

Decisión democrática y forma constitucional

Pablo RIBERI
Pedro SALAZAR UGARTE
Directores



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

DECISIÓN DEMOCRÁTICA
Y FORMA CONSTITUCIONAL

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 971

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Miguel López Ruiz
Cuidado de la edición

Javier Mendoza Villegas
Formación en computadora

Wendy Vanesa Rocha Cacho
Oscar Martínez González
Apoyo editorial

Edith Aguilar Gálvez
Elaboración de portada

DECISIÓN DEMOCRÁTICA Y FORMA CONSTITUCIONAL

PABLO RIBERI
PEDRO SALAZAR UGARTE

Directores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

México, 2022

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

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

Primera edición: 12 de septiembre de 2022

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-6287-9

CONTENIDO

Reconocimientos	XI
Presentación	XIII
Pablo RIBERI	

I. DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN

La forma de la Constitución —especulaciones sobre la apariencia de un ente sin contornos—	3
Pablo RIBERI	
¿Existe la Constitución? —Un comentario acerca de la función de los jueces constitucionales—	61
Ricardo CARACCIOLO	

II. LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

Una concepción política de la democracia constitucional.	85
Pedro A. CAMINOS	
La representación: existencial en lo público y ficción en lo privado . .	121
Jorge Edmundo BARBARÁ	

III. LA DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA EN LOS PODERES DEL ESTADO

- ¿Los tribunales como antiguos parlamentos? —El lugar donde las decisiones deben ser tomadas en tiempo de crisis de la representación política— 161

Benedetta BARBISAN

- El presidencialismo en Latinoamérica. Un replanteo metodológico para su abordaje 207

Ignacio COLOMBO MURÚA

IV. EL CONTROL DEL PODER REVISITADO

- La tecnología digital como herramienta de control para los gobernantes 233

Jean-Philippe DEROSIER

- ¿Reformas constitucionales inconstitucionales? 251

Pedro SALAZAR UGARTE

Carlos Ernesto ALONSO BELTRÁN

- Del activismo judicial a la sumisión —el deterioro de la sentencia constitucional en Hungría— 267

Zoltán SZENTE

- El papel de los tribunales constitucionales en la promoción de la democracia en Europa central y del este 291

Čarna PIŠTAN

V. LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y LOS PROBLEMAS DE COORDINACIÓN A NIVEL SUBNACIONAL

- El misterioso éxito de una democracia federal 337

James A. GARDNER

Poder constituyente y legitimidad democrática en una relación federal. Reflexiones desde una perspectiva argentina	365
Guillermo E. BARRERA BUTELER	

VI. DESAFÍOS PERENNES

La libertad descuidada	383
Hugo O. SELEME	
Notas sobre la paz. Propósito de un constitucionalismo ciudadano. . . .	393
Raúl Gustavo FERREYRA	
Acerca de los autores.	417

RECONOCIMIENTOS

En tanto directores de esta obra, queremos agradecer a las autoridades de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba —y a su decano, Guillermo Barrera Buteler—, por haber sido anfitriona del Congreso Internacional de Teoría Constitucional (CITC-2017). Muchas gracias a los expositores, participantes y asistentes que hubieron de colmar el mencionado ámbito durante la conferencia.

En particular, destacamos la calidez humana y la aptitud intelectual de quienes vinieron a compartir generosamente sus conocimientos. Gracias a Carlos Rosenkrantz, Alejandro Pérez Hualde, Ricardo Caracciolo, Guillermo Barrera Buteler, Sebastián Elías, Ricardo Ramírez Calvo, Jorge Barbará, Hugo Seleme, Ignacio Colombo Murúa, Victorino Solá Torino, Lorena González Tocci, Pedro Caminos, Florencia Saulino, Cristian Fatauros, Raúl Gustavo Ferreyra, Lucas Grosman, Sofía Sagüés, José Belisle. Y muy especialmente nuestra gratitud está dirigida a los visitantes extranjeros. Gracias a Russell Miller, Sara Pennicino, James Gardner; Zoltán Szente, Jorge Contesse, Ricardo Chueca Rodríguez, Justin Frosini, Jean Philippe Derosier, Čarna Pištan, Jason Mazzone, Benedetta Barbisan y Pedro Salazar.

Por el gran trabajo realizado, merecen también una mención especial los integrantes del “Seminario Vocacional de Teoría Constitucional y Filosofía Política Anachársis Cloots”. Ellos fueron los grandes artífices de la organización del CITC-2017. Gracias Josefina Ferreyra, Victorino Solá Torino, Magalí Miranda, Patricia Ari, Guadalupe Valcarce Ojeda, Ángeles Ledesma, Antonella Dei Rossi, Diego Cevallos, Lucía Mac-Auliffe, Santiago Bravín y Guillermina Riberi.

Por la lectura, observaciones y comentarios aportados con relación a las traducciones que se incorporan a este texto, nuestra gratitud es especial para con Verónica Luetto. Dicho sea de paso, se hace notar también que la traducción desde el idioma inglés al español de los textos de Jim Gardner,

Benedetta Barbisan, Zoltán Szente, Jean Philippe Derossier y Čarna Pišťan fueron realizados por Pablo Riberi.

Finalmente, valoramos y destacamos el apoyo recibo por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Es una prueba cabal de la sostenida dedicación y seriedad que distingue a la citada institución, la calidad de la edición de este volumen.

PRESENTACIÓN

Con el propósito de promover el debate entre un conjunto plural de perspectivas académicas, el Congreso Internacional de Teoría Constitucional (CITC.2017) reunió una selección de expertos en derecho constitucional, ciencia política y filósofos políticos de diversas partes del mundo. El objetivo de la conferencia era discutir la relación y tensión sutil que suele afectar la toma de decisiones democráticas con respecto a los contenidos y procedimientos regulados por la Constitución.

En el marco de esta conferencia, en consecuencia, se concentraron un conjunto variado de contribuciones críticas, las cuales abordan una serie de problemas cuya naturaleza irrumpen ambiguos: a veces asomando en la dimensión política, a veces bajo el manto del discurso jurídico-constitucional. En otras palabras, transitando unos puentes que intentan comunicar ambas orillas, la decisión democrático-mayoritaria y las formas constitucionales tienden a convivir en precaria armonía. Y en este sentido, para mayor previsibilidad, la toma de decisiones democráticas —conforme el principio y la regla de la mayoría—, de manera aleatoria, suele desafiar a los estándares de legalidad que el orden constitucional, irónicamente, siempre intenta consolidar.

En efecto, esta situación variante de reposo, tensión y ruptura tiende a expresarse al interior de las instituciones fundamentales del Estado. Ahí, la tónica normativa de los discursos funcionalistas u organicistas se va edificando de acuerdo con cada lógica institucional dominante. Naturalmente, los resultados no siempre están alineados con las exigencias normativas impuestas por los usos jurídicos, morales y/o políticos del concepto de Constitución. Cuando esto sucede, es inevitable, esos puentes colapsan, o, lo que es igualmente desafortunado, el discurso jurídico desde el interior del Estado pierde coherencia o se manifiesta directamente antidemocrático. Es que, operando en forma autónoma, con su propia lógica y dinámica de sentido, el discurso político y el discurso jurídico suelen presentar serias dificultades para compatibilizar sus puntos de vista en el territorio constitucional. Aun cuando suelen compartir un vocabulario más o menos común, en ese trán-

sito discursivo que merodea puntos de partida y objetivos contingentemente comunes, lo cierto es que al cruzarse cualquiera de ellos al ámbito de la contraria: del territorio político al jurídico —o viceversa—; en ese pasaje, inexorablemente, la tensión y la crisis se vuelven patentes.

El objetivo de este libro, luego, es volver ostensibles un conjunto de reflexiones que permitan explorar la tensión y la crisis en variadas facetas. La teoría del Estado, la teoría constitucional y la filosofía política, en este contexto, asoman como disciplinas involucradas en el desarrollo de los capítulos aquí presentados. Los diversos ensayos reunidos, por otra parte, abordan una amplia gama de problemas y desafíos actuales.

Este volumen, en consecuencia, reúne el contenido de las principales contribuciones ofrecidas durante el CITC-2017, celebrado en Córdoba, Argentina. Tal como se dijo en varias ocasiones durante la conferencia, aquí se han recorrido analíticamente —y desde distintos puntos de vista— casi todos los vértices tensionales que confluyen en la dimensión político-constitucional. Durante el desarrollo del debate, se apreciaron diversos tonos de exposición, y concurrieron también distintas clases de compromisos teóricos en las voces de los participantes. Más allá de ello, si existiera una nota común en casi todas las contribuciones, precisamente, es aquella que problematiza cómo la toma de decisiones democráticas, inevitablemente, está obligada a pasar por la aduana teórica del derecho constitucional.

Sin la menor ingenuidad, entonces, la intención común no ha sido otra que descifrar y/o justificar algunos mojones de certeza. Esto es, intentar establecer con la mayor claridad posible cuándo, cómo y por qué la norma y/o decisión del Estado debe necesariamente superar condiciones constitucionales de validez y/o justicia. Y para hacerlo, vale la pena notarlo, pareciera ser una estrategia común de todos los coautores de este volumen, el haber intentado discernir —o estipular— qué orden de preeminencias normativas y/o qué lógica de sacrificios controlados debe haber en función de la manda constitucional.

Dada esta situación de tensión, en consecuencia, la resolución del dilema depende de respuestas adaptables. Básicamente, pareciera que ese juego de “prioridades” y “sacrificios” sólo está capacitado para resolver —o atenuar— la tensión de manera transitoria. Sin embargo, ésta es una estrategia razonable si y sólo si el significado y el sentido institucional de las decisiones estatales asumen el valor preponderante del formalismo constitucional o de la legitimidad democrática en términos no absolutos. La carga democrática o la prioridad de exigencias procesuales o sustantivas en la convalidación de la decisión estatal, en rigor de verdad, no debieran ser concebidas dentro

de un juego de suma cero ni pueden ser capturadas como polos descartables dentro de una opción resuelta en abstracto. Ésa es una idea central.

Por otro lado, intentando integrar una estructura analítico-explicativa de observaciones y críticas, en tanto coordinadores y editores de este volumen, hemos procurado reunir un arco variado y equilibrado de puntos de vista y sesgos disciplinarios para la apreciación del problema. Todos los contribuyentes de este libro se han empeñado en marcar respetuosamente sus diferencias, y también los acuerdos. Ciertamente, en tanto editores, estamos muy agradecidos por poder contar con sus valiosos aportes.

El dilema apuntado, entonces, es inevitable. Y lo es porque cualquiera que sea la práctica democrática, y más allá de la forma constitucional, ambas categorías no tienen más remedio que convivir. La pregunta más elemental, luego, pretende descifrar cuán democrática debe ser una Constitución legítima o, tal vez, cuánto respeto a un orden constitucional de principios y reglas normativamente valiosas debe cumplir la práctica democrática. La clave de bóveda en el diseño de la conferencia —y en la presentación de este volumen—, por lo tanto, no es otra que intentar compilar un cuerpo sistemático de reflexiones pertinentes sobre esta disyuntiva. En el mejor de los casos, se trata de una recapitulación o conjunto ordenado de ensayos complementarios que intentan echar luz sobre los contornos que caracterizan la forma constitucional en los confines de la teoría democrática.

Por último, no huelga advertir que la dinámica deliberativa y los modos político-participativos de toma de decisión público-estatal siempre están ordenados por reglas y principios constitucionales. A partir de este dato, justamente, es posible también encontrar algunas percepciones sobre propósitos subyacentes comunes entre varios textos aquí recopilados. Por ejemplo, puede notarse una preocupación transversal en varios aportes que intentan descifrar estándares democráticos confiables o, también, aquellos que indagan —o cuestionan— la fiabilidad y eventual incompatibilidad de las expectativas civiles con relación a los objetivos trazados en el plexo normativo.

La principal preocupación que recorren la mayoría de los ensayos reunidos en este libro, en resumidas cuentas, presenta un doble perfil. Por un lado, aquí hay una invitación a sumergirse en las napas profundas que proveen legitimidad a la autoridad constitucional democrática. Por otro lado, para una mejor comprensión práctica de los desafíos (“no ideales”) técnico-democrático-constitucionales, el texto ofrece un conjunto objetivo de herramientas y datos técnico-jurídicos de evidente actualidad.

En suma, este volumen pone a disposición del lector un conjunto de herramientas y dispositivos conceptuales para un mejor análisis constitucio-

nal del poder democrático. Ésa es una característica importante que comparten varias contribuciones. Entre otras utilidades, quizá, sea posible que algunas conclusiones y reflexiones aquí reunidas puedan también ayudar al lector atento a desacomodar y/o a poner en crisis el orden interno de valores, principios y normas que tanto defensores como críticos del (neo)constitucionalismo suelen repetir desde sus separados círculos endogámicos de discusión y debate. Otro tanto puede caberle a sostenedores y detractores de la tradición democrático-mayoritarista; éstos también siempre proclives a precipitarse a debatir dentro de procesos amigables de confirmación de sus propias convicciones.

En breves palabras, el centro de gravedad de esta obra colectiva reúne reflexiones teóricas y observaciones fácticas sobre el clivaje que pone en contacto la herencia normativa del constitucionalismo con relación a las exigencias de legitimidad que la forma del poder democrático dispensa. Este libro, en última instancia, invita a reflexionar sobre un dilema abrumador: ¿deben (o no deben) acaso las expectativas democráticas estar subordinadas a un núcleo epistémico de ideas constitucionalmente innegociables? O, tal vez, dando centralidad a las aspiraciones democráticas, este volumen podría estar propiciando el compromiso decidido con los elementos normativo-legales e interpretativos que, quizá, solo quizá, debieran ir acomodándose a formas más exigentes de satisfacción colectivo-mayoritarias.

Pablo RIBERI

I. DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN

LA FORMA DE LA CONSTITUCIÓN —ESPECULACIONES SOBRE LA APARIENCIA DE UN ENTE SIN CONTORNOS—

Pablo RIBERI*

Es necesario que el pueblo luche por preservar el Derecho tal como lo hace con los muros de la ciudad.

HERÁCLITO
Fragmento 44 (Diog. Laert., 9-7)

SUMARIO: I. *Exordio*. II. *El conocimiento constitucional como ejercicio cauteloso de la observación*. III. *Autogobierno y segmentación del discurso dentro del conocimiento constitucional*. IV. *La forma de la Constitución y el polimorfismo de fuentes*. V. *Epílogo: lo político y la forma constitucional*.

I. EXORDIO

El conocimiento riguroso respaldado por el método científico porfía de manera invariable por lograr la objetividad y la universalización de sus predicados. Cualquiera que sea el área del saber —la teoría y el derecho constitucional incluidos—, tanto la razón pura como la llamada razón práctica se encuentran sin embargo obligadas a lidiar con las objeciones que históricamente han reivindicado tanto el escepticismo como distintas variantes de relativismo cognitivo.¹

* Profesor titular de Teoría constitucional y derecho constitucional en la Facultad de Ciencias Políticas de la UCC; profesor adjunto de Derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la UNC; vocal titular del Comité Ejecutivo de la International Association of Constitutional Law (IACL-AIDC).

¹ Recuérdese que para Kant, en el ámbito de la ética es posible el conocimiento auténtico. De todos modos, sólo si la reflexión práctica es dotada de un esquema formal de valoración y existiera también una fuerte noción de autonomía de la voluntad, ese conocimiento universal del bien puede llegar a volverse claro a la razón. En vez de recitar un código sobre

En este marco, un lugar común suele repetir apologeticamente la cita aristotélica llevada al latín: *amicus Plato sed amicus veritas* (“soy amigo de Platón, pero más amigo de la verdad”).² Ahora bien, ¿es esto necesariamente correcto en todas las disciplinas? ¿O puede tal vez ser más plausible en nuestras áreas de interés la menos conocida réplica de Cicerón?: *Errare malo cum Platone cum istis —Pythagorareis— vera sentire* (“Prefiero incurrir en el error con Platón que gozar la verdad con los pitagóricos”).³

El presente texto analiza la importancia de la forma constitucional como categoría teórica que permite instalar el conocimiento justificado del objeto llamado Constitución. Intenta desarrollar precisiones metodológicas y conceptuales que permitan la comprensión de eso que es Constitución; del derecho constitucional; de la estructura del Estado y sobre los derechos consagrados. En particular, se intenta hacer notar cómo la forma de la Constitución devela la necesaria naturaleza política de los fundamentos de una vida comunitaria civilizada. Cuando la Constitución se postula democrático-republicana, además, esa conexión política es una avenida que permite reconstruir una voluntad “performativa” pretérita; un camino que permite llegar hasta el sujeto colectivo que alguna vez decidió vincular libertad con autogobierno.

En las páginas que siguen se presentarán estas ideas y se hará notar como “poder” y “libertad”: las dos sustancias con las cuales toda Constitución se amalgama dentro de una única “forma” político-normativa. Precisamente, la forma constitucional. En lo que sigue, entonces, en cinco acápite principales —con algunas digresiones accesorias—, se recorrerán los temas que a continuación se describen.

En primera instancia, se darán algunas precisiones sobre cómo el conocimiento —entendido como saber crítico o creencia justificada— es un recurso de vital importancia para la vida práctica de observadores y participantes. La intención es saber qué, cómo y por qué toda Constitución debe ser originalmente aprehendida a través de su forma. En segundo lugar, se destacará cómo ha sucedido que este proceso de “ultrajuridificación” de las relaciones civiles ha traído consigo una creciente fragmentación semántica en la utilización del lenguaje técnico constitucional.⁴ Naturalmente, esta circunstancia ha ido impactando de forma negativa en el entendimiento cabal

lo que está bien, Kant invita a descubrir de dónde surge la ley moral. Al respecto, véase el teorema IV, dentro del capítulo primero, libro primero, primera parte de la *Crítica de la razón práctica*. Cfr. Kant, I., *Crítica de la razón práctica y la paz perpetua*, Porrúa, 1995.

² Aristóteles, *Ética nicomaquea*, 1096a11-15.

³ Cicerone-Tusculanae disputationes-I-17-39.

⁴ Rodotà, Stefano, *La vida y las reglas*, Madrid, Trotta, 2010, p. 25.

de los fundamentos de la materia. En tercera instancia, se repasarán algunos apuntes metodológicos, cuyos resultados provienen fundamentalmente desde el derecho constitucional comparado. En cuarto lugar, se explorará la idea de Constitución a partir de sus dos principales usos lingüísticos. Vale decir, se verá ésta desde el punto de vista formal y también desde el punto de vista material. Luego, se relevará cómo la atávica idea de la supremacía constitucional ha consolidado la “reificación” de ambas ideas. En quinto lugar, se abordarán los nudos epistémicos que revelan el contenido de los entes que, atrapados dentro de una forma común, permiten reconocer eso que es Constitución. Y a propósito de ello, se explicará por qué el preámbulo y el llamado “precompromiso” constitucional operan como categorías seminales desde el punto de vista del constitucionalismo político. Muy en particular, en los modos expresivos que designan las opciones democrático-republicanas de diseño constitucional. Habiendo aclarado estos términos, seguidamente, se revisarán los puentes teóricos por donde suelen transitar los discursos que todavía están comprometidos en inocular legitimidad democrática al poder político que crea la Constitución. Finalmente, llamando la atención sobre el vínculo existente entre “lo político” y la “forma constitucional”, se coronará el cuerpo principal de conclusiones de este trabajo.

II. EL CONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL COMO EJERCICIO CAUTELOSO DE LA OBSERVACIÓN

Saber y creer no es lo mismo. Esto es importante. Ya me he expresado al respecto en textos anteriores. Ahora bien, frente a nuestras elecciones y acciones constitucionalmente relevantes, ¿por qué es tan relevante advertir la diferencia entre ambos estados mentales? Dado que el tema que voy a analizar es al mismo tiempo teórico, aunque también práctico, las conexiones y diferencias entre saber y creencia —o entre mera creencia y creencia justificada—, sin duda, es algo que merece aclaración.⁵

Esto es interesante, además, porque frente al mundo de los objetos culturales —y para la comprensión y aplicación de categorías abstractas involucradas en la teoría constitucional—, resulta sensato dejar bien plantados los puntos de partida donde se asienta el saber específico.⁶ Lo concreto, lue-

⁵ Tanessini, Alessandra, “The Practices of Justification”, en *AIVV* —edited by Alcott, Linda M—, *Epistemology —The big questions—*, Blackwell Publishers, 1998, pp. 152-165.

⁶ Con relación a los objetos culturales, en este punto es interesante explorar los fundamentos antropológicos y filosóficos legados por Ernst Cassirer. En particular, su análisis acerca del carácter simbólico del lenguaje y su percepción de la cultura como un sistema

go, es que hay conocimiento cuando “eso” percibido —el objeto sometido a estudio— se nos revela como un ente dotado de plausible existencia. En nuestra materia, trátase de algo que exhibiendo permanencia y singularidad, en tanto ente existente, es un objeto complejo que estimula nuestros sentidos y percepciones. La racionalización de nuestra experiencia sensible y emocional, por lo tanto, se transforma en una clave insoslayable sin la cual no es posible acceder al saber constitucional.

