinculan en forma directa con la vigencia de la propia democracia, pero de aquella que coincide con el concepto de democracia constitucional al que antes se ha hecho alusión, esto es, a aquella que se configura por la suma del procedimiento democrático y la concepción sustancial del ejercicio democrático. Al respecto, García Jaramillo (2015) llama a reparar en que así concebida –es decir, limitada por el constitucionalismo- la democracia adquiere un carácter normativo en cuanto asegura el autogobierno social con apoyo en el principio de mayoría, pero resguardando los “diques que establecen las constituciones” en función de orientar el adecuado ejercicio de la libertad política (págs. 74-75).

Para el cumplimiento de sus fines, el constitucionalismo se vale de dos mecanismos esenciales: la supremacía constitucional y el control judicial de constitucionalidad. Por una parte, como se sabe, la supremacía constitucional emplea a la Constitución como el instrumento jurídico en el que se resguardan determinados contenidos frente a la democracia y se los coloca en un sitio prevalente del orden jurídico, de manera tal que adquieren el carácter de indisponibles para todo poder, tanto público cuanto privado. Estos contenidos refieren a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales que se suman con otros mecanismos de carácter institucional como la separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos de cara establecer restricciones para el poder político, aun en aquellos casos en que este se ejerce a través de mecanismos democráticamente acordados (Ruiz Miguel, 2004, pág. 66).

El control judicial de constitucionalidad, de otro lado, asume un rol instrumental de cara a los fines que persigue el constitucionalismo, convirtiéndose, como lo señala Prieto Sanchís (2013) en una consecuencia indispensable de la supremacía constitucional que resguarda su efectividad (pág. 172). Situados en la base del dilatado debate entre Schmitt y Kelsen, la historia confirma la mayor aceptación de la tesis que afirma que el guardián de la Constitución debe ser un órgano especializado que lleve a cabo el control concentrado de constitucionalidad de manera independiente, lo cual dio lugar al surgimiento de la figura del Tribunal Constitucional o sus equivalentes en los ordenamientos jurídicos, especialmente de Europa. Frente a esta postura, normalmente

asociada con el denominado conservadurismo o elitismo, cabe también recordar los argumentos que, desde Paine y Jefferson hasta Ely o Habermas fundamentan fuertes críticas al modelo de control judicial de constitucionalidad de las leyes, partiendo de posturas que han sido calificadas como “no conservadoras” (Gargarella, 2012), favorables –aún a pesar de los matices que cabe reconocer en cada una- a colocar la última palabra sobre las decisiones políticas relevantes en manos de la voluntad popular y no sobre una persona o grupo de personas a quienes se estima intelectualmente más aptos que el resto de ciudadanos para decidir en última instancia sobre los aspectos sociales constitucionalmente relevantes. En el capítulo que sigue dedicaré un espacio a exponer algunas ideas fundamentales sobre tales críticas, puntualmente abordadas desde la denominada “objeción democrática contramayoritaria”, sin embargo de lo cual cabe asimismo hacer presente que desde el constitucionalismo no han faltado contrargumentos, de los cuales el más fuerte parece ser el que sostiene que la legitimidad de las decisiones judiciales en materia de control de constitucionalidad descansa sobre una adecuada labor de argumentación jurídica (Atienza 2011).

Así planteadas las cosas, las tesis que sostienen la construcción y aplicación del constitucionalismo se erigen desde la experiencia devastadora de la Segunda Guerra Mundial, cuando se apreciaron las consecuencias a las que en extremo puede conducir el liberalismo político si el procedimiento democrático -que es su más importante instrumento- funciona irrestricto; tales tesis, en lo principal, recogen los siguientes razonamientos:

- a) La democracia, al estimarse intrínsecamente valiosa porque hace posible la igual libertad, requiere que sus condiciones sean resguardadas a través de la Constitución a fin de preservar su adecuado funcionamiento. Esta tesis plantea principalmente la necesidad de constitucionalizar no solamente el procedimiento democrático, sino además determinados derechos que serían las precondiciones de la democracia. La determinación de qué tan amplio es el espectro de derechos que se protegen constitucionalmente tiene directa conexión con la ideología que acompaña al constitucionalismo; desde el enfoque liberal –que se amplía en el constitucionalismo social- aquellos derechos son fundamentalmente los políticos

y civiles, tal el caso del derecho al voto igualitario, la libertad de expresión, la libertad de asociación política, entre otros. En todo caso, la tesis se sostiene sobre la noción de que el propio valor de la democracia justifica su constitucionalización (Bayón, 2000, pág. 80)

- b) En el contexto de la democracia, las mayorías representan una amenaza que debe conjurarse a través del establecimiento de limitaciones constitucionales a su actuación. Esta tesis parte de la concepción estructural (Bayón, 2010, pág. 318-319) de que las mayorías representan un riesgo para la propia democracia en tanto estas ya sea que actúen directamente o lo hagan a través de sus representantes tienden a vulnerar sistemáticamente derechos, sobre todo de las minorías colocadas en situación de exclusión frente al ejercicio del poder político. Al respecto, autores como Ferrajoli (2014) y García Jaramillo (2015) ponen como ejemplo que justifica fácticamente la actualidad de este riesgo al observar la experiencia de los fascismos europeos, particularmente en el caso alemán, cuyas consecuencias terminaron por extenderse inclusive fuera de las fronteras de dicho país poniendo en riesgo a la humanidad.
- c) El ejercicio de la democracia en aras de la igual libertad conlleva el precompromiso de la sociedad en los términos fijados por ella misma en el momento constituyente, estimado como un espacio de racionalidad superior. Esta tesis se basa fundamentalmente en el planteamiento del “dualismo democrático” sustentado por Ackerman (en Gargarella, 2012, pág. 154), para quien en toda democracia es posible distinguir dos tipos de decisiones: por una parte, las “decisiones constitucionales” (visibles al dictarse Constituciones o reformarlas, por ejemplo), que son adoptadas por los ciudadanos en momentos de extraordinaria racionalidad y que por tanto son infrecuentes; y, por otra parte, decisiones adoptadas por la ciudadanía a través de sus representantes (visibles en las leyes, por ejemplo), que son un producto de la cotidianeidad.

Bajo tales circunstancias la tesis propone que aquellas decisiones constitucionales fijan comúnmente precompromisos de la sociedad, a través de los cuales ésta se autolimita, en aras de asegurar la conservación de la democracia y su adecuado

funcionamiento. Esta línea argumental suele vincularse con la metáfora empleada por Jon Elster (en Laporta, 2001; Bayón, 2010; Gargarella, 2012) mediante la cual el precompromiso aludido se compara con la estrategia empleada por Ulises en La Odisea, quien en un momento de lucidez decidió amarrarse al mástil del barco para sortear el riesgo de ser seducido por el canto de las sirenas en un momento de debilidad. De igual forma, se estima que la sociedad, en el momento de lucidez que implica el momento constituyente, decide plasmar unas ciertas ataduras a través de restricciones autoimpuestas al ejercicio democrático.

- d) El constitucionalismo se centra en la garantía de los derechos fundamentales, lo que le otorga un valor instrumental superior. Esta tesis parte de identificar a los derechos fundamentales como la principal preocupación del ordenamiento jurídico, desde lo cual se asume que lo relevante para su valoración es el grado de consecución del fin de justicia que la realización de dichos derechos presupone. En este sentido, las restricciones que el constitucionalismo supone a la democracia estarían justificadas desde su valor en tanto instrumento para garantizar el respeto de los derechos constitucionales.

Al finalizar el presente apartado estimo relevante dejar sentado que, como se observó en algunos pasajes del análisis del postpositivismo en el capítulo inicial del presente estudio, el constitucionalismo en sus enfoques contemporáneos se muestra mucho más cauto frente al rol que debe representar en sus relaciones con la democracia; García Jaramillo (2015), por ejemplo, recuerda la importancia de la acción política como el imprescindible complemento a la garantía constitucional de la democracia ya que, sostiene, “muchas constituciones pueden conducir al exagerado activismo judicial. Mucha democracia popular conduce fácilmente al populismo exacerbado” (pág. 77). En similar sentido, Zagrebelsky (2009) afirma que el rol de los jueces como garantes de la coexistencia entre los derechos, la justicia y la ley no debe traducirse en ningún caso en una investidura como “señores del Derecho” (pág. 153). Estos ejemplos no dejan de provocar espacios de aproximación entre el constitucionalismo y la democracia, relación que no obstante, como se verá a continuación, es blanco de importantes críticas.

2.2.2. Los cuestionamientos al constitucionalismo desde la democracia

Las tesis del constitucionalismo, por razonables que aparezcan, han sido objeto de numerosas críticas que provienen desde diversos sectores de la doctrina, muchos de ellos totalmente renuentes a aceptar los términos de una relación armónica posible entre aquel y la democracia; otras, más moderadas, plantean alternativas tendientes a recuperar la primacía de la democracia sin descartar el aporte que el constitucionalismo, con importantes ajustes, puede generar de cara al fortalecimiento de la primera.

Particularmente claros en este campo son los planteamientos de Bayón (2000; 2010) quien a través de sus trabajos ha asumido la importante tarea de sintetizar algunos de los principales argumentos que pesan en contra del constitucionalismo, bajo lo que denomina “problemas de fundamentación del constitucionalismo”, tomando como punto de partida varias tesis propuestas por Jeremy Waldron. En adelante, expondré los elementos centrales propuestos por Bayón, quien –considero- acopia las más importantes razones que se encuentran para cuestionar al constitucionalismo.

Es necesario partir de que, ciertamente, la mayor debilidad que se acusa al constitucionalismo es el déficit de democrático al que podrían conducir sus principales postulados. En este sentido, la crítica que se presenta al constitucionalismo tiende a concentrarse en refutar los cuatro postulados a los que se hizo referencia antes, en tanto tesis estructuradoras del constitucionalismo. A continuación procuraré un análisis particularizado de los principales elementos de contraste planteados en torno a cada una de ellas.

- a) Con respecto a la constitucionalización de la democracia: Al respecto, pese a aceptarse que el valor intrínseco de la democracia es un elemento de relevancia que bien podría justificar su atrincheramiento constitucional, las principales críticas que se exponen al respecto tienen que ver con dos situaciones fundamentales: en primer lugar, la dificultad que se observa al aceptar esta tesis con relación a cuál debe ser el procedimiento democrático y los derechos (precondiciones) que habremos de atrincherar constitucionalmente sin que aquello suponga la supresión de la democracia; y, en segundo lugar, cuál es el

procedimiento democrático a ser aplicado para tal fin, bajo el entendido de que una decisión de tal envergadura está llamada a producirse en el escenario del proceso constituyente, en el cual previsiblemente deberá aplicarse la regla de mayoría (cuestionada en su aplicación irrestricta por el constitucionalismo), provocando un eventual problema de origen con respecto a la legitimidad de tal decisión (Bayón, 2000; 81).

b) Acerca de la amenaza de las mayorías: Según se estableció, esta tesis tiene sustento en el temor a los efectos del ejercicio tiránico de la democracia por las mayorías, las que al no tener ninguna restricción o límite podrían tomar decisiones sobre cualquier cosa provocando violaciones a los derechos de las minorías, cuando no llegar al extremo de decidir asuntos que afecten a las bases mismas del sistema democrático y su funcionamiento. Al respecto, Bayón (2010, pág. 325-326) resalta que aun cuando es empíricamente real que las mayorías han provocado los efectos señalados, no existe razón suficiente para sostener que estas por defecto estén condenadas a funcionar de tal manera; al contrario, el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, plantea dos cuestiones de trascendencia dirigidas a refutar tales aseveraciones:

- i. Por una parte, cuestiona el argumento sobre la debilidad de las mayorías y su sistémica natural predisposición a vulnerar los derechos tomando como base la comparación entre la labor del legislador y la del juez. Recurriendo a los aspectos positivos y negativos de ambas autoridades públicas, plantea que tanto uno como otro pueden actuar movidos por intereses personales o por presiones, así como ambos pueden producir decisiones en favor de los derechos y la democracia. Desde esta perspectiva, afirma, no hay motivo razonable para sostener que el juez se encuentre en situación de privilegio frente al legislador de cara a observar una conducta más comprometida con la democracia y los derechos.
- ii. En segundo lugar, desde un argumento bastante fuerte, sostiene que la prevalencia de los intereses mayoritarios sobre los minoritarios no necesariamente entraña una cuestión indeseable; para ello, parte de que el

concepto de minoría alude a una cuestión que no únicamente se entiende desde lo numérico, sino que contemporáneamente se asocia más aún con grupos históricamente excluidos o relegados, los que pese a representar numéricamente una amplia proporción de la sociedad, terminan posicionándose grupos frente a las élites sociales. De igual forma, se abona a este criterio considerando que en muchas ocasiones es también deseable rechazar las pretensiones de las minorías, cuando aquellas representan intereses contrarios a los derechos de las mayorías, tal el caso de los empleadores frente a los trabajadores.

Como colofón al respecto de esta tesis, con Robert Dahl (en Bayón, 2010, pág.326) se advierte la necesidad de considerar que la tiranía de las mayorías, aún si no se desestima por lo señalado, provoca un riesgo equivalente, o incluso mayor al de la tiranía de las minorías.

- c) Sobre el precompromiso: Una de las mayores críticas al constitucionalismo se centra en cuestionar la idea del precompromiso, el que según se recordará, parte de la idea del dualismo democrático y la autolimitación de la sociedad. Sin la intención de agotar el tema en este lugar, es necesario señalar que los argumentos de contraste a esta tesis se vinculan con la denominada objeción democrática intertemporal, a la que dedicaré un espacio más adelante en este estudio. En lo principal, el argumento que refuta este planteamiento rechaza la obligación de las generaciones actuales de someterse a lo que decidieron en su momento las generaciones pasadas, por cuanto, como lo sostuvieron Jefferson y Paine (en Bayón, 2010, págs. 332-333) aquello equivaldría a admitir que los muertos gobiernen a los vivos.

Para Laporta (2001) considerar que el momento constituyente es un espacio de extraordinaria racionalidad y suma inspiración social resulta un ideal (pág. 463). En similar sentido, Gargarella (2015) afirma que, contrario a lo que se espera, los procesos constituyentes históricamente han demostrado ser mucho menos que

espacios democráticos de inclusión social, tanto más que por el contrario han sido usualmente espacios de segregación y exclusión de grupos sociales discriminados, ello particularmente si se atiende a la historia del ejercicio del poder constituyente originario fundador (pág. 1994).

Bajo estas condiciones, para Bayón (2010) la idea de un precompromiso fundamentado desde la estrategia de Ulises, constituye nada más que un intento forzado de asimilar el funcionamiento de los procesos volitivos individuales a aquellos de orden colectivo, lo que entraña –a su juicio- un error porque pierde de vista que la sociedad es un conjunto de voluntades heterogéneas que, por tal razón, están permanentemente expuestas al cambio, el que por el contrario a la tesis constitucionalista, se ve como necesario y deseable, no cabiendo por tanto establecer ataduras que contengan el desarrollo de dicho proceso, en tanto aquello significaría asumir que las actuales generaciones carecen de la claridad intelectual que sus antepasados tuvieron al momento de aprobar la Constitución vigente (pág. 78).

- d) En relación al valor instrumental del constitucionalismo: Rawls (1971) sostuvo que un sistema democrático no debe ser apreciado únicamente por su valor instrumental, sino además por su valor intrínseco en cuanto debe ser susceptible de influir positivamente en la calidad moral de la vida civil (pág. 220). Partiendo de este razonamiento Bayón (2010) señala que la justificación del constitucionalismo no puede ser determinada únicamente con base en su valor instrumental, el que se encontraría articulado con el fin que es capaz de producir en relación con la protección de los derechos fundamentales. En consecuencia, el autor intuye que a fin de sustentar su intromisión en la democracia, el constitucionalismo debe justificar no solamente que posee un valor instrumental – el cual no se desconoce-, sino también fundamentar las razones que permitan sostener su mayor valor intrínseco en relación con aquella.

Si el valor intrínseco de la democracia se encuentra en el respeto al principio de igual participación –lo que da cabida a la noción de autogobierno- entonces el constitucionalismo deberá sustentar que no solamente por su valor instrumental sino por su propia esencia, es capaz de generar un valor intrínseco razonablemente mayor al de la democracia, en términos de hacer posible aquel ideal del autogobierno y al propio tiempo permitir el respeto de otros derechos fundamentales además de la libertad política (págs. 327-331).

En estos términos, las críticas al constitucionalismo permiten observar con mayor claridad las tensiones que subyacen a su relación con la democracia, las que se conectan desde varias aristas con la problemática de los derechos fundamentales y su garantía, frente a la equivalente necesidad de permitir el ejercicio de la igual libertad política. Por estas razones, el discurso de la relación entre democracia y derechos torna necesario puntualizar algunos elementos que expongan la situación de los derechos como punto crítico de la tensión entre democracia y constitucionalismo.

2.3. Los derechos como punto de tensión entre democracia y constitucionalismo

Al hablar de la democracia constitucional se sostuvo que la misma se configura como un resultado de la incidencia del constitucionalismo en la democracia, clásicamente concebida como un simple procedimiento sujeto a la regla de mayoría, que a lo sumo exigía unos ciertos requisitos que den cabida a su regular funcionamiento. Conociendo que la democracia en este trance adquiere, adicionalmente a lo procedimental, una dimensión sustancial, se afirmó que esta viene determinada por la imposición de unos límites al mayoritarismo, derivados del atrincheramiento constitucional de unos ciertos contenidos estimados de relevancia para la vida en sociedad, así como para el adecuado desarrollo del procedimiento democrático; dichos contenidos de sustancia son, en esencia, los derechos fundamentales, apreciados por las concepciones procedimentales y sustanciales de la democracia como precondiciones de esta última, es decir, como requisitos *sine qua non* para el desarrollo del “juego democrático” (Amaya, 2014, pág. 14).

Al analizar las críticas al constitucionalismo, se vio asimismo que el tópico de los derechos juega un rol fundamental en la consolidación de un equilibrio en su relación con la democracia, particularmente desde que uno de los elementos centrales en debate consiste en conciliar el deseable valor instrumental del constitucionalismo de cara a los derechos, con el valor intrínseco que, según Rawls (1971), acredita la democracia. En igual sentido, se aprecia que una de las dificultades con las que se encuentra el constitucionalismo para fundamentar su vigencia se presenta en el contexto de la definición de los términos en los que cabe la constitucionalización de la democracia, lo que conecta nuevamente con el dilema de los derechos que merecen resguardo constitucional en garantía de la propia democracia.

Si de lo dicho se obtiene que de lo que se trata es de dilucidar qué tan extensa debe ser la lista de aquellos contenidos sustanciales que cabe atrincherar constitucionalmente, es decir, de aquellos derechos que sustraemos de la posibilidad de decisión irrestricta a través de la regla de mayoría, es posible arribar a la conclusión anticipada de que los derechos se configuran como un verdadero nudo crítico en la relación que opera entre la democracia y el constitucionalismo. Tomando esta afirmación como base corresponde analizar algunas de las principales ideas que desde la ciencia jurídica se han aportado para el debate.

La adecuada comprensión del tema obliga a remontarse al origen de la discusión. Se recordará que al describir el tránsito del Estado Legal al Estado Constitucional se mencionaron las hostiles circunstancias para los derechos humanos, producto sobre todo de las experiencias totalitarias sobrevenidas en el continente europeo en virtud de distorsiones en la democracia de carácter liberal. Como lo señala Ferrajoli (2014), fue la coyuntura de la segunda posguerra la que motivó el surgimiento del Estado Constitucional en tanto forma de organización jurídico-política, afirmando los rasgos esenciales aludidos en el primer capítulo del presente estudio entre los cuales interesa destacar aquí la supremacía constitucional y su presupuesto necesario, la rigidez constitucional.

Afirmar el principio de que la Constitución es norma suprema, goza de fuerza normativa y acredita un grado de rigidez que hace de su modificación un procedimiento agravado en comparación con el aplicable a cualquier otra norma jurídica -especialmente la ley- significó un paso fundamental no solamente en términos de la teoría del Derecho, sino también de la filosofía política. Este hecho se explica al observar que desde el momento en el que la soberanía popular se consolida sobre la soberanía del legislador, la Constitución como instrumento jurídico asume su papel de continente del “pacto social” que ha estipulado resguardar ciertos contenidos apreciados relevantes para la convivencia de las libertades, imponiendo en esa virtud límites al funcionamiento del correlato de la soberanía popular: la democracia. A partir de este momento, el Estado Constitucional se vuelve el escenario en el que el constitucionalismo despliega su efectividad de cara a la limitación del poder, enfocándose particularmente en el Parlamento, provocando desde entonces una inicial tensión que, en el marco del liberalismo político, contrapone dos fines igualmente válidos y deseados por la sociedad: la garantía de la libertad e igualdad políticas, y la de las demás libertades individuales. No obstante, como sabemos el campo de esta tensión se amplía con la inclusión de la agenda social en el debate político, propiciando su consiguiente inserción en el plano jurídico.

Así planteado el panorama surgen al menos tres cuestiones que se vinculan con la problemática de los derechos como punto crítico de la relación entre democracia y constitucionalismo. El primero de ellos y que se conecta con razones más bien prácticas refiere a la determinación de los derechos que han de ser atrincherados. Si se siguen los postulados del constitucionalismo postpositivista se coincidirá en que aquellos derechos que deben ser protegidos constitucionalmente son todos los que se vinculan de forma directa a la dignidad de la persona humana. Aún más, en contextos como el ecuatoriano, esta situación se agudiza cuando la titularidad de derechos trasciende la esfera del ser humano y se traslada también a la naturaleza, a la que se reconoce –aún con los defectos que pueden juzgarse al respecto- como un sujeto de derechos. La respuesta varía gradualmente si es que nos colocamos frente a posiciones más conservadoras como la de Ferrajoli (2014), quien desde un plano más próximo al positivismo sostiene que aquellos derechos serán los que la decisión constituyente resuelva incluir positivamente en el texto

constitucional. Como se observa, en ninguno de los dos casos planteados la respuesta termina siendo satisfactoria, ya que continúa subsistente la inquietud acerca de cuáles son y cómo deben determinarse aquellos derechos que merecen protección constitucional frente a las decisiones de las grandes mayorías.

Con respecto al tema, Bayón (2010) resalta que la primera dificultad con la que el constitucionalismo se encuentra radica precisamente en el momento de la definición de cuáles deben ser los derechos atrincherados constitucionalmente; en este sentido, cuestiona que un académico de la talla de Dworkin (en Bayón, 2010, pág. 308), para quien los derechos se conciben como “cartas de triunfo frente a las mayorías”, culmine sosteniendo que en un momento inicial la decisión acerca de los derechos que deben constitucionalizarse conlleva un procedimiento de decisión a través de una mayoría. Esta paradoja, que parece ciertamente debilitar al constitucionalismo, lleva a concordar con el profesor español en que la coherencia del constitucionalismo exige aceptar que su efecto limitador de la voluntad democrática mayoritaria se encuentra, por lo pronto, restringido al momento del ejercicio del poder constituyente. Cobra sentido en este espacio lo sentenciado por Elster (en Bayón, 2010, pág. 308) al sostener que la lógica del proceso constituyente es “la de una mayoría simple tomando la decisión de que la mayoría simple puede no ser la mejor forma de tomar decisiones sobre ciertos temas”. Estimo preciso, sin embargo, aclarar que de cara a la realidad ecuatoriana el problema que denuncia Bayón es aceptable en tanto se hable de un ejercicio de cambio de constitución, dado que las disposiciones de los artículos 441 y 442 de la Constitución ecuatoriana de 2008 interponen sendas restricciones al proceso de enmienda y reforma constitucional, vinculados precisamente con los derechos y garantías constitucionales, y con los mecanismos de reforma constitucional. Lo último colocaría al caso ecuatoriano parcialmente fuera de la crítica, en cuanto reclama la ausencia de los efectos del atrincheramiento en el contexto de los procesos de reforma constitucional.

Un segundo aspecto que cabría mencionar con relación a los derechos radica en la complejidad que representa su interpretación. Pasando por alto el asunto relativo a la determinación de cuáles deben ser aquellos que merecen resguardo en el texto

constitucional, otro elemento de preocupación refiere a la configuración normativa que los mismos reciben por el constituyente. No es desconocida la dificultad que representa delimitar constitucionalmente el contenido de los derechos, más aún si de ello depende la eficacia de su atrincheramiento frente a los poderes democráticos. En este contexto cabe recordar con Zagrebelsky (2009) que uno de los supuestos esenciales del constitucionalismo contemporáneo, en sus vertientes postpositivistas, es la incorporación de más normas tipo principio en los textos constitucionales. Pese a que aquello no signifique sostener la eliminación absoluta de las normas tipo regla, la rematerialización constitucional de la que habla Pozzolo (2016) motiva que buena parte de los derechos sean formulados a través de normas del tipo principio, generando por tanto la necesidad de tratar con disposiciones cuya aplicación exige un esfuerzo de determinación respecto de su alcance mayor al que supone el método subsuntivo. Gargarella (2012, pág. 79) y Bayón (2000, pág.69) han advertido de esta situación al fundamentar su rechazo a la idea de que el juez constitucional, al entrar en relación con la norma objeto de control, únicamente hace valer frente al legislador unos límites definidos con precisión y claridad en el texto constitucional, argumento que desconoce la distancia que existe naturalmente entre el sentido original de una disposición y la interpretación que de la misma realiza el responsable de su aplicación. Adicionalmente, como lo hace notar Bayón (2010) esta situación provoca un importante trastorno en relación con la intención de sustentar una teoría de la autoridad en el contexto del constitucionalismo, dado que supone en definitiva únicamente un traslado de un poder de decisión que originalmente correspondería a la mayoría, a poderes de decisión distintos como ocurre en el caso de las mayorías reforzadas (en el supuesto de reforma) o en las decisiones de tipo judicial (en el caso de control de constitucionalidad) (pág. 312), motivando el surgimiento de la ya enunciada objeción democrática contramayoritaria, de la que me ocuparé en el siguiente capítulo.

Finalmente, cabe presentar un tercer elemento que se vincula con una aparente paradoja que surge de la restricción del autogobierno en función de la garantía de los derechos; la situación se presenta al reparar en la posible contradicción que deriva de afirmar paralelamente que el constitucionalismo procura la garantía de los derechos fundamentales a través del establecimiento de límites al procedimiento democrático, y que

al mismo tiempo uno de los derechos que se estiman fundamentales desde el auge del liberalismo político coincide precisamente con el derecho a la participación en igualdad de condiciones, esto es, la igual libertad política. La problemática se presenta desde que ambas posturas aparecen en primer plano opuestas y no pueden ser armonizadas en forma satisfactoria y plena. Al respecto, varias soluciones se han ensayado, siendo a mi juicio la más representativa la propuesta por Bayón (2010), quien complementando el criterio de Waldron respecto a considerar al derecho de participación en pie de igualdad como jerárquicamente superior a los demás derechos en tanto permite decidir en pie de igualdad sobre qué derechos han de atrincherarse constitucionalmente, postula que tal derecho debe valorarse no solamente por el valor intrínseco que representa la superioridad moral de la participación política, sino además por el resultado que instrumentalmente pueda provocar la participación para la protección de otros derechos fundamentales, todo ello siempre en consideración a las específicas circunstancias del contexto social en el que nos situemos. En definitiva, la asignación jurídica de un mayor o menor valor al derecho de participación en pie de igualdad será una cuestión que dependa de un equilibrio entre su valor intrínseco, su valor instrumental y en consideración a las circunstancias del contexto en el que se aplique, debiendo ser más amplio en aquellas sociedades que sean proclives al respeto de los derechos, y menos amplio en aquellas que presenten mayor propensión (empírica) a la violación de aquellos.

Bibliografía del capítulo

- Amaya, J. A. (2014). *Democracia y minoría política*. Buenos Aires: Astrea.
- Atienza, M. (2011). Dos versiones del constitucionalismo. *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*(34), 73-88.
- Bayón, J. C. (2000). Derechos, democracia y constitución. *Discusiones*(1), 65-94.
- Bayón, J. C. (2010). Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En M. Carbonell, & L. G. (Eds), *El canon neoconstitucional* (págs. 285-355). Madrid: Trotta.
- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Borja Cevallos, R. (1991). *Derecho Político y Constitucional*. México, D.F: Fondo de Cultura Económica S.A. de C.V.
- Bovero, M. (2002). Democracia y Derechos Fundamentales. *Isonomía*(16), 21-38.
- Bovero, M. (2010). La democracia y sus condiciones. *Revista de la Facultad de Derecho de México*(253), 11-29.
- Constant, B. (2013). Sobre la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos (traducción). *Revista Libertades*, 83-95. Recuperado el 10 de 06 de 2017, de http://www.revistalibertades.com/documents/revistalibertadesnumero3_traducción.pdf
- Córdova Vianello, L. (2006). La democracia ideal en el pensamiento de Norberto Bobbio y las democracias reales en América Latina. En L. (. Córdova Vianello, V. Paniagua Corazao, M. Bovero, & H. Vitale, *Norberto Bobbio: cuatro interpretaciones* (págs. 51-80). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Ferrajoli, L. (2007). Los fundamentos de los derechos fundamentales. En L. Ferrajoli, L. Bacceli, R. Guastini, M. Jori, A. Pintore, E. Vitale, & D. Zolo, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (págs. 339-355). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2010). Norberto Bobbio, teórico del Derecho y de la democracia. *Revista de la Facultad de Derecho de México*(253), 31-45.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político*. Madrid: Trotta.
- García Jaramillo, L. (2015). ¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba*(2), 67-95.
- Gargarella, R. (2012). *La Justicia Frente al Gobierno*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Gargarella, R. (2015). Constitucionalismo vs. democracia. En J. Fabra Zamora, & S. Ezequiel, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (Vol. 3, págs. 1991-2010). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1934). *Esencia y Valor de la Democracia*. Barcelona - Buenos Aires: Editorial Labor S.A.
- Laporta, F. (2001). El ámbito de la Constitución. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*(24), 459-484.
- Pozzolo, S. (2016). Neoconstitucionalismo. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*(11), 142-151.

- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.
- Rawls, J. (1971). *Teoría de la Justicia* (2006, sexta reimpresión ed.). (M. D. González, Trad.) N/D: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Ruiz Miguel, A. (2004). Constitucionalismo y Democracia. *Isonomía*(21), 51-84.
- Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

CAPÍTULO III

DILEMAS PARA EL CONSTITUCIONALISMO Y LA DEMOCRACIA

Sumario del capítulo

i. Introducción

3.1.La objeción democrática:

3.1.1. La objeción democrática intertemporal.

3.1.1.1.Objeción democrática y precompromiso.

3.1.1.2.La defensa de la autolimitación.

3.1.1.3.Objeción democrática y derechos.

3.1.2. La objeción democrática al carácter contramayoritario del control judicial de constitucionalidad.

3.1.2.1.Breve repaso del surgimiento del control judicial de constitucionalidad.

3.1.2.2.Control judicial de constitucionalidad y voluntad popular.

3.1.2.3.Interpretación y control de constitucionalidad.

3.1.2.4.Panorama general de las soluciones propuestas a la dificultad contramayoritaria.

3.1.2.4.1. Los planteamientos conservadores.

3.1.2.4.2. La postura radical.

3.1.2.4.3. Estado actual de la cuestión.

3.2.El constitucionalismo débil como alternativa.

i. Introducción al capítulo

La tensión original entre el constitucionalismo y la democracia se asienta, en buena parte, sobre los cuestionamientos que provienen del carácter limitativo del primero en relación con el segundo.

Autores como Francisco Laporta explicitan esta situación a través de lo que se ha venido a denominar la “objeción democrática”, cuyo planteamiento puede evidenciarse en dos vertientes claramente identificables: por una parte, la denominada objeción democrática intertemporal y, por otra, la llamada objeción democrática al carácter contramayoritario de la justicia constitucional.

Estos elementos se plantean como verdaderos dilemas para las nociones en liza, desde que han exigido importantes esfuerzos de la ciencia jurídica destinados a encontrar argumentos que permitan su superación o, al menos, la moderación de su alcance.

En este contexto, el presente capítulo pretende presentar una visión panorámica de las principales aristas de los dilemas que provoca la objeción democrática en sus dos enfoques, para lo cual se recurre a un repaso sobre los puntos esenciales en los que se sustenta cada uno de ellos, así como una sintética revisión de los argumentos esgrimidos en favor y en contra de los mismos.

Finalmente, el análisis aterriza en un panorama general del estado actual de la cuestión, para concentrarse específicamente en la alternativa que supone el denominado “constitucionalismo débil” como una propuesta teórica en construcción, cuyos elementos característicos, alcance y principales retos procuran visibilizarse.

3. La objeción democrática

Bajo la denominación de “objeción democrática” se agrupan el conjunto de argumentos planteados en rechazo a la presencia de los límites impuestos desde las constituciones, en el contexto del constitucionalismo, al poder de decisión democrática de las mayorías, siendo común en el tratamiento del tema asociar dicho problema específicamente a la limitación que se impone a la capacidad decisoria del órgano legislativo en el marco de una democracia representativa. Laurence Tribe (en Holmes, 2016) considera que la cuestión se plantea en forma de pregunta directa al cuestionarnos “¿por qué una nación que fundamenta la legalidad sobre el consentimiento de los gobernados decidiría constituir su vida política mediante un compromiso con un acuerdo original estructurado deliberadamente para dificultar el cambio?” (pág. 1), lo que al mismo tiempo vincula a la duda de ¿cuál debe ser el fundamento para aceptar que un marco jurídico constitucional aprobado en el pasado pueda continuar ejerciendo en la actualidad influencia sobre la vida política de la sociedad? al punto de sustraer de la posibilidad de decisión de las actuales generaciones determinados temas que atañen a la convivencia social.

En este escenario recobra vigencia la tensión entre el constitucionalismo y la democracia a la que se hizo referencia en el capítulo precedente, puesto que de lo que se trata es, precisamente, de definir si es posible encontrar un punto de intersección entre uno y otro o, si por el contrario, se trata de nociones paralelas y por tanto irreconciliables. Bayón (2010) sostiene que con independencia del enfoque de democracia que elijamos aceptar – es decir, procedimental o sustancial-, la objeción democrática significa plantearse un cuestionamiento directo acerca de qué es aquello que puede sustraerse de la decisión de la mayoría y cuáles son las razones para fundamentar dicha restricción (pág. 303). Un adecuado abordaje del tema exige por consecuencia la necesidad de indagar sobre los espacios en que dicha sustracción ocurre, de los cuales, como sabemos, probablemente el más importante sea el que refiere a los derechos fundamentales.

En este contexto, Laporta (2001) plantea que la objeción democrática puede presentarse y analizarse, al menos, en dos formas básicas: por una parte, la denominada objeción democrática intertemporal; y, por otra, la objeción democrática al carácter

contramayoritario del control judicial de constitucionalidad de las leyes, enfoques críticos que –dicho sintéticamente- se relacionan, el primero, con la estructura jerarquizada del ordenamiento jurídico que coloca a la Constitución como norma supraordenada al resto de normas jurídicas, así como con el concepto de rigidez constitucional; y, el segundo, con la deficiencia democrática que –se sostiene- afectaría a los órganos jurisdiccionales de control de constitucionalidad de la ley (págs. 461-462).

En adelante presentaré algunos elementos esenciales que permitan una aproximación teórica a los dos tipos de objeción democrática enunciados.

3.1.1. La objeción democrática intertemporal

Laporta (2001) sostiene que la objeción democrática intertemporal guarda relación con la reivindicación impuesta por aquella estructura jerarquizada del ordenamiento jurídico – en forma amplia de herencia kelseniana- traducida en “la exigencia de que por encima de las leyes emanadas del poder legislativo se sitúa un texto jurídico que tenga primacía sobre ellas, es decir, que sea jerárquicamente superior a las leyes y al que se llama comúnmente constitución” (pág. 461). El concepto nos remite, como es evidente, a un debate que guarda relación, en parte, con la supremacía constitucional -lo que como se verá no debe confundirse con un cuestionamiento absoluto a la existencia de dicha institución jurídica-, y sobre todo con el concepto de rigidez constitucional.

La comprensión de la objeción democrática intertemporal obliga a remitirse a los planteamientos de referentes teóricos como Thomas Paine y Thomas Jefferson, quienes en el contexto norteamericano post independencia formularon claras y fuertes críticas al carácter limitador de las constituciones. Sus célebres expresiones en favor de la necesidad del “consentimiento de los vivos” en el contexto de las decisiones políticas que obligan a la sociedad y el consecuente rechazo de un gobierno sujeto a la “mano muerta del pasado”, se destinaron a expresar un criterio contrario a la factibilidad de que las constituciones configuren límites infranqueables al poder de las mayorías, particularmente cuando dichas decisiones tienen por objeto modificar el pacto constitucional vigente (Holmes, 2016, págs. 4-6).