John Dewey afirmaba “aprender es más importante que saber”. Esto parece tener sentido. De todos modos, con respecto a la Constitución, ello no necesariamente suele ser así. Y me atrevo a decir, incluso que, cuando el aprendizaje se da por mera repetición, contrariamente, es ignorancia la secuela más verosímil. Mi intuición, luego, va a en sentido inverso. Entiendo que frente a cualquier ente u objeto —físico o metafísico; material o ideal—, el conocimiento riguroso obliga a todo agente sensato a confrontar el producto de su experiencia sensible. Es ineludible acreditar y ordenar las observaciones establecidas.⁷ Ciertamente, en esa inteligencia, resulta necesario que el entendimiento pueda racionalizar la experiencia de los sentidos. En definitiva, con mayor ambición, para que la transmisión del entendimiento pueda tener lugar, es fundamental que exista un marco lógico-lingüístico-epistémico común entre las personas que comparten esa misma experiencia. Sin una plataforma de comunicación colectiva, sin una gramática estricta que ordene esa comunicación, la aludida distinción entre saber y creer tiende a convertirse en una quimera. Porque, ciertamente, sólo es conocimiento justificado aquel que se concreta por medio del lenguaje. Este es el único saber que puede compartirse con otros individuos.

De modo que el concepto de Constitución como idea reguladora del comportamiento civilizado no debiera mostrarse esquiva a las posibilidades del conocimiento práctico. A partir de la Constitución podemos reconocer tanto los límites normativos de la actividad estatal como las posibilidades legalmente aceptables del comportamiento de las personas. La verdad es

simbólico de formas. Cfr. Cassirer, Ernst, *El mito del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993. Asimismo, Cassirer, Ernst, *La filosofía de las formas simbólicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

⁷ En este punto Kant no creía como Sócrates, que la mera ignorancia llevaba a quebrar la ley moral. Para Kant, el conocimiento es crítica. Por eso, en este punto, cabe tener presente la afirmación de Luc Ferry y Alain Renaut en cuanto que el “criticismo” es una tendencia epistémica que trata de resolver la histórica antinomia entablada por el dogmatismo —que creía que era posible el conocimiento del todo— y el escepticismo —que negaba absolutamente tal posibilidad—. Cfr. Ferry, Luc y Renaut, Alain, “Kant y Fichte”, en *AAVV*, ed. by Lilla, Mark, *New French Thought*, Princeton University Press, 1994, p. 75.

que los ciudadanos responsables difícilmente puedan consentir que el conocimiento del contenido de una Constitución pueda transformarse en una tarea esotérica; algo así como una empresa oscura, dispersa y aleatoria. Los falsos giros hermenéuticos de muchos intérpretes junto a los caprichos expositivos de no pocos legisladores y expertos, empero, precipitan una gran cantidad de vaguedades y equívocos en la materia.

Pues bien, de nuevo: no es lo mismo saber que creer. Porque, claro, muy a menudo sólo creemos saber algo, o bien repetimos las creencias de otros que dicen saber lo que nosotros hasta ese momento desconocíamos. Ciertamente, además, algo que pareciera inobjetable a nuestros sentidos —ante nuestra experiencia limitada—, apenas si es el reflejo episódico de un fenómeno sensible percibido de forma subjetiva. El mismo debe repetirse y verificarse incontables veces para abandonar la mera *doxa* para convertirse en *episteme*. Todo lo que es percibido sin cuestionamientos propone una alternativa de saber o conocimiento apenas precario. Lo que en verdad sucede es que ese supuesto conocimiento que puede parecer infalible, en rigor de verdad, es un registro que está inexorablemente integrado a una malla de información plagada de agujeros por donde se han infiltrado también otras evidencias y razonamientos de variable fiabilidad. Lo que sabemos y lo que no sabemos suele ser dudoso y mutable.

En materia de teoría constitucional esta precariedad merece atención. Ello es así porque cualquier adhesión irreflexiva a saldos de conocimiento y a experiencias ajenas, sin duda, constituye una vía rápida hacia la multiplicación del error en complementarios y/o derivados conocimientos supuestamente rigurosos. Esto está claro. Más allá de posibles desatenciones, es plausible entonces notar cómo hacemos propio y tomamos por verdadero el legado atávico de pretéritas y heredadas representaciones del mundo. Repetimos definiciones y ajustamos la comprensión a taxonomías y a lecciones reproducidas desde la autoridad académica, la ignorancia o, directamente desde la pereza. Sin suficientes resguardos ni elementos de convicción forjados en el pensamiento crítico, entonces, la firmeza y convicción de muchos expertos que han dicho saber y conocer los nudos y sutilezas de la libertad, de la igualdad y de los derechos ha terminado consolidando una situación cuanto menos confusa en la materia constitucional. Esto es, la repetición de estas lecciones ha ido componiendo campos semánticos de corrección cuya verosimilitud o veracidad debiera instalarse a partir de una instancia previa de determinación epistémica ineludible: la forma constitucional.

No está de más notar que la repetición perceptiva de nuestra limitada experiencia fenoménica/institucional es la que induce a asimilar vínculos o

relaciones causales como si en materia constitucional estuvieran operando las mismas leyes mecánicas que gobiernan la naturaleza. Con cierta despreocupación o negligencia, soslayamos la importancia del hecho estadístico que, efectivamente, puede eventualmente convalidar (o no) la sobreinclusión perceptiva de fenómenos que son dispuestos dentro de caprichosos marcos temporales o espaciales. Particularmente, en las ciencias sociales, la asimilación desatenta de hechos o comportamientos apenas similares precipita el agrupamiento de eventos o casos que, en contadas oportunidades, son efectivamente equiparables. Unas pocas veces, asociamos hechos o comportamientos análogos en apariencia. La mayoría de las veces, la somera semejanza provoca confusión. En definitiva, pensamos como humanos.

De modo que “eso” que en la dimensión político-constitucional solemos llamar conocimiento empírico, a menudo, apenas si se trata de una universalización del pensamiento; se trata de un conjunto aislado de percepciones independientes que no siempre son asimilables o coherentes entre sí. Vale decir, en nuestra disciplina, claramente se aprecia una clara tendencia a expandir la certeza del “saber” episódico sin haber tomado el tiempo —y el universo de casos necesarios— que podrían razonablemente consolidar o definir un capítulo de observaciones como forma del saber o creencia justificada.

Tanto en las ciencias sociales en general como en el derecho constitucional, en particular, abundan los discursos que incuban sus propias falacias y contradicciones internas. Por ejemplo, sobre la descripción de la realidad política, económica y social, suelen montarse una dimensión retórica fungible de relaciones causales que traen consigo conclusiones normativas no siempre coherentes. Y así, no es posible distinguir entre saber y creencia. Porque, claro, ¿en qué casos los sujetos “deben” ser tratados efectivamente como iguales?; ¿cómo “debe” operar el debido proceso en un caso —y por qué no es lo mismo en otro—?; ¿cuándo “debe” un sujeto gozar la legítima capacidad de resistir una orden de una autoridad (y cuándo no)? Aun cuando la comprensión de la realidad no debiera depender de las destrezas retóricas —entre las opiniones en pugna—, sin embargo, es evidente que la misma difícilmente pueda llegar a ser una tarea objetivable o reducible a una unívoca óptica constitucional. Y esto trae problemas.

Los procesos de comunicación en materia constitucional no están habitualmente sometidos a parámetros o exigencias imparciales de validez. Entre otras razones porque el mundo real no puede quedar atrapado dentro de los límites del mundo del derecho. Por más expansiva que sea la legislación, la interpretación judicial y la dinámica del poder estatal, la verdad es que

las posibilidades del conocimiento normativo operan en un registro distinto al mundo de los problemas jurídicos. Es cierto que el derecho se ha transformado en un fenómeno invasivo que ha ido cambiando la percepción del mundo de la vida.⁸ Aun así, la contingente falta de precisión en el lenguaje como la ausencia de veracidad en el discurso potencia los desacuerdos y los conflictos de justicia. La mera repetición de ciertas respuestas normativas, en rigor de verdad, suele ser una estrategia para enmascarar precarias situaciones de poder o hegemonía en las relaciones involucradas.

En materia de creencias constitucionales, además, son abundantes las sinécdoques. Ese modo de reflexionar, muy a menudo, instala la repetición o genérica alusión fenoménica de ciertos hechos solapándolos con concomitantes soluciones normativas. En resumidas cuentas, bajo el ropaje de eruditas soluciones de justicia se consolidan nudos discursivos sin debida fundamentación. No es que haya un engaño deliberado y artero. No es eso. Sólo sucede que una realidad autoritativamente definida por otros es responsable de acabar con cualquier resistencia o apertura “nominalista”. Trátase de una realidad que en su aparente objetivación expulsa toda digresión analítica y/o percepción crítica.

Sea en el plano de la razón práctica, sea con relación a los fenómenos del mundo de la vida, en todos los casos, el conocimiento debe siempre minimizar los efectos desgraciados que se siguen del error y de la arrogancia de quienes tienen poder y dicen saber. Naturalmente, la mala voluntad, la despreocupación o el simple dogmatismo dejan secuelas negativas en el largo plazo. Por eso es importante la cautela. Ello es necesario porque sólo en algunas pocas ocasiones es posible jactarse de que lo que comunicamos es sabido cabalmente a ciencia cierta. De suerte que, en general, siempre resulta razonable mostrar desconfianza y/o es sensato mostrarse reticente ante el conocimiento jurídico que, viniendo elaborado por otros, pretende dominar el conflicto de derecho actual. Muy en particular, es conveniente desconfiar de las soluciones respaldadas por círculos endogámicos de expertos.

Siguiendo el temple pregonado por Hume, en cambio, resulta inteligente reconsiderar y desarmar analíticamente la compleja universalidad de las intuiciones y experiencias sensibles que dominan la explicación fenoménica de la realidad constitucional.⁹ En este territorio, de tanto en tanto, es conveniente incluso revisar nuestras creencias y certezas más elementales; someterlas a procesos deliberativos de ajuste. La moralidad pública, en

⁸ Rodotà, Stefano, *La vida y las reglas*, Madrid, Trotta, 2010, p. 25.

⁹ Nagel, Thomas, *Mind and Cosmos: Why the Materialist Neo-Darwinian Conception of Nature is Almost Certainly False*, Oxford University Press, 2012.

términos políticos y filosóficos, es una tarea también constitucional. Y en este sentido, por supuesto, es prudente mostrarse cauteloso con relación al rango epistémico que hasta el presente goza nuestra íntima percepción de los fenómenos políticos, económicos y sociales bajo análisis. Es civilizado encontrarse abierto a discutir el significado y valor de las instituciones y los procedimientos que elaboran y procesan las normas jurídicas con dimensión constitucional.

Cuando hablamos de una Constitución edificada sobre la plataforma de un régimen político democrático, está claro, esta afirmación debe ser expresada con máximo compromiso y contundencia.¹⁰ En tal caso, en tanto que el concepto de Constitución alude a un objeto cultural complejo en diseño, estructura y valor; dado que, en cuanto tal, dicho concepto no puede eludir una necesaria dimensión normativa, resulta inevitable, entonces, que las ambiciones epistémicas de verdad, precisión y justicia tiendan a entrar en disputa. Eso es así, sobre todo, cuando las mismas ambiciones son definidas en un plano de libertad e igualdad.

Vale decir, lo que creemos saber de la Constitución, en gran medida, no sólo está atado a un significado y sentido lingüístico atribuido por los usos coloquiales que han mentado su aplicación práctica en el tiempo. El concepto, en gran medida, depende de la transformación del campo semántico en renovados procesos de resignificación y adaptación discursiva. En otras palabras, la Constitución como objeto de conocimiento no puede ser otra cosa que una representación pragmática de un ente ideal revelado en torno a un conjunto de reglas, principios y valores en contingente transformación.¹¹ Una representación asentada en una historia de acuerdos y desacuerdos; una forma sin contornos que permite reconocer la voluntad política que ha forjado y sostiene esa determinación. Lo que mentamos cuando hablamos de la Constitución, en rigor de verdad, no es una única ontología extraída del mundo del derecho. Por el contrario, trátase apenas de una representación poliforme que tiende a manifestarse de múltiples maneras y con diversos contenidos.

¹⁰ Sobre este particular, es muy interesante leer el capítulo II de la teoría democrática de MacPherson. MacPherson, C. B., *Democratic Theory —Essays in Retrieval—*, Oxford University Press, 1973, pp. 24-36.

¹¹ La conciencia de una realidad político-constitucional surgida a partir de la necesaria unidad del objeto —representado— por defecto de una representación (política) que comprende múltiples entes y/o identidades en potencial conflicto, precisamente, constituye uno de los desafíos más exigentes de la teoría constitucional en general y de una teoría de la representación en particular. A quien interese, sugiero revisar el siguiente libro de mi autoría: Riberi, Pablo, *Teoría de la representación política*, pp. 151 y ss., Rubinzal Culzoni, 2014.

1. *Sobre lo que se ha entendido que es una Constitución*

Lo que creemos saber sobre la Constitución, por lo tanto, depende de una combinación de presupuestos interpretativos, aptitudes cognitivas y posibilidades discursivas. Una combinación aleatoria que, dada la creciente sofisticación del lenguaje académico, inevitablemente, se nos va presentando en expansiva complejidad. De todos modos, en este punto sucede algo interesante, algo que alivia la mencionada complejidad. Sucede que, cualquiera que sea su contenido, toda Constitución en tanto tal, siempre debe cumplir una gama estricta de funciones específicas.

Sobre los pliegues de lo factual, y comprendiendo esas funciones, resulta entonces abandonar el plano de la simple creencia para ingresar en una dimensión más sólida de conocimiento. Vale notar, por ejemplo, que el objeto llamado Constitución ha estado históricamente atado a un concierto más o menos estable de expectativas asociadas al valor justicia. Toda Constitución, ante todo, está destinada a organizar el poder. Más acá en el tiempo, ciertamente, la norma llamada Constitución ha sido un instrumento eficaz para garantizar el cumplimiento efectivo de un expansivo cuerpo de derechos.

En términos conceptuales, por lo tanto, aun cuando sea problemático enumerar taxativamente cuáles deben ser las estructuras y funciones esenciales que deben necesariamente estar instaladas al interior del objeto llamado Constitución, ello no empece a que su variante composición reposa empero sobre una única “forma”. Es que, en tanto objeto del entendimiento, los usos lingüísticos históricamente relevantes son los que hoy permiten reconocer dentro del universo de todas las normas, una clase especial, que por su “forma” es norma distinta a todo el resto de las demás legalmente reconocidas por defecto de su imperio. De manera que, por su contenido, es correcto notar que toda Constitución puede verse reconocida, interpretada y/o valorada de manera dispar. La dinámica interna de su aplicación; la práctica interpretativa —con todas sus modificaciones y adiciones— es elusiva. Más allá de ello, sin embargo, como una especie única dentro de un género abierto común de normas, por su forma sólo una Constitución puede ser Constitución.

En consecuencia, apreciando las condiciones históricas que han llevado a esta ecuménica expansión de órdenes percibidas como constitucionales; si se aprecia cómo se ha producido la reproducción imitativa del discurso constitucional de los derechos en diversas culturas e identidades civilizadas; si se tiene en cuenta que la toma de decisiones público-estatales necesariamente se sostiene en procedimientos y modos político-participativos, que cuando se postulan democrático-republicanos permiten dotar de legítimi-

dad y autoridad a las normas; si todo ello fuera aceptado, entonces, resulta también evidente que el objeto llamado Constitución ha terminado por convertirse en un concepto universal reducible en una única forma. Esto es, un concepto que menta un constructo cultural singular aun cuando su contenido es muy diverso.

Tratase, por lo tanto, de una idea más bien práctica que hoy pertenece todo el colectivo humano. Aun cuando todavía sea inevitable la disputa constante en torno a su sentido y valor específico, no cabe duda, a pesar de ello, la Constitución se ha convertido definitivamente en un concepto prestigioso en el vocabulario de las personas. Más allá de ello, el término sigue siendo tan problemático como imprescindible. Y claro, ello es así porque con los usos lingüísticos aluden a un ente ideal que, no obstante su objetividad, nunca está en reposo, un objeto cultural cuya auténtica fisonomía, en rigor de verdad, se aprecia y valora en circunstancias de conflicto. Toda Constitución representa un producto colectivo, que a los ojos de observadores y participantes es ratificado, alterado o descartado sin perder su continuidad histórica con la comunidad política que le da autoridad. Es la norma que, al fin y al cabo, puede también lucir momificada, o que, por medio de instancias interpretativas más o menos positivas, más o menos hermenéuticas, puede también llegar a reconfigurarse de manera incontrolada.

De modo que, dentro de este paradigma de sentido, si se asumen condiciones democráticas de identidad y cambio, es inevitable, ese único objeto Constitución podría llegar a postular normas, principios y valores tan permanentes como diversos. Según sea la voluntad política establecida por el pueblo —o por una mayoría relevante, o por quienes ejercen el poder—, la Constitución, en todos los casos, sólo se nos revela bajo una única forma. Los contenidos son múltiples. La forma, en cambio, es siempre una sola. Precisamente, por esta sutileza, sabemos que la forma de una Constitución permite a cierto tipo de valores, principios y reglas ingresar y mudar su cualidad normativa en su exposición constitucional. Independientemente del nombre que presuma el objeto, la forma es la instancia que desencadena una operación perceptiva que permite identificar dentro del universo de todas las normas a cierto rango selecto que específicamente son reconocidas como constitucionales.

En consecuencia, más allá de toda alteración y cambio, una comunidad, el *demos* (o un conjunto de *demoi*) debe asumir esta realidad. Aun cuando el pueblo —o la mayoría que lo exprese— se haya apropiado del poder constituyente y haya decidido alterar radicalmente su contenido, de ello no se sigue que éste pueda degradar su forma. No hay poder autocrático ni de

ninguna naturaleza que pueda alterar esa fisonomía o dominar su contenido para siempre.

¿Por qué? Pues bien, ello es así, precisamente, porque la Constitución debe necesariamente verse montada sobre una estructura política de sentido. Para cumplir las funciones típicas del Estado, la dimensión política resulta una instancia política imprescindible. Pero además ello debe ser así por otra razón evidente. En efecto, ante la posibilidad de enmiendas, reformas o adiciones, frente al fenómeno de la mutación constitucional y ante cualquier alternativa que por vía interpretativa propiciara alteraciones —incluso ilegales o ilegítimas—, esto hay que saberlo, siempre vamos a terminar enterándonos de que para que tales alteraciones puedan volverse constitucionales deben estar fraguadas dentro de la misma forma que vinieron a desplazar. Y la forma como dijimos, sólo puede surgir cuando existe una dimensión política que previamente ha habilitado la matriz constitucional de su especificidad.

Como intentaré demostrar, entonces, la norma fundamental llamada Constitución siempre tiene una única forma, aun cuando esa forma no sea una figura simple o carezca de un perímetro preciso. Y claro, tal peculiaridad puede causar desorientación. La desorientación no sólo está instalada en la mente de ciudadanos, individuos y operadores del derecho. La misma suele incluso obnubilar a no pocos expertos. En efecto, así, muy a menudo, unos y otros, suelen confundirse con lo que (creen) saber respecto a (evanescentes o cambiantes) los contenidos de “eso” llamado Constitución. Esto es, por la interpretación sesgada de los enunciados contenidos por la Constitución A, B, C o Z. En consecuencia, así, puede uno apreciar cómo la discrepancia nunca atañe a la forma o al reconocimiento de la empinada jerarquía de la Constitución, sino que tal desacuerdo versa sobre el significado o contenido material que pudiera tener alguna sección de la Constitución. Luego, una cosa es creer —o saber— la pertenencia —o no— de una norma como parte de la Constitución (A, B, C o Z) y otra cosa distinta es tener un conocimiento acabado (“o una creencia justificada”) acerca de todos los contenidos normativos que deben informar el objeto Constitución en abstracto. Estos diferentes niveles de controversia, sin duda, merecen especial atención.

2. *Gestación, supremacía y el carácter “formal” del derecho constitucional*

Ahora bien, ¿por qué es fundamental poder reconocer a la Constitución por su forma? Pues bien, ello es importante por varias razones. Entre otras

cosas, porque tal certeza permite aprehender otra serie de elementos fácticos incidentales. Por caso, si hay Constitución, de paso, debo saber también que existe un Estado y un orden jurídico derivado de dicha Constitución. Este triángulo de factores (Constitución, Estado y orden jurídico), en sus vértices, a su vez, vuelve patente la conexión de otros elementos político-normativos también inescindibles. Además, como advierte Schmitt, “no hay ningún Estado sin representación, porque no hay ningún Estado sin forma política, y a la forma corresponde esencialmente la representación de la unidad política”.¹²

Por lo tanto, la sola certeza acerca de la existencia de uno de ellos implica la certeza acerca de la presencia de los otros con todas las consecuencias complementarias que tales categorías propician. Ciertamente, entonces, a partir del conocimiento de la existencia de un Estado, como es lógico, los otros factores son intuitivos aun cuando no se cuente con datos empíricos acerca de éstos. Una vez acreditada la existencia de uno, es inevitable, viene también la conciencia sobre existencia de los otros. Y sobre el reconocimiento de la realidad jurídica, estatal y constitucional, en última instancia, es pleno, se asume asimismo la existencia de una comunidad política concreta que ha desatado esa trilogía como identidad de referencia.