Como lo expresa Laporta (2001), el criterio coincidente de los autores en referencia asume que aceptar la obligatoriedad perpetua de las decisiones constitucionalmente fijadas por una generación en relación con las que le suceden, equivaldría al absurdo de sostener el gobierno de los muertos sobre los vivos (pág. 462). Como lo destaca Holmes (2016), para Paine el sentido de la permanente evolución social que se renueva con cada generación no admite que la forma de ver el mundo por las generaciones pasadas sea un elemento que deba heredarse; por el contrario, el pensador inglés sostuvo que las generaciones actuales poseen un derecho connatural de carácter ilimitado que les permite modificar las instituciones bajo las que viven, ya que en su pensamiento el único consentimiento que legitima a un gobierno es el que pueden expresar quienes se encuentran vivos (págs. 4-5). En un sentido similar, Jefferson se manifestó en favor del derecho de cada generación de definir sus propias reglas de convivencia y organización política, lo que, como explicita Holmes (2016, pág.3), se evidencia a partir de las consignas depositadas en el texto de la Declaración de Independencia de 1776, en cuanto afirman que para garantizar los derechos a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad son instituidos los gobiernos, los que al volverse destructores de dichos principios habilitan al pueblo a su reforma, abolición e institución de un nuevo gobierno. Para Jefferson (en Holmes, 2016) al morir los autores de una Constitución muere también el “espíritu” de dicha Constitución, por lo que su propuesta en el debate que mantuvo con Madison sugirió que la Constitución norteamericana prevea la obligación de llevar adelante procesos constituyentes cada determinado número de años, a través de plebiscitos que permitan definir la estructura del cuerpo político y dictar las normas fundamentales que resultasen más coherentes con la realidad de la nueva generación (pág. 6).

3.1.1.1. Objeción democrática y precompromiso

Las ideas expuestas, de clara vertiente lockeana por su rechazo al encadenamiento de las generaciones futuras, evocan el discurso acerca del precompromiso constitucional que fue brevemente mencionado en otro lugar del presente trabajo, y que recuerdan –con Elster– a la figura de Ulises atado al mástil del barco como mecanismo de autolimitación frente a las pasiones y el desenfreno.

Para iniciar el tratamiento del tema, conviene precisar que el precompromiso se instituye como unas de las justificaciones más fuertes esbozadas en favor del constitucionalismo; como lo señala Bayón (2000), este consistiría en una forma de asegurar la racionalidad de las decisiones políticas a través de mecanismos de auto incapacitación o autocontención, que se configuran mediante la restricción de determinadas opciones posibles a las que el espíritu humano recurriría en momentos de debilidad o racionalidad disminuida.

Considerando lo señalado cabe tener en cuenta que la objeción democrática plantea importantes críticas a la idea del precompromiso; Paine y Jefferson (en Holmes, 2016), por ejemplo, concibieron que la idea de unas ataduras constitucionales eliminan la posibilidad de que las leyes y las instituciones avancen de forma articulada con el progreso del espíritu humano, particularmente en cuanto el progreso de la ciencia permite el descubrimiento de nuevas verdades o la modificación de las opiniones y criterios que en un momento se tiene sobre determinados temas, volviendo al compromiso un freno innecesario (pág. 6). En similar sentido, aunque aplicado a otro contexto del precompromiso jurídicamente resguardado, John Stuart Mill (en Holmes, 2016) sostuvo que la experiencia actual no permite al individuo contar con el suficiente grado de conocimiento para adquirir un compromiso previo de carácter vitalicio e irrevocable (pág. 7). Las tesis que se exponen, coinciden para Holmes (2016) en el cuestionamiento que dirigen -desde un claro enfoque liberal- al problema del consentimiento sobre las regulaciones destinadas al gobierno social (pág. 8); en otras palabras, no se trata tanto de una oposición al establecimiento de regulaciones que limiten el ejercicio del poder sino a dudar de las razones que justifican que tales regulaciones impongan hoy obligaciones a generaciones futuras que no tienen la posibilidad de expresar su consentimiento, lo que vendría a interpretarse como una real negación del principio de autogobierno que presupone la democracia.

El panorama de la objeción en análisis se complementa al recordar que el precompromiso constitucional es asociado, como se dijo, con una forma de autolimitación, ello porque desde el enfoque contractualista asumido por los órdenes jurídico-políticos posteriores a

la ruptura con el absolutismo monárquico las Constituciones se conciben como pactos del pueblo con el pueblo, factor en el que se hace reposar principalmente su fuerza normativa.

Bajo estas circunstancias, la objeción cuestiona la racionalidad y factibilidad de que el precompromiso que dichas normas contienen se fundamente en una imposición de límites aprobada por quien está obligado a respetarlos, lo que configuraría una paradoja de que aquel que es soberano (y por ello tiene el poder de fijar límites) al mismo tiempo carece del poder para superar los límites que impone. En forma más prolija Rousseau (en Holmes, 2016) planteó este argumento de rechazo al precompromiso considerando que el acto de participación en la definición de los términos en los que se organizará políticamente la sociedad y el establecimiento de las leyes fundamentales que lo regularán es una condición de racionalidad que transforma al hombre en un ser moral, por lo que retirar de sus manos esta posibilidad atándolo a unos términos acordados por un compromiso previo en el que no participó resulta incompatible con el autogobierno (págs. 9-10).

Laporta (2001, pág. 464) y Bayón (2000, págs. 78-79) al valorar la idea del precompromiso del tipo Ulises proponen varias razones por las que advierten que en el ejemplo de Elster y otros que se le parezcan, se torna engañoso de cara a justificar el planteamiento en ciernes. En primer lugar, previenen de la dificultad de asimilar el carácter individual del ejemplo de Ulises con la condición heterogénea de la sociedad, particularmente teniendo en cuenta que la esencia volátil y dinámica de la segunda hace difícil sostener con propiedad el concepto de “autolimitación” en el tiempo. Una segunda razón se vincula con la crítica a posturas como la de Hayek (en Holmes 2016), quien fundamenta el precompromiso en la miopía social y el poco dominio sobre sí mismos que poseen los ciudadanos, asumiendo que en tal situación la Constitución se transforma en un mecanismo de resguardo y limitación indispensable para frenar el poder desembocado de las mayorías en una democracia (pág. 2); frente a tal planteamiento, los autores españoles cuestionan la presuposición automática de que generaciones pasadas –que fijan los términos del precompromiso- sean más lúcidas que las futuras, lo que a su juicio encarnaría una suerte de paternalismo no admisible ni coherente con la realidad y con los propios principios de igualdad y libertad que subyacen a la democracia, y trastornaría al

grado de debilidad los naturales desacuerdos que surgen permanentemente entre los distintos integrantes de la sociedad. La tercera razón se vincula con el hecho de asumir que los procesos constituyentes de los que la Constitución es fruto coinciden con momentos de extraordinaria racionalidad, lucidez y claridad social - como lo sostendría en parte Ackerman (en Gargarella, 2012, pág. 153-157)- lo que pierde de vista la extrema susceptibilidad de dichos momentos a la influencia de las pasiones y los intereses de facciones sociales que pueden terminar promoviendo, contrario a lo esperado, que el constituyente –a través de la Constitución- blinde sus intereses frente a la racionalidad de generaciones futuras.

3.1.1.2. La defensa de la autolimitación

Las críticas provenientes de la objeción democrática intertemporal, como lo anota Holmes (2016), han provocado el surgimiento de argumentos en defensa del constitucionalismo, tendientes a justificar fundamentalmente la noción de autolimitación a través del precompromiso. Madison (en Holmes, 2016, págs. 12-16), uno de los más lúcidos defensores de la necesidad del precompromiso, en sus réplicas a las razones aportadas por Jefferson expresó que la autolimitación, lejos de ser un signo de opresión, se configura como una garantía de estabilidad y libertad para la sociedad. En sus reflexiones se sustentan buena parte de los principales argumentos en los que aún hoy se apoya la justificación de la aptitud del precompromiso para obligar a generaciones futuras; a continuación plantearé algunas de ellas:

- a) Como se recordará, una de las principales críticas de los radicales frente al constitucionalismo y en particular al precompromiso constitucional, parte de la visión de Locke con respecto a la improcedencia de que los padres encadenen a sus hijos de cara al futuro, a través de sus decisiones en el presente⁹. Paine (en Holmes, 2016, pág. 4), por ejemplo, rechazó esta circunstancia por considerarla contraria a la justicia natural; Jefferson (ibíd., págs. 5-8) en sus cartas a Madison,

⁹ Como lo anota Holmes (2016), el argumento de Locke sobre la libertad sostuvo que los padres no pueden encadenar a futuro a sus hijos mediante las obligaciones que estos contraen en vida; el filósofo inglés rechazó frontalmente en su discurso la posibilidad de que el pacto asumido por una persona –aun cuando este le genera obligaciones- pueda atar a sus descendientes en la posteridad (pág. 3).

negó rotundamente la racionalidad de un compromiso previo que obligase a las generaciones futuras por juzgar que aquello supondría la imposición de cargas a quienes no han consentido en asumir las mismas.

Madison (en Holmes, 2016), con fundamento en una concepción intergeneracional de la división del trabajo, sostuvo que una Constitución que determine compromisos previos, lejos de resultar un intento de opresión del pasado hacia las generaciones futuras, tiene la virtud de emancipar y liberar porque asegura determinadas condiciones que resultan un producto de luchas históricas o de decisiones tomadas por nuestros antecesores, relevándolos de ciertas cargas y asegurando que las generaciones futuras tengan garantizadas opciones de decisión. En apoyo a este planteamiento, Holmes (2016) llama la atención acerca de la permanente tendencia a asociar al constitucionalismo con el término “limitación” en un sentido negativo, cuando a su criterio aquello resulta una visión incompleta del asunto; sostiene que las constituciones al tiempo que contemplan reglas limitativas que se dirigen a asegurar un freno al abuso del poder, contienen también reglas constitutivas que habilitan el ejercicio de determinados derechos o la posibilidad de escoger determinadas opciones que, de otra manera, quedarían fuera de su alcance. Las constituciones, continúa el autor en referencia, más que incapacitadoras son en realidad capacitadoras porque aseguran estructuras institucionales para el autogobierno social, asignan facultades y regulan en qué pueden ser empleadas dichas facultades (págs. 17-19).

Asumido como real el beneficio que en numerosos espacios genera un compromiso previo que asegure cierto grado de estabilidad a las generaciones futuras, cabe no obstante señalar que el argumento en referencia resulta más descriptivo del valor político de una constitución que analítico del problema de fondo relativo al precompromiso. Considero que el hecho de fijar reglas que en unos casos limiten al poder y en otros casos capaciten su ejercicio no resuelve la paradoja fundamental ya denunciada por Waldron (en Laporta, 2001, págs. 477-478) de mediar entre la necesidad de tomar una decisión común y la existencia de

importantes desacuerdos sobre el contenido y alcance que la misma deba tener, lo que implica trasladar el debate al intento de justificación de una teoría de la justicia y una teoría de la autoridad a través del mismo argumento, como lo denunciara Bayón (2010). En el fondo, la crítica que enuncio podría interpretarse, si se quiere, como un cuestionamiento a la reiterada hipótesis contractualista de un pacto social del que somos signatarios desde el nacimiento, como una suerte de contrato de adhesión.

- b) Un segundo criterio en favor del compromiso previo se relaciona con una circunstancia de orden más práctico. Frente a la crítica radical de la intransmisibilidad de las obligaciones a las futuras generaciones, Madison (en Holmes, 2016) sostuvo que dicha posibilidad no debe ser descartada en forma absoluta; para ello sugiere considerar que si bien es real que como lo sostuvieron Paine y Jefferson cada generación tiene derecho a definir las circunstancias en las que desea vivir y organizarse, no es menos cierto que históricamente muchas luchas de las generaciones pasadas han traído importantes beneficios para las generaciones actuales y futuras, lo que lleva a pensar en que por un principio de justicia y equidad no solamente los beneficios deberán ser repartidos con criterio intergeneracional, sino también las cargas que aquellos exigen (págs. 13-14).

Sin embargo, sobre el tema estimo importante considerar una objeción que no resulta despejada por el argumento madisoniano, y es que aquella no resuelve el problema original de que aun cuando muchas de tales luchas históricas fueron el producto de eventos históricos irresistibles, también gran parte de las decisiones que generaciones pasadas adoptan y que obligan a la posteridad consisten en decisiones conscientes que se vinculan con circunstancias coyunturales no compulsivas de la voluntad, sino por el contrario, se traducen en presupuestos de decisión que a futuro tienden a variar, por ejemplo las condiciones de orden económico en las que se aprueba un texto constitucional ampliamente garante de derechos, o la contratación de deuda con miras al precio de mercado del petróleo. En estas circunstancias, es inevitable pensar si la objeción democrática

intertemporal no acierta al protestar frente al condicionamiento que generaciones previas imponen a la posteridad.

- c) Frente a la propuesta de Jefferson de una programada renovación de las constituciones, Madison rescató el valor del precompromiso desde una argumentación favorable a la estabilidad democrática. Uno de sus razonamientos esenciales se concentró también en la idea de que el compromiso previo posee la virtud de garantizar la sostenibilidad y el correlativo progreso de la sociedad, ya que al fijar los términos base de determinados debates sobre la estructura social que ya habrían sido agotados en el momento constituyente, evita a las generaciones futuras la dispersión y desgaste de sus esfuerzos en la reiteración de un debate innecesario, permitiendo en contrapartida canalizar y concentrar la discusión sobre asuntos actuales (en Holmes, 2016, pág. 12).
- d) Madison (en Holmes, 2016) llamó la atención acerca del errado argumento de la inmutabilidad constitucional que le habría sido atribuido al constitucionalismo. Su planteamiento parte de afirmar que, por el contrario, las constituciones que contienen compromisos previos se encuentran plenamente abiertas a la modificación, lo que, no obstante, no significa compartir la idea de Jefferson de obligatorios procesos de revisión constitucional periódica. Para Madison la intuición del consentimiento tácito toma, en este escenario, un valor fundamental ya que asienta en ella la razón de que las constituciones puedan verse como continentes de un precompromiso que en cualquier momento puede ser revisado por los miembros del cuerpo social, lo que descarta por sí sola la idea de un encadenamiento o pacto perpetuo que las generaciones actuales imponen a la posteridad. Para el norteamericano, al no ejercer el derecho de revisión constitucional, los ciudadanos tácitamente consienten en su continuidad y dan cuenta de la conformidad con los términos en los que el compromiso previo fue formulado (págs. 14-15). No obstante, para Madison (ibíd.) el proceso de reforma de las constituciones debe entrañar un procedimiento medianamente complejo, o en todo caso agravado con relación al procedimiento parlamentario ordinario, con el objeto de evitar que este sea empleado como salida fácil frente a casos de

estancamiento político; en su opinión, esta consideración –reconducible a la rigidez constitucional- más que una imposición intergeneracional tiene la virtud de promover el diálogo y el entendimiento social como mecanismo para resolver los problemas ordinarios de la política (pág. 13).

3.1.1.3. Objeción democrática y derechos

Laporta (2001), en afinidad con varios postulados que defienden la autolimitación, sostiene que, lejos de ser inadmisibles, el precompromiso es posible, aunque aclara que su aceptación conduce indefectiblemente a revisar las razones que justifican el atrincheramiento constitucional de determinados contenidos. Para el profesor de la Universidad Complutense de Madrid entre las múltiples las razones que pueden considerarse para dicha justificación, probablemente la más importante es la que apunta a “proteger de las incursiones de la mayoría en el ámbito de un “coto vedado”, que está compuesto básicamente por derechos fundamentales y por aquellos mecanismos institucionales que puedan ser condición para la garantía de esos derechos fundamentales” (Laporta, 2001, pág. 477). No obstante, destaca el autor que es en este punto en donde puede identificarse con mayor claridad la razón de ser de la objeción democrática.

Waldron (en Laporta, 2001, pág. 478), plantea el asunto en los siguientes términos: si se considera que la atribución de derechos a las personas constituye un gran acto de fe en su capacidad de deliberación moral y de razonamiento, entonces ¿cómo es admisible que puedan sustraerse de la capacidad de decisión democrática los asuntos que refieren a los derechos? La paradoja que observa el profesor neozelandés le orienta a sostener que la constitucionalización (atrincheramiento) de determinados contenidos especialmente relativos a los derechos pareciera negar el fundamento que al mismo tiempo sustenta la atribución de derechos a las personas (su capacidad de razonamiento, deliberación y decisión), contradicción que en su juicio permitiría descartar toda justificación de las limitaciones impuestas por el constitucionalismo a la democracia. Si bien el argumento de Waldron podría fundamentar de manera global la objeción democrática, en este espacio cabe concentrar el análisis con respecto a la objeción democrática intertemporal, cuya esencia, como se señaló inicialmente, se dirige a cuestionar la rigidez constitucional.

Laporta (2001, pág. 479) prefiere acotar el debate resaltando que, aceptado sin beneficio de inventario, el argumento de Waldron puede fácilmente conducir al extremo de sostener que, frente a la permanente posibilidad del desacuerdo entre los miembros de la sociedad, nada merecería ser atrincherado constitucionalmente, dejando toda definición al respecto en manos del legislador a través del debate democrático. De cara a moderar la crítica a la rigidez constitucional, el profesor español recuerda que en el contexto del constitucionalismo contemporáneo es posible encontrar una multiplicidad de mecanismos como las cláusulas de enfriamiento, los referéndums, las leyes ordinarias de reforma, entre otros, que sin sacrificar dicha rigidez -considerada indispensable para la vigencia del constitucionalismo- avanzan en favor de la democracia al fijar espacios de atrincheramiento constitucional sobre temas que se estima relevante proteger frente a las decisiones mayoritarias por su valor intrínseco, sin llegar al extremo de volverlos inmodificables o de dejarlos enteramente en manos del legislado. De esta manera, Laporta (ibíd.) sostiene que la objeción democrática intertemporal debe aceptarse como valedera, *prima facie*, en aquellos casos de cláusulas constitucionales intangibles, así como en aquellas que prevén métodos de reforma agravados como la intervención de órganos no democráticos o el establecimiento de mayorías excesivamente cualificadas.

Situados en este punto, la pregunta fundamental que cabe es la siguiente: ¿Existen cuestiones que ameriten ser atrincheradas en extremo, al punto de sustraerse del procedimiento democrático? Laporta (2001) sugiere al menos dos temas que estimo pertinente enunciar de manera general:

- a) Las condiciones previas al procedimiento democrático, como por ejemplo definir el ¿quién puede decidir?, para lo cual una exigencia de objetividad obligaría a determinar un “perfil de rasgos identificativos”, asociados con un conjunto de derechos individuales de carácter sustantivo, es decir, una suerte de precondiciones del tipo bobbiano, que se constituyan como requisito previo al procedimiento democrático, y que por ello de ninguna manera sería razonable que sean definidos paralelamente a través de él sino en un momento previo. El atrincheramiento, en este caso, resguardaría la existencia y validez del procedimiento democrático desde que se dirigiría fundamentalmente a proteger el derecho a participar (pág. 480).

Cabe en este tema sin embargo, recordar el argumento planteado con Bayón (2010) al finalizar el segundo capítulo del presente estudio, en cuanto al problema irresoluto al que nos remite la tarea de rastrear la legitimidad original de estas dediciones previas.