Para el caso de las Constituciones democrático-republicanas, además, es evidente que a partir de la concreción de un texto constitucional debe asimismo reconocerse la preexistencia de una decisión política fundamental de parte de un colectivo de individuos. La Constitución, luego, se nos revela como una decisión plural en virtud de la cual la comunidad política involucrada ha sabido alcanzar una organización política y jurídica. La vocación de convivir civilizadamente en el tiempo suele acompañar la aptitud constitucional. Si la Constitución refleja una “decisión política fundamental”, es evidente, la “forma” constitucional es el único criterio capaz de individualizar la naturaleza política de tal proteica decisión en un momento dado. Esa voluntad colectiva —emanada de sujetos libres e iguales—, de paso, es cabal expresión del autogobierno en ciernes.

La decisión constitucional, ante todo, tiene por objetivo organizar, racionalizar, limitar el poder. La lógica del precompromiso constitucional —como se hará notar más adelante— justifica la voluntad colectiva de obedecer la Constitución. Vale decir, la Constitución debe ser obedecida por el

¹² Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, p. 207. Por otro lado, téngase la distinción que hace este autor entre Constitución y ley constitucional, diferencia esta relevante para la comprensión del concepto formal y material de Constitución. Schmitt, Carl, *ibidem*, p. 111.

solo hecho de ser Constitución. De todos modos, hay razones autopoieticas para un genérico deber constitucional de obediencia. Además, si la Constitución puede resguardar derechos, precisamente, es porque la cooperación social es algo distinto a una expectativa derivada de su supuesta legitimidad inmanente.

Para la teoría constitucional, entonces, la forma y el carácter formal de la Constitución constituyen un par básico y complementario de conceptos. Se trata de una combinación de patrones que sirven para dar precisión a todo un campo de referencias específicas en materia de derecho constitucional. Ambas nociones resultan imprescindibles a la hora de identificar un selecto tipo de normas que, precisamente, por su forma —y gracias al carácter formal—, pueden luego ser individualizadas en toda su especificidad. Conforme fuera explicado precedentemente, de tal manera, es por su forma —antes bien que por su contenido y/o materia—, que ciertos preceptos normativos de una Constitución operan como tales. Según se ha argumentado, no hay otro camino de identificación más adecuado. En consecuencia, dada la voluntad política que forjó tales credenciales, su relevancia y función nunca debe ser soslayada ni confundida.

Por la forma —y valiéndonos del carácter formal—, podemos justificadamente comprobar que una norma que se manifiesta o que es denominada Constitución, efectivamente, opera como tal.¹³ Luego, si la forma es lo que determina que una cosa sea lo que es, si por la forma constitucional es posible diferenciar un ente normativo principal frente a otros entes normativos infra o paraordenados, si a partir de esa forma es factible que normas dispersas y de diversa estirpe —aunque ubicadas también en situación de prevalencia— pudieran estar compartiendo un mismo espacio de jerarquía, no cabe duda, todo ello es así porque ha sido el precompromiso constitucional la instancia que con anterioridad ha dado nacimiento a la genérica obligación política de obediencia a la Constitución y a las leyes. Vale decir, sin el concepto de supremacía constitucional no puede existir ese abstracto deber de obediencia.

Una vez que el genérico deber político de obediencia a la Constitución es aceptado, entonces, el complementario concepto de supremacía trae consigo también la presunción de legitimidad de todas las normas involucradas

¹³ Tagle Achával, Carlos, *Derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1976, pp. 91 y ss. Además, dado que poder y libertad son las sustancias exclusivas que informan la argamasa constitucional, en términos formales, es posible proponer una definición universal para todos los tiempos y lugares posibles, desde las comunidades primitivas hasta las eventuales colonias organizadas de extraterrestres en un recóndito planeta extrasolar. Sobre la base de lo dicho, esa definición afirma que la “Constitución es la norma que dice cómo se hacen las normas”.

con esta cualidad. Y el punto interesante es que sólo esta certeza inducida es lo que permite universalizar dicha obligación en abstracto. Compréndase, la supremacía alude a una cualidad normativa excepcional —o característica sobresaliente— que toda Constitución debe necesariamente ostentar. Ello es así, aun cuando por defecto de su imperio sea también posible que haya algunas otras normas que pudieran estar compartiendo dicho estatus.

Por lo tanto, hay que entender que si bien es posible que haya normas que integren el rango de supremacía aun cuando ellas no formen parte de la Constitución, es pleno, empero, que no puede haber norma de la Constitución que no sea suprema. Naturalmente, un sistema constitucional es compatible y puede incluso ser deferente respecto a otros sistemas jurídicos independientes. De hecho, ésa ha sido una característica del modelo poswestfaliano, que en muchos casos ha aceptado el llamado monismo respecto al derecho internacional. De todos modos, y esto es clave, en ningún caso es aplicable el concepto de supremacía del orden constitucional integrado si previamente no se acepta el genérico deber de obediencia a toda norma llamada Constitución.

De manera que si por su forma la Constitución es una entidad necesariamente fundante para todo sistema de normas, de ello se sigue que el contenido de aquélla nunca debe ser interpretado de manera desconectada de las condiciones procedimentales e institucionales que alguna vez habilitaron la creación, la modificación y/o derogación de sus provisiones. La Constitución, en consecuencia, en tanto fuente y fundamento de legitimidad de todo el orden jurídico, se presenta siempre como un ente normativo singular que debe verse diferenciado de otros cuerpos de normas independientes o complementarias de su contenido.

3. Interpretación y “forma” constitucional

Frente a la vaguedad interpretativa de cualquier precepto constitucional, ante la pregunta sobre cuál debe ser el significado correcto de una norma constitucional, sin duda, asoman varias posturas teóricas, semánticas, hermenéuticas, que merecen evaluación. De todos modos, más allá de la disputa en cada caso concreto, la reivindicación del “carácter formal” resulta un punto de partida inteligente para la tarea esclarecedora.

La verdad es que una pregunta de esta espesura no puede formularse con la secreta esperanza de que un interlocutor indolente podrá livianamente encontrar su respuesta hojeando el diccionario —o navegando en Wikipedia—. Naturalmente que no es así. Cualesquiera que sean las cir-

cunstanCIAS que rodean la incertidumbre o la naturaleza heurística de la indagación, a no dudarle, ante la irrupción de tal pregunta constitucional, en su respuesta se encuentra cifrado un interrogante mayor, cual es aquel que indaga sobre la existencia de un tal objeto —claro y distinto— que históricamente hemos venido llamando Constitución.

La interpretación y aplicación de normas constitucionales, por lo tanto, necesitan estar apoyadas en el “carácter formal”. Dicha apertura resulta una pieza teórica fundamental, pero más importante, propone una alternativa práctica de rastreo genético de la supremacía.¹⁴ Más aún, si el fundamento de legitimidad de las previsiones constitucionales fuera democrático-republicano, es evidente, la cabal interpretación de su contenido requiere tal aptitud para evitar estratégicas normalizadoras intentadas por exégetas y/o expertos proclives a la manipulación moralizante.

Eso, a todas luces, es inadmisibile. Lo que en definitiva sea la Constitución, no puede estar confinado en la destreza autoritativa de jueces o académicos. Como advierte Waldron, la “supremacía” no es (del poder) judicial. La “supremacía” es constitucional.¹⁵ Ante el conflicto de derechos, entonces, resulta sensato que el Poder Judicial tenga que intervenir, y que en esa tarea sean los jueces quienes tengan la última palabra en la resolución de la disputa. Ahora bien, de ello no se sigue la ecuación —o el lugar común— que repica: (que) “la Constitución es lo que los jueces dicen que la Constitución es”.¹⁶ Si la Constitución es un *opus* colectivo ideal que representa un producto transaccional de muchas mentes, lo que su contenido en verdad

¹⁴ Tagle Achával, Carlos, *Derecho...*, *cit.*

¹⁵ A propósito de la repetida (y descontextualizada) cita del juez Hughes sobre que “la Constitución es lo que los jueces dicen que es”, Jeremy Waldron elabora una contundente crítica en su texto “The Core of the Case against Judicial Review”. Véase Waldron, J., *Political Constitutionalism*, Harvard University Press, 2016, pp. 195-245.

¹⁶ Es habitual toparnos con la frase —tomada fuera de contexto— del juez Hughes, quien dijo que “la Constitución es lo que los jueces dicen que es”. Quienes repiten este lugar común pierden de vista el problema de la pluralidad de fuentes y soslayan la importancia de los métodos interpretativos. Porque, claro, en última instancia, la primacía de la Constitución (interpretada) no debiera ser una tarea exclusiva reservada a los expertos; sin embargo, para esta rendencia, la agresividad sin límites del control de constitucionalidad como la admisibilidad irrestricta de la adjudicación constitucional es irrenunciable. Naturalmente, no advierten cómo esta postura ha venido minando el significado anímico de la Constitución republicana y ha empobrecido las creenciales democráticas del constitucionalismo. Una tarea seudotécnica, individualista, y esencialmente antipolítica, esta postura hegemónica está descentrando a la Constitución de sus horizontes originarios de sentido. Obviamente, para sostener que la Constitución es lo que los jueces dicen que es, resulta esencial asumir un problemático “objetivismo constitucional”, que curiosamente reniega en sus postulados teóricos de toda referencia empírica.

podiera llegar a ser, no puede depender de eventuales argumentos de autoridad. Si la Constitución se jactara de una estirpe democrático-republicana, mucho menos puede su contenido quedar atrapado dentro de la opinión aristocrática de unos pocos “mandarines” que dominan su significado.¹⁷ Esta forma de pensar, inexorablemente, es una avenida rápida que aleja a la Constitución de las aludidas claves democráticas.

Por cierto, es entonces evidente que toda respuesta interpretativa sobre el contenido de la Constitución tiende a ser más verosímil y legítima en la medida en que ésta se encuentre inscrita dentro de un encadenado registro institucional de decisiones políticas y jurídicas individualizables en la historia. De todos modos, cualquiera que sea este registro, cualquiera que sea el tenor de las demandas presentes, la interpretación de una norma constitucional que venga a resolver un conflicto en esta jerarquía, es evidente, la apelación al “carácter formal” puede ser un recurso necesario si la filiación normativa de la respuesta estuviera en disputa.

En este punto se me ocurre una intuición que, seguramente, ya está sospechando el lector atento. En efecto, si se apela al carácter formal de la Constitución, toda complejidad complementaria intra o extrasistémica, todo particularismo idiosincrático, ciertamente, pasa a ser o bien irrelevante o bien sofisticación erudita. Porque, claro, sobre la base pragmática del potencial desconocimiento, confusión o duda, la pregunta concreta sobre qué es la Constitución, necesariamente, debe contar con una respuesta directa, firme, sin vueltas.

De manera que, más allá de posibles contornos o elementos difusos, cualquier observador atento está en condiciones de reconocer el fenómeno constitucional de forma plausible. De manera tal que en todo proceso deliberativo democrático, en mayor o menor medida, los interlocutores están en condiciones de discernir la presencia de un conjunto de predicados constitucionales comunes. El aludido fenómeno constitucional, además, supone una carga normativa. Vale decir, la percepción del fenómeno constitucional presupone la potencial accesibilidad de la razón práctica a esos predicados de justicia.

¹⁷ Me interesa remarcar algunas ideas que he desarrollado en otros textos. En particular, deseo destacar un concepto que hube de acuñar para referir críticamente las dominantes intuiciones que resume el llamado neoconstitucionalismo. El término que resume esta sensibilidad hegemónica lo denomino “criptoconstitucionalismo”. Esta corriente se opone al llamado constitucionalismo político, y está en las antípodas de la tradición democrático-republicana. Además, está claro que, en su desarrollo, los neo(cripro)constitucionalistas apuestan a un patrullaje de contenidos por parte de jueces y académicos. Véase Riberi, Pablo, “Límites al poder constituyente: subjetividades y agonías del criptoconstitucionalismo”, en Núñez Leiva, José I. (ed.), *Nuevas perspectivas en el derecho público*, Santiago de Chile, pp. 55 y ss.

De todos modos, una vez más, la Constitución es verosímelmente percibida por medio de su forma o, mejor, por defecto del carácter formal que caracteriza al concepto de Constitución. Este es el camino. La utilización de este recurso, en consecuencia, nos ubica en la trayectoria adecuada. Por su forma, y aplicando el carácter formal —que distingue el concepto de Constitución—, es factible aprehender el objeto Constitución de una manera confiable. Es curioso y hasta irónico, pero lo que se quiere destacar es que el carácter formal permite reconocer a la Constitución material.

El repertorio de enunciados relevantes acerca de una Constitución, de tal suerte, deben estar dotados de justificación adecuada y deben ser compatibles con la “forma” y el “carácter formal” del concepto de Constitución. Tales atributos sostienen la pretensión de certeza que el discurso constitucional necesita. Éstos, además, suponen que los interlocutores se someten a un proceso “no ideal” de descubrimiento y disputa retórica. De manera que si la “forma” es la vía segura que permite la individualización de cualquier ente que sea Constitución, sólo a partir de la “forma”, es evidente, toda norma que forme parte de la Constitución puede luego llegar a ser apreciada por su cualidad o valor normativo intrínseco. En rigor de verdad, según lo dicho, todo el orden político-jurídico y la existencia misma del Estado están operando mancomunadamente dentro de una compleja constelación de subcircuitos normativos dominados por el carácter formal de la Constitución.

En síntesis, no es mi intención que el argumento quede reducido a una simple abstracción. No es así. Aquí no hay sofisticación ni se trata de naderías. El carácter formal de la Constitución, comprendase, es el camino que se nos abre para conocer cualquier objeto llamado Constitución. El carácter formal de la Constitución, con mayor contundencia —y con mayor ambición teórica—, es la clave esencial que permite reconocer la identidad ontológica de todo orden jurídico vigente. En otras palabras, es el instrumento que permite atrapar todos los órdenes constitucionales y/o circuitos subconstitucionales que existen por defecto de la “forma” dominante. Vale decir, más allá del contenido específico —más allá de sus eventuales reformas o mutaciones—, el ordenamiento jurídico “A” puede existir y desarrollarse porque previamente existe una plataforma constitucional que *informa* y establece la autoridad, los procedimientos, los límites y las competencias de los órganos que han permitido y permiten hacer derecho por defecto de la Constitución A.

III. AUTOGOBIERNO Y SEGMENTACIÓN DEL DISCURSO DENTRO DEL CONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

Ahora bien, si lo político tiene que ver con el poder, entonces, tautológicamente, el poder es la resultante de “lo político”.¹⁸ La utilización de la indeterminación genérica —sin sujeto—; como mero acontecer que fluye, es lo que se quiere mentar cuando la teoría constitucional utiliza la expresión “lo político”. Es decir, “lo político” como un sustantivo indeterminado, sin duda, se reporta a una referencia que, aun en su abstracción denotativa, alude a un campo empírico. Por medio de este giro lingüístico, entonces, apelar a “lo político” —como categoría distinta a la “política”—, sutilmente, propone un mecanismo que permite expandir el significado del fenómeno analizado.¹⁹ Dicha expresión, ciertamente, además, permite inferir la existencia de una realidad anímica e intencional plural por medio de la cual una comunidad política involucrada puede domeñar el poder y puede decidir hacer, deshacer o cambiar —entre otras cosas—, una Constitución.

De suerte que, analíticamente, la teoría constitucional ha ido perfilando la idea de “lo político” como una referencia diferente de la política y de todas las políticas también. Tal lo expuesto, trátase de un dominio abstracto que especifica el nacimiento del vínculo entre el poder con la agencia humana que da origen el Estado, sus instituciones y los derechos. La relación de toda esta familia de palabras con el poder se edifica sobre una plataforma de fenómenos que no deben verse confundidos. Como en última instancia, correctamente lo pone de manifiesto Prélot: “Polis, Politeía, Tá Politiká y Politiké”, son todas formaciones lingüísticas que en su conjunto han ido dando forma a la idea del autogobierno.²⁰ La vecindad discursiva entre lo político —y la política— con relación al lenguaje de lo jurídico-constitucional, empero, suelen traer confusión sobre dónde está la exacta frontera entre lo estrictamente fenoménico y dónde irrumpe la dimensión normativa ordenadora de la Constitución. Ciertamente, esta confusión se ha ido agudizando en la medida en que hemos ingresado en un proceso creciente de sobrevaloración de las capacidades civilizatorias atribuidas a la Consti-

¹⁸ Tagle Achával, Carlos, *Derecho...*, cit., t. I, pp. 26 y ss.

¹⁹ Más allá de lo estrictamente constitucional, a propósito de esta idea, no cabe duda de que aquí hay densa filosofía política. Desde Platón y Aristóteles hasta nuestros días existe un cuerpo importante de pensamientos que exceden los propósitos de este texto. Más allá de ello, sugiero asimismo ver Esposito, Roberto, *Confines de lo político*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 19 y ss.

²⁰ Prélot, Marcel, *Histoire des idées politiques*, París, Dalloz, 1961, pp. 15-108. Asimismo, Prélot, Marcel, *La science politique*, París, Presses Universitaires de France, 1961.

tución. En efecto, para muchos, el orden constitucional representa hoy un epítome casi mágico de la felicidad proyectada. Sobre la base de destrezas narrativas “ideales”, *ad libitum*, algunos expertos se dedican a multiplicar derechos y reordenar las relaciones civiles como si ello dependiera exclusivamente de la razón ilustrada.

“Libertad positiva” y “autogobierno” son asimismo referencias conceptuales que sólo pueden manifestarse ahí donde “lo político” y la “política” dan marco a una consciente actividad de tipo constitucional. Como es obvio, “lo político”, muy elementalmente, propone un campo semántico en oposición a lo “jurídico”.²¹ Lo político supone la autodeterminación colectiva para hacer, regular, impedir, ordenar, castigar. Es expresión de esa libertad y fundamento del autogobierno.

Naturalmente también, trátase de una instancia desde donde la Constitución regulariza el funcionamiento de los mecanismos institucionales y legales del poder. En términos formales, ¿qué es la Constitución sino una norma que dice cómo se hacen todas las normas? Porque, claro, toda disputa adversarial de sujetos libres e iguales, como es lógico, necesita de la Constitución y del derecho para asegurar la convivencia pacífica de quienes piensan distinto. Ello es ineludible, sin duda, para todos aquellos que, más allá de sus creencias e intereses diversos, apuestan de todos modos a convivir dentro de una misma comunidad política.

Ahora bien, frente a la potencia de “lo político”, de tanto en tanto, la regularidad del mundo del derecho se ve obligada a resignar su habitual hegemonía. No hay más remedio. ¿Por qué podría acaso existir autogobierno, libertad e igualdad si así no fuera? Claro que no. Entiéndase: el mundo juridizado, por el contrario, propone un espacio autoritativo donde las normas han sido dispuestas para limitar las posibilidades desiderativas de los mismos agentes involucrados en su diseño.

De manera que cuando la arquitectura constitucional ha sido creada y desarrollada por una comunidad que se autogobierna, el poder constituyente, que nace en las entrañas de “lo político”, puede llegar a comportarse de forma impredecible. Naturalmente, eso suele ser peligroso o, quizá, impredecible. Al menos suele ser para el conjunto de valores y creencias establecidos. En esa hipótesis, puede estallar un proceso revolucionario, o

²¹ Riberi, Pablo, “La «Querelle» entre política y derecho (cuando ya casi nadie recuerda el origen de tan prolongada discordia)”, en Parmigiani, Consueo, Miranda, Magalí y Barbará, Martín (comps.), *Derecho y política en la encrucijada: problemas y perspectivas*, Editorial Ciencia, Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, 2019, pp. 21-43.

puede suceder que el poder de reforma en rebeldía pueda decidir quedarse fuera de control dinamitando los puentes con el mundo del derecho vigente.²² Permitiéndome una metáfora, diría que es factible que ese dragón aletargado que estaba hibernando en su caverna se despierte, se bostece, y de su aliento deje todo el paisaje jurídico incinerado. La metáfora del dragón aletargado representa la figura de un “poder” a menudo domesticado dentro de las competencias del Estado. Otras veces, en su vigilia, representa la pura acción; nuda soberanía. En todos los casos, lo político y el poder —que son uno—, operan entonces dentro de una lógica a veces indecifrabable e incontenible. Una muy distinta a la que fluye dentro del orden jurídico-constitucional establecido.²³

Desde aislados miradores, entonces, expertos —constitucionalistas, filósofos, reformadores morales—, muy a menudo, proponen, debaten o rechazan ideas sobre el poder político y sobre los derechos humanos. De esa manera, de algún modo, están suministrando la arcilla ideológica con la que se moldean los trazos finos que informa el contenido normativo de la Constitución. Éstos, sobre todo, atinan a concentrar su atención en la sustancia “libertad”. Más allá de ello, si el régimen político establecido por la Constitución fuera democrático, la opinión de *lege lata* o de *lege ferenda* de los expertos en materia constitucional, en verdad, sólo puede tener un valor relativo.