- b) Algunas de las decisiones democráticas dirigidas a garantizar la estabilidad de la democracia misma y a proveer condiciones para la garantía y el ejercicio de los derechos fundamentales, entre las que podrían incluirse aquellos principios fundantes como el propio gobierno democrático, el principio republicano, la consecuente separación de funciones, entre otros. Este aspecto, anota Laporta (2001), tiende a proteger a la democracia frente a sí misma, no solamente por el riesgo de decisiones que afecten las bases esenciales en las que se asienta, sino sobre todo de un posible estado de perpetua deliberación sin decisión en el que podría sumirse la sociedad si se acepta que el dilema intergeneracional no es una cuestión, como lo planteaba Jefferson, que se verifica cada 19 o 20 años en promedio, sino que ocurre día a día, cada vez que un ciudadano satisface las condiciones sustantivas previstas constitucionalmente para ejercer su derecho a participar en el autogobierno social y por ende a cuestionar y objetar democráticamente los compromisos previos de los que no ha formado parte. Esto, para Laporta, provocaría el sacrificio de otros valores importantes para la democracia, además de la participación, como la estabilidad, permitiendo así el riesgo de que la objeción democrática subvierta a la propia democracia.

Finalmente, cabe cerrar el presente apartado mencionando la postura de Ferreres (2000) acerca de la objeción democrática intertemporal. Para el profesor de la Universidad Pompeu Fabra, la objeción democrática intertemporal subsiste en aquellas constituciones que carecen de abstracción en sus cláusulas, porque aquello las condena a perder legitimidad por el paso del tiempo al hacer dificultosa la tarea de obtener el apoyo popular cuando pierden actualidad (pág. 34). Por el contrario, sostiene, las constituciones rígidas tienden a generar un necesario grado de abstracción, particularmente en las cláusulas sobre derechos, ya que aquello permite la admisión de limitaciones implícitas que hacen a tales constituciones y a las cláusulas de derechos que contienen, susceptibles de articulación a

las nuevas necesidades impuestas por la dinámica social. De esta forma, el dilema intergeneracional tendería a desaparecer motivado en dos razones: por una parte, porque las generaciones, ordinariamente, tienden a compartir ciertos valores que coinciden mayormente con los derechos fundamentales constitucionalizados, pese a que en muchos casos disientan en la forma de interpretarlos y aplicarlos. En segundo lugar, porque la constitucionalización en términos abstractos de una carta de derechos como la señalada, refuerza una cultura pública de deliberación en la que dichos derechos serán tomados en serio en la deliberación colectiva (pág. 37); en ambos casos, la abstracción juega un papel fundamental.

Es preciso rescatar que posturas como la evocada por Ferreres merecen al menos dos observaciones: en primer lugar, parten de una idealización de la tarea de formulación de las cláusulas constitucionales, como un proceso en el que resulta siempre posible a través de la abstracción configurar a la Constitución como un instrumento omnicompreensivo y atemporal, cuya actualización es posible siempre a través de la interpretación de sus términos en relación pacífica con el grado democrático que supone el respeto a la voluntad constituyente original. Esta situación, a mi juicio, pierde de vista las enormes dificultades derivadas de la coexistencia de posiciones irreconciliables que, en la realidad social, no pueden ser recogidas a través de cláusulas abstractas por representar la una la exclusión de la otra o por representar un altísimo grado de conexión con una suerte de “moral pública” imperante; a manera de ejemplo, considérense las decisiones que quepa adoptar acerca de temas como la eutanasia, la legalización del consumo de determinadas drogas o del procedimiento de aborto no casuístico, cuyo planteamiento constitucional difícilmente puede apelar a la abstracción. En segundo lugar, el criterio de abstracción de las cláusulas constitucionales se asienta indispensablemente en el reconocimiento de un valor esencial a la justicia constitucional como instrumento para colmar la indeterminación del Derecho y los derechos. Calza en este espacio declarar abierto el camino que nos conduce a abordar los argumentos que se plantean desde el otro enfoque de la objeción democrática, esto es, aquellos que cuestionan el carácter contramayoritario y antidemocrático de la justicia constitucional, de lo que me ocuparé a continuación.

3.1.2. La objeción democrática al carácter contramayoritario del control judicial de constitucionalidad

He advertido al finalizar el párrafo anterior que modelos de organización jurídico-política favorables a una mayor abstracción en las cláusulas constitucionales orientan a aceptar un sistema en que la tarea de la justicia constitucional cobra notable relevancia. Esto es así, sencillamente porque en el contexto del constitucionalismo contemporáneo en el que he enmarcado el presente estudio, es evidente la distancia marcada –particularmente después de la Segunda Guerra Mundial- con un modelo legicéntrico en el que el órgano legislativo asume el rol protagónico y -con él- la atribución de realizar la interpretación del alcance de las disposiciones constitucionales con alto grado de indeterminación.

Anotado lo anterior, es claro que el dilema del que pretendo ocuparme en este espacio tiene relación con la crítica formulada al respecto de las credenciales democráticas con las que cuentan los jueces en el marco del Estado democrático, para adoptar definiciones políticamente relevantes como aquellas que atañen a la interpretación con carácter general y obligatorio de las disposiciones constitucionales, y para, en muchos casos, cuestionar e invalidar las definiciones de similar condición (políticamente relevantes) que a través de la ley plasma el legislador como representante democrático directo de la sociedad.

Al rumano Alexander Bickel se le reconoce el mérito de haber acuñado el término “dificultad contramayoritaria”, a través del que sintetizó el cuestionamiento dirigido a los argumentos que –como los de Hamilton y Madison- defendieron el control judicial de constitucionalidad de las leyes. Como lo señala Gargarella (2012), Bickel sostuvo que dicho control, en lugar de favorecer a la mayoría, actúa en contra de ella, sentenciando al respecto que “[la revisión judicial] es el poder de aplicar y dar forma a la Constitución en cuestiones de la mayor importancia, contra los deseos de las mayorías legislativas que son, a su vez, incapaces de torcer la decisión judicial” (pág. 76).

Sin perjuicio de que el presente trabajo no pretende agotar los complejos detalles que rodean a la dificultad contramayoritaria, un adecuado abordaje del tema exige iniciar con algunos aspectos de base que me permitirán con posterioridad volver sobre una valoración crítica del planteamiento en ciernes. A esta labor me concreto en lo que sigue.

3.1.2.1. Breve repaso del surgimiento del control judicial de constitucionalidad

Comprender el dilema que plantea la dificultad contramayoritaria obliga a recordar algunos elementos teóricos acerca del objeto sobre el que la misma recae, esto es, el control judicial de constitucionalidad.

Es imprescindible iniciar estableciendo que el surgimiento del control de constitucionalidad en el panorama jurídico global no se produjo como un hecho único y paralelo en los distintos ordenamientos jurídicos; por el contrario, como lo recuerda Pérez Royo (2010), se debe analizar por separado la experiencia norteamericana de la europea –en tanto paradigmas reconocibles- considerando la mayor naturalidad con la que el asunto se presentó en la primera y las mayores dificultades que al respecto pueden describirse en la segunda (págs. 115-116).

Como se sabe, la experiencia norteamericana se caracterizó por una frontal ruptura con la tradición monárquica, cuya implicación fue el surgimiento de trece estados independientes nacidos a partir de las colonias que originalmente permanecieron bajo el régimen monárquico inglés. El quiebre histórico marcado por la independencia de los pueblos norteamericanos y el ulterior surgimiento del estado Federal de los Estados Unidos de América, tuvo un claro sustento popular influido por las ideas de la época, cuya evidencia puede constatarse en el preámbulo de la Declaración de Independencia de 1776¹⁰. El fruto de estas circunstancias fue la expedición de la Constitución Federal de 1787, cuya

¹⁰ La Declaración de Independencia firmada el 04 de julio de 1776 contempla en su parte introductoria varias declaraciones, entre las que consta la siguiente: “Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad. Que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla, o abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad. La prudencia, claro está, aconsejará que no se cambie por motivos leves y transitorios gobiernos de antiguo establecidos; y, en efecto, toda la experiencia ha demostrado que la humanidad está más dispuesta a padecer, mientras los males sean tolerables, que a hacerse justicia aboliendo las formas a que está acostumbrada. Pero cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, dirigida invariablemente al mismo objetivo, evidencia el designio de someter al pueblo a un despotismo absoluto, es su derecho, es su deber, derrocar ese gobierno y proveer de nuevas salvaguardas para su futura seguridad y su felicidad.”

supremacía y condición de norma jurídica y no solo de documento político se aprecian como rasgos de identidad.

Los fundamentos del modelo de control diseñado en la Constitución norteamericana bien pueden resumirse en la claridad con que los textos de *El Federalista* expresan la preocupación de los padres fundadores por justificar un modelo de organización federal, de carácter democrático, altamente comprometido con la defensa de la libertad, la igualdad y la búsqueda de la felicidad. En este espacio, es común destacar por su valor con relación al control judicial de constitucionalidad el contenido de *El Federalista Nro. 78*, en el que con solvencia Alexander Hamilton consiguió sintetizar las razones a las que se debe el modelo de control norteamericano.

El notable recuento histórico practicado por Gargarella (2012) permite comprender que el gradual incremento de la desconfianza en las asambleas legislativas de la Confederación que precedió al nuevo Estado¹¹, jugó un rol fundamental de cara consolidar un modelo favorable al control judicial de constitucionalidad, particularmente desde el cuestionamiento hacia la posible arbitrariedad esperable de aquellos grupos; de ahí que, como se recuerda paradigmáticamente, Hamilton (en Gargarella, 2012, pág. 43) haya expresado dicha desconfianza al señalar que “no hay tiranía más opresiva que aquella emanada de una mayoría victoriosa”, con lo cual sentenció el temor de una dictadura de las legislaturas.

En estas circunstancias, Hamilton y Madison posicionaron un discurso de base lockeana, al plantear la existencia de unos ciertos principios primeros de orden natural no susceptibles de ser conocidos por todos, sino solamente por un grupo de individuos especialmente virtuosos. Madison acotó que dicha virtud se encontraba lejos de las asambleas legislativas por considerar que en las mismas –dado el número de sus

¹¹ Conforme lo señala Gargarella, la desconfianza se alimentó por un conjunto de decisiones que fueron adoptadas por las distintas Asambleas Legislativas durante la Confederación que se consolidó previo a la fundación de los Estados Unidos de América, a través de las cuales se establecieron medidas en favor quienes habían adquirido deudas en favor del proceso de independencia, cuyos costes no podían pagar dadas las hostiles condiciones económicas enfrentadas luego del proceso. A tal efecto, estas decisiones se interpretaron como afrontas a las clases dirigentes norteamericanas, cuyos intereses resultaron afectados por las decisiones legislativas, provocando un movimiento de reacción desde las élites intelectuales.

integrantes- únicamente podían imperar las pasiones sobre la razón, dando cabida al surgimiento de lo que denominó “comportamientos facciosos” frente a los que urgía resguardar a la democracia (en Gargarella, 2012, págs. 47-48). Por el contrario, se observó en el órgano judicial la capacidad y claridad requeridas para llevar adelante la tarea de abrigar la vigencia de los señalados principios, haciendo imperar la razón por sobre la pasión.

Se posicionó de esta manera una orientación de carácter elitista del control, cuyo referente de consolidación vendría varios años más adelante con el célebre fallo dictado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1803 en el caso *Marbury vs. Madison*, con base en el razonamiento del juez Marshall, a través del cual, reviviendo los argumentos antes expresados por Hamilton acerca de la superioridad del pueblo sobre el órgano judicial y el legislativo¹², se declaró que el control de constitucionalidad de las leyes constituye el cumplimiento del compromiso que los jueces adquieren al asumir su función, con respecto a respeto y garantía de la Constitución Federal.

En la experiencia europea, por otra parte, el surgimiento del control judicial de constitucionalidad fue mucho menos espontáneo. La explicación, para Ahumada (2005) se sitúa en la traumática experiencia vivida en los estados europeos como producto de los sistemas político-jurídicos plasmados luego de la Revolución Francesa basados en el modelo del Estado Legal de Derecho, cuyas limitaciones fueron patentes en la debilidad institucional demostrada de cara a la protección de los derechos fundamentales (págs. 39-40). Como lo anota Pérez Royo (2010), el modelo de garantía política de la Constitución implantado en las democracias europeas posrevolucionarias, sustentado en la afirmación del principio de soberanía parlamentaria, motivó constituciones que se caracterizaron por su flexibilidad frente al poder del órgano legislativo, legitimado en tal escenario como representante de la sociedad carente de límites jurídicos para su actuación a través de la ley (pág. 119).

¹² En el *Federalista Nro. 78*, Hamilton consagró el razonamiento de que el control judicial de constitucionalidad de las leyes, lejos de suponer la primacía de los jueces sobre el órgano legislativo, significa reafirmar el poder del pueblo sobre los dos órganos, por cuanto lo que se defiende es la voluntad popular contenida y expresada en la Constitución.

Será en el intersticio de las dos Guerras Mundiales cuando surgirían los primeros visos del control judicial de constitucionalidad de la ley a través de la introducción de los Tribunales Constitucionales de vertiente kelseneana en las Constituciones de Checoslovaquia, Austria y España, consolidándose el sistema únicamente luego de la Segunda Guerra Mundial gracias a tres factores esenciales: la necesidad de conciliar los intereses populares heterogéneos en las nuevas democracias europeas; el compromiso con la defensa de los derechos fundamentales contenidos en unas constituciones de alta densidad sustantiva; y, la necesidad de garantizar un árbitro para los conflictos originados por la distribución territorial del poder en los modelos federales adoptados por varios estados europeos como freno a los intereses nacionalistas (ibíd., págs. 120-121).

Las dos experiencias configuraron modelos distintos del control de constitucionalidad: el norteamericano (*judicial review*), de carácter difuso, incidental y con efectos *ex tunc* (desde entonces); y el europeo, de carácter concentrado, abstracto y con efectos *ex nunc* (desde ahora), aunque es necesario destacar la aproximación ocurrida entre los dos merced a las fórmulas de control consagradas en varias constituciones del constitucionalismo contemporáneo.

No obstante lo dicho es claro que ambos modelos comparten en esencia la característica de procurar el resguardo del texto constitucional a partir de decisiones que definen temas de la más alta trascendencia social y zanján discusiones sobre ellos aún al costo de invalidar las decisiones adoptadas por el órgano legislativo en ejercicio del poder democráticamente conferido por el pueblo, dando lugar en tal espacio al cuestionamiento acerca de su carácter contramayoritario.

3.1.2.2. Control judicial de constitucionalidad y voluntad popular

Las palabras de Alexander Bickel al denunciar la dificultad que entraña el control judicial de constitucionalidad de las leyes resultan bastante evidentes. La tarea de los jueces en el espacio del control de constitucionalidad aparece innegablemente opuesta al carácter

mayoritario en el que se apoyan las decisiones del órgano legislativo, del que el mismo ha obtenido históricamente –al menos en una buena parte- su legitimidad.

Como lo reseña Gargarella (1997), buena parte de los argumentos en los que se apoya el cuestionamiento al control judicial de constitucionalidad de las leyes fueron ya anticipados por Hamilton en *El Federalista Nro. 78*, al preguntarse por las razones que permitirían sostener, en el contexto de una sociedad democrática, que sujetos no electos democráticamente como los jueces sean capaces de dejar sin efecto decisiones adoptadas por el órgano legislativo que, a la postre, es el representante más directo de la ciudadanía (pág. 55). La interrogante, como se señaló antes, se respondió de forma bastante convincente al sostener que la invalidación de una ley dictada por el parlamento con base en una decisión del órgano judicial no representa una superposición del segundo sobre el primero, sino por el contrario, la expresión de la superioridad de la voluntad popular frente a los dos, bajo la consideración de que dicha anulación únicamente tiene lugar en función de la defensa de la supremacía de la Constitución, instrumento que –a decir de Hamilton- refleja en la forma más fidedigna la voluntad soberana del pueblo (pág. 56).

Este argumento en el que se asienta de manera principal la justificación clásica del control judicial de constitucionalidad de las leyes, es cuestionable para Gargarella (2010; págs. 72-75) al menos por tres razones:

- a) Porque parte del presupuesto de que la Constitución refleja la voluntad popular, lo que históricamente no es sencillo de constatar si se considera el carácter excluyente de muchos procesos constituyentes y en especial del norteamericano, sobre el que Hamilton expresó su razonamiento, en el que amplios sectores sociales resultaron marginados.
- b) Porque aun superado el problema excluyente del primer argumento, la idea de la voluntad popular enraizada en la Constitución se enfrenta con el denominado argumento intertemporal al que hice referencia en otra parte de este capítulo y sobre el que por tal motivo únicamente cabe recordar el directo cuestionamiento a la consideración de que las decisiones adoptadas en el momento constituyente, por su presunto grado de extraordinaria racionalidad, debe preservarse frente a los que

Ackerman (en Gargarella, 2010) denomina momentos ordinarios de la vida política y que se identifican con las decisiones legislativas cotidianas. En estos supuestos vale rememorar las ideas de Jefferson y Paine sobre la posibilidad de plasmar el gobierno de los muertos sobre los vivos, y el derecho natural de cada generación para definir su propia forma de organización y las leyes fundamentales a las que está dispuesta a someterse.

- c) El argumento que probablemente reviste la mayor fuerza es el que pone en cuestión la forma en que el control judicial opera. Como lo señala Gargarella (1997, pág. 59), el principal error de los defensores del control judicial de constitucionalidad se encuentra en considerar que la labor del juez frente a la Constitución reviste una función meramente aplicativa, bajo el supuesto de que las cláusulas de la misma son claras y únicamente requieren de su inmediato contraste con las normas legales.

Por el contrario, la realidad demuestra que la tarea del juez frente al texto constitucional resulta de lo más compleja porque se enfrenta, en unos casos, con fórmulas intencionalmente discretas en su expresión normativa (Bayón, 2000, pag.84), que requieren más que una simple lectura un real proceso de interpretación que le asigne un sentido para el caso sometido a su conocimiento y, en otros casos, frente a la ausencia de una disposición que regule un supuesto, exige inclusive una labor creativa del juzgador. En estos espacios se observa con mayor intensidad el riesgo de que el juez culmine por ocupar el lugar que correspondería a los ciudadanos en la definición de las cuestiones constitucionales relevantes (Gargarella, 2010, 74-75).

Como resulta obvio pensar, este riesgo se vuelve aún más visible y real frente a las constituciones propias del constitucionalismo contemporáneo, en las que –como se dijo- existe un fuerte bagaje de normas tipo principio que tendencialmente expresan el catálogo de derechos gracias a los cuales se habla de una rematerialización de los textos constitucionales. En este tercer argumento se asienta la principal fuente de los cuestionamientos al control judicial de

constitucionalidad de las leyes, que sustentan el carácter contramayoritario del mismo.