La universalidad del concepto de Constitución, que quede claro, nunca ha sido ni puede llegar a ser vista como la traducción normativa de una idea platónica de perfección normativa. Un aporte infalible de mentes esclarecidas. Tampoco es sensato apreciar su contenido en función de un desarrollo optimista sobre un conjunto más o menos acertado de buenas decisiones morales tomadas en algún punto de esta trayectoria. No hay catálogo y/o canon que imitar. Ésa es la verdad. Por otro lado, no pocos idealistas y/o optimistas respecto al curso de la historia han terminado volviéndose fanáticos de sus propios presagios. A menudo, se han transformado en autoritarios recitadores de un catecismo reformador intolerante.

A contramano de ello, las Constituciones democráticas se han ido consolidando sobre la base de la responsabilidad pública de representantes y

²² A propósito de las diversas teorías que analizan la naturaleza de los fundamentos de la Constitución, sugiero ver un texto de mi autoría. Véase Riberi, Pablo, “Los fundamentos de la Constitución y un dogma incierto —política y filosofía interpeladas—”, en Riberi, Pablo (coord.) *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, pp. 21-73.

²³ “Lo político”, de algún modo menta lo que Karl Engisch llama *Die Rechtsfreie Raum*. Esto es, el ámbito de lo “no-jurídico”. Véase Engisch, Karl, *El ámbito de lo no jurídico*, Ediciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 1960.

funcionarios encargados de un proceso deliberativo que no conoce solución de continuidad. La voluntad, el compromiso y la aptitud de quienes detentan y quienes son destinatarios del poder, de tal suerte, han ido forjando un conjunto concreto de valores, principios y reglas que permiten regular la relación entre “poder” y “libertad” de un modo más o menos transparente. En las Constituciones democrático-republicanas, al interior de ciertos tipos de acuerdos —cualquiera que sea la causa, razón o inspiración de éstos—, se aprecian entonces las claves políticas que permiten potenciar la cooperación social entre sujetos que, aun manteniendo sus diferencias, se comprometen a vivir juntos y en paz.

En consecuencia, no hay modelo ni hay recetas inmodificables que pudieran asegurar un óptimo constitucional. Aun cuando la mayoría de los neo(cripto)constitucionalistas quieran convencernos de lo contrario, la verdad es que estas posturas claramente exhiben meras “creencias” más que certezas incontrastables.²⁴ Por otro lado, está claro que la Constitución tampoco debe ser entendida conforme un nominalismo indiferenciado. Es correcto notar, luego, que la pretensión normativo-ordenadora del canon constitucional difícilmente pueda asimilar exitosamente toda la multiplicación de objetivos/valores/intereses y todas pretensiones de derecho en juego. Sea como fuere, la mirada constitucional —aun estando comprometida con los postulados democráticos/republicanos—, nunca puede prescindir de cierto cuerpo de objetivos y contenidos normativos deseables. Por lo tanto, si por la forma identificamos a algunas normas como constitucionales, está claro que, en términos prácticos, el operador del derecho siempre debe intentar discernir un perímetro más o menos preciso —un mapa más o menos estable— de normas que se reportan a esa filiación constitucional de referencia.

El concepto de Constitución, como he dicho, presupone una forma, y esta forma —constitucional— es la que permite que todas las relaciones humanas se encuentren reguladas dentro del un sistema o dentro de un pluriverso de sistemas de normas integrados por esa Constitución. De modo que el comportamiento de las personas y la actividad del Estado se estructuran al interior de un conjunto articulado de preceptos jurídico-constitucionales que existen por defecto de una única ley fundamental. Pues bien, en conformidad con lo dicho, y reparando también cómo ha sido el desarrollo en el tiempo de esta idea, es factible apreciar otro aspecto interesante. Es

²⁴ A propósito de esta categoría véase Riberi, Pablo, *Límites al poder constituyente: subjetividades y agonías del criptoconstitucionalismo*, pp. 122 y ss., en Núñez Leiva, J. I. (ed.), *Nuevas perspectivas en derecho público*, Santiago de Chile, Librotécnica, 2011.

dable asimismo esperar que todo orden jurídico —sea éste unidimensional o sea éste abierto a un sistema de fuentes polimórficos—, en todas sus múltiples dimensiones, conexiones y transformaciones, de algún modo, en algún punto, categorice la ontogénesis del orden constitucional primario que regula y/o que da sustento a todos los sistemas de normas habilitados por defecto.²⁵ Naturalmente, la identificación de criterios de validez o justicia respecto a los predicados involucrados, inevitablemente, está llamada a integrarse dentro de un metalenguaje de sentido que, de tanto en tanto, intenta alterar la proclamada condición democrática del orden constitucional bajo examen.

De manera que, más allá de cada idiosincrasia democrática, de la calidad de sus instituciones y de la peculiaridad legal de cada sistema de normas, lo cierto es que la idea de Constitución necesita sostenerse sobre la aceptación mayoritaria de algunas condiciones ultranormativas de validación, condiciones éstas que no necesariamente deben reflejar criterios normogénéticos de legitimidad irreprochables. Trátase, más bien, de la simple aceptación mayoritaria del fenómeno constitucional desprovisto de cualquier adjetivo o calificación. Ésa es la clave. La determinación política de vivir bajo el orden aleatorio que una Constitución prohija. Lo que se quiere significar, en pocas palabras, es que más allá de la sensata aspiración normativa sobre justas y/o valiosas figuras jurídicas en su contenido, toda Constitución resume una combinación de buenas (o no tan buenas); más o menos razonable combinación de normas constitucionales que, en tanto tales, merecen respeto.

De modo que, conforme lo explicado, toda Constitución necesita contar con precisos procedimientos y cánones formales que permitan regular la creación de normas primarias y/o secundarias. Sólo una Constitución puede exhibir esa capacidad. Por lo demás, la apelación a la necesaria subordinación de todo el orden jurídico a un orden superior de razones y/o principios normativos metaconstitucionales; o la utilización de una norma hipotética fundamental o la reivindicación de principios y prácticas que debieran dar cuerpo a la llamada regla de reconocimiento, en toda esta variedad, en mi opinión, sólo componen un conjunto complementario de

²⁵ El orden jurídico puede involucrar la sumatoria de diferentes subsistemas de normas. Naturalmente, cada sistema —o subsistema jurídico— está compuesto por un conjunto de normas válidas que han sido reconocidas como pertenecientes a dicho sistema. Vale decir, tratase de normas que no contradicen a otras normas superiores; tratase de normas han ingresado al sistema conforme a un procedimiento previamente establecido. *Cfr.* Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1991, p. 190.

recursos retóricos; simples meandros filosófico-narrativos que intentan fortalecer la justificación de ese imprescindible deber abierto de obediencia a la Constitución.²⁶

1. *Saber, poder y autoridad en materia constitucional*

La validez de la Constitución, al interior de la tradición político-ideológica asociada tanto al constitucionalismo político como al filosófico-legal, entonces, parece estar recostada en condiciones ultranormativas de fundamentación, que en mi opinión no pueden dejar de ser homogéneamente constitucionales. Esto resulta bastante evidente, aun cuando es correcto notar también cómo las normas y prácticas implicadas siempre están sometidas a procesos de influencia y fertilización con otros sistemas normativos. Por ejemplo, con la moral dominante (en tanto *sittlichkeit*); con las enseñanzas de la filosofía práctica; con la religión, etcétera. Vale decir, renovados criterios de justicia surgidos como ideas de derecho desde otros órdenes paralelos suelen inocular contenidos normativos dentro de nuevas fórmulas legales y constitucionales, que en el tiempo pueden también desatar grandes transformaciones en la trama constitucional. Los llamados “momentos constitucionales”, en este proceso, expresan la conciencia de colectiva del cambio producido, y, así por caso, es posible notar cómo las Constituciones liberales decimonónicas alteraron y/o cambiaron pretéritos contenidos de justicia por otros nuevos aportados por el llamado constitucionalismo social.²⁷ En esta misma línea de observación de transformaciones normativas paradigmáticas, es correcto notar también cómo el proceso de internacionalización de los derechos humanos y las demandas por los llamados derechos de tercera generación, nuevamente, terminaron poniendo en crisis viejos contenidos y/o promovieron alteraciones sustanciales en los contenidos de normas y decisiones con relevancia constitucional.

Los valores, principios y reglas de toda Constitución no pueden evitar sufrir renovados ciclos vitales de florecimiento y declive. Sostenidos des-

²⁶ A propósito de ello, repasar la llamada hipótesis de la “recursividad” en los fundamentos del derecho constitucional según nos lo explica Otto Pfersmann. *Cfr.* Pfersmann, Otto, “Cinco tesis sobre el fundamento de la Constitución”, en Riberi, Pablo (ed.), *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, p. 7.

²⁷ Al respecto, es conveniente explorar este concepto en detalle, especialmente la conexión del mismo con la diferenciación del llamado “modelo constitucional dual”. *Cfr.* Bruce Ackerman, *We the People*, Harvard University Press, 1998, pp. 7 y 8.

de la moral crítica o en la mera confirmación estadística del apoyo de las mayorías, competitivos criterios de justicia suelen nacer, algunas veces se consolidan y de tanto en tanto fenecen. Quizá por ello, es un dato cierto que, en tanto objeto cultural, está claro que la Constitución nunca debe ser comprendida como un documento estático. La verdad es que ésta no es un documento petrificado. De todos modos, atención, tampoco se trata de un ente viviente, como suele adjudicársele.

Lo que sucede, en verdad, es algo por demás interesante. Trátase de un fenómeno cuya percepción no es sencilla. Ante todo, la Constitución es “pura forma”. Luego, atenta su permanencia o su contenido mudable, aquélla puede ser vista como algo estático o dinámico. La precisión o veracidad de estas antagónicas percepciones depende de las circunstancias aludidas en la utilización del concepto. De todos modos, en todos los casos hay que comprender que sólo la *forma* permite asimilar y solapar la universalidad del concepto de Constitución con los diversos objetos aludidos en particular. Sólo ello permite reconciliar las múltiples interpretaciones sobre su contenido con la función ordenadora que la forma prohija. Y en ello, dicho sea de paso, es posible también advertir cómo se ha producido esta expansión agresiva de su significado normativo aun cuando pocas veces los intérpretes están de acuerdo sobre el significado de las normas bajo examen.

Sumergados en este fenómeno, *urbi et orbe*, la idea de Constitución ha terminado por cobrar autonomía y se ha consolidado sobre un repertorio técnico-lingüístico propio. El estudio de la Constitución (sus fundamentos, sus normas, sus instituciones y sus prácticas) es hoy una disciplina compleja y sofisticada. Esta singularidad ha desbordado al derecho, a la filosofía y a la política. Su especificidad está determinada por su relevancia cotidiana en la vida de las personas. El lenguaje de la Constitución opera “performativamente” tanto respecto al cuerpo de derechos consagrados como respecto al funcionamiento de los poderes superiores del Estado por ella creados.²⁸ Sin vacilaciones, más allá de los contenidos —y sin necesidad de contornos fijos—, entonces, todo objeto llamado Constitución se ha ido afianzando ecuménicamente como un ente reconocible por su forma. El discurso constitucional, en consecuencia, ha desarrollado registro de observaciones y valoraciones político-jurídicas que endogámicamente legitiman tanto el mo-

²⁸ Para la construcción del ente pueblo, según Laclau, es necesario utilizar un “significante vacío”. Asimismo, aclara que cuando se utiliza esta palabra, los representantes nunca están en condiciones de “controlar” las demandas que dicen encarnar o “representar”. Laclau, Ernesto, *La razón populista*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 140 y 204.

nopolio del ejercicio de la fuerza del Estado como los derechos y libertades que éste debe asegurar.

Tal como fue subrayado páginas atrás, el carácter formal, de tal suerte, es la clave que permite reconocer ese peculiar tipo de norma que es la Constitución. El carácter formal, por otro lado, es también un factor epistémico relevante, toda vez que el mismo ayuda a ordenar analíticamente toda la diversidad de arreglos sobre valores, reglas y principios que, al amparo del orden constitucional, pasan a cobrar diversa jerarquía. Lo cierto es que las múltiples fórmulas retórico-normativas que orbitan en torno al concepto de Constitución, invariablemente, nos hacen notar que la norma Constitución nunca ha de ser norma infraordinada dentro del sistema donde ella ha creado. Nos permite saber que el poder político ordenado por defecto de una Constitución, necesariamente, trátase de un poder que está configurado sobre condiciones existenciales de soberanía. Pero, además, nótese aquí otro dato insoslayable: la Constitución es la norma que crea las instituciones fundamentales del Estado.²⁹ El concepto de autoridad de la ley, de tal modo, es lógica consecuencia de este hecho seminal, que, por otro lado, permite explicar por qué el funcionamiento legítimo del Estado debe estar ceñido a los términos establecidos por la norma constitucional. En síntesis, la Constitución es fuente autorreferencial de las reglas y procedimientos que pueden habilitar la reforma de su contenido; así como lo es también de todas las normas del orden jurídico que ella auspicia.

La norma que es Constitución, en suma, es la única norma que puede regular la legalidad y las condiciones de legitimidad que coronan la designación de los integrantes de los poderes superiores del Estado. La norma que es Constitución, de tal suerte, no podría ser tal si hubiera otra norma superior que designara, reconociera y/o subordinara las autoridades del Estado a dicha instancia alternativa de habilitación. Luego, todo esquema superior de asignación de competencias que pudiera unilateralmente permitir la alteración de la organización del poder y el orden de derechos establecidos, sin importar el nombre que le identifique, en términos teóricos, es Constitución.

El poder político —su conformación y ramas—; la libertad —con los derechos consagrados—, tal lo dicho, conforman lo que denomino “sustancias constitucionales”. Vale decir, son la arcilla con la cual es posible hacer una Constitución. De manera que si la forma de la Constitución es lo que

²⁹ Para Carré de Malberg, la Constitución es condición absoluta de existencia de un Estado. *Cfr.* Carré de Malberg R., *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

hace que una Constitución sea lo que es, o, en otras palabras, si es por su forma que, en tanto norma fundamental, la Constitución es ordenadora y forjadora de la autoridad y de la ley, si ello es así, entonces, sólo el carácter formal puede darnos la llave que permite abrir la puerta de entrada para un específico conocimiento del objeto constitucional.³⁰

En rigor de verdad, la forma de la Constitución es una precondition epistémica que, como principal aporte, nos permite verificar la relevancia práctica del concepto de “supremacía”. Luego, la combinación de ambas: el carácter formal y el concepto de supremacía, permite obtener un punto estable de referencia a partir de donde otras jerarquías normativas subordinales pueden ser también discernidas. Por la forma, por último, es posible también reconocer competencias estatales en materia de autoridad legislativa e interpretativa. Es por la “forma” que, en términos pragmáticos, nos es posible individualizar límites al ejercicio razonable de los derechos. La forma constitucional, en pocas palabras, constituye una suerte de precuela interpretativa para habilitar decisiones políticas y jurídicas fundamentales.

En otro orden de ideas, es interesante marcar otro aspecto relevante. Es importante notar cómo el discurso constitucional ha ido cobrando cierto expansionismo denotativo. Y ello, a menudo, suele confundir al incauto observador de la materia. Por eso, es oportuno advertir que el campo semántico que se ha desarrollado en torno al vocablo Constitución debiera ser primariamente circunscrito al objeto normativo impar, fundamental y eminente que ordena y regula el poder. Que quede claro: la Constitución sólo puede ser norma básica-fundamental. Identificada esa cualidad, entonces, resulta también pleno que la Constitución necesariamente debe ser la fuente exclusiva del derecho interno, así como la criba indispensable que permite la incorporación y/o aplicación de toda otra norma jurídica cuya autoridad no está concedida por la comunidad política de referencia.

Esta realidad, en consecuencia, ha hecho que la potencia normativa del objeto Constitución se expanda más allá de todo parroquialismo. Más allá de ello, es imprescindible reconocer la naturaleza y jerarquía de las normas involucradas con el sistema constitucional que habilita la apertura. Si el observador o el participante no han captado el contenido de la Constitución por defecto de su “forma”, es verosímil que el error y la desorientación do-

³⁰ Para Aristóteles, la forma es lo más importante, precisamente, porque por su forma una cosa es lo que es. En el libro V de la *Metafísica*, el nombrado entre las diversas causas, distingue la que llama causa formal. Ésta es fundamental, a punto tal que, la misma se constituye en la clave de bóveda en la teoría del conocimiento aristotélico. *Cfr.* Aristóteles, *Metafísica*, México, Porrúa, 1992, pp. 75 y ss.

minen el debate tanto sobre las fuentes del derecho como sobre el orden y jerarquía del derecho internacional de los derechos humanos.

Entre la abstracción y la singularidad, entonces, muchos factores pueden enturbiar el conocimiento constitucional. Las ciencias sociales en general, y nuestra disciplina en particular, no cuentan con métodos de experimentación como lo tienen algunas disciplinas extrañas a las ciencias sociales. Eso es evidente. Además, es indiscutible la coexistencia de elementos ideológicos, valorativos y filosóficos en la determinación semántica del lenguaje utilizado. Enterados de ello, grupos de interés y hasta algunos fanatismos intentan colonizar —y/o administrar— un campo especializado de certezas hegemónicas bajo el ropaje que prodiga la autoridad académica.

Quizá por ello sucede también que en el ámbito de la academia una masa variable de creencias jurídicas antagónicas se encuentran pugnando sin descanso para hegemonizar el saber erudito en la materia. Y éste no es un detalle menor. Esa disputa no se reduce a una simple y sofisticada competencia lúdica/retórica que mantiene entretenidas las mentes entrenadas del mundo académico. Aquí hay mucho en juego. Al interior de la esfera de lo constitucional, las contiendas suscitadas tienen impacto tanto en los intereses como en los valores de la gente y en los modos de utilización del poder. Vale decir, la resolución de este tipo de conflictos termina afectando la vida de las personas. Algunas veces de forma ostensible, otras de forma más sutil. En el vientre de tales disputas, es evidente, intereses, creencias y valores constitucionales juegan su supervivencia. El discurso de los derechos, dicho sea de paso, provee un territorio fértil para la contienda vigorosa. Allí, claramente, “saber” y “poder” procuran amalgamarse para lograr dar estabilidad a la interpretación de lo que luego se reporta como contenidos de justicia. Cualquiera que sean las credenciales de la autoridad, y más allá de la aptitud técnica de quien desentrañe el contenido de las normas constitucionales, en este contexto, no es posible evitar la multiplicación y profundización de renovados procesos de desacuerdo.

Ahora bien, concentrando la atención en el territorio constitucional, ¿cómo se ha desarrollado esta relación entre “saber” y “poder”? Pues bien, esta alianza se ha ido consolidando de diversas maneras; por medio de diversas estrategias y caminos. Más allá de ello, es posible notar algo interesante común a todos esos procesos. Es posible advertir cómo la opinión de expertos, jueces y/o operadores del derecho suele a menudo mostrarse presta a defender un rango peculiar de intereses, valores y creencias constitucionales, que en muchos casos asoman “inconmensurables” entre sí. Vale decir, trátase de intereses, creencias y valores que no cuentan con un crite-

rio de validación uniforme. A pesar de ello, empero, por medio de eruditas observaciones técnicas sobre el lenguaje de la ley, unos intereses, valores y/o creencias desplazan a otros en un cuerpo retórico de argumentos jurídicos. En este sentido, por caso, el dominante “realismo” jurídico no ha tenido problemas en ir convalidando la más variada y amplia gama de interpretaciones antagónicas. Lo ha hecho tanto sobre la base de reglas o supuestos principios neutrales como apelando a subjetivos argumentos de autoridad para ponderar el caso concreto.

Por eso, el pensamiento de Marmor me parece inapelable. Lo sintetizo de la siguiente manera: la interpretación (constitucional) no depende del método, sino que sucede justamente al revés: el método depende de la interpretación.³¹ Y si ello fuera correcto, se puede comprender también por qué para ésta el realismo jurídico tales inconsistencias no suelen deparar mayores controversias. Para propios y extraños, de todos modos, resulta curioso advertir un elemento incidental o concomitante a esta observación. En efecto, cualquiera que sea el caso, resulta interesante notar cómo la consolidación de tendencias interpretativas —o la ruptura en esa tendencia—, suele producirse para que el discurso jurídico se permita estar alineado detrás de intereses, creencias y valores afines a los registros del poder político hegemónico vigente. Esto es, intereses, creencias y valores que no necesariamente coinciden con el cuerpo de normas constitucionales interpretadas en la especie.

La verdad sea dicha: la mayoría de las interpretaciones prevalentes en materia constitucional y de derechos humanos no necesariamente se nos revelan más rigurosas, certeras o justas que otras desplazadas interpretaciones rivales. Repátese, por ejemplo, cómo se ha reconfigurado estratégicamente el atávico duelo entre iusnaturalistas (de derecha) frente a iuspositivistas (de izquierda). La verosimilitud de éxito dentro del discurso técnico-jurídico de los tribunales o en el acalorado debate legislativo ha hecho que últimamente los primeros refugien sus expectativas en la dimensión política, mientras que los segundos se dedican a colonizar ideológicamente con sus valores y creencias la subyacente dimensión epistémica de lo que es correcto, verdadero o justo en el lenguaje jurídico.

Detrás de estas operaciones mentales y prácticas discursivas, invariablemente se encuentra subyaciendo un conjunto último de intuiciones y saberes concretos que ayudan a definir, interpretar y aplicar eso que llamamos Constitución. Ahora bien, esos saberes o intuiciones aludidos, según lo dicho, no siempre conviven en armonía. Y a propósito de ello, no

³¹ Marmor, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1993.

hay que soslayar que, muy a menudo, incluso interlocutores y/o expertos que afirman estar compartiendo —o que dicen asumir— las mismas raíces y/o compromisos teóricos e ideológicos que sus (equivocados) oponentes, en verdad, sólo se están poniendo de acuerdo —o están discrepando— para fortalecer razones estratégicas de conveniencia retórica. Tales presupuestos son declamados para definir pretensiones de verdad o justicia que involucren a sus adversarios. Las disputas y los acuerdos, en resumidas cuentas, se arman y desarman en función de cierto rango dominante de intereses, creencias o valores. Vigorosos en un momento (T1), pueden mermar o desaparecer en otro (T2).

En materia constitucional —como en cualquier disciplina normativa compleja—, cualquiera que sea la intención o la actitud en juego, siempre se vuelve necesario contar con algún punto cierto de apoyo o criterio gramático común que regule la comunicación entre participantes y/o observadores. En materia constitucional, para poder determinar el valor o sentido de los términos de una disputa, es esencial reconocer primero el objeto Constitución. Sin el reconocimiento de la “forma” de ese objeto, está claro, resulta inaccesible la justificación de todo conocimiento constitucional relevante.

2. *Apuntes sobre el método constitucional comparado*

El conocimiento del derecho constitucional comparado, en esta inteligencia, suele verse cristalizado sobre un juego aleatorio de similitudes y diferencias. Ahora bien, esto puede también precipitar juicios superficiales que sólo atinan a componer comparaciones aleatorias sobre el cuerpo de reglas, principios y valores establecidos en diversos textos y documentos constitucionales.³² Y, así las cosas, equívocos varios suelen abrumar tanto a quienes proponen una lectura semántica de los contenidos de la Constitución como a quienes se inclinan por opciones hermenéuticas de comprensión de su

³² En términos metodológicos, son específicamente interesantes los aportes de autores como Mark Tushnet, Armin von Bogdandy, Vicky Jackson y Michel Rosenfeld. Por ejemplo, Tushnet, Mark, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, Edward y Elgar Publishing, 2014, pp. 10 y ss. Asimismo, corresponde reparar en el reconocido texto de Jackson y Tushnet, Jackson V. y Tushnet, M., *Comparative Constitutional Law*, 141, Thompson West, 2006, pp. 157 y ss. Por último, sugiero repasar los siguientes trabajos del Oxford Handout of Comparative Constitutional Law. Véase Von Bogdandy, A., “Comparative Constitutional Law: a Continental Perspective”, pp. 25 y ss.; Rosenfeld, M., “Comparative Constitutional Analysis in the United States Adjudication and Scholarship”, pp. 38 y ss.; Jackson, V., “Comparative Constitutional Law: Methodologies”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, Andrés (ed.) *The Oxford Handout of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2013, pp. 54 y ss.

significado. Ello resulta casi inevitable. En verdad es así, aun cuando de todos modos es posible mitigar muchos problemas interpretativos cuando, precisamente, el carácter formal de la Constitución es debidamente utilizado para evitar quedar atrapado dentro de los hegemónicos dictados de algunos jueces y expertos citados autoritativamente.

Lo concreto, es que, bajo la mirada de jueces y especialistas, plexos constitucionales semejantes bien pueden desarrollar interpretaciones razonablemente divergentes. Vale decir, la mirada académica —o la del juez o intérprete en general— suele desandar caminos alternativos para dotar o descubrir el significado cierto del texto constitucional bajo examen. A veces, cuando una tradición “interpretativista” robusta florece, es posible que optimistas y dogmáticos repetidores de principios y valores evanescentes puedan expandir y/o potenciar un saldo ampliado de derechos relevantes. Para ello, curiosamente, algunas veces se apela a conclusiones apodícticas que no son otra cosa que el resultado inducido de la lectura comparada de normas provenientes de sistemas constitucionales carentes —o con tangentes— puntos de conexión.

Vale decir, a partir de la recopilación de ciertos contenidos (sin recurrir a la forma), se opera el trasplante. En otras palabras, aun cuando las Constituciones, la legislación consultada, o cuando las instituciones o prácticas no hayan surgido en un contexto de diseño compatibles o sobre circunstancias históricas asimilables, la cita comparada de textos y opiniones parece ser suficiente para la fertilización interpretativa. Otras veces, por el contrario, aun con contextos análogos, la interpretación, empero, se libera del canon semántico original y/o de los principios y valores que motivan su vigencia. Lo hace porque, como ya lo he remarcado, la interpretación —y en especial la interpretación constitucional— no conoce de cartabones ni metodologías que restrinjan o limiten su eventual potencia disruptiva. Un mismo texto constitucional, en síntesis, puede auspiciar soluciones mudables y hasta opuestas en el tiempo.

Ante este cuadro de situación, entonces, es conveniente formularse la siguiente pregunta. El interrogante obligado debe ser cómo poder estar seguros de que el material comparado, efectivamente, responde a tipos de normas que guardan una misma o muy semejante estructura de sentido. Muy en particular, lo que prioritariamente debe estar bien establecido es si el objeto sometido a comparación guarda suficiente conexión político-normativa respecto a la fuente primera: el otro objeto que también es Constitución. Y aquí de nuevo, dado que las transposiciones están hechas fuera del eje político-legal específico de cada caso, entonces, se vuelve complicado

dar una respuesta categórica. ¿Cómo poder estar seguros?; ¿cómo saber a ciencia cierta si la norma “r” posee en el sistema A igual jerarquía —y función— a la que “r” propone en el sistema B? Por caso, piénsese en cualquier derecho o garantía regulados en o a partir de la Constitución ¿tienen acaso las disposiciones comparadas idéntico significado, semejante y sentido tutelar en ambas jurisdicciones involucradas?

Desde un punto de vista externo, más allá de la lectura textual, es siempre necesario indagar en la historia; es importante escudriñar en el interior de las prácticas constitucionales concretas; conviene analizar el cuerpo de los debates legislativo-constitucionales y, naturalmente también, es esencial estar atentos a la evolución interpretativa de la doctrina y de la jurisprudencia efectivamente aplicados. Ése parece ser el camino más o menos seguro.³³

Sobre esta ruta, entonces, el análisis teórico-comparado impone reconocer tanto la diversidad como los contextos y peculiaridades de cultura y tradición jurídica involucrados. Y a propósito de ello, incluso en términos dogmáticos, ni el mismo “contextualismo” ni el “funcionalismo” pueden proponernos certezas de derechos universalizables que merezcan ciego acatamiento. No pueden asegurarlos en el orden doméstico, mucho menos es posible dentro del derecho internacional de los derechos humanos. No alcanza con apoyarse en las enseñanzas del derecho constitucional comparado. Más allá de algunos principios que también requieren precisiones, como los que se desprenden de la idea abstracta de “libertad” e “igualdad”, no está muy claro qué contenidos, principios o valores en concreto merecen efectiva universalización.³⁴ Porque, claro, frente al caso concreto, ¿no suelen acaso ser nuestras abstracciones y emociones de justicia de algún modo inconmensurables? Es más, aun admitiendo la posibilidad de alcanzar algún conocimiento detallado del significado original o de las calves morales precisas donde apoyarse, mi intuición, sin embargo, es que en materia de derechos, su articulación concreta opera conforme un restringido microuniverso histórico de sentido.

³³ Desde un punto de vista estrictamente normativo, propósito de un canon comparatista riguroso, es muy interesante el trabajo de Uwe Kischel. Por medio de metodologías tradicionales que buscan captar puntos de contacto entre los órdenes comparados, este autor exitosamente logra capturar el análisis estrictamente jurídico del fenómeno. Véase Kischel, Uwe, *Comparative Law*, Oxford University Press, 2019, pp. 87 y ss.

³⁴ Una alternativa podría restringir la latitud de la universalización pretendida a los confines de una tradición o cultura constitucional común. Aun manteniendo discrepancias con el autor, son muy interesantes los aportes de Armin von Bogdandy sobre, por caso, la existencia de un derecho latinoamericano *commune*. Cfr. Von Bogdandy, Armin, *Por un derecho común para América Latina*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021.

Pues bien, frente a este tipo de interrogantes, la interpretación constitucional nos pone ante un desafío difícil, un desafío que nos lleva a un camino difícil, aunque de inevitable tránsito. Para dar comienzo a la marcha del conocimiento, en primer lugar, se debe empezar por identificar la calidad normativa constitucional del objeto sometido a interpretación. Para hacerlo, hay que afrontar el contexto de incertidumbre y hay que procurar dotar de máxima precisión al lenguaje utilizado. Y en esta inteligencia, está claro, no hay recurso epistémico más eficiente que empezar estableciendo el carácter formal de la Constitución. Esa estrategia, dicho sea de paso, nos permitirá reconocer la calidad ordinal de todas normas integradas a partir —y sobre— el objeto llamado Constitución. Vale decir, aquí cuenta lo dicho: la “forma” es lo que hace que una cosa sea lo que es. Y, precisamente, por la Constitución, es también que otras normas no pueden ser lo que ella es, y sólo son lo que ella ha permitido que sean.

De modo que toda anatomía complementaria respecto al sistema jurídico de referencia; toda analítica de valores, principios y reglas, en última instancia, no puede ser otra cosa que un ejercicio útil —quizá erudito—, que complementa esa primera inteligencia constitucional aplicada por defecto de su carácter formal. El operador del derecho, el observador dogmático, el comparatista, el teórico del derecho constitucional, el filósofo político —o del derecho—, entonces, cuenta con un marco cognitivo primario y seguro donde poder instalar sus reflexiones político-normativas. La apelación al carácter formal, de tal suerte, habilita la exploración exhaustiva de cada uno de los elementos de cada orden jurídico-constitucional en particular. El carácter formal de la Constitución, en tanto *factum* inequívoco del fenómeno, finalmente, nos pone también frente a una certeza tan sutil como incommovible. Me refiero a que “la forma constitucional” es la plataforma o categoría del entendimiento que luego habilita las cadenas de conocimiento derivadas del carácter formal de la Constitución.

Porque, claro, amén de utilizar un vocabulario técnico específico, es esencial que toda comunicación de ideas en torno a la Constitución puede verse sustentada sobre un paradigma racional de argumentación. Asumido este supuesto, la *forma* de la Constitución —de toda Constitución—, los interlocutores pasan a contar con un criterio común e imparcial a partir del cual todos los discursos que traducen observaciones o ensayan juicios crítico-normativos pueden conformar juicios de adecuación. El edificio dogmático de todo orden constitucional: la expansión derivada de legislación orgánica sobre los poderes y/o el desarrollo tutelar sobre los derechos consagrados, en resumidas cuentas, encuentra en este criterio epistémico

de identificación la piedra basal de cualquier tarea analítica, comparativa, deconstructiva y/o hermenéutica.

En consecuencia, por defecto de la forma constitucional, el objeto Constitución, está claro, no puede quedar subordinado a la contingente sensibilidad o aptitud interpretativa que pudieran tener juristas, jueces, abogados, funcionarios, presidentes, ministros, politólogos, etcétera.³⁵ En sí misma, la Constitución debe ser entendida como un ente valioso. Es un error pensar que el valor político, jurídico o moral de la Constitución pueda depender de la sensibilidad, inteligencia o aptitud retórica de los operadores y expertos que la aplican. La capacidad perceptiva de políticos, funcionarios, o tecnócratas, en rigor de verdad, puede facilitar o enturbiar el valor, el significado o el alcance de la Constitución en un momento o circunstancia en particular. Aunque suceda, ello no debiera ser así. No debiera ser así siquiera cuando el hecho estadístico nos revelara la coincidente opinión de mayorías importantes dentro o fuera de la academia.

3. *El concepto de Constitución en su doble manifestación*

La forma y la materia constitucionales asoman como elementos inseparables. En cerrada alianza, de tal suerte, ambas categorías se presentan como intuiciones esenciales y complementarias.

He sostenido que todos los enunciados que integran el objeto llamado Constitución necesitan verse identificadas por defecto del carácter formal que, de tal manera, precisa la pertenencia de un tal valor, principio o regla al referido objeto. Tal relación, por otro lado, excluye otros enunciados, que en otro registro podrían empero tener algún vínculo remoto con el fenómeno constitucional. Por la forma, entonces, el contenido normativo “X” es apreciado como un enunciado integrado dentro de un plexo normativo circunscrito al objeto Constitución (A).

Por su forma, entonces, es posible reconocer una Constitución y todo un conjunto derivado de normas infraconstitucionales. La forma de la Constitución, por lo tanto, permite categorizar tal norma —o un conjunto de nor-

³⁵ Por ejemplo, cabe notar las pertinentes referencias que formula Waldron con relación a la denominada doctrina de la sabiduría de la multitud (DSM) desarrollada por Aristóteles. Y en este punto, el nombrado destaca una observación relevante. Dice: “...the connection between DWM and a constitutional order respectful of the rule of law is not merely contingent”. Véase Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999, p. 99. Asimismo, sobre este concepto y su desarrollo histórico en la *polis*, véase Riberi, Pablo, *Teoría de la representación política*, cap. 2.1.1, Rubinzal Culzoni, 2014.

mas— dentro del referido por caso orden constitucional “A”. Tal singularidad distingue esa norma o enunciado de otras que no lo son o que, siéndolo, pertenecen sin embargo a otros órdenes constitucionales, como B, C, D, Z. En síntesis, para pasar de una mera creencia a una certeza o creencia justificada, luego, corresponde aplicar el criterio formal que permite establecer si el enunciado bajo examen está efectivamente integrado al objeto normativo que presume constitucionalidad. Luego de verificar el criterio formal, los textos que se nos presentan como constitucionales pueden ser auténticamente reputados como tales. En este orden, entonces, es posible indagar las leyes fundamentales del orden constitucional involucrado; cotejar las leyes orgánicas e indagar sobre la legalidad de todas las normas sustantivas que pudieran estar dando orden a las relaciones civiles bajo análisis.

En otras palabras, este derrotero es imprescindible para poder saber con precisión si la ley L o si el fallo F, efectivamente son normas derivadas del orden constitucional de referencia. En esta inteligencia, también es posible intentar comparaciones entre distintos sistemas constitucionales. Y en este sentido, una lectura atenta, por ejemplo, permite advertir eso que en el orden constitucional A es llamado garantía de *habeas corpus* o, también, cómo dadas ciertas condiciones “s”, el “Estado de sitio” está distintivamente regulado en el artículo x de la Constitución A. Esto es, cómo la regulación de ciertas instituciones, institutos, garantías, derechos en un orden dado (digamos A), comparten similitudes y diferencias con relación al orden B, C o D.

La Constitución es norma, aun cuando por su naturaleza es la menos jurídica de todas las normas. De todos modos, antes bien, es la más política de todas las decisiones normativas que una comunidad civilizada pudiera concebir. Es ley, aunque su existencia reposa en una proteica decisión colectiva que tuvo nacimiento cuando todavía no había ley constitucional. Propios y extraños, luego, no podemos evitar vernos a menudo desbordados por la ambición ultranormativa del discurso constitucional, que no puede desconocer esta doble naturaleza.

No huelga decir que el término Constitución siempre nos sitúa ante una instancia inapelable de atribución pública-estatal de autoridad y de reconocimiento de libertades. Ciertamente, donde hubiera enunciados relativos a un orden constitucional, en su reconocimiento, además, intuimos que las más exigentes condiciones de validez y legitimidad han sido tenidas en cuenta al momento de su sanción. La Constitución y (lo) constitucional, no cabe duda, son términos que no pueden evitar llevar consigo una carga emotiva en cada acto de habla o en cada párrafo escrito que se invoque/n su/s predicado/s.

Conflictos, debates, interpretaciones y resistencias utilizados con, bajo y/o a partir del sustantivo Constitución (o apareado con el adjetivo constitucional), han ido configurando un amasijo polisémico de ideas y categorías retóricamente prestigiosas. Eso pasa en todas partes, en distintos idiomas y en ámbitos político-culturales muy diversos. Si en términos jurídicos, políticos y filosóficos ello ha sido posible; si esto se aprecia dentro del lenguaje coloquial, precisamente; todo ello es así, porque los usos lingüísticos y la carga informativa del lenguaje técnico político-constitucional ha logrado crear un vínculo robusto entre las normas constitucionales que crean condiciones para el autogobierno y las prácticas jurídicas que custodian los derechos que la misma Constitución consagra.

Los inevitables problemas de interpretación constitucional, sin embargo, difícilmente van a ser superados por defecto de las mejores teorías interpretativas. Las discrepancias y los desacuerdos son inexorables. Y ello es así, precisamente, porque el conocimiento constitucional se desarrolla dentro de un universo lingüístico abierto. Esto, de paso, supone también que el significado y la latitud de los valores, los principios y las reglas constitucionales siempre van a estar sometidos a condiciones de potencial indeterminación, vaguedad denotativa y manipulación semántica.

La valoración y sofisticación técnico-discursiva de los expertos, por otro lado —y por diversas razones—, puede traer más oscuridad que respuestas esclarecedoras.³⁶ A veces por defectos de la norma interpretada; a veces por simple porfía interpretativa. Más allá de eso, aquí hay algo simple a destacar. Y esto que ni los eruditos dictámenes de expertos ni la sofisticación de la disciplina constitucional pueden detener la irrupción y la multiplicación de problemas anejos, de nuevas prioridades, y también, de la consolidación de nuevos desacuerdos relevantes en materia de interpretación constitucional. Ciertamente, además, siempre quedan las discrepancias por defectos de diseño; quedan los casos difíciles; queda la mala fe de quienes manipulan el significado y valor de una Constitución. El reconocimiento técnico de esos desacuerdos por la disciplina constitucional, no obstante, y, a menudo, suele consolidar un registro histórico-práctico donde muchos desacuerdos absurdos o estériles logran ser eliminados.

En resumidas cuentas, no existe un modelo ideal de Constitución. La forma de la Constitución es una e inalterable aun cuando no existe un modelo ideal. En otras palabras, no hay una dimensión platónica desde donde se puedan extraer los contenidos materiales idóneos que permitan asegurar óptimos de libertad y de derechos. Tampoco hay un modelo ideal desde

³⁶ Sobre esta categoría repasar referencia nota 16.

donde podamos asegurarnos arreglos institucionales para maximizar la eficiencia, el equilibrio y el control de los poderes del Estado. Haya o no haya una reforma o un “momento constitucional”, en rigor de verdad, los valores, las creencias y muchos intereses afincados en la Constitución, no pueden evitar la disputa agonal por mantener o ganar existencia. Cualquiera que sea la forma de resolver tales disputas por medios de acuerdos, negociación y/o cambio, lo único seguro es que la forma siempre será una sola. No lo serán sus contenidos, que inevitablemente mudan en el tiempo.

A. *La Constitución desde un punto de vista formal*

Un sistema jurídico, es sabido, supone un conjunto de normas válidas cuyos criterios de producción y pertenencia, de una manera u otra, dependen de la Constitución.³⁷ Luego, si una norma jurídica pertenece a un orden constitucional, ello es así porque ésta ha logrado superar dos condiciones esenciales. Por un lado, porque la norma ha sido creada, sancionada o incorporada por un procedimiento preestablecido por la Constitución, y, por el otro, porque su contenido no resulta incompatible con la misma Constitución o con ninguna otra norma de mayor jerarquía.

De manera que ha sido la forma de la Constitución —categoría ésta cuya ecuación no equivale a la sumatoria de todos los contenidos materiales de la misma—, el factor epistémico que ha permitido conocer cuándo una norma (nx) es verdaderamente constitucional (o perteneciente a la Constitución A). Esto es lo que quiero subrayar. Más allá del *locus* normativo o de toda etiqueta, entonces, es por el carácter formal de la Constitución que cualquier observador atento está en condiciones de afirmar que (nx) es una previsión compatible con la Constitución A. Y más importante aún, es por el carácter formal que singulariza a toda Constitución, que resulta posible inferir también otra serie de conocimientos adicionales. Por ejemplo, es posible saber a ciencia cierta que, contrariamente, la norma (ny) o bien no está incorporada dentro de la supremacía constitucional, o bien, si lo estuviera, se trata empero de una norma que no está vigente dentro del sistema jurídico ordenado por la Constitución A.

³⁷ Escribe Otto Pfersmann: “El derecho es un conjunto organizado de normas que poseen ciertas propiedades específicas. Una norma legal «existe» en la medida en que es un elemento de dicho sistema; y «ser un elemento de dicho sistema» a menudo supone tener «validez». Cfr. Pfersmann, Otto, “Pour une typologie modale de classes de validité normative”, en Petit, Jean-Luc (ed.), *La querelle des normes—Hommage à Georg Henrik von Wright*, Cahiers de philosophie politique et juridique de l’Université de Caen, núm. 27, 1995, pp. 69-113.