Para Gargarella (2010), el problema central que se deriva de lo expuesto frente al argumento hamiltoniano pasa por lo que denomina la “brecha interpretativa”, fórmula a través de la que pretende expresar la distancia que existe entre el texto constitucional y la interpretación que del mismo realiza el juez en su función de control, particularidad que, acorde al profesor argentino, pierden de vista los defensores de una argumentación del control vinculada a la defensa de la voluntad popular (pág. 79).

Si en efecto se acepta que las constituciones contemporáneas están colmadas de normas del tipo principio, es dable prever que la ambigüedad de su contenido – insisto, usualmente intencional- requerirá de un importante trabajo interpretativo que tenderá, en suma, a la concreción de su sentido y alcance. Precisamente en este momento surge la preocupación que presenta la crítica al control constitucional en su dimensión contramayoritaria, al advertir que el alcance de la tarea interpretativa culmina colocando al juez, por lo menos, en una posición prevalente de cara a responder la pregunta de ¿quién tiene la última palabra en la definición del sentido y alcance de las disposiciones constitucionales abstractas? Recuérdese al respecto que, concordando con Laporta (2001), el argumento planteado se refuerza en la medida en que los mecanismos institucionales que permiten la reforma constitucional se vuelvan más gravosos, al punto de impedir -de facto- que sean los ciudadanos quienes a través del procedimiento democrático adopten en última instancia las decisiones constitucionales más relevantes.

3.1.2.3. Interpretación y control de constitucionalidad

Los planteamientos que pretenden sostener el control judicial de constitucionalidad de cara al problema que plantea la brecha interpretativa se remiten, en esencia, a argumentos asociados a dos corrientes fundamentales: la de los originalistas y, en contrapartida, la de los no originalistas.

Por una parte, los argumentos originalistas, como su nombre lo indica, sostienen la necesidad de conservar, en su esencia, la voluntad o sentido original que el constituyente imprimió en las normas constitucionales al momento de su aprobación. En esta situación, los jueces estarían llamados a permanecer en los confines del texto constitucional en el ejercicio de su labor interpretativa, siendo la profundización en el análisis de su contenido el que permita encontrar internamente las soluciones a aquellos temas que, en principio, no resultan claros (Gargarella, 2010, pág.80). El originalismo, para sus defensores, tendría virtualmente la virtud de garantizar a los ciudadanos certeza en relación con el derecho al que está sometido. Bork, uno de los principales defensores de este planteamiento, sostendría que al “atar” al intérprete de la Constitución a un significado inalterable que fue determinado por el constituyente en la época en que dictó la norma, es una forma de evitar la tan criticada “tiranía de los jueces” (Gargarella, 2009, pág. 128; Bernal Pulido, 2005, pág. 39).

Pese a que el expuesto supone el argumento central del originalismo, cabe destacar un segundo elemento que, para Gargarella (2009, pág. 128) reviste aún mayor solidez. Se ha señalado, en apoyo a esta postura, que el originalismo, además de favorecer el valor certeza –como se indicó- respeta y promueve el valor de la democracia en tanto no cierra las puertas a la evolución jurídica, la que no obstante –se sostiene- debe provenir de la propia ciudadanía a través de procesos de reforma o sustitución constitucional, y en ningún caso de los propios jueces, quienes deben respetar el sentido original de la Constitución si no desean convertirse en los sustitutos de la ciudadanía.

La crítica central que cabría citar con respecto al originalismo proviene de lo expresado ya en su momento por Jefferson (en Gargarella, 2009), para quien bajo este modelo, el juez se vuelve un “legislador oculto” que cobra la función subrepticia de “topo del derecho”, en tanto asume el papel de sujeto capaz de torcer y deformar la Constitución como si se tratase de un objeto de cera (pág. 127).

Los argumentos no originalistas, por su lado, proponen que en la interpretación que los jueces deben realizar de las normas constitucionales, la profundización en su contenido es

insuficiente en ocasiones por lo cual requieren, en tales momentos, ir más allá del texto constitucional para desentrañar su real sentido. Las respuestas que permiten asignar el sentido a las normas constitucionales oscuras o ambiguas pueden obtenerse a partir de elementos como las tradiciones, los principios del derecho natural, principios neutrales u objetivos aplicables de forma general a todos los casos, el consenso ciudadano o determinados principios filosóficos frente a los cuales cabría siempre una única respuesta moralmente correcta, al estilo dworkiniano (Gargarella, 2010, págs. 83-98).

La postura no originalista se sustenta en la concepción de la Constitución como “texto vivo”, al asumir que la misma –acorde con la realidad- no debe quedar atrapada en los términos de una realidad pasada en cuyo contexto se dictaron sus disposiciones. Frente a este planteamiento también se han esbozado numerosas críticas como las propuestas por Ely (en Gargarella, 2009), al destacar, por una parte, el problema que supone la lejanía que aquejan los jueces –como llamados a interpretar y actualizar el texto constitucional con la evolución social- con respecto al conocimiento de las necesidades sociales, y, por otro lado, el alto grado de discrecionalidad que se deja en manos de tales intérpretes, lo que devuelve al debate sobre un temor en la tiranía judicial (pág. 127).

Críticos al modelo tradicional del control de constitucionalidad como Gargarella (2010), sostienen que al margen de cuál de las orientaciones de la interpretación se asuma, el problema de fondo vinculado con la denominada dificultad contramayoritaria permanece intacto porque en todos los casos continúa siendo el juez quien conserva la última palabra en la definición del sentido y alcance de las cláusulas constitucionales ambiguas o abstractas, las que particularmente se asocian con los derechos fundamentales.

3.1.2.4. Panorama general de las soluciones propuestas a la dificultad contramayoritaria

La agudeza de las críticas democráticas que cuestionan el carácter contramayoritario del control judicial de constitucionalidad ha dado lugar a planteamientos que, desde distintos enfoques, sugieren soluciones al tema. Sin duda la complejidad y el número de variantes

que se observan al respecto requerirían un estudio más profundo y extenso, cuyo abordaje supera la intención y propósito del presente trabajo.

No obstante, sin pretender su agotamiento a continuación se presentan, en forma sumaria, algunas de las principales visiones al respecto de lo que aquí se trata.

3.1.2.4.1. Los planteamientos conservadores

Las más clásicas justificaciones del control judicial de constitucionalidad, como las propuestas por Hamilton y Madison, apelaron a argumentos que suelen clasificarse como “conservadores”. Gargarella (2010) señala que la tradición conservadora es aquella que – en lo principal- sostendría que para la toma de decisiones políticas correctas o imparciales no es necesario consultar a todos los individuos potencialmente afectados por las mismas, bastando para tal fin con el razonamiento que realicen en forma aislada algunos individuos o un grupo reducido de individuos (pág. 67). En la tradición conservadora se plantea, como lo hiciera Burke (en Gargarella, 2010, pág.68), que la consulta al pueblo –contrario a lo deseable- expondría a las decisiones públicas a ser guiadas por las pasiones y no por la razón.

Dentro de la corriente conservadora, pueden esquemáticamente identificarse dos orientaciones: por una parte, la visión “elitista”, conforme a la cual se asume la postura conservadora base antes reseñada, agregando que aquella reflexión que garantiza la imparcialidad y corrección de las decisiones políticas es la que proviene de determinados individuos con un especial grado de virtud dada su formación, experiencia y capacidad para la comprensión de los problemas que requieren de definición. En contrapunto se encuentra la visión “no elitista”, cuya postura conservadora base se distingue de la anterior en cuanto rechaza que las decisiones correctas e imparciales puedan ser tomadas solamente por individuos especialmente virtuosos.

De las indicadas, la que más polémica ocasiona frente a la objeción democrática en ciernes, es la primera. Con relación a la misma, cabe recordar que antes, al revisar brevemente las notas de Hamilton en el *Federalista Nro. 78*, se advirtieron los argumentos

conforme a los cuales, por su especial posición frente a los problemas sociales teóricamente alejada del debate y las disputas políticas (Gargarella, 2009, pág.146), los jueces están llamados a ser quienes adopten las definiciones constitucionales más relevantes, lo que propiciaría en el fondo un real aseguramiento de la voluntad popular enraizada en la Constitución y no una afrenta a la misma, como lo sostuvieron Paine y Jefferson en contrapartida.

Por esta razón, es común asociar algunos de los argumentos base de la defensa del control judicial de constitucionalidad esbozados por los “Padres Fundadores” –de base lockeana- con rasgos de elitismo (Gargarella, 2010, pág. 68), contribuyendo a acentuar la crítica democrática a la dificultad contramayoritaria, particularmente a partir de la experiencia judicial norteamericana frente a las políticas de reforma económica de carácter liberal propuestas por Roosevelt, en donde las decisiones de la Corte Warren jugaron un trascendente papel de cara a contener la investida reformista planteada en el contexto del denominado *New Deal*.

En este contexto, es preciso destacar que buena parte de los argumentos planteados por los defensores del conservadurismo recurren a estrategias interpretativas originalistas, dirigidas a defender la voluntad constituyente original.

3.1.2.4.2. La postura radical

Si el conservadurismo representa el extremo de estimar que la consulta a los destinatarios de las decisiones constitucionales no es indispensable para garantizar la imparcialidad y corrección de las mismas, la postura radical presenta un argumento ubicado en el polo opuesto.

Para los defensores del radicalismo, la consulta a todos los potenciales obligados por las decisiones constitucionales y el consenso sobre el contenido de las mismas es un requisito esencial de cara a garantizar la imparcialidad. El sustrato de esta postura se encuentra, comúnmente, en la consideración (liberal) del carácter igual de los seres humanos con base en su condición de racionales y libres, capaces todos –como lo sostuvo Paine- de

comprender las “verdades naturales” a través de una reflexión profunda sobre la realidad y su experiencia con respecto a la misma (Gargarella, 2010, pág.102).

Para Gargarella (2010), en la postura radical se identifican dos enfoques principales: por una parte, el enfoque radical populista y por otra, el enfoque de la llamada “tradicción genuinamente radical”.

El enfoque radical populista se asienta en la concepción mayoritaria de la democracia. Para el radicalismo populista las decisiones correctas e imparciales son las que se adoptan con base en el criterio de la mayoría, siendo aquello condición suficiente para garantizar la adecuada configuración de tal tipo de definiciones. Este razonamiento trasladado al control constitucional afirma, en síntesis, la sujeción de la labor judicial a la decisión de los órganos legislativos, restringiendo el poder de los órganos judiciales para “distorsionar” la voluntad constituyente a través de la interpretación. En este contexto cabe mencionar, por ejemplo, la introducción de figuras como el “reenvío legislativo”¹³, propuesto en el contexto del constitucionalismo francés posrevolucionario, como alternativa para refrendar la supremacía de la voluntad popular expresada en las decisiones legislativas (Gargarella, 2010, págs. 104-117).

Dentro del enfoque populista, podría rescatarse como relevante la postura de Jeremy Waldron, quien a través de su conocido texto “Democracia y Desacuerdo” estableció una línea argumentativa destinada a defender el mayoritarismo. Para Waldron (en Gargarella, 2009) la base del sistema democrático es el desacuerdo, considerando que las personas se encuentran avocadas a él de forma recurrente, lo que a su entender es perfectamente natural. Siendo este el escenario, el filósofo político de Nueva Zelanda defiende que sean las propias comunidades (a través de sus representantes) las que mediante foros de discusión respetuosos del desacuerdo y en los que se escuchen las voces de todos los interesados, adopten las decisiones acerca de cuáles son las soluciones más adecuadas a sus problemas. En este contexto, frente al previsible desacuerdo que se generaría inclusive en relación con cuáles son aquellos derechos que se estiman importantes como

¹³ La figura del reenvío legislativo obliga a que en aquellos casos en que las dificultades frente a la interpretación de una ley se reiteren, la norma sea remitida al legislativo a fin de que sea este el que adopte la definición respectiva (Gargarella, 2010, pág. 117).

precondiciones para el procedimiento democrático, Waldron reconoce al derecho de participación como un eventual “derecho de los derechos”, por considerar que en todos los escenarios será su ejercicio el que permita hacer real, en el marco de una sociedad democrática e igualitaria, el ideal del autogobierno. Como resulta evidente, Waldron se presenta renuente a la figura del control judicial por considerar injustificado e insultante que sean los jueces quienes tomen las decisiones más relevantes en una sociedad democrática, proponiendo descartar el “pánico” frente al ideal del autogobierno, que se haría patente precisamente en el juego democrático gobernado por las decisiones mayoritarias (págs.141-145).

Frente al enfoque radical populista se plantean críticas centradas, fundamentalmente, en el error que trasunta presuponer la inmediata identificación entre la voluntad mayoritaria y la imparcialidad y corrección de las decisiones, asumiendo que la mera suma de voluntades individuales blinda el ejercicio democrático, sin tener en cuenta la falibilidad de las decisiones así adoptadas. De esta manera se retorna al error ya denunciado en el capítulo precedente, de reducir la democracia al mero mayoritarismo asumiendo sin justificación una implícita justicia de las decisiones así adoptadas. Adicionalmente, Gargarella (2010) hace notar la falacia del argumento populista que, basado en el ideal rousseauiano que identificó voluntad popular con voluntad del parlamento, conduciría a desconocer las lógicas diferencias entre una y otra, asumiendo una falsa unidad que se torna inviable precisamente por el carácter mayoritario de las decisiones democráticas que se defiende en el populismo. Bajo estos aspectos, retornan las dudas sobre la necesidad de mecanismos de control y corrección de la voluntad mayoritaria, cuyo desarrollo no podría colocarse en manos de sus propios autores si se busca actuar de forma razonable y con miras a la efectividad (págs. 119-121). Por otra parte, como lo hace notar De Lora (2000), una de las mayores críticas planteadas a la postura populista –particularmente en el enfoque propuesto por Waldron- consiste en perder de vista el riesgo que supone el suicidio de la democracia a través de reconocimiento de un sobrevalorado y exclusivo valor intrínseco de la participación, el que podría atentar contra las bases de la propia democracia (pág. 52).

Las soluciones no populistas, por su lado, mantienen la concepción radical con respecto a sostener que la última palabra en las decisiones públicas relevantes debe encontrarse en manos de sus destinatarios; no obstante, difieren de la concepción populista en cuanto consideran que dicha manifestación de voluntad no resulta suficiente para configurar una decisión democráticamente adecuada. La postura radical no populista confía en que la última palabra debe encontrarse siempre en manos de los ciudadanos, sin embargo de lo cual es consciente de que la voluntad mayoritaria no es infalible y por tal razón necesita, en ocasiones, de correctivos que reacondicionen las vías democráticas para la discusión y deliberación colectiva y permitan la protección de las minorías más desaventajadas (Gargarella, 2010, pág. 143).

Dentro de la concepción radical no populista cabe destacar, por su recurrente referencia doctrinaria, las posturas planteadas por un lado, por Bruce Ackerman y, por otro, por John Hart Ely.

Con Ackerman (en Gargarella, 2010), como se refirió en el capítulo dos del presente estudio, es procedente referirse a la corriente del denominado “dualismo constitucional”, en función del cual es necesario distinguir dos momentos de cara al ejercicio democrático. Por una parte se encuentran los en los cuales el pueblo lleva a cabo un ejercicio de reflexión y creación jurídica dentro de un intervalo de extrema claridad; el producto de estos momentos es la adopción de lo que denomina “decisiones constitucionales” que se plasman la creación de las Constituciones de los Estados, pero además, según el filósofo norteamericano, también la adopción de otras tantas decisiones que traslucen un similar ejercicio popular y que pese a no concretarse formalmente en procesos de reforma constitucional, provocan en los hechos modificaciones a la misma. Por otro lado se encuentran los momentos ordinarios de ejercicio democrático que generan como producto las denominadas “decisiones ordinarias”, materializadas en la creación de leyes u otras decisiones de rango infraconstitucional, o en palabras de Ackerman, de segundo nivel (págs.152-158).

Aplicado al control judicial de constitucionalidad de las leyes, el razonamiento radical de Ackerman reconoce que las decisiones democráticamente valiosas deben ser adoptadas en último término por los ciudadanos, no obstante lo cual reconoce que en determinados escenarios es deseable la intervención judicial. Estos escenarios se vinculan esencialmente con aquellos momentos en los que deviene necesaria la defensa de aquellas “decisiones constitucionales”, sea que estas se encuentren en el texto constitucional o sean el producto de otras definiciones de similar valor jurídico. De esta manera, la visión dualista de Ackerman promueve el valor de las decisiones democráticas más relevantes protegiendo su sustancia frente, inclusive, a los propios representantes democráticos (como el legislador), pero sin atar al juez con las cadenas conservadoras de las disposiciones constitucionales originales (como lo plantearían las posturas originalistas). De esta manera, indica Gargarella (2010), Ackerman pretende hacer frente a la objeción que se sustenta en el carácter contramayoritario de la justicia constitucional, al evitar –en términos de Paine y Jefferson- el gobierno de los muertos sobre los vivos, presentando una visión más limitada del control judicial de constitucionalidad (págs. 155-156).

Ely, por su parte, propone una visión mucho más orientada al carácter principal de la deliberación pública para la adopción de las decisiones constitucionales relevantes, rescatando en este contexto el valor instrumental de la actividad judicial de control de constitucionalidad.

Para Ely (en Gargarella, 2010), los jueces pueden representar un papel importante en apoyo a la toma de decisiones políticas, aclarando sin embargo que de ninguna manera aquello les asistiría para ocupar el lugar de los órganos políticos, como el legislativo. Tomando nota de la aclaración inserta en el famoso fallo norteamericano dictado por la Corte Warren dentro del caso *United States vs. Carolene Products Co.*, Ely señala que la función de los órganos jurisdiccionales se define en un contexto democrático de cara a dos cuestiones: por un lado, la intervención para garantizar la defensa de los procedimientos democráticos, lo que significa tomar decisiones que permitan mantener despejadas las vías de comunicación y discusión política; y, por otro lado, procurando la protección de aquellas minorías más débiles socialmente (pág. 170).

Conforme a la visión procedimentalista del control judicial de Ely, la Constitución debe ser mirada como un “acervo de procedimientos propicios para la deliberación y el entendimiento entre los ciudadanos, del cual no pueden derivarse, mediante razonamientos certeros, soluciones sustanciales para los problemas jurídicos” (en Bernal Pulido, 2005, pág. 35); consecuencia de ello se afirma el papel de los jueces como “árbitros” del regular funcionamiento de los procedimientos constitucionales, llamados a intervenir cuando es necesario reconducir su adecuado funcionamiento frente a actuaciones de cualquiera de sus actores. Es importante destacar en este aspecto la preocupación de Ely por dejar claro que, en todo caso, la competencia judicial se radica en el ámbito de los procedimientos y no en el de los valores, cuya definición por el contrario corresponde a los ciudadanos –a través de sus representantes, mediante el debate público (Gargarella, 2010 págs.172-174). Esta visión de Ely lo condujo a configurarse como un insigne defensor de varios fallos de la antes mencionada Corte Warren, cuyas decisiones, en varios espacios, fueron calificadas de “liberales” o “progresistas” con base en un cuestionado activismo; para Ely, tal actividad judicial al defender el derecho a la libertad de expresión, la libertad de asociación o la participación de minorías raciales, debe ser vista como el cumplimiento del deber que corresponde a los jueces de convertirse en guardianes del procedimiento democrático y sus condiciones (Gargarella, 2009, pág.140).