La tarea dogmática y/o teórica de dar claridad a los contenidos comprendidos bajo el concepto de Constitución sólo puede ser intentada en la singularidad de cada Constitución. Ahora bien, tales contenidos son aseguibles y deben ser entendidos como tales, si y sólo si, en tanto tales, los mismos pudieren estar acreditados como pertenecientes a ese sistema. En otras palabras, es necesario contar con una *scientia a priori* cuya amplitud perceptiva permita abrirse camino hacia la aprehensión universal de todos los entes susceptibles de ser atrapados dentro del concepto de Constitución. Por la forma, entonces, esta certeza se vuelve plausible. Es la forma de la Constitución la condición necesaria y suficiente que permite la precomprensión ontológica de todos los entes ideales que reconocemos como Constitución. Y así, en tanto valores, principios y reglas dotados de supremacía, todo conjunto de normas concretas mentadas como pertenecientes al orden constitucional, en definitiva, deben ser entendidas como normas singulares que comparten una única forma.

Lo que el lenguaje técnico constitucional permite transmitir no es otra cosa que la confirmación del sentido semántico de ciertas formaciones discursivas que históricamente han venido dando cuenta de un objeto cultural ideal básico llamado Constitución, un objeto cultural ideal que está definido por un complejo dispositivo de prácticas político-normativas diseñadas para la convivencia civilizada. Lo que el vocabulario constitucional patentiza, en consecuencia, es ese vínculo discursivo que refleja la relación entre el carácter formal del objeto llamado Constitución con todas las variaciones materiales que especifican un registro lingüístico de posibilidades antes inciertas. Pero, claro, ante cada potencial incertidumbre, discrepancia o vaguedad denotativa, ese carácter formal de la Constitución es lo único que permite abandonar toda confusión.

Vale decir, aquí sucede algo notable. Lo que pretendo hacer notar es que no es por su contenido ni por la carga de justicia ni por razones normativas o teleológicas; tampoco, ni mucho menos lo es por algún capricho teórico que se nos pueda ocurrir que un cuerpo normativo que denominamos Constitución, en rigor de verdad, puede efectivamente llegar a ser Constitución. No es así. Muy por el contrario, es algo más elemental lo que en verdad permite tener un saber justificado en materia constitucional. Sólo por la forma es posible saber que algo que dice ser Constitución es en realidad una Constitución. De modo que, por *default*, la “forma” resulta “forma constitucional” cuando ésta exhibe la capacidad de revelarnos cuál ente normativo es en verdad el objeto Constitución (por ejemplo, la Constitución A). Cuando dentro un sistema complejo de normas, una norma en particu-

lar se postula —y se instala— eminente entre todas; cuando al interior de dicho sistema, un cuerpo ordenado de reglas específicas organiza el poder, entonces, ese cuerpo de normas definitivamente es Constitución.

De modo que si la mejor manera de definir formalmente lo que es una Constitución pudiéramos sintetizarlo *como norma que da el conocimiento sobre cómo se hacen todas las normas* de un orden constitucional determinado, la noción de “fuente” del derecho, como es obvio, pasa a ser un elemento fundamental en todo proceso de esclarecimiento y conocimiento normativo constitucional. Esta idea, dicho sea de paso, permite identificar todas las instituciones, los actos y procedimientos por los cuales se realiza la producción de normas en cualquier sistema jurídico. Cuando exista pluralidad de fuentes, tal como nos lo propone el orden constitucional argentino luego de la reforma de 1994, potenciales conflictos de derechos de diversa estirpe, es pleno, han de ser inevitables consecuencias en el tiempo.³⁸

En efecto, el orden constitucional argentino, efectivamente, ha conferido (máxima) jerarquía a los tratados internacionales de derechos humanos que fueron incorporados al sistema, o bien por la convención constituyente de 1994, o aquellos otros que ingresen por el procedimiento legislativo que la misma Constitución regula para el futuro. También se han establecido algunas vagas pautas interpretativas en el artículo 75, inc. 22, CA. En síntesis, no obstante contarse con reglas y criterios específicos, la adjudicación de derechos no ha podido evitar precipitar algunos conflictos que denotan la contingente incompatibilidad por el polimorfismo de fuentes. Por ejemplo, nótese el conocido caso “Ministerio de Relaciones Exteriores o caso Fontevicchia D’Amico”.³⁹

Ahora bien, más allá de eso, aquí hay algo muy interesante. Lo que es importante notar aquí es que por defecto del “carácter formal” de la propia Constitución, ninguna de las fuentes complementarias en eventual competencia tiene una prevalencia segura. Y ciertamente, esta circunstancia no debe desorientarnos. En términos formales —no materiales—, la Constitución nunca puede resignar su máxima eminencia dentro del orden doméstico. En todo sistema jurídico complejo, la validez de sus fundamentos de apertura hacia otros sistemas, en rigor de verdad, nunca puede estar alojada

³⁸ Está claro que, por definición, el concepto de “fuente” no admite la gradación jerárquica o subordinación de las mismas. Es simple: no hay jerarquía entre fuentes. *Cf.* Henríquez Viñas, Miriam, *Las fuentes del orden constitucional chileno*, Santiago de Chile, Thompson Reuters, 2016, p. 12.

³⁹ En este punto, vinculada con la Corte Interamericana de Derechos humanos, se resalta la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina del 14 de febrero de 2017 (causa “Ministerio de Relaciones Exteriores s/informe”).

por fuera del sistema de base. Ello es así, precisamente, porque sólo esta alternativa ascendente ha permitido en la práctica la apertura y convivencia de fuentes del derecho internacional de los derechos humanos con plena vigencia en el orden constitucional doméstico. Correctamente nos lo indica Otto Pfersmann, por otro lado, la llamada “ficción recursiva de validez”, en términos argumentativos, puede ser una alternativa fundacional sensata que sin embargo requiere dicha eminencia a partir del fenómeno constitucional que le antecede.⁴⁰ A guisa de conclusión, entonces, a caballo de esta ficción, el carácter formal del derecho constitucional es una categoría que ayuda a entender y reforzar este razonamiento.

B. Aspectos materiales de la Constitución y la condición de supremacía

A propósito de los usos lingüísticos que aluden —o reconocen— diversas clases de Constituciones, una vieja distinción conceptual distinguía entre Constitución formal y Constitución material. La primera, se señalaba, se encuentra condensada en el texto escrito; por lo general en un cuerpo codificado. La segunda, en cambio, informa de las normas positivamente incorporadas (o no) que efectivamente tienen vigencia dentro un dominio territorial determinado.⁴¹ Está claro, entonces, que ese alcance denotativo del concepto “formal” así expresado, apenas si guarda relación con el ca-

⁴⁰ Explicando la llamada tesis de la “recursividad interna”, con precisión, Otto Pfersmann sostiene: “no puede haber ninguna norma jurídica que pueda ser el fundamento de la constitución. Si hubiera tal norma, entonces, simplemente sería esta la norma que tendría la función de ser la constitución; con lo que cualquier posible suposición previa que viniese a atribuir esta cualidad a otro conjunto de normas legales dentro del sistema, se encontraría irremediablemente falseada”. Cfr. Pfersmann, Otto, “Cinco tesis sobre el fundamento de la Constitución”, en Riberi, Pablo (ed.), *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019, p. 7.

⁴¹ En este punto, ha sido pedagógicamente reveladora la prolija taxonomía elaborada por Germán Bidart Campos, quien supo claramente diferenciar “tipologías” y “clases” de Constitución. Mientras las primeras dan cuenta del sustrato teórico, ideológico-normativo de las cartas fundamentales, las segundas nos revelan sus características externas. De tal suerte, por un lado, Bidart Campos distingue Constituciones del tipo racional-normativo, historicista y también sociológicas. Por otro lado, entre varias clases, el autor reconoce la diferencia entre Constitución formal, por oposición a la Constitución material. Textualmente dice al respecto: “la Constitución formal (escrita o codificada), se caracteriza por la reunión sistemática de las normas reunidas en un cuerpo unificado”. Con relación a la Constitución material, sostiene: “es la vigente y real en la dimensión sociológica del tiempo real, como modo y estructura de ordenación de un régimen”. Cfr. Bidart Campos, Germán, *Derecho constitucional argentino*, t. I, Ediar, 1988, p. 52. Para abundar respecto a las diferencias entre las mencionadas tipologías sigue siendo muy esclarecedor el análisis meticoloso que ensaya

rácter formal que hemos estado investigando. Mientras el carácter formal de la Constitución, precisamente, es utilizado expansivamente como recurso epistémico para identificar la genealogía constitucional de toda norma —escrita o no escrita, codificada o no codificada—; el concepto de Constitución formal, por el contrario, es un concepto limitante que, contrariamente, reduce el campo semántico de todas las posibles normas constitucionales para circunscribirse sólo a aquellas que están efectivamente integradas dentro del texto (o textos) escrito/s Constitución. Tal como se ha remarcado páginas atrás, es que el carácter formal, curiosamente, es la vía directa para llegar a reconocer la Constitución material.

A contramano de la Constitución formal (al libro o conjunto de reconocidos textos constitucionales escritos), el contenido material de una Constitución es utilizado para mentar un universo normativo en condiciones más comprensivas y prácticas. Por Constitución material, entonces, se entiende no sólo el conjunto total de reglas, principios y valores que efectivamente integran el plexo positivo textual vigente, sino también a todo el conjunto de prácticas y comportamientos que van definiendo el comportamiento constitucional real del poder. Lo relevante y curioso de esta idea es que, más allá de la voluntad del poder constituyente, por encima del intérprete o del ejecutor de las normas derivadas, tal conjunto de prácticas impuestas como obligatorias, por simple facticidad, son prácticas que están formando parte de la concreta vida constitucional de la comunidad política involucrada. Ése es el misterio que intenta resolver el concepto de Constitución material. Vale decir, la consolidación de esta taxonomía y vocabulario, el desarrollo de estos usos lingüísticos para distinguir la Constitución formal y material, en el tiempo, han propiciado un misterio o antagonismo en la prevalente mirada del observador.

En efecto, aquí hay un aspecto interesante que merece atención. Me refiero a que supremacía y Constitución —no pueden evitarlo—, por definición, son *formalmente* categorías inseparables. No son reversibles, pero sí son inseparables. Supremacía y Constitución, por otro lado, son además elementos esenciales para la acreditación del fenómeno constitucional. ¿Por qué? Lo son porque sin supremacía, ciertamente, no es posible asegurar la potencia ordenadora ni la cualidad paradigmática que necesariamente distingue a todo orden constitucional. Y esto es, ciertamente, es también un *factum*. Sin supremacía, además, no nos sería posible justificar la aplicación jerárquica de normas ni sería posible concebir el control de constitucionalidad. Por

García Pelayo. Véase García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 1957, pp. 33-53.

definición, luego, la supremacía es una cualidad esencial que necesariamente tiene toda Constitución. Y es por eso, precisamente, que la supremacía es un elemento por el cual la eminencia de la Constitución siempre ha de materializarse tanto normativa como fácticamente. No podría ser de otro modo. Ello siempre es así. Lo es aun cuando pudiera darse el caso de que, en tanto predicado normativo, fuera posible empero adjudicar esta cualidad a otras normas que no fueran estrictamente Constitución.

Pues bien, más allá del texto, entonces, esa materialidad de la Constitución, en rigor de verdad, sólo está registrada en el conjunto concreto de prácticas y comportamientos que aseguran el efectivo acatamiento de la ley fundamental. La supremacía, luego, es a las normas vigentes lo que la soberanía es al poder. Y si la soberanía es una cualidad excelsa y singular de cierto poder que no se rinde ni se somete a ningún ímpetu exógeno, la supremacía, a su turno, es una cualidad de cierto tipo de normas que se muestran normativamente discretas y cimeras; siempre por encima de otras normas que se hallan en posición de subordinación.

De modo que, resignificándose, leyes y tratados internacionales a los que se les pudiera haber concedido tal superlativa jerarquía, sin duda, trátase de leyes y tratados que nunca pueden competir ni pueden tampoco desafiar la eminencia de la carta magna que les ha habilitado tan peraltada estatura normativa. El razonamiento es simple: degradada o menoscabada la supremacía de la Constitución que habilita la apertura del derecho interno al derecho internacional, queda inexorablemente también degradada la fuente de validez de dicha apertura. La apertura que tienen algunos órdenes constitucionales —como es el caso de la Constitución argentina: artículo 75, inc. 22—, lejos de ello, lo que en realidad está propiciando es el robustecimiento del carácter normativo fundamental de todo el orden protector de derechos. En pocas palabras, trátase de un mecanismo de diseño que, dicho sea de paso, nos permite verificar cómo el carácter formal puede ser también un elemento que define y multiplica la práctica tutelar de derechos humanos por medio de la habilitación de complementarias jurisdicciones y garantías.

La idea de supremacía, por otro lado, sirve para convalidar la jactancia que distingue al constituyente y a los actores políticos procelosamente comprometidos en aumentar y/o fortalecer la vigencia de los derechos humanos. Más allá de ello, no siempre sucede que el mundo normativo pensado por el constituyente se ve confirmado por medio de prácticas homogéneas de parte de autoridad, operadores del derecho, e individuos en general.

Más genéricamente, entonces, la supremacía puede ser vista como corolario derivado del carácter formal de la Constitución. Lo es aun cuando

se trate de un *non-sequitur* de su invocación. La utilización del concepto material de Constitución, ciertamente, suele ser utilizado también para poner a prueba el alineamiento de las prácticas concretas por correspondencia u oposición a las prescripciones del texto constitucional. Y aquí conviene aclarar algo interesante. Dado que sólo las normas efectivamente vigentes pueden ser parte de la Constitución material, es pleno que todas las normas sin vigencia —incluso las que se mantuvieron escritas en el texto constitucional— son normas que ya no gozan de supremacía.

La Constitución material, por lo tanto, está determinada por el saldo objetivo de observaciones registradas del fenómeno constitucional. La misma Constitución, por otro lado, se consolida por medio de prácticas e interpretaciones repetidas y homogéneas. Aceptando el uso corriente de la expresión, luego, la categoría “Constitución material” comprende en primer lugar a todas aquellas normas que exhiben la capacidad efectiva de organizar el poder, normas, en última instancia, que permiten discernir no sólo atribuciones y competencias de los poderes superiores del Estado, sino también a aquellas otras previsiones que aluden los derechos efectivamente vigentes. Por tal motivo, el concepto material de Constitución es una categoría imprescindible. Lo es en tanto ella permite una necesaria ampliación del foco de observación.

De manera que el concepto material de Constitución permite identificar aquellas reglas, prácticas y usos que, integrando —o no— el código constitucional escrito, condensan las normas fundamentales que regulan el orden establecido. Su mención permite reconocer el conjunto de todas las normas constitucionales efectivamente activas: aquellas que están en la Constitución formal y aquellas otras que, aun no estándolo de manera expresa, de todos modos, están gobernando un universo subordinado de normas obviamente infraconstitucionales.

El concepto material de Constitución, en pocas palabras, se edifica sobre una sutil sustracción y adición de diferencias respecto a la Constitución formal. La Constitución material es una categoría útil que, entre otras cosas, permite discernir un mapa dinámico de jerárquicas normativas. Lo interesante es que estas operaciones son realizadas —y pueden ser comunicadas— apelando a un conjunto de enunciados susceptibles de apreciación empírica. Y, de tal suerte, el coherente uso lingüístico del concepto permite al observador atento apreciar de paso otra serie derivada de certezas sociológicas complementarias.

La observación del fenómeno constitucional, de tal suerte, permite notar cómo al interior del viejo concepto de supremacía hoy pueden reconocerse nuevos pliegues y nuevas relaciones intraordinadas. En efecto, luego

de la reforma constitucional de 1994, en el caso argentino, por ejemplo, asoman nuevas “jerarquías” definidas por el legislador constituyente. La nueva analítica de jerarquías, de tal manera, ha estabilizado la incorporación de normas internacionales bajo el manto atávico del concepto de supremacía antes aludido. En efecto, si se analiza con detenimiento el texto del artículo 75, inc. 22 de la Constitución argentina, es posible notar cómo esta noción de “jerarquía” está complementando el concepto de supremacía que ya había sido establecido por el artículo 31 de la Constitución histórica argentina. Naturalmente, la mencionada modificación en la Constitución formal ha tenido un impacto reflejo en la Constitución material. En resumidas cuentas, en materia interpretativa, la citada noción de “jerarquía constitucional” —en función de la Constitución material—, sin lugar a duda, es una categoría esencial que ha robustecido los mecanismos de protección de los derechos humanos.

En rigor de verdad, es relevante notar que toda norma constitucional, por construcción, debe ser necesariamente suprema. Conforme se desprendera de las características reseñadas renglones arriba, empero, esta condición no es reversible. Vale decir, no toda norma que goce de supremacía es ella misma Constitución. Si la idea de supremacía, por cierto, está sustancialmente incardinada al concepto de Constitución, la pregunta ineludible es por qué la misma opera en una única dirección. ¿Cómo explicar mejor esta relación? Pues bien, según lo dicho, ello es así porque amén de las normas de la Constitución formal que operan directamente, la autoridad normativa de la misma Constitución —como sucede en el orden constitucional argentino y en todo orden constitucional exitoso—, es la única capaz de ampliar el espectro de normas con tal peraltada estatura. No sucede a la inversa.

En consecuencia, sobre este punto es importante advertir otro dato relevante. La supremacía es una categoría esencial no sólo en términos teóricos, sino también porque la misma tiene una gravitante conexión práctica. En efecto, esa calidad permite individualizar el código genético-normativo del orden constitucional en trato. Tal calidad revela la pertenencia (o no) de una norma bajo análisis al selecto núcleo de todas las normas cimeras que gobiernan el orden jurídico de referencia.

De manera que resulta conveniente estar atentos al concepto de supremacía tanto en sus pliegues internos —con sus jerarquías— como con relación al vínculo de ésta con el concepto formal de Constitución. De todos modos, dentro del zenith de supremacía, frente a la gradación de jerarquías prestablecidas, todo observador puede encontrarse con que muchas de esas normas pueden estar desplazadas, asimiladas y/o subordinadas por defecto

de renovados ciclos materiales de disputa. Ahora bien, tal como lo destaca la misma Constitución argentina —por caso, cualquiera que sea la hipótesis—, aquí es necesario apreciar algo inconmovible. Y esto es que, al interior de la supremacía, las normas de la Constitución formal deben necesariamente estar siempre interpretadas como tales. Vale decir, tautológicamente, como normas que gozan de supremacía por ser normas constitucionales.⁴² El concepto de Constitución material, empero, permite advertir quién/quienes se está/n apartando y quién/quienes está/n trazando los nuevos confines de una línea asintótica de fronteras competenciales que no puede contener cierta inestabilidad.

Si esto fuera correcto, la relación entre Constitución formal y Constitución material reposa sobre enunciados donde la verificación, adaptación y/o sustitución de reglas (y principios) es también objeto de disputa. Sea como fuere, es importante advertir que este tipo de juicios sólo tienen sentido en la medida en que el observador se encuentre dispuesto a articular ambos campos semánticos. Vale decir, el concepto material de Constitución sólo es concebible en la medida en que el mismo puede estar confrontado con el concepto formal de Constitución, y viceversa. Conforme lo expuesto, entonces, ambas categorías confluyen al interior de una matriz cuyas celdas raramente coinciden, una matriz donde los términos normativos en cotejo sólo contingentemente encuentran idéntico significado.

Desde el punto de vista teórico, por otro lado, se vuelve interesante prestar atención a un incidente poco preciso, a veces confuso. Me refiero a un aspecto muy singular de la teoría constitucional. En términos metodológicos, resulta curioso que el concepto formal de Constitución, extrañamente, pocas veces es utilizado para el reconocimiento de su propia autoridad. Esto suele causar confusión, incluso al experto. Amén del texto escrito, por oposición al saldo especulativo de sus diferencias o adiciones relativas con respecto a la Constitución material, el concepto “Constitución formal”, en

⁴² Las pautas interpretativas establecidas justo a la apertura irrestricta del orden tutelar de los derechos humanos por parte de la Constitución argentina, de algún modo, ha provocado cierto grado de desorientación y críticas de algún sector de la academia. A través de un procedimiento preestablecido —artículo 75, inc. 22 de la Constitución—, el Congreso de la Nación Argentina puede decidir la incorporación ilimitada de nuevos tratados de derechos humanos al orden interno. Tal habilitación, luego, suele ser impugnada acusando un argumento evidente. Dada la “máxima jerarquía” que la carta magna otorga a este tipo de tratados, en paridad con la misma Constitución, es inevitable, la misma trae consigo la afectación de la consagrada “rigidez” constitucional sellada mediante rigurosos mecanismos regulados en el artículo 30 CA. Vale decir, por un procedimiento diverso al establecido y por voluntad de un poder constituido, luego de la reforma de 1994, se ha vuelto posible la alteración de la parte dogmática, aunque también ello puede impactar la parte orgánica de la Constitución.

términos de teoría constitucional, es especialmente relevante para el reconocimiento del orden textual legado por la voluntad legítima del órgano constituyente. Y, dicho sea de paso, en esta referencia es posible notar aquí cómo el carácter formal de la Constitución y el concepto formal de Constitución, tal vez, puedan encontrar algún punto de contacto.

Por último, en los casos pertinentes, desde el punto de vista de la teoría del Estado —y desde el punto de vista de la interpretación constitucional—, siempre resulta fundamental la identificación oportuna del cuerpo positivo de normas en práctica. Ello resulta imprescindible. Por eso, ciertamente, el conocimiento de la Constitución no puede tener otro punto de partida más confiable que no sea el contenido textual que alguna vez fue establecido por el legislador constituyente. Vale decir, no podemos olvidar el carácter normativo de la misma Constitución. Para comprender el derecho constitucional, en pocas palabras, es imprescindible conocer la Constitución formal.

IV. LA FORMA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL POLIMORFISMO DE FUENTES

De modo que las preguntas centrales siguen siendo ¿cómo alcanzar conocimiento cierto en materia constitucional?, ¿cómo establecer creencias justificadas sobre derechos constitucionales? O, más en concreto, ¿existe acaso un criterio idóneo por medio del cual el cuerpo de reglas, principios, valores y toda práctica asociada al objeto Constitución puede llegar a ser efectivamente individualizado como perteneciente a tal objeto? Si pensamos en claves aristotélicas, *a priori*, no debiera haber contenido ni materia diferenciada por fuera del marco político que ha dado nacimiento al fenómeno constitucional. Sin embargo, el conocimiento del mundo de los entes ideales pareciera estar atrapado dentro de una mecánica nominalista que el entendimiento asociativo suele expandir o restringir caprichosamente. Pues bien, para evitar estas arbitrarias operaciones, la “forma” nos otorga un criterio fidedigno que despeja esa inseguridad primaria. Porque, claro, recuérdese, precisamente, que *la forma es lo que hace que una cosa sea lo que es*.⁴³

Por la forma, entonces, un objeto “x” debe ser identificado como tal (y no como objeto “z”). La diversidad de la materia, entiéndase, se materializa por medio de la forma de los diversos entes que, por caso, nos permite

⁴³ Para mejor comprender el sentido de este enunciado, conviene repasar el pensamiento de Aristóteles en la materia. Para abundar, véase nota a pie 18.

inferir que como madera llegó a ser silla, mesa, puerta o barco. Y lo mismo sucede con objetos culturales como la Constitución. En consecuencia, y en este entendimiento, dentro del universo posible de normas, resulta evidente que es la forma de la Constitución lo que permite individualizarla como norma primera, como norma fundante. De entre todas las normas —con supremacía o sin ella—, la Constitución exhibe una naturaleza o un conjunto de caracteres relevantes que le son singulares. No es ordenanza, decreto, o simple ley, claro está. Más allá del contenido concreto, luego, es por su forma que cualquier Constitución puede ser distinguida en tanto Constitución.

Si esto fuera correcto, el discernimiento de su forma es fundamental. No puede ser por prepotencia retórica que un conjunto de preceptos legales autoproclamados como constitucionales tengan que ser ciegamente reivindicados como normas constitucionales. Eso sería un error. Porque más allá de su apariencia o dimensión autoritativa específica, en rigor de verdad, sólo algunas pocas normas tienen caladura suficiente como para ser reconocidas como normas constitucionales. Y si esto fuera correcto, entonces, otra pregunta adquiere especial significación. Esta es: ¿existen características o notas empíricas relevantes que habilitan distinguir a una norma o un conjunto de normas como constitucionales?

Pues bien, para responder este interrogante es conveniente transitar un camino lateral de pensamiento. Y ello es así porque previamente hay que reflexionar sobre la probable conexión entre las posibilidades prácticas de la observación con relación a una supuesta ontología sin referentes empíricos singulares. Si tal intuición fuera plausible, entonces, el conocimiento justificado necesitaría respaldarse en los resultados de la observación aplicados a un amplio espectro de registro, digámosle constitucionales.

Quizá por eso, más allá de los resultados observacionales concretos, todo observador atento debe necesariamente comprender el objeto Constitución más allá de la sumatoria de casos individuales conocidos. La naturaleza política con la que se inculca la legitimidad fundamental que toda norma fundamental, luego, precisa reparar también en las circunstancias históricas que han rodeado la creación y aplicación de sus preceptos. Para un cabal conocimiento constitucional, es importante acceder a toda la pléyade de razones negociadas y disputadas que han ido moldeando su contenido. Ahora bien, en ningún caso es admisible soslayar el cuerpo de valores y principios que han dominado la construcción de su sentido. Tanto cuestiones de diseño como aspectos vinculados al llamado *ethos* constitucional, entonces, conforman una única esfera que combina dos hemisferios complementarios. En resumidas cuentas: la eminencia de lo constitucional se percibe por la

“forma”. Ello necesariamente es así aun cuando el valor de sus preceptos excede la importancia otorgada en el proceso desiderativo previo.

En consecuencia, tanto la naturaleza histórica de su creación como las condiciones prácticas de su vigencia material forman los cimientos donde se asienta la vida constitucional de toda comunidad política civilizada. Si tal naturaleza histórico-política fuera un hecho consciente, en términos de autogobierno, resulta entonces sensato distinguir el conjunto específico de conquistas y jalones constitucionales que dan legitimidad al orden político-institucional de referencia.

En un eventual conflicto de normas, claro es, no puede haber ningún orden o sistema jurídico integrado que pudiera ser superior a la Constitución. Naturalmente, desde el punto de vista interno, tampoco es posible que haya otras normas competitivas que pudieran prevalecer por encima de la Constitución. Las normas morales o de cualquier otra índole, por otro lado, no gozan de autoridad específica como para solapar sus prescripciones sobre aquellos verbos regulados por el orden constitucional de base. En pocas palabras, no es imaginable otra dimensión normativa alternativa que pudiera siquiera aportar razones complementarias que refuercen el deber de obediencia a la Constitución. Con relación a ciertas normas del derecho internacional, sin embargo, desde el punto de vista interno —mucho más desde el punto de vista externo y/o desde el monismo jurídico—, es factible pensar que la misma Constitución pudiera darle eminencia.

De todos modos, aun así, el estatus jurídico de tales normas depende del orden doméstico que ha permitido tal habilitación. Esto es, su validez es *ex nunc* mientras no haya denuncia en contra del tratado. Lo que esto quiere decir es que, en tanto reglas o preceptos integrados a un orden constitucional —o a lo que algunos llaman “bloque de constitucionalidad”—, tales normas provenientes de otras fuentes o sistemas normativos concomitantes van a mantener su obligatoriedad a nivel doméstico sólo en tanto y en cuanto éstas —una vez incorporadas— no sean luego denunciadas por los órganos competentes del sistema político-jurídico habilitante.

Está claro que todos los enunciados contenidos por la Constitución han sido hechos para ser obedecidos por todos los miembros de la comunidad política involucrada. Y, en este sentido, el derecho internacional de los derechos humanos —con las convenciones internacionales de derechos humanos— debe aceptar compartir su eminencia con el orden doméstico constitucional que ha admitido la ampliación de fuentes y/o los circuitos alternativos de tutela.

De manera tal que, desde el punto de vista interno, por el solo hecho de ser constitucionales, las normas involucradas deben siempre ser normas

respetadas. Sin excusas. El operador del derecho debe saber que no hay razón de contenido material excluyente ni razón justificatoria —ni derogatoria posible— que sea legítimamente capaz de hacer prevalecer otra norma alternativa en detrimento del orden constitucional. Y lo mismo sucede a la inversa. Sea en el orden internacional de los derechos humanos —o en el orden doméstico—, por más valiosa y sensata que fuere, ninguna norma proveniente de un sistema integrado puede ser aplicada para desplazar a otra norma pertinente del orden habilitante. Es posible de todos modos que, dentro de marcos interpretativos complejos y en contextos de aplicación abiertos, se multiplique la posibilidad de casos difíciles. En efecto, tal como sucede en países como Argentina o Bolivia, es posible que algunos instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos estén dotados de máxima jerarquía —y, obviamente, supremacía— por la misma Constitución. Pero atención, que quede claro que esta proliferación de fuentes —e instrumentos protectorios— es posible, precisamente, porque el carácter formal de la Constitución así lo ha permitido.

De manera que sólo unas pocas normas llegan a ser efectivamente normas constitucionales. Y en cuanto tales, de tal suerte, éstas operan al interior de un microuniverso de tutela de derechos, que en algunos casos puede estar integrado dentro de un pluriverso mayor de protecciones concomitantes. Vale decir, se trata de normas que están integradas dentro de un orden jurídico polimórfico con pluralidad de fuentes y mecanismos tutelares alternativos sin subordinación ni rivalidades de antemano resueltas.

La voz “derecho constitucional” siempre está refiriendo a un conjunto selecto de normas que operan dentro de un dispositivo llamado Constitución.⁴⁴ En particular, lo constitucional de los derechos, en consecuencia, define autoritativamente la prevalencia retórica de algunos contenidos normativos que, sin más remedio, están llamados a lidiar con otras tantas pretensiones competitivas que restringen o socaban la latitud de los derechos humanos. La vigencia de los derechos, en gran medida, depende de una reglamentación razonable y un eficaz/eficiente compromiso de los órganos del Estado democrático-constitucional para hacerlos respetar. De algún modo, la misma depende también de la prudente interpretación que hiciera el Poder Judicial y demás órganos encargados de aplicar las Constitución y todas las normas del sistema jurídico involucrado.

Aceptada la raíz genealógica de lo constitucional, entonces, es posible notar la especial legitimidad político-jurídica que dicho adjetivo propicia.

⁴⁴ Riberi, Pablo, “Qué (no) son los derechos constitucionales”, en Rivera, Julio; Grosman, Lucas; Elías, Sebastián y Legarre, Santiago, *Tratado de derecho constitucional*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014.

Ahora bien, es cierto que otras normas integradas al orden constitucional, aun sin formar parte del texto, pueden de todos modos gozar también de esta peraltada cualidad. El polimorfismo de fuentes que caracteriza la protección de derechos humanos en varios sistemas jurídicos modernos, en este sentido, plantea una serie de desafíos e interrogantes prácticos a los cuales hay que brindarles máxima atención. Aquí es importante notar algo básico. Los modelos pluridimensionales integrados de protección de los derechos humanos, en tanto estén propiciando la multiplicación de circuitos tutelares, a no dudarlo, han de lidiar con la posible erosión de algunos derechos sometidos a disputa intersistémica.

En consecuencia, el bidimensionalismo del sistema interamericano o el tridimensionalismo que tiene lugar en Europa, sin duda son hitos positivos en la lucha por la defensa de los derechos humanos. Pero atención, de ello no se sigue un salto cualitativo ni una simplificación en los mecanismos procesales de tutela efectiva. Estamos en un proceso en pleno desarrollo; un proceso dinámico que va mostrando episodios de complementación, resistencia y/o eventual conflicto entre todos los sistemas involucrados. Porque, claro, los sistemas normativos pueden adecuarse y/o complementarse sobre la base de relaciones de subsidiariedad y/o de subordinación de uno o varios subsistemas con respecto a otro dominante. Naturalmente, es posible que los sistemas puedan también vincularse en un pie de igualdad. Vale decir, en un mismo plano sin hegemonías. Y si este fuera el caso, con relación a las prácticas interpretativas, es importante comprender la trascendencia político-constitucional que tiene la tarea de los jueces.⁴⁵ Por ejemplo, advertir cómo la “deferencia” o la doctrina del llamado “margen de apreciación” y/o de la llamada teoría de los “contralímites” pueden jugar un papel armonizador para el equilibrio entre los subsistemas.⁴⁶

⁴⁵ A propósito del supuesto diálogo interjurisdiccional en la doctrina judicial es apropiado analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana en la saga de casos *Taricco I* y *Taricco II*, donde se desarrolla la tesis de los “contra-límites”. *Cfr.* Corte Constitucional italiana, orden del 23 de noviembre de 2016 no. 24/2017; sentencia del 10 de abril de 2018, no. 115/2018 ECJ, 8 de septiembre de 2015, Case C-105/14, *Ivo Taricco* y otros; 5 de diciembre de 2017, Caso C-42/17, *M.A.S.* y *M.B.* En esta misma tendencia, asimismo, tiene especial trascendencia el caso *Solange II* del Tribunal Constitucional alemán del 22 de octubre de 1986. *Cfr.* BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83. Asimismo, el más reciente fallo sobre aspectos financieros donde controvierte la Corte de Karlsruhe controvierte la postura de la Corte Europea de Justicia. *Cfr.* BVerfG Judgment of the second Senate, 5 de mayo de 2020 —2 BvR 859/15—, paras. 1-237.

⁴⁶ A propósito, véase CSJN, sentencia del 14 de febrero de 2017, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto *s/informe* sentencia dictada en el caso «*Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*» por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

La Constitución —si fuera democrática/republicana—, por otro lado, ostenta un ADN político que no puede admitir pretensión alguna de subordinación o delegación definitiva de competencias de ninguna índole. La Constitución democrática republicana reserva al pueblo soberano (o sus representantes directos) la decisión última en el tiempo de crear mecanismos institucionales que pudieran habilitar o inhibir la apertura y aplicación del derecho convencional. Aun cuando sea correcto pensar que de las credenciales de legitimidad político-democrática no se sigue la necesaria prevalencia normativa del orden constitucional doméstico —por encima del orden internacional convencional—, de esta premisa tampoco puede seguirse la tesis contraria. Más aún, es bastante débil la intuición monista que intenta integrar las relaciones recíprocas de los sistemas multidimensionales de protección de los derechos humanos, tal como si las mismas relaciones pudieran acomodarse conforme una gradiente mecánica donde los sistemas domésticos quedan irremediabilmente subordinados. Los puntos de fricción y los conflictos potenciales en materia de aplicación de normas concurrentes en materia de derechos humanos, inevitablemente, demandan flexibilidad y altas dosis de prudencia en la inteligencia del intérprete. En síntesis, para robustecer la convivencia de múltiples circuitos integrados con el objetivo común de la protección de los derechos humanos, es en todos los casos necesario sostener la prevalencia formal del orden constitucional habilitante. Tal punto de partida constituye un requisito esencial para lograr la complementariedad de todos los sistemas integrados.

En resumidas cuentas, una comunidad política que ha logrado darse su propia Constitución, cuando tal poder político sea expresión democrática de la soberanía popular, está claro, tal poder soberano nunca puede admitir lealtades normativas desafiantes o puede aceptar subordinarse a otros centros competitivos de poder. La Constitución democrática siempre revela el rostro auténtico de la comunidad política que logra autogobernarse. Por eso, la Constitución habilita todas las instancias normativas posibles. Por lo tanto, no hay legado cultural o moral cosmopolita —ni agenda internacional— que pueda presumir de mayor autoridad que aquella que marcó la voluntad constitutiva primera.

Más allá de eso, el poder político que exhibe soberanía puede no obstante transferir o descentralizar competencias hacia órganos supranacionales que alguna vez nacieron por el consentimiento de los órganos, instituciones constitucionales constituidos en el Estado. Eso sí es posible. Lo que resulta inimaginable es que por vía de adhesión hacia sistemas internacionales de tutela de derechos o sobre un proceso de transferencia de competencias ha-

cia órganos supranacionales se pueda decretar el propio desmembramiento o se legitime la fractura y sometimiento irreversible del dominio constitucional que habilita ambas posibilidades. El poder soberano no puede fragmentarse, dividirse o enajenarse.⁴⁷ Tampoco puede voluntariamente mutilarse. La potencia seminal que su existencia entraña no puede degradarse en tanto mantenga tal cualidad.

Toda Constitución ha sido creada sobre la base de pactos y acuerdos que de tal suerte dan cuerpo a las aludidas decisiones políticas fundamentales. Eso es así. El involucramiento del orden constitucional con otros sistemas normativos; la integración del orden competencial del Estado con formaciones supraestatales, claramente, deben ser entendidos como expresión de esa aptitud soberana del orden concedente. Luego, sin la constancia de una voluntad política precisa en este sentido, naturalmente, no es posible justificar acoplamiento alguno. No hay otro modo.

La forma del preámbulo: el “precompromiso” y las decisiones políticas fundamentales

A esta altura del desarrollo, conviene retornar a una pregunta exigente. Ésta puede presentarse de la siguiente manera: ¿cómo nace la potencia —y de dónde surge la matriz autoritativa—, capaz de imprimir forma constitucional sólo a un grupo selecto de normas —y no a otras—? La respuesta, sin duda, desborda las posibilidades del lenguaje jurídico. Luego, para lidiar con este interrogante, inevitablemente, es importante insistir con algo básico ya destacado en el punto II.2. de este trabajo. Es necesario entender que el camino argumental debe ser coherente con los presupuestos de observación, y hay que respetar las lecciones de la historia constitucional.

En efecto, hay que advertir que la observación y la narrativa académica que da cuenta del fenómeno constitucional han revelado que, inexorablemente, los valores, los principios y las reglas de la Constitución, siempre, sin

⁴⁷ Desde el punto de vista republicano, es importante llamar la atención de un aspecto central en el pensamiento de Rousseau. En el llamado segundo discurso, Rousseau advierte que no se puede representar la soberanía del pueblo. Textualmente dice que (la) “volonté general” depends on peoples actual participation. He underscores: “La souveranité ne peut être représentée, par la même raison qu’elle ne peut être aliénée; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point: elle est la même ou elle est autre; il n’y a point de milieu. Les députés du peuple ne son donc ni ne peuvent être ses representants, ils ne sont que ses commissaires; ils ne peuvent rien conclure définitivement. Tout loi que le peuple en personne n’y a pas ratifiée es nulle; c’est ne point une loi”. Rousseau, Jean Jacques, *Du contract social*, F. Rieder et Cie Éditeurs, 1922, p. 71.

excepciones, se encuentran fraguados por una voluntad política inicial. El fenómeno se aprecia en su dimensión constitucional por defecto de una voluntad política que así lo ha determinado. Vale decir, nace en el vientre de un *locus* prejurídico donde lo político —que caracteriza ese poder— logra dar a luz al orden constitucional que luego regulará la vida colectiva de esa comunidad política. De manera que una decisión colectiva —de naturaleza política— debe haber preludiado la existencia del orden constitucional en ciernes.⁴⁸ Si el orden constitucional fuera democrático-republicano, es dable pensar que ha habido participación y consentimiento en libertad e igualdad; esto es, es dable intuir que el poder se organizó como una instancia anímica desiderativa de sujetos libres e iguales dispuestos a cooperar recíprocamente. La Constitución, así entendida, resulta claro, es el *opus magnum* del autogobierno de todo pueblo libre.

El preámbulo —que a su vez revela en su alocución el propio carácter “formal” respecto al articulado de la Constitución—, entonces, resulta manifestación plausible de esa voluntad colectiva que, seminalmente, se encarga de volver patente el momento exacto del alumbramiento constitucional. El enunciado apodíctico que remata la gran mayoría de los preámbulos, como un *fiat lux*, se nos revela el epítome que amalgama el nacimiento de la Constitución junto al Estado y al orden jurídico. Luego, la expresión autoritativa que “crea” o “sanciona” la Constitución, de algún modo, debiera comprendérsela como una fórmula retórica solapada con la decisión fundamental que ciertamente define también los objetivos y valores del orden constitucional alumbrado.

Más allá del catálogo de las creencias y compromisos ideológicos allí compilados, entonces, el sujeto colectivo que domina la declaración preambular (“Nosotros”, “Nos: el Pueblo” —o “los representantes del pueblo”—), es el auténtico protagonista en ejercicio de la proteica —y formidable— tarea de “ordenar”; “mandar” el cumplimiento del articulado de la Constitución y de todas las normas por ella habilitadas. Y muy importante, de paso, nos está informando qué contenidos, creencias, valores deben ser desarrollados materialmente a partir de esa instancia decisional de mandar, ordenar el cumplimiento de la norma básica Constitución. Más aún, esta misma voluntad ordenadora, autorreferencialmente, en un curioso plano de igualdad —integrándose al resto del articulado constitucional—, nos reseña cómo es el procedimiento y cuál será el órgano —Poder constituyente— que, eventualmente, estará habilitado para alternar el contenido material

⁴⁸ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, pp. 47, 48 y 137.

de la misma Constitución que contiene dicha regla por defecto del carácter formal del mismo preámbulo.⁴⁹

En países como Argentina, las normas constitucionales: las determinaciones sobre derechos y todas las normas elaboradas en torno al poder; esto es, todo el conjunto de valores, principios y reglas contenidos dentro de la norma fundamental, son constitucionales, precisamente, porque se encuentran en conexión directa con el preámbulo que así lo dispone. Lo que se quiere enfatizar es que todo el articulado de la Constitución tiene una legitimidad insuperable y eminente existencia normativa por una razón indisimulable. Ello es así porque el preámbulo se ha encargado de identificar dicha excepcionalidad normativa vinculando de manera directa a un rango limitado de normas con la decisión política fundamental que crea un orden constitucional exitoso.