Frente a las posturas radicales no populistas se han propuesto de igual manera numerosas críticas. Con respecto a la postura de Ackerman, por ejemplo, se ha observado la dificultad que entraña la lectura e interpretación de aquellas “decisiones constitucionales”, cuyo método de identificación no resulta del todo claro y, aún ante un consenso sobre su caracterización persistiría al problema de acordar los criterios para la interpretación de su significado (Gargarella, 2010, pág.160). Frente a la propuesta de Ely, por otra parte, se ha destacado la dificultad que entraña su concepción enteramente procedimental de la democracia y del control constitucional, ello porque, por una parte, no se contempla que la defensa de aquellos valores procedimentales como la libertad de expresión o asociación (por ejemplo), reviste también un ejercicio de debate sobre elementos sustantivos; y por otra parte, por cuanto la realidad de las Constituciones contemporáneas permite observar

textos que no se presentan como simples “acervos de normas procedimentales”, sino como complejos entramados de valores sustantivos.

3.1.2.4.3. Estado actual de la cuestión

Aún frente a los embates de la crítica al carácter contramayoritario de la justicia constitucional, parece ser que los resultados del debate planteado históricamente entre Carl Schmitt y Hans Kelsen acerca de quién debe ser el guardián de la Constitución, y saldados en favor del criterio del jurista austriaco con respecto a la necesidad de un órgano especializado al que hoy podría reconocerse bajo los nombres de Tribunal Constitucional o Corte Constitucional, permanecen invariables, al menos en sustancia.

No afirmo, sin embargo, que los términos en la que la disputa se resolvió hayan de continuar mirándose en forma idéntica, sino que acorde a cómo se han configurado los ordenamientos jurídicos de los distintos estados en los últimos años existe una fuerte tradición orientada a aceptar la necesidad de órganos jurisdiccionales de control de constitucionalidad, cuyas funciones así como el alcance de sus decisiones, han tendido a moderarse frente a las críticas recibidas.

La razón de lo señalado, a mi entender, deriva del valor instrumental que se reconoce en el control judicial de constitucionalidad, el que hace algunos años fuera expresado por García de Enterría en los siguientes términos:

“Una constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por la simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene. La Constitución pasa a ser instrumentalizada políticamente por unos grupos o partidos frente a otros.” (García de Enterría, 1985, pág. 186)

El criterio del jurista español, no obstante, merece tomarse siempre en el contexto de las actuales condiciones en que el debate se desarrolla, y cuyas principales líneas he procurado resaltar previamente. Estimo que de sus afirmaciones cabe destacar dos

critérios que pueden interpretarse articuladamente con lo que aquí se ha propuesto: por una parte, el reconocimiento de la falibilidad de las decisiones de las mayorías representativas, las que resultan susceptibles en ciertos escenarios a la acometida de las pasiones y el apresuramiento; y, por otro lado, el potencial rol que instrumentalmente correspondería a los órganos judiciales de control de cara a la efectividad del contenido constitucional. En contrapartida, guardando coherencia con la articulación de ideas que aquí se ha expuesto, estimo fundado y necesario rechazar un criterio elitista que contemple a los jueces *a priori* como superiores moralmente al legislador.

En estas circunstancias es posible reconocer los términos del actual debate en torno a la dificultad contramayoritaria del control judicial de constitucionalidad, cuyos derroteros se han dirigido desde hace algunos años, como lo señala Gargarella (2010) a proponer razones que sin desestimar la necesaria existencia de dicho control, permita morigerar su alcance de cara a permitir que la respuesta a la pregunta de ¿quién debe tener la última palabra en la definición de las cuestiones constitucionalmente relevantes?

Aceptando que el control judicial de constitucionalidad se ha consolidado hoy como uno de los elementos esenciales del constitucionalismo contemporáneo, y de la vigencia del Estado Constitucional, se aprecian propuestas que tratan de promover una reconciliación entre dicha institución y el ideal de autogobierno, lo que en suma permitiría viabilizar la articulación entre democracia y constitucionalismo.

Gargarella (2010) menciona varios mecanismos a los que clasifica como “soluciones intermedias”, llamadas a mediar entre las posturas conservadoras y las radicales populistas, en virtud de las cuales se acepta la existencia del control judicial de constitucionalidad pero sujeta a la introducción de mecanismos que moderen sus rasgos más opuestos a la democracia. En este espacio, se sugieren alternativas como la creación de grupos de presión dirigidos a representar la voz de los grupos sociales menos aventajados, la incorporación de jurados de origen ciudadano al estilo norteamericano, la democratización de los procesos de designación de los jueces responsables del control de constitucionalidad o la limitación de funciones de los órganos de control a la simple tarea de legislador negativo (como lo propuso en su momento Kelsen) (págs.125-132).

Frente a estas alternativas intermedias, señala Gargarella (2010), cabría apuntar la insuficiencia de los mecanismos empleados, los que no obstante permitir avances en determinados aspectos como la protección de los grupos sociales menos privilegiados, mantiene el problema base de conservar la potestad de expresar la última palabra sobre las cuestiones constitucionales –particularmente las que refieren a derechos- en manos de los jueces, reavivando el dilema de la dificultad contramayoritaria (págs. 134-138).

Se observan por otro lado, alternativas dirigidas a posicionar el diálogo como elemento de construcción de las decisiones sociales, a partir del concepto de lo que se ha denominado la “democracia deliberativa”. En este sentido, Gargarella (2010), por ejemplo, sostiene que la democracia deliberativa, entendida como sistema en el que el diálogo y la deliberación pública mejora la calidad e imparcialidad de las decisiones, sería deseable, principalmente, por las siguientes razones: a) porque permite la contraposición pacífica de argumentos previo a la decisión, corrigiendo de antemano errores de apreciación o interpretación de las circunstancias; b) porque enriquece la formación de la voluntad de los decisores al hacer posible el intercambio de información relevante; c) porque obliga al decisor a encontrar razones argumentadas para que las decisiones sean aprobadas y compartidas por los demás interesados; y, d) porque la deliberación y el intercambio de información juegan un rol autoeducativo de cara a mejorar la construcción de las razones que cada agente debe presentar en el proceso deliberativo (págs. 177-184). Este planteamiento merecería, para el mismo autor, importantes modificaciones a la forma en la que se articula y ejerce el poder político (inclusive en su institucionalidad). A mi criterio, una postura tal parece presentarse como una importante vía en proceso de construcción, cuyos derroteros, sin embargo, permanecen aún sin ser claros especialmente con respecto al control judicial de constitucionalidad. Por estas razones no profundizaré en su análisis en el presente estudio, dejando no obstante resaltada la línea investigativa que puede derivarse en este sentido.

Por otra parte, con un sentido más bien pragmático, se observan alternativas que proponen trabajar sobre la forma en la que el constitucionalismo funciona contemporáneamente. En esta dirección se presentan posturas como la de Juan Carlos Bayón (2000; 2010), quien

sostiene la viabilidad de un “constitucionalismo débil” como opción frente al modelo tradicional de “constitucionalismo fuerte”, en el que el papel del control judicial de constitucionalidad resulte moderado por el principio democrático, dejando la última palabra en manos de los órganos democráticos, aunque con un enfoque que equilibre la situación de cara a sortear un retorno al procedimentalismo o al mero mayoritarismo. De esta alternativa, dada su vinculación con modelos de organización jurídica-política existentes, me ocuparé con mayor detalle a continuación.

3.2. El constitucionalismo débil como alternativa

El desarrollo de la noción de un “constitucionalismo débil” se atribuye a Juan Carlos Bayón (2000; 2010). Su planteamiento se dirige a proponer una variante teórica distante de los extremos que suponen el conservadurismo elitista y el radicalismo populista; como él mismo lo ha referido, su propuesta se inserta en el contexto de un diseño institucional dialógico como el que plantea Gargarella (2010), por lo cual bien podría decirse que se aproxima a un planteamiento radical no populista con base en la democracia deliberativa¹⁴.

La propuesta de un constitucionalismo débil debe comprenderse en contraposición a su opuesto, el “constitucionalismo fuerte”; como lo destaca Pablo de Lora (2000), este último caracterizado fundamentalmente por *a*) el atrincheramiento constitucional de un catálogo de derechos fundamentales, realizado en *b*) una constitución rígida (de difícil o imposible modificación¹⁵), en cuyo resguardo se instituye *c*) una instancia de control jurisdiccional (cuyo número de actores varía según se trate de un modelo concentrado o difuso de control) encargada de decidir en último término acerca del alcance y contenido de tales derechos (pág.51).

¹⁴ En la nota Nro. 42 de su texto *Democracia, derechos y constitución*, Bayón sostiene que el concepto de constitucionalismo débil designa un diseño institucional que es coincidente en sus aspectos sustanciales con la postura sostenida por Roberto Gargarella en su texto *La justicia frente al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial* (2010).

¹⁵ En este sentido, Bayón (2000) afirma que la combinación de una constitución que exige mayorías reforzadas para su reforma, y cuyos contenidos abstractos corresponden ser determinados por los jueces constitucionales, produce un modelo de constitucionalismo fuerte (pág.87).

En este contexto el constitucionalismo débil busca morigerar los rasgos del constitucionalismo fuerte, procurando un equilibrio –en términos rawlsianos- del valor intrínseco y el valor instrumental del diseño institucional a ser aplicado (Bayón, 2000, pág. 88), a través de la adopción de modelo intermedio entre los extremos del Estado Legal de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho o, visto desde la filosofía jurídica, entre el legalismo y el constitucionalismo.

En primer lugar, el modelo propuesto por Bayón busca un salto cualitativo que permita sortear la dificultad contramayoritaria que aqueja al control judicial de constitucionalidad, para lo cual pretende modificar la respuesta a la pregunta tantas veces aludida acerca de ¿a quién corresponde la última palabra en relación con las cuestiones constitucionales más relevantes? El autor español plantea de manera frontal que, convencidos como en apariencia estaríamos los seres humanos del superior valor moral del derecho a participar¹⁶, la última palabra debe siempre reservarse para la definición política a través la mayoría parlamentaria, lo cual –advierte- no implica retornar al modelo de soberanía parlamentaria westminsteriano, en que frente una constitución flexible la autoridad suprema la ostenta exclusivamente el parlamento.

Los órganos jurisdiccionales de control, por su parte, lejos de desaparecer pasan a ser vistos como actores aún trascendentes, pero esta vez con el objetivo de elevar el nivel de debate público. Sostiene Bayón (2010) que la jurisdicción constitucional así concebida jugaría un importante rol desde una función instrumental –esto es, dirigida al resguardo de las libertades y otros derechos- no ya imponiendo criterios con categoría de “última palabra” al legislador –como ocurre en la actualidad según el español- sino haciendo ver a estas aquellas razones no consideradas en su decisión original o advirtiendo la necesidad de reconsiderar sus planteamientos sobre determinados asuntos, particularmente en cuanto

¹⁶ Al respecto es necesario tener presente la noción del superior valor moral que tendría el derecho a la participación en igualdad de condiciones, en la postura de Jeremy Waldron (en Bayón, 2010). En igual sentido, puede observarse el planteamiento de Rawls (en Bayón, 2010, pág. 346) –crítico a la propuesta del “voto plural” de John Stuart Mill, al sostener que el valor intrínseco del derecho de participación se encuentra en el sentimiento de pertenencia a la comunidad que evoca poder expresar nuestra opinión, en igualdad de condiciones, sobre los asuntos más relevantes de la vida social.

estos expresen errores o deficiencias de razonamiento frente a los derechos de las minorías excluidas y menos poderosas (pág. 355).

En segundo lugar, Bayón (2000, pág.89) plantea como línea base de su propuesta ajustar la concepción del “coto vedado” concebido por Garzón Valdés, asumiendo la necesidad de establecer como contenido del mismo un núcleo mínimo de “reglas” no reformables que atiendan a la garantía y aseguramiento del procedimiento democrático y, junto con él, una zona periférica¹⁷ formulada sobre la base de normas del tipo principio, cuyo contenido atienda, como lo señala Ferreres (en De Lora, 2000, pág. 54) a la formulación de cláusulas con contenido más abstracto y por tanto apto para permitir su adaptación al cambio en el futuro. Como resulta obvio en el contexto de lo dicho hasta aquí, la definición de tales contenidos abstractos correspondería, naturalmente y con carácter de última palabra frente a eventuales objeciones provenientes de la justicia constitucional, al órgano legislativo.

Bayón (2000; 2010) llama la atención sobre la necesidad de incorporar un tercer elemento. Partiendo del equilibrio que procura entre el valor instrumental y el valor intrínseco del diseño institucional, el profesor español destaca la trascendencia de considerar los factores contextuales que rodean al sistema, por cuanto –afirma- de ellos dependerá en buena medida el grado de efectividad de un procedimiento decisorio u otro en cada realidad social (2000, pág. 88). De esta forma, el autor sostiene que un modelo de constitucionalismo débil como el que propone sería aceptable y preferible en aquellas sociedades en que el ejercicio del derecho de participación coincida con condiciones en las que este último despliegue su valor intrínseco en forma razonable, esto es, en aquellos contextos en los que la participación se traduzca en reales posibilidades de que aquellas posiciones expresadas sobre la base de la igual participación que no fueron preferidas en un momento determinado de definición política, tengan reales opciones de ser atendidas y escuchadas en un futuro como parte de un proceso de construcción deliberativa de decisiones. En contrapartida, podría sostenerse que en contextos en los que el procedimiento democrático tienda a perennizar las condiciones sociales como mayoría y

¹⁷ El término es empleado por Pablo de Lora en su texto *La posibilidad del constitucionalismo thayeriano* (2000), pág. 54.

minoría mediante recurrentes decisiones que asignan similares preferencias, el valor instrumental de una mayor presencia de la justicia constitucional podrá hallar también mayor justificación, compensando su deficiente valor intrínseco.

Pablo De Lora (2000) agrega que el diseño de un constitucionalismo débil como el planteado por Bayón, exige –dado el papel institucional asignado a la justicia constitucional y al legislador- la introducción de un principio de deferencia al legislador como el formulado por James Thayer, lo que equivaldría a sostener que en resguardo del sistema democrático los órganos jurisdiccionales de control constitucional deberían observar siempre una postura autorestrictiva, limitándose a declarar la inconstitucionalidad de una ley como último recurso, cuando la violación a la constitución por el legislador sea indubitable (pág. 56). Este presupuesto compatibiliza con el planteamiento del constitucionalismo débil, en cuanto –como se recordará- aquel concibe que buena parte del coto vedado cuya formulación se plantea a través de normas del tipo principio consiste en un catálogo de alternativas que no imponen al legislador una única forma de actuación, siendo por lo tanto *prima facie* plausible la elección por cualquiera de las opciones de definición que este favorezca. No obstante, deberá tenerse en cuenta que, como lo resalta De Lora (2000), tal deferencia hacia el legislador traslada a este la necesidad de desarrollar una adecuada argumentación que permita sostener en términos razonables su elección, lo que al propio tiempo contribuye al proceso de deliberación pública al que debe sujetarse la construcción de las decisiones políticas.

Finalmente, cabe destacar que, como se mencionó al finalizar al apartado precedente, la opción del constitucionalismo débil ha sido propuesta por Bayón sobre la base de una observación empírica. El autor señala que el funcionamiento de un modelo intermedio como el que dibuja puede observarse, de manera al menos aproximada, en la experiencia de Canadá y Suecia¹⁸, en donde se aprecia como denominador común la deferencia hacia

¹⁸ Bayón (2010) pone como ejemplo el caso canadiense, conforme a cuya Constitución el Parlamento se encuentra habilitado para decidir, por una mayoría igual a la que requiere para la aprobación de la ley, que una ley declarada inconstitucional por el órgano judicial de control (Tribunal Supremo) pueda continuar vigente por 5 años, los que son renovables sin límite de ocasiones por igual período y con igual mayoría. En similar sentido cita el caso de Suecia, en donde el catálogo de derechos que mayor protección revisten es procedente a través de una mayoría ordinaria, similar a la requerida para la aprobación de la ley. No

el legislador. Particularmente, ambos diseños contemplan mecanismos institucionalizados que permiten que sea el órgano legislativo quien tenga la última palabra en la definición de las cuestiones constitucionales, aún en aquellos casos en que el órgano judicial de control de constitucionalidad censura, a través de sus decisiones, las leyes dictadas por el parlamento (Bayón, 2000, pág. 89).

Así establecido el sistema, bien podría sostenerse que la preocupación de Bickel se hallaría resuelta en buena parte, siendo que el órgano legislativo estaría dotado de mecanismos que le facultan “torcer” las decisiones dictadas por el órgano judicial de control de constitucionalidad, lo que llevaría a replantearse los términos de la objeción democrática al carácter contramayoritario de la justicia constitucional.

Para finalizar, estimo preciso resaltar que –no obstante el interés que despierta el modelo propuesto- queda aún mucho camino por recorrer. Si bien la propuesta de un modelo que, reconociendo la necesidad de la justicia constitucional, se proponer ser deferente al legislador resulta atractivo en términos de superar la objeción democrática en las dos variantes que aquí se han presentado, no es menos cierto que aquello presupone la necesidad de desarrollos complementarios que permitan consolidar la propuesta.

Al respecto, considero importante nuevamente rescatar el criterio de Gargarella (2012), para quien un contexto en el que se debilita la justicia constitucional en aras de superar el déficit democrático que le impone la función asignada en el contexto del Estado Constitucional, comporta necesariamente un correlativo fortalecimiento de las funciones legislativa y ejecutiva.

Siendo así, adhiero al criterio del autor argentino, para quien la reforma al modelo de control de constitucionalidad que se plantea en el contexto de las posturas radicales –e insisto en sostener que la de Bayón calza en ellas- exige una importante reforma política dirigida a remediar los males primeros que orillaron históricamente a la consolidación de

obstante, a dicho procedimiento se agregan otros mecanismos como la necesidad de que la reforma se apruebe en dos votaciones distintas, entre las que deben mediar elecciones generales y un mínimo de 9 meses (pág. 88-89)

un modelo de justicia constitucional como el vigente. En este punto, sigue el autor, habrá que tener en cuenta no solo las deficiencias de la política parlamentaria –como su cuestionada capacidad representativa, su limitada asequibilidad o su potencial tendencia al distanciamiento de sus representados- sino también en los espacios de la política extraparlamentaria en los que se evidencian también deficiencias estructurales que tendrán que ser corregidas (Gargarella, 2012, págs. 207-212).

En definitiva, queda mucho por hacer en la construcción de sistemas democráticos que concilien el principio democrático con las necesidades de la defensa de los valores sustanciales que representan los derechos fundamentales, lo que a la luz del pluralismo de nuestras sociedades –en particular las latinoamericanas- impone serios retos que, a mi juicio, no pueden ser asumidos únicamente con vista en la experiencia de sociedades culturalmente distintas a las nuestras.

Haciendo eco de esta preocupación bien podría formularse la interrogante respecto a si en el caso ecuatoriano, por ejemplo, el modelo del constitucionalismo débil resultaría aplicable y reconocible. Iniciando por lo segundo, estimo que la Constitución ecuatoriana expresa un modelo de constitucionalismo fuerte, en el que se observan, entre otros los siguientes rasgos:

- Una constitución con un grado de rigidez que asegura su supremacía, no obstante lo cual el carácter democrático se recompone gracias a la incorporación de vías de reforma constitucional y control de constitucionalidad accionables por la ciudadanía.
- El atrincheramiento fuerte de un “coto vedado” de derechos constitucionalmente positivizados a los que se suman aquellos que derivan de la textura abierta del texto constitucional, los que a la luz de los principios de aplicación de los derechos preceptuados en el artículo 11 de la Carta Fundamental, se imponen como esferas de intangibilidad y de obligatorio desarrollo y cumplimiento, siendo posible su exigibilidad directa e inmediata.
- La institucionalización de la Corte Constitucional como máximo órgano de interpretación y administración de justicia constitucional, cuyas decisiones tienen el carácter de última palabra en relación con la definición del alcance y contenido de los

derechos y garantías constitucionales, y que no pueden ser modificadas ni aún por unanimidad del órgano legislativo.

Cabe agregar que aun cuando el ordenamiento jurídico ecuatoriano establece como principio que rige el control constitucional el *indubio pro legislatore*¹⁹, aquello no obsta para considerar que dicha deferencia al legislador solamente reafirma que es el órgano de control constitucional el titular de la última palabra en la definición del alcance y contenido de las normas constitucionales.

Con respecto a la aplicabilidad del constitucionalismo débil en el contexto ecuatoriano, estimo que una respuesta positiva o negativa requeriría de un análisis de condiciones que superan únicamente el umbral de lo jurídico, lo que en sí mismo ameritaría un estudio por separado. No obstante, a la luz de la experiencia política de las últimas décadas es posible sostener que existen indicios de una sociedad endémicamente orientada a favorecer el valor instrumental de la participación política en función de intereses guiados por la retórica de la fuerza política de turno. En estas condiciones, siguiendo el razonamiento de Gargarella (2010) existirían condiciones institucionales que requerirían ser modificadas de cara a propiciar la transición de un sistema de control constitucional fuerte a un constitucionalismo débil como el propuesto por Bayón.

Al cerrar el presente estudio, considero pertinente destacar que como lo ha defendido García Jaramillo (2015), tomando la base del pensamiento de Rawls es preciso reparar en que la validez de una teoría constitucional o de un método democrático no debe probarse en la pura abstracción (pág.72).

¹⁹ El artículo 76, números 2, 3 y 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador, establece como normas generales aplicables al control de constitucionalidad la presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas, la obligación de que en caso de duda sobre la constitucionalidad de una disposición jurídica se opte por no declararla inconstitucional, y la obligación de que el examen de constitucionalidad de las normas jurídicas se oriente a permitir la permanencia de las disposiciones examinadas en el ordenamiento jurídico.

Bibliografía del capítulo

- Ahumada, M. (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa: bases teóricas y políticas*. Madrid: S.L. Civitas Ediciones.
- Bayón, J. C. (2000). Derechos, democracia y constitución. *Discusiones*(1), 65-94.
- Bayón, J. C. (2010). Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En M. Carbonell, & L. G. (Eds), *El canon neoconstitucional* (págs. 285-355). Madrid: Trotta.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- De Lora, P. (2000). La posibilidad del constitucionalismo thayeriano. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 49-75.
- Ferrerres Comella, V. (2000). Una defensa de la rigidez constitucional. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*(23), 29-47.
- García de Enterría, E. (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- García Jaramillo, L. (2015). ¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba*(2), 67-95.
- Gargarella, R. (1997). La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomía*(6), 55-70.
- Gargarella, R. (2009). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gargarella, R. (2012). *La Justicia Frente al Gobierno*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Holmes, S. (11 de 04 de 2016). *Precompromisos y las paradojas de la democracia*. Recuperado el 05 de 07 de 2017, de Página web de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales Universidad Nacional de Rosario: <http://www.fcpolit.unr.edu.ar/derechoconstitucional/files/2016/04/Precompromisos-y-las-paradojas-de-la-democracia.pdf>
- Laporta, F. (2001). El ámbito de la Constitución. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*(24), 459-484.
- Pérez Royo, J. (2010). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

Conclusiones

El recorrido realizado en este estudio ha pretendido un repaso de las principales posturas esbozadas con respecto a la relación entre el constitucionalismo y la democracia, así como a aquellos que considero los más destacables dilemas a los que se enfrenta la consolidación de dicha conexión.

De esta forma, en los términos en los que se ha propuesto el abordaje realizado es posible formular las siguientes conclusiones:

1. La revisión de los rasgos de identidad del Estado de Derecho han permitido sentar las bases teóricas para comprender la incidencia del constitucionalismo en el marco de su configuración. Así, a través del estudio desarrollado se ha conseguido advertir las más importantes diferencias que pueden anotarse entre el Estado Legal y el Estado Constitucional:

- 1.1. Se ha observado así que, por una parte, el Estado Legal representó un paso adelante en la racionalización del ejercicio del poder al condicionar el mismo al respeto del principio de libertad mediante su sujeción a la ley como principal norma jurídica y, por tanto, fuente del derecho positivo, cuya sobreestimada importancia como garantía de objetividad desde el enfoque del positivismo jurídico decimonónico – expresado en buena medida en el principio de legalidad- situó a la Constitución como un instrumento exclusivamente político de carácter indicativo y por tanto carente de fuerza normativa.

En estas circunstancias, es asimismo importante destacar el valor esencial que asumió el legislador en el contexto de la estructura estatal, al ser este el responsable de definir –mediante la ley- el alcance y contenido de los derechos de las personas, e inclusive de interpretar por dicho medio, con carácter general y obligatorio, las disposiciones constitucionales, relegando al órgano jurisdiccional a un rol de simple “boca de la ley”, destinado a garantizar la aplicación mecánica de esta bajo el método subsuntivo.

De igual manera es preciso anotar el peso de las variantes ideológicas que introdujeron el pensamiento liberal y el pensamiento social, merced a cuya incidencia el Estado de Derecho Legal, sin abandonar su esencia, transitó un camino que lo condujo de una postura abstencionista deferente al ejercicio casi absoluto de libertad individual, a un modelo de carácter social, interventor e inclusive –en algún punto- paternalista, forjado al calor de las circunstancias históricas que rodearon a la Primera y Segunda Guerra Mundial, siendo estas las condiciones en las que se abriría el paso al Estado Constitucional.

1.2.La revisión de los principales elementos del Estado Constitucional, surgido en el contexto de la segunda posguerra, permiten concluir que el mismo marcó un cambio radical en varios aspectos del Estado de Derecho. Luego de analizar sus principales implicaciones es posible establecer que el mismo destaca por la introducción de importantes rasgos que, de forma sumaria pueden enlistarse así:

- a. Distinción entre el poder constituido y el poder constituyente, con la consiguiente afirmación de la supremacía de la Constitución frente a la ley.
- b. Reconocimiento del carácter de norma jurídica de la Constitución, lo que implicó además de la ya mencionada supremacía jerárquica, el reconocimiento de su directa e inmediata exigibilidad, y de su justiciabilidad en caso de infracción, todo ello a partir de la afirmación de la fuerza normativa de la Constitución.
- c. Establecimiento de Constituciones rígidas y fuertemente rematerializadas, prolijas en la determinación de límites materiales al ejercicio del poder, los que se suman al establecimiento de los causes formales tradicionalmente observados en las constituciones del Estado Legal de Derecho.
- d. El surgimiento de la justicia constitucional como responsable de asegurar que el ejercicio del poder se desarrolle en el marco de los cánones constitucionalmente establecidos, instituyendo de esta manera un instrumento destinado a garantizar su respeto y efectividad.

Bajo estas condiciones el Estado Constitucional supone una superación del Estado Legal, principalmente en la medida en que replantea la estructura del ordenamiento jurídico cuyo principal centro de irradiación y convergencia se sitúa en la Constitución y ya no únicamente en la ley, siendo en este espacio esencial el rol del órgano especializado de control de constitucionalidad de cara a garantizar la supremacía constitucional.

2. Al abordar el tópico del constitucionalismo se sostuvo que el mismo puede concebirse como una ideología, cuya esencia radica en la limitación del ejercicio del poder en aras de la protección y garantía de un conjunto de derechos. En este espacio, al situarnos específicamente en el contexto del constitucionalismo contemporáneo surgido en el continente europeo después de la Segunda Guerra Mundial, el planteamiento expuesto identificó dos de las vertientes más destacadas del constitucionalismo contemporáneo:

2.1. Por una parte se describieron los elementos distintivos del denominado “constitucionalismo postpositivista”, denominación bajo la que –según se analizó– es posible agrupar de manera bastante amplia al conjunto de planteamientos que nacen en el contexto del Estado Constitucional, cuyo denominador común resulta de una reconstrucción teórica dispuesta a formular una propuesta moderada entre los extremos del positivismo clásico y el iusnaturalismo racionalista puro. Así, se ha observado que el postpositivismo propone un cambio que sugiere una “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, cuyos principales matices se identifican, al menos, en tres niveles: a) en la teoría de las fuentes del derecho, destacando al respecto el carácter fundante y supremo de la Constitución como norma jurídica; b) en la teoría de las normas, mediante el tránsito de un derecho por reglas a un derecho por principios y reglas, en donde los principios se introducen como componentes esenciales de los textos constitucionales al ser el medio en que se expresan gran parte de los derechos fundamentales, y a su vez instrumentos de fundamentación y origen de nuevas reglas, e interpretación del ordenamiento jurídico en su integridad; y, c) en la teoría

de la interpretación jurídica, en la que ante la insuficiencia del método subsuntivo de cara al manejo de normas del tipo principio, se promueve la incorporación de métodos interpretativos distintos como la ponderación, en articulación con la cual la herramienta de la argumentación jurídica se observa como un importante instrumento de cara a contener un eventual activismo judicial exacerbado.

Finalmente, es importante rescatar a manera de conclusión que desde un importante sector de la doctrina que aquí se ha analizado existe afinidad y coincidencia de cara a observar como rasgos que caracterizan al constitucionalismo postpositivista los siguientes:

- La conexión entre el derecho y la moral, en torno a lo cual no obstante coincidir de manera esencial se observan importantes debates acerca del significado y alcance de dicha conexión, siendo a mi criterio el más relevante el argumento que se sustenta en el objetivismo moral derivado de procesos de deliberación pública y argumentación racional.
- En coincidencia con lo dicho sobre el Estado Constitucional, se destaca el carácter de norma jurídica de directa e inmediata aplicación reconocido a la Constitución, siendo importante resaltar al respecto el llamado de Manuel Atienza a encontrar el adecuado equilibrio entre la garantía de la supremacía constitucional y el respeto a la seguridad jurídica en la órbita del ámbito de configuración normativa que se ha conferido al legislador, evitando en este sentido posturas extremas que se coloquen en el absolutismo constitucional o en la desmedida deferencia al legislador.
- Por último, se subraya el papel de los derechos fundamentales en el constitucionalismo postpositivista en tanto actúan como límites materiales al ejercicio del poder, imponiéndole condiciones sustantivas a su ejercicio en todas las esferas. Desde este punto de vista, las constituciones del constitucionalismo postpositivista se presentan como textos rematerializados gracias, en buena parte, al importante bagaje de derechos que incorporan, introduciendo una dimensión sustancial al principio de

validez de las normas jurídicas e impregnando todo tipo de relaciones sociales al imponerles límites y vínculos materiales.

2.2. En segundo lugar la revisión de los distintos aspectos que informan la vertiente del denominado nuevo constitucionalismo latinoamericano permite observar que el mismo se construye teóricamente a partir de los procesos constituyentes operados en varios países de América Latina durante las últimas décadas, procurando plantear un alternativa en el contexto del constitucionalismo contemporáneo que, en términos generales, conjugue un modelo de constitucionalismo fuerte y democracia fuerte.

Para tal efecto, sus defensores sostienen la necesidad de brindar una mayor preocupación por el aspecto político de la Constitución, reforzando sus componentes democráticos no solamente a través del aseguramiento de su legitimidad de origen, sino además en cuanto a los mecanismos de participación democrática que el mismo prevé, procurando un fomento a la intervención social más directa. En esta línea, las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano estarían llamadas a contemplar nutridas cartas de derechos que vendrían acompañadas de una ampliación en el espectro de sus titulares, todo ello merced al reconocimiento del pluralismo, a lo cual se sumarían además fórmulas de organización económica que incentiven la participación de los distintos sectores sociales, organizados bajo el principio de solidaridad.

Al respecto, es posible concluir que el nuevo constitucionalismo latinoamericano promueve un modelo que no obstante demostrar un destacable grado de interés por el fortalecimiento del ámbito democrático de la Constitución, a la luz de la experiencia vivida en varios países de América Latina durante los últimos años, y en particular de la ecuatoriana, exhibe aún falencias que, como se ha señalado en forma crítica desde la doctrina, parecieran ser el producto de loables intenciones puestas en operación a través de esquemas institucionales anacrónicos y por tanto

errados que, desafortunadamente, culminan reproduciendo las falencias del constitucionalismo clásico.

Así identificadas las características fundamentales que informan al constitucionalismo contemporáneo en las dos vertientes estudiadas, cabe establecer que el mismo mantiene como constante dos elementos: por una parte la revalorización de la Constitución como norma jurídica de carácter supremo y la aceptación de su consiguiente fuerza normativa, y por otra parte, el importante rol de los derechos fundamentales como elementos de carácter sustantivo a los que se articula la comprensión de la sociedad en su deber ser y las limitaciones que esta está llamada a observar en el desarrollo de las relaciones que se producen en su seno.

3. El segundo capítulo del presente trabajo ha permitido establecer algunas de las principales cuestiones que condicionan la relación entre el constitucionalismo y la democracia.

En primer lugar se ha establecido que la democracia puede ser analizada al menos en dos variantes: una primera relativa a la denominada democracia procedimental, que observa a esta como un conjunto de reglas de procedimiento para la toma de decisiones colectivas, específicamente destinada a responder a las preguntas de ¿quién (debe decidir)? y ¿cómo (debe decidir)?, sin tomar en cuenta –necesariamente- aspectos de materia o sustancia de las decisiones, todo ello en aras de hacer posible una eventual “igual libertad” de todos en la toma de las decisiones colectivas. Por otra parte, se han expuesto los términos en los que se plantea la denominada democracia constitucional, en cuyo contexto se sugiere la incorporar al procedimiento de toma de decisiones límites de carácter sustantivo que permitirían responder esencialmente a la pregunta del ¿qué (puede/debe decidirse)?

En segundo lugar, cabe anotar que conforme al abordaje propuesto en este trabajo, más allá de las importantes diferencias entre la concepción procedimental y constitucional de la democracia, ambas culminan por establecer –aunque en grado distinto- un nexo con los derechos fundamentales, ello desde que la primera concibe a algunos de estos como “precondiciones” del procedimiento democrático, y la segunda

los sitúa como verdaderos límites al ejercicio del procedimiento democrático, disponiendo constitucionalmente qué es lo que puede, no puede y debe decidirse democráticamente en la sociedad. Bajo estas consideraciones es procedente concluir que los derechos fundamentales juegan un rol esencial en el ejercicio democrático, ya sea porque estos se asumen como condiciones previas a su desarrollo (precondiciones) o porque estos se integran a tal procedimiento como límites y vínculos sustanciales que predeterminan unos ciertos contenidos que permanecen “atrincherados” constitucionalmente y por tanto blindados frente al ejercicio de la regla de mayoría, propia del procedimiento democrático formal.

En tercer lugar, con base en lo concluido antes, es procedente sostener que la democracia constitucional aparece como un modelo fuertemente asociado al constitucionalismo postpositivista y a un modelo de Estado Constitucional fuerte, en el que los derechos fundamentales se convierten en contenidos de sustancia que condicionan el ejercicio democrático a su desarrollo por unos determinados cauces, en aras de proteger valores considerados socialmente relevantes que han sido atrincherados dentro del texto constitucional.

4. El vínculo entre la democracia y el constitucionalismo se manifiesta en una relación de permanente tensión, ello desde que -acorde con su naturaleza- el constitucionalismo incorpora límites al procedimiento democrático a través del atrincheramiento de un cúmulo de derechos transformados en esferas de intangibilidad o de obligatoria realización, a cuyo respeto se encuentra obligada toda decisión colectiva con pretensión de validez.

Las principales razones en defensa del constitucionalismo y su intervención en la democracia coinciden con razones empíricas que han fomentado la desconfianza en las mayorías y en la consecuente necesidad de resguardar a aquella de su autodestrucción. En contrapartida, los defensores de la democracia tachan el argumento constitucionalista por considerarlo susceptible de cercenar la igual libertad

que entraña el ejercicio de decisión política, cuestionando el valor de una supuesta autorestricción bajo la figura de del precompromiso.

En este contexto, la tensión del constitucionalismo y la democracia aparece vinculada permanentemente al tópico de los derechos, considerando que son estos el objetivo en el que se apoya la acción del primero y al mismo tiempo el fundamento que permite el ejercicio de la segunda. Bajo estas razones, los derechos pueden afirmarse como un real punto de tensión entre la democracia y el constitucionalismo, planteando importantes retos asociados a aspectos entre los que destacan la decisión de cuáles de ellos deberán ser atrincherados constitucionalmente, la definición del contenido que quepa dar a los mismos y la elección del responsable de dicha función.

5. Los principales dilemas a los que se enfrenta la relación entre el constitucionalismo y la democracia pueden ser abordados, en buena parte, desde la denominada objeción democrática, instituida como un conjunto de planteamientos encaminados a cuestionar el presunto carácter antidemocrático del constitucionalismo, promoviendo en contrapartida la defensa de la libertad y la igualdad en los procesos de decisión, particularmente cuando estos refieren al alcance y contenido de la Constitución.

A partir del estudio realizado, se observa que la objeción democrática, desde su argumento “intertemporal”, se asocia al rechazo del carácter paternal expresado a través de la idea de constituciones inmutables que, habiendo sido aprobadas por generaciones pasadas, sean capaces de obligar y someter a las generaciones futuras. Las principales razones de este rechazo se evidencian en el debate post independencia suscitado en Norteamérica, en donde se anunció la ferviente oposición antifederalista al establecimiento de constituciones de carácter rígido que a guisa de proteger determinados contenidos bajo la figura de “precompromiso”, culminaran estableciendo en la práctica el gobierno de las generaciones pasadas sobre las actuales en forma indefinida, anulando de esta manera el derecho al autogobierno.

No obstante, el análisis de las razones propuestas en defensa del constitucionalismo permiten establecer que, lejos de ser absolutamente indeseable, un compromiso previo plasmado en la Constitución aporta razones prácticas importantes de cara no solamente a la protección de otros derechos sino al ejercicio de la propia democracia y al aseguramiento de las condiciones en que esta puede efectivamente funcionar. Así, apoyados en el criterio de Francisco Laporta es posible concluir que el verdadero punto crítico se encuentra en la necesidad de definir, qué tan extenso debe ser el contenido del “coto vedado” que se atrinchere constitucionalmente, y de identificar con claridad y razonabilidad si existen espacios en los que es deseable un atrincheramiento de carácter absoluto que garantice intangibilidad de determinados contenidos constitucionales, espacio en el que se ha sugerido desde la doctrina la inclusión de aquellos aspectos articulados a la existencia de la propia democracia y las reglas esenciales para su funcionamiento.

Estimo relevante destacar, además, que aun cuando el argumento intertemporal se sustenta en fundamentos razonables se observa que el mismo merece ser tomado en consideración de forma moderada, pues en extremo su defensa bien puede conducir a la inestabilidad jurídica y política de la sociedad, sumiéndola en un estado de permanente reforma estructural bajo el pretexto del desacuerdo. Por el contrario, cabe aceptar que el mismo tendrá mayor cabida en aquellos contextos en los que el poder de revisión constitucional se encuentre severamente restringido a través de cláusulas que impongan limitantes que en la práctica impidan el ejercicio de la reforma de la Constitución.

Es mi criterio que la objeción democrática intertemporal puede ser superada si las condiciones constitucionales de afianzamiento de la democracia incluyen, fundamentalmente, la garantía de participación permanente en los procesos de deliberación pública que preceden a la toma de decisiones, y sobre todo los mecanismos que posibiliten y resguarden el ejercicio del derecho de toda minoría a convertirse eventualmente en mayoría, lo que implica rechazar todo intento de

desestimar el valor de la alternancia como componente esencial de un orden democrático.

6. La dificultad provocada por el carácter contramayoritario de la justicia constitucional se observa como otro de los dilemas importantes para la relación entre el constitucionalismo y la democracia en el contexto de la objeción democrática. A partir del análisis expuesto, por aquella se entiende el cuestionamiento que se genera a la posibilidad de que las decisiones de los órganos y autoridades democráticamente electas –principalmente el legislador- puedan ser limitadas y dejadas sin efecto por órganos que no ostentan iguales credenciales democráticas que aquellos, o cuya legitimidad democrática es, en todo caso, indirecta.

Según se ha observado durante el presente estudio, desde que el término “dificultad contramayoritaria” fue acuñado por Alexander Bickel bajo su amparo se han propuesto numerosos argumentos destinados a controvertir el hecho de que bajo un sistema de control de constitucionalidad fuerte sea el órgano de control constitucional –ordinariamente de carácter jurisdiccional- el que tenga la última palabra sobre las cuestiones constitucionalmente relevantes, aun cuando esto suponga contrariar una decisión adoptada por una legítima mayoría democrática como la parlamentaria.

Aunque los argumentos planteados en defensa del control judicial de constitucionalidad han buscado tradicionalmente amparo en la defensa de una voluntad popular teóricamente superior que se encontraría contenida en la Constitución son varias las razones que permiten observar las debilidades de dicha tesis; principalmente, entre ellas considero relevante destacar el problema que plantea la denominada “brecha interpretativa”, términos con los que se expresa la distancia que comúnmente existe entre el texto de la disposición constitucional y la interpretación que de la misma realiza el juez constitucional, espacio en el que cabría esperar que con mayor intensidad se presenten las circunstancias que dan sustento a la dificultad contramayoritaria.

Se ha observado asimismo que con respecto al problema interpretativo mencionado, es posible identificar al menos dos corrientes de pensamiento: por una parte, la de los originalistas, quienes defienden una interpretación ceñida al sentido y tenor original del texto constitucional; y, por otra parte, la de los no originalistas, para quienes la Constitución debe ser asumida como un “texto vivo”, siendo necesario para su adecuada interpretación ir más allá del texto de sus disposiciones. Con respecto a las posturas en referencia estimo pertinente concluir que, aun cuando ambas presentan argumentos valiosos de cara a justificar su planteamiento, cabe coincidir con Roberto Gargarella en cuanto sostiene que ninguna de ellas permite resolver el problema raíz de la dificultad contramayoritaria, esto es, el dilema que supone que sean los jueces constitucionales quienes tengan en sus manos la última palabra en relación con la definición del sentido y alcance de las cuestiones constitucionales más relevantes para la vida social.

7. El análisis de las principales soluciones propuestas frente a la dificultad contramayoritaria permite identificar que las mismas se dividen en tres grupos determinados con cierta claridad desde la doctrina.

En primer lugar se encuentran las posturas conservadoras, cuya esencia radica en sostener que las decisiones políticas correctas e imparciales no requieren ser consultadas a sus destinatarios, siendo suficiente para su adopción el razonamiento de un grupo de individuos más o menos reducido. Estimo destacada en este espacio la postura elitista, conforme a la cual el fundamento del poder de reducidos grupos para la toma de las decisiones políticas más relevantes sería su especial capacidad, virtud y experiencia, visión que coincide con la postura sostenida por Hamilton en el célebre texto del *Federalista Nro. 78* y que refleja en buena medida algunos rasgos del modelo de control de constitucionalidad planteado por los Padres Fundadores.

En segundo lugar se encuentran las posturas radicales, cuyo planteamiento principal sugiere que las decisiones políticas correctas e imparciales se consiguen a través de la consulta a todos sus posibles destinatarios. Se distinguen, no obstante, dos vertientes

dentro del radicalismo: el radicalismo populista, que sustenta la legitimidad de las decisiones políticas con base en el solo criterio de la mayoría; y, el radicalismo no populista que, previendo la falibilidad del criterio mayoritario, acepta la intervención del órgano judicial de control de constitucionalidad como herramienta para mantener abiertas las vías del diálogo democrático, correspondiendo en todo caso la última palabra sobre las cuestiones valorativas al pueblo.

En tercer lugar se han identificado las posiciones denominadas “intermedias”, que buscan establecer un término medio entre las posturas conservadores y las radicales populistas a través de la aceptación de un control judicial de constitucionalidad atenuado en sus principales rasgos antidemocráticos a través de mecanismos de aproximación del pueblo a la toma de las decisiones más relevantes.

8. En el contexto de las soluciones propuestas a la dificultad contramayoritaria estimo importante destacar, como lo he procurado en el desarrollo de este trabajo, la alternativa que supone la democracia deliberativa sustentada en el diálogo y la deliberación pública como instrumentos para mejorar la calidad e imparcialidad de las decisiones.

Según se ha visto, la propuesta de someter los argumentos que respaldan una posible decisión política a procesos de debate y contraste público bien podrían presentar interesantes virtudes en vías de dotarlas mayor razonabilidad y de conseguir una mayor depuración en el proceso de su construcción, generando un potencial círculo virtuoso en el que el intercambio de información pública y la deliberación sobre su contenido podrían elevar el nivel de legitimidad de las decisiones y atenuar la crítica contramayoritaria.

Sin embargo, como lo he dejado sentado en forma oportuna dentro del análisis propuesto, estimo que una postura como la de la democracia deliberativa y su correlato jurídico en el constitucionalismo dialógico se presentan aún como posturas en proceso

de construcción y desarrollo, debiendo concluir la importancia que reviste sumar esfuerzos en el camino de su consolidación.

9. Uno de los aspectos que mayor interés concita a partir del estudio desarrollado es el que refiere a la alternativa del denominado “constitucionalismo débil”, descrito principalmente por Juan Carlos Bayón.

Según se observó, el constitucionalismo débil se presenta como un planteamiento que procura superar la dificultad democrática planteada por Bickel, introduciendo una modificación sustancial que consiste en trasladar la potestad de expresar la última palabra sobre las cuestiones constitucionales más relevantes a manos del órgano legislativo.

El constitucionalismo débil no desconoce la necesidad de una instancia de control judicial de constitucionalidad, no obstante lo cual limita su función a un rol instrumental de cara a elevar el nivel de debate público, haciendo saber al órgano legislativo las razones que vuelven a sus decisiones deficientes en términos constitucionales, pero sin que aquello sea considerado como última palabra. Estimo necesario precisar que aquello no configura al órgano de control judicial como una instancia pública sin capacidad de decisión, sino únicamente como un actor relevante en la guarda de los contenidos constitucionales, cuyas decisiones –no obstante ser obligatorias- pueden sin embargo ser modificadas o rechazadas a través del órgano legislativo como representante popular más plural y democráticamente legítimo.

Asimismo, considero importante destacar que dentro del constitucionalismo débil, la Constitución está llamada a moderar el contenido del “coto vedado”, atrincherando un núcleo mínimo de disposiciones formuladas en forma de reglas no reformables que procuren el afianzamiento del procedimiento democrático, y un conjunto de principios que integren una zona periférica, cuyo contenido abstracto habrá de ser definido principalmente por el legislador a través de la ley.

Bajo estas condiciones el órgano de control constitucional se encontrará obligado a actuar bajo un principio de deferencia al legislador, observando una actitud autorestrictiva que opte por la declaratoria de inconstitucionalidad como mecanismo de *última ratio*.

- 10.** A manera de conclusión final considero que el contraste de los distintos elementos analizados con respecto a la relación entre constitucionalismo y democracia permite establecer que la tensión identificada entre ambos deviene en buena medida de la expectativa social que encarna la tutela de dos fines igualmente válidos: por una parte, la libertad individual y por otra la libertad e igualdad políticas.

En esta medida, los mecanismos empleados por el constitucionalismo a través del atrincheramiento constitucional de determinados contenidos en constituciones rígidas, resguardadas por órganos jurisdiccionales de control de constitucionalidad, provocan importantes preocupaciones que merecen sin duda ser tomadas en serio de cara a garantizar la estabilidad política y jurídica de la sociedad.

La procura de un justo equilibrio merece rechazar todo intento por consolidar posiciones extremas, ya sea que estas tiendan al mayoritarismo o al elitismo, evitando el retorno a la soberanía del parlamento o la incursión en la tiranía de los jueces.

Bajo estas consideraciones, observo pertinente sostener que, vista la experiencia en contrapunto las experiencias del mero procedimentalismo democrático y del control judicial de constitucionalidad, resulta innegable que esta último, hoy, se instituye como una pieza clave en el funcionamiento del Estado Constitucional y aún en la defensa de la propia democracia, no obstante lo cual resulta preciso reflexionar sobre su alcance y dimensiones.

En este contexto en el que se reafirma la necesidad y utilidad del control judicial de constitucionalidad, la atención a la dificultad contramayoritaria que provoca su función hace mirar con optimismo alternativas que recurren al valor del diálogo y la

deliberación pública, siendo posible afirmar, desde mi perspectiva, que propuestas como la de la democracia deliberativa y el constitucionalismo débil encuentran importantes puntos de contacto en dicho sendero, inclinando la balanza en favor de la democracia y proponiendo un modelo de control judicial de constitucionalidad más acotado, lo cual no obstante exige serias reformas en las estructuras orgánicas tradicionales que reiteradamente se han reproducido en cada edición de los textos constitucionales.

Al finalizar, juzgo necesario reparar en que las alternativas descritas y analizadas en este breve estudio sugieren que la reconciliación entre la democracia y el constitucionalismo exige volver pasos en el camino transitado, abandonando el sentimiento de desconfianza en las mayorías que originalmente motivó el fortalecimiento del constitucionalismo y del control judicial de constitucionalidad. En este trayecto el reto que nos imponemos como sociedad es encontrar las herramientas procedimentales e institucionales que hagan posible la construcción racional de las decisiones políticas a través de procesos de deliberación pública transparentes, incluyentes y serios, en los que la argumentación permita mejorar la razonabilidad del producto y en donde las mejores razones –en términos de protección y garantía de derechos- tengan la posibilidad real de ser acogidas, independientemente de si estas provienen de un gran consenso mayoritario o de la voz de las minorías sociales. Desde luego habrá que prestar atención a las circunstancias propias del contexto, ya que la importación irreflexiva de modelos de organización política y jurídica ha demostrado reiteradamente ser una receta inocua.

Bibliografía

- Aguiló Regla, J. (2007). Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*(30), 665-675.
- Ahumada, M. (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa: bases teóricas y políticas*. Madrid: S.L. Civitas Ediciones.
- Alexy, R. (2010). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Amaya, J. A. (2014). *Democracia y minoría política*. Buenos Aires: Astrea.
- Añón, M. J. (2002). Derechos fundamentales y estado constitucional. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*(40), 25-36.
- Atienza, M. (2011). Dos versiones del constitucionalismo. *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*(34), 73-88.
- _____. (2014). Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da Jurisdição Constitucional*(2), 1-24.
- Ávila Santamaría, R. (2008). Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia. En R. (. Ávila Santamaría, *La Constitución de 2008 en el Contexto Andino*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Bayón, J. C. (2000). Derechos, democracia y constitución. *Discusiones*(1), 65-94.
- _____. (2010). Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En M. Carbonell, & L. G. (Eds), *El canon neoconstitucional* (págs. 285-355). Madrid: Trotta.

- Belloso Martín, N. (2015). El neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse? *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*(32), 21-53.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Borja Cevallos, R. (1991). *Derecho Político y Constitucional*. México, D.F: Fondo de Cultura Económica S.A. de C.V.
- Bovero, M. (2002). Democracia y Derechos Fundamentales. *Isonomía*(16), 21-38.
- _____. (2010). La democracia y sus condiciones. *Revista de la Facultad de Derecho de México*(253), 11-29.
- Calsamiglia, A. (1998). Postpositivismo. *Doxa, cuadernos de filosofía del Derecho*, 209-220.
- Comanducci, P. (2002). Formas de neo constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*(16), 89-112.
- Constant, B. (2013). Sobre la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos (traducción). *Revista Libertades*, 83-95. Recuperado el 10 de 06 de 2017, de http://www.revistalibertades.com/documents/revistalibertadesnumero3_traduccio_n.pdf
- Córdova Vianello, L. (2006). La democracia ideal en el pensamiento de Norberto Bobbio y las democracias reales en América Latina. En L. (. Córdova Vianello, V. Paniagua Corazao, M. Bovero, & H. Vitale, *Norberto Bobbio: cuatro interpretaciones* (págs. 51-80). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- De Lora, P. (2000). La posibilidad del constitucionalismo thayeriano. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 49-75.

- Farge Collazos, C. (2007). El Estado de bienestar. *Enfoques*(1-2), 45-54.
- Ferrajoli, L. (2007). Los fundamentos de los derechos fundamentales. En L. Ferrajoli, L. Bacceli, R. Guastini, M. Jori, A. Pintore, E. Vitale, & D. Zolo, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (págs. 339-355). Madrid: Trotta.
- _____. (2009). *Derechos y garantías: La Ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- _____. (2010). Norberto Bobbio, teórico del Derecho y de la democracia. *Revista de la Facultad de Derecho de México*(253), 31-45.
- _____. (2012). El constitucionalismo. Entre principios y reglas. *Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho*(35), 791-817.
- _____. (2014). *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político*. Madrid: Trotta.
- Ferreres Comella, V. (2000). Una defensa de la rigidez constitucional. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*(23), 29-47.
- Ferreya, R. G. (2015). Breve manifiesto sobre el estado constitucional. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*(5), 407-421.
- García de Enterría, E. (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- García Jaramillo, L. (2015). ¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba*(2), 67-95.
- García Pelayo, M. (1991). Estado legal y estado constitucional de derecho. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*(82).
- Gargarella, R. (1997). La dificultad de defender el control judicial de las leyes. *Isonomía*(6), 55-70.
- _____. (2009). *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional, Tomo I*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- _____. (2012). *La Justicia Frente al Gobierno*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición / Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- _____. (2015). Constitucionalismo vs. democracia. En J. Fabra Zamora, & S. Ezequiel, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (Vol. 3, págs. 1991-2010). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Gargarella, R., & Courtis, C. (2009). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. *CEPAL - Serie Políticas Sociales*(153).
- Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. C. (Coord.), *Neoconstitucionalismo (s)* (págs. 49-74). Madrid: Trotta.
- Häberle, P. (2001). *El Estado Constitucional*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Holmes, S. (11 de 04 de 2016). *Precompromisos y las paradojas de la democracia*. Recuperado el 05 de 07 de 2017, de Página web de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales Universidad Nacional de Rosario: <http://www.fcpolit.unr.edu.ar/derechoconstitucional/files/2016/04/Precompromisos-y-las-paradojas-de-la-democracia.pdf>
- Kelsen, H. (1934). *Esencia y Valor de la Democracia*. Barcelona - Buenos Aires: Editorial Labor S.A.
- Laporta, F. (2001). El ámbito de la Constitución. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*(24), 459-484.
- Núñez Leiva, J. I. (2015). El constitucionalismo: tres nortes para una misma brújula. *Seqüência (Florianópolis)*(70), 77-92.
- Pérez Royo, J. (2010). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.
- Pozzolo, S. (2016). Neoconstitucionalismo. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*(11), 142-151.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.
- Rawls, J. (1971). *Teoría de la Justicia* (2006, sexta reimpresión ed.). (M. D. González, Trad.) N/D: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Rousseau, J. J. (1984). *El contrato social*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ruiz Miguel, A. (2004). Constitucionalismo y Democracia. *Isonomía*(21), 51-84.
- Tribunal Constitucional, 041-2001-TC (Tribunal Constitucional del Ecuador 11 de Enero de 2002).
- Trujillo, J. C. (2013). Aportes del Constitucionalismo Liberal (Gran Bretaña, Francia, Estados Unidos de América). En J. C. Trujillo, *Constitucionalismo contemporáneo. Teoría, procesos, procedimientos, retos*. (págs. 15-47). Quito: Corporación Editora Nacional.

Viciano Pastor, R., & Martínez Dalmau, R. (2012). Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En L. F. (Ed.), *Política, justicia y Constitución* (págs. 157-188). Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

Vigo, L. R. (2010). Del Estado de derecho legal al estado de derecho constitucional. *Auctoritas Prudentium*(4), 5-16. Recuperado el 20 de 03 de 2017, de <http://unis.edu.gt/wp-content/uploads/2015/09/ap-2010.pdf>

Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.