Efectivamente, en tanto y en cuanto las normas y preceptos de un texto constitucional se encuentren formalmente atados a un acto anímico de expresión colectiva soberana del pueblo —o sus representantes más directos—, la validez de los preceptos constitucionales no puede desconocer la forja política que le ha dado autoridad y sentido. Es evidente, de tal suerte, que los enunciados del preámbulo deben ser interpretados como razones político-normativas que instan la obediencia a la Constitución. Más importante, ellos se nos revelan como la prueba textual que acredita la existencia histórica de una decisión colectiva soberana, “causa formal” que distingue a la Constitución como norma fundamental de todo el sistema jurídico.

Por otro lado, aquí se puede advertir otro elemento teórico cuya inteligencia tampoco admite distracciones. Estoy refiriéndome al llamado “precompromiso constitucional”, categoría ésta que sólo puede ser plausible si la Constitución es entendida como norma fundamental que ha sido forjada por una voluntad política colectiva que ha convalidado esa instancia previa. El precompromiso constitucional, además, opera como una categoría teórico-práctica que permite comprender las razones prudenciales y morales en virtud de las cuales la Constitución democrático-republicana necesariamente debe ser un objeto ideal que refleje el debate y la negocia-

⁴⁹ Esta cuestión tiene su ostensible complejidad teórica. A propósito de las normas autorreferenciales, son conocidas las reflexiones que han terminado rotulando lo que se conoce como “paradoja de Alf Ross”. Me refiero con ello a la observación del citado autor aludiendo al procedimiento de revisión establecido por el artículo 88 de la Constitución de Dinamarca de 1953. Asimismo, sugiero ver Alarcón Cabrera, “El *puzzle* constitucional de Ross en el marco teórico de las reglas constitutivas”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1990, pp. 325-329.

ción de sujetos libres e iguales.⁵⁰ No es posible que esta idea pueda ser comprendida de otra manera. El carácter formal de la Constitución, en este sentido, resulta nuevamente una clave teórica fundamental. Lo es porque su aplicación permite justificar el sentido y valor del concepto de Constitución más allá de la calidad de los contenidos establecidos.

En consecuencia, esta reducción abstracta de toda diversidad de móviles y razones a la singularidad confirmatoria del instante previo a la creación del orden constitucional hace que el precompromiso pueda erigirse como una categoría analítica esencial en la teoría constitucional. Una ficción irremplazable.⁵¹ El precompromiso constitucional, de tal suerte, está instalado dentro de un eje temporo-espacial, una línea intangible que prelude la naturaleza normativa del objeto Constitución con la voluntad política que urge la creación y obediencia a la misma. Sobre la base de renunciaciones y promesas constitucionales, reconociendo un pasado común, una voluntad colectiva soberana, entonces, puede diseñar un futuro compartido a partir de la Constitución.

El llamado precompromiso constitucional, en consecuencia, es una expresión desiderativa compleja que revela una voluntad política en dos momentos esenciales. Dos instancias singulares, bien distintas entre sí. Por un lado, aquél asume una antesala conflictiva de eventos políticos donde se gesta la voluntad colectiva capaz de producir el objeto Constitución. Y, por otro lado, el mismo precompromiso propone un momento concreto donde esa voluntad refleja la decisión de los involucrados en aceptar la obligación política fundamental de obedecer la Constitución. El preámbulo nos acredita ambos momentos

De tal suerte, *ex nihilo*, el preámbulo constituye una manifestación seminal que permite reconocer en los hechos la aptitud política del sujeto colectivo pueblo —o de sus representantes más directos—. El llamado

⁵⁰ A propósito de la racionalidad imperfecta y la utilidad de esta categoría, es fundamental ver la metáfora de Ulises y la Sirena en los aportes seminales legados por Jon Elster. Elster, Jon, *Ulises y las sirenas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 66 y ss. Asimismo, son muy esclarecedoras las reflexiones de Stephen Holmes. Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Holmes, S. y Slagstad, R., *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 217 y ss.

⁵¹ Aun cuando el supuesto “precompromiso” constituye una ficción de naturaleza política, a propósito de esto, Daniel Mendoca aclara las notas esenciales que identifican este tipo de representaciones en el mundo del derecho. Diferenciándolas de las llamadas presunciones, aclara Mendoca: “...en el caso de la ficción se asume... una proposición que se sabe es falsa, mientras que en el caso de la presunción se asume una proposición que puede ser (y probablemente sea) verdadera”. Mendoca, Daniel, “Estudio preliminar”, en Mendoca, Daniel y Schmill, Ulises (comp.), *Ficciones jurídicas*, México, Fontamara, 2003, p. 16.

precompromiso, en este escenario, cumple su cometido cuando, efectivamente, los involucrados logran ponerse de acuerdo y alcanzan el objetivo constitucional. Mediante el precompromiso, además, sucede que la diversidad de intereses y ventajas relativas de los individuos quedan relegadas o desaparecen definitivamente. La concreción de la manda preambular, a decir verdad, permite notar cómo dichas preferencias, intereses y puntos de vista anteriores se han ido transformado y fundiéndose en una composición anímica y moral cualitativamente distinta. Lo que superficialmente puede verse como la sumatoria de impresiones, puntos de vista, intereses y creencias diferenciadas, en rigor de verdad, con la creación constitucional, pasa todo a ser otra cosa.

En síntesis, el precompromiso constitucional es la instancia previa donde el carácter formal del preámbulo es forjado para dar nacimiento al articulado de la Constitución. Por otro lado, es también una referencia teórica que luego propicia el carácter formal de la toda la Constitución respecto a todo el orden jurídico derivado. El precompromiso, en pocas palabras, nos muestra el rostro anticipado de un compacto poder político cuya potencia constitucional está presta a irrumpir.

Afirma Schmitt: “Las decisiones planteadas en relación directa con la situación política no pueden, naturalmente, ser soslayadas en la Constitución, pues sino, ésta no existiría”.⁵² Aludiendo los llamados “momentos constitucionales” —en los términos de Ackerman—, entonces, el poder político, de forma deliberada —o incidentalmente—, suele apurar decisiones colectivas que impactan tanto en la organización del poder como en la implementación de los derechos individuales.⁵³

Muy a menudo, el poder político, por medio de las instituciones del Estado, es responsable de precipitar subrepticamente la transformación del orden constitucional vigente. En consecuencia, a menudo, en una suerte de “gatopardismo”, grandes reformas constitucionales son enunciadas para que nada cambie.⁵⁴ Y, por el contrario, una lectura apropiada de este fenómeno puede indicarnos cómo decisiones menores de parte de

⁵² Schmitt, Carl, *On the Three Types of Juristic Thought*, Westport, CT, Praeger Publishers, 2004.

⁵³ Me interesan las ideas de Ackerman asociadas a su visión teórica comparada sobre el constitucionalismo. A propósito, sugiero ver Ackerman, Bruce, *Revolutionary Constitutions —Charismatic Leadership and the Rule of Law—*, Harvard University Press, 1999, pp. 1-27. Asimismo, Ackerman, Bruce, *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 145 y ss.

⁵⁴ Alude con la referencia a la famosa cita que ha inmortalizado la habilidad política del príncipe Fabrizio di Salina en la obra de Di Lampedusa. Véase Di Lampedusa, Giuseppe, *Il Gattopardo*, Milano, Feltrinelli, 1974.

los poderes superiores del Estado pueden terminar provocando un cambio copernicano en el orden jurídico afectado. Cualquiera que sea el caso, recurrir al carácter formal de la Constitución es una estrategia que permite reconocer la continuidad —o no— del orden normativo regulado por cierto núcleo de normas. De paso, en esos episodios de creación y cambio, puede verse afianzada la llamada identidad constitucional del orden político-estatal, que crea, altera, y/o ejecuta normas y decisiones normativas a lo largo del tiempo.

El cambio constitucional, para ser legítimo, necesita de la aptitud y la vocación democrática del poder político que expresa las nuevas decisiones fundamentales. En esa inteligencia, el carácter formal de la Constitución puede servirnos como un recurso epistémico para evaluar las credenciales democráticas de la autoridad.

Poder y libertad, ya se ha dicho, son las dos sustancias exclusivas con las cuales una Constitución alcanza a materializarse. No hay otro secreto ni existen materiales alternativos. En términos democrático-republicanos, la voluntad política de las mayorías se afirma por medio del autogobierno; aunque no hay democracia ni república posible cuando las decisiones político-jurídicas consagradas en la Constitución no son respetadas por mayorías y minorías.

Así las cosas, entonces, el poder político democrático —canalizado por medio de las instituciones del Estado— puede edificar valladares para reforzar la dignidad, la autonomía, la libertad y los derechos de las personas. La historia constitucional y el legado de la Ilustración dan testimonio de una tendencia sostenida en este sentido. Más allá de eso, al interior del orden constitucional, lo cierto es que Poder y Libertad no pueden dejar de operar en variable tensión. Y así, al interior de esta inestable aleación, frente a débiles o agresivos intereses colectivos o en oposición a autoritarios designios desde el Estado, los derechos pugnan y/o fronteras móviles. En todos los casos, sea para resolver conflictos de derechos, sea para definir la latitud de atribuciones estatales, la invocación a la Constitución, inexorablemente, opera como el ancla sagrada para la convivencia civilizada y pacífica de las personas.⁵⁵ En los momentos de crisis o zozobra, sólo la Constitución prohija un peso seguro donde fijar la paz y la seguridad en las relaciones civiles.

⁵⁵ González Trevijano, *La Constitución pintada*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2018, p. 230.

V. EPÍLOGO: LO POLÍTICO Y LA FORMA CONSTITUCIONAL

¿Es posible tener entonces un “conocimiento” justificado de la Constitución? ¿Existe el objeto constitucional como *factum* o, acaso, toda apreciación del fenómeno está sometida a interpretaciones arbitrarias? Mi intuición indica que, al menos en cierto nivel discursivo, es posible tener conocimiento fundado en materia constitucional. Y, por lo tanto, que es esencial dar cuenta del objeto —cultural— llamado Constitución cuando nos involucramos con las sustancias constitucionales. Si esto fuere aceptado, naturalmente, el escepticismo epistémico en la materia debe ser soslayado. Claro, en la medida en que el “carácter formal” sea utilizado como llave de ingreso a la trama de contenidos de la Constitución, tal intención, sin duda, es una intención sensata.

Como fue apuntado al comienzo de este trabajo, entonces, se han avanzado precisiones analíticas y lexicográficas relevantes. Este trabajo, entre otras cosas, ha argumentado acerca de dos categorías imprescindibles para acceder al conocimiento cierto o justificado en materia constitucional. Para explorar el fenómeno y para poder reconocer sus fundamentos y contenidos, el concepto de “lo político” y la “forma constitucional” deben ser reconocidos como categorías esenciales en la materia. Habiéndose explorado aspectos metodológicos y epistémicos, por una parte, se han analizado también los efectos secundarios de la “ultrajuridificación” y la denominada “fragmentación semántica” del discurso político-constitucional contemporáneo, por la otra. Posteriormente, distinguiendo los usos lingüísticos más relevantes, se han ofrecido precisiones sobre qué caracteres relevantes permiten diferenciar la Constitución desde el punto de vista formal y cuáles nos permiten hacerlo desde el punto de vista material. En todos los casos se ha enfatizado que la “reificación” del concepto de Constitución sólo es posible si ésta se articula desde una dimensión histórico-política de sentido. Finalmente, para convalidar condiciones de validez y eficacia, se ha hecho notar que el concepto formal de Constitución necesariamente requiere complementarse con la noción de la supremacía constitucional. Y, en esta inteligencia, se ha demostrado cómo operando al interior del preámbulo, el llamado “precompromiso” constitucional constituye una categoría seminal desde el punto de vista del constitucionalismo (político).

De acuerdo con lo expresado en este desarrollo, en términos democrático-republicanos, por tal motivo, “lo político” debe ser comprendido como un concepto teórico-práctico que devela el carácter existencial de una voluntad desiderativa colectiva que antecede la forja de la Constitución.

Como lo indica su uso lingüístico en la historia constitucional, lo político es algo más que un recurso retórico. Tal concepto informa sobre una dimensión ontológica que permite acceder a dos certezas importantes. Por un lado, el mismo concepto nos abre la puerta de un ámbito extrajurídico donde explorar y reconocer el origen de la autoridad (sus credenciales de legitimidad), y, por otro lado, nos ofrece un instrumento confiable para que el fenómeno constitucional pueda ser aprehendido como expresión civilizada de organización del poder. Por estas dos certezas, sucede que la deliberación, la disputa y los acuerdos alcanzados en dicha dimensión son los únicos capaces de aportar insumos estratégicos y normativos para lograr cooperación social y convivencia civilizada.

Puesta en el plano de lo político, la forma de la Constitución, en pocas palabras, nos permite comprender cómo es posible que la masa amorfa de creencias, deseos e intereses individuales pueda en algún momento llegar a transformarse en otra cosa cualitativamente superior, cómo ese amasijo puede llegar a convertirse en valores, principios, objetivos constitucionales. Aun cuando no podamos asegurar la fórmula del éxito, la “forma” de la Constitución, al fin y al cabo, nos permite de todos modos constatar esta alquimia excepcional. Es simple; ello es así porque, como enseñaba Aristóteles, sólo por la forma, una cosa es lo que es.

¿EXISTE LA CONSTITUCIÓN? —UN COMENTARIO ACERCA DE LA FUNCIÓN DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES—

Ricardo CARACCIOLO*

1. Ésta es la cuestión que propongo a debate. Se trata del problema suscitado en filosofía política por el denominado “argumento contramayoritario”, el que, como se sabe, pone en cuestión, en cuanto resultarían incompatibles con la regla democrática de la mayoría legislativa, a los diseños institucionales que incluyan tribunales con competencia para pronunciarse acerca de la conformidad de las leyes con una Constitución. Autores como Vázquez, defienden no sólo la tesis —puesta también en tela de juicio en algunas versiones de ese argumento— según la cual una concepción plausible de la democracia requiere una Constitución rígida que funcione como garantía de una nómina de derechos básicos, a la que denomina, siguiendo a Garzón Valdéz, el “coto vedado” a la intervención legislativa. Sostiene también que la concesión de competencia a jueces especializados —una corte constitucional— encargados de aplicarla constituye, asimismo, una condición necesaria, aunque no suficiente, de semejante concepción.¹ Aunque acuerdo básicamente con esa propuesta central, es notorio que requiere la elucidación de una cuestión previa de alcance más general; esto es, el interrogante acerca de las condiciones de existencia de una Constitución, o sea ¿qué quiere decir que existe una Constitución? Como es claro, la existencia de jueces constitucionales supone la existencia de una Constitución. Mi tarea será comentar brevemente algunas alternativas de respuesta, y el alcance de ese supuesto.

2. Esta discusión importa aquí porque Vázquez, al tomarse en serio el argumento contramayoritario, parece admitir alguna de sus formulaciones, las que, en una cierta lectura, implican una versión del escepticismo acer-

* Universidad de Córdoba.

¹ Vázquez, Rodolfo, “Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria”, 130, UNAM, 2015; Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario”, *Normas, Razones y Derechos*, 2011, p. 241.

ca de la posibilidad de la existencia objetiva de una Constitución, lo que, por cierto, sería incompatible con esa propuesta. Así, por ejemplo, J. C. Bayón desestima una tradicional idea destinada a defender el control jurisdiccional de las leyes, de acuerdo con la cual cuando los jueces invalidan leyes democráticamente adoptadas se limitan a imponer la supremacía de la Constitución, y no sus propias *creencias o concepciones* morales o políticas. Esta idea no es convincente —dice Bayón—, porque

...se basa en una concepción *objetivista* de la interpretación constitucional difícilmente sostenible. La idea de que los jueces constitucionales tan sólo hacen valer frente al legislador límites claramente establecidos pasa por alto la “brecha interpretativa” que existe entre el texto constitucional y las decisiones que lo aplican... (cursivas mías).²

3. Ello es así, insiste Bayón, habida cuenta que los textos constitucionales, en especial los que establecen los derechos básicos, se formulan en términos vagos y abstractos, de manera que —de acuerdo con R. Dworkin— su aplicación torna inevitable su lectura moral. Por lo tanto, si no hay forma de recurrir a una reforma constitucional, “...los jueces constitucionales tienen *de facto* la última palabra sobre el contenido de los derechos básicos”³ (cursivas mías). Por supuesto, como lo ha indicado Hart, el carácter definitivo de las decisiones de una corte constitucional no implica su infalibilidad.⁴ Ello significa que los jueces pueden de hecho cometer errores en la aplicación de la Constitución. Pero, se sigue de ese argumento contramayoritario que, habida cuenta que la interpretación plausible de la Constitución, al menos en relación con los derechos básicos no puede ser objetiva, tampoco puede haber un criterio objetivo para evaluar el error de los jueces, un criterio que tendría que depender del contenido de la Constitución. Por lo tanto, tampoco puede haber un límite objetivo a sus decisiones, lo que equivaldría a decir que no existe la Constitución, al menos no existe como garantía de los derechos básicos.⁵ Va

² Bayón, Juan Carlos, “Derechos, democracia y Constitución”, *1 Discusiones*, p. 69 (2000). No está muy claro cuál el alcance de esta crítica de Bayón. Aunque parece decir que sólo se aplica a los “casos difíciles”, la “brecha interpretativa” tiene que postularse en todos los casos si cualquier aplicación de la Constitución requiere su interpretación. La fórmula escéptica que Bayón presenta a continuación no distingue entre clases de “casos”. De cualquier forma, como resulta del texto, supone que todas las defensas judiciales de derechos básicos conducen a controversias, es decir, a “casos difíciles”. Más adelante se aborda esta distinción.

³ Bayón, Juan Carlos, *Derechos, democracia...*, cit.

⁴ Hart, Herbert, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, pp. 138 y ss.

⁵ Más adelante, voy a discutir brevemente el problema del carácter derrotable de los principios.

de suyo, sin embargo, que un defensor del papel institucional de los jueces de una corte suprema, como es el caso de Vázquez, tiene que suponer la existencia de una Constitución y la posibilidad empírica de su aplicación correcta, en principio, en todos los casos constitucionales.

4. El hecho de que esta “brecha interpretativa” implica también la imposibilidad de imponer legítimamente límites a la actividad legislativa democrática se muestra también⁶ en la discusión de Bayón, a tenor de la cual cuando existe un tribunal constitucional la regla de decisión colectiva no es “...lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere derechos básicos, sino —en la práctica— lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entiendan que constituye el contenido de los derechos básicos”.⁷

Esta afirmación no es otra cosa que una versión del escepticismo que se manifiesta en el conocido slogan “la Constitución dice lo que los jueces constitucionales dicen que dice”. Lo que hay que rechazar —según Bayón— no es la regla de la mayoría con límites, sino la competencia de los jueces en su determinación. Sorprendentemente, no advierte que la existencia de límites requiere de hecho la existencia de jueces, porque de lo contrario la regla de decisión colectiva tendría que formularse así: “lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que la mayoría entienda que constituye el contenido de los derechos constitucionales”, lo cual supone que, de hecho, no existe límite alguno a las decisiones de la mayoría; esto es, no existe la Constitución, porque si existe una Constitución, no es verdad que esos límites son impuestos por la ideología de los jueces, como tampoco lo es que su imposición resulte de las decisiones legislativas: habría, en cambio, que considerar que semejantes límites son los que resulten del contenido de la Constitución, cualesquiera sean las decisiones erróneas que los jueces adopten en la práctica y las dificultades para identificarlo. Si ello se acepta, habría también que admitir que la jurisdicción constitucional constituye un ingrediente necesario de un diseño que incluya una Constitución rígida, como sostiene Vázquez.

5. Vázquez, al tomarse en serio este argumento contramayoritario, parece asumir también que, habida cuenta que los textos constitucionales en materia de derechos básicos incluyen “conceptos esencialmente controvertidos”, no podría decirse “...que el juez solo se limita a aplicar la ley o la Constitución”. Si ello fuera posible “...la falta de legitimidad democrática del juez parecería no ser relevante”.⁸ Pero

⁶ Si no es posible una interpretación “objetiva” de la Constitución, es difícil saber de qué manera se pueden defender jurídicamente los derechos básicos.

⁷ Bayón, Juan Carlos, *Derechos, democracia...*, cit.

⁸ Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, *op. cit.*

...si se acepta que la tarea del juez es *sustancialmente valorativa* ponderación de los principios básicos de moralidad social y en los distintos pasos de la interpretación jurídica surge la siguiente pregunta: ¿Quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones?⁹ (cursivas mías).

Aunque voy a retornar más adelante a la cuestión de valor que puede estar involucrada en la aplicación de la Constitución, es notorio que este argumento elude la respuesta que habría que formular a este interrogante si se admite su existencia: los juicios de valor relevantes son los incorporados en su contenido con respecto a los cuales los jueces (y también los legisladores) sólo deben cumplir la función de correas de transmisión. Otro asunto es preguntarse si, de hecho, en la práctica de las decisiones de los jueces y de los legisladores se respeta esta exigencia normativa. Es más, la cuestión del activismo judicial tendría que formularse de otra manera, porque si los jueces se limitan a aplicar la Constitución, no puede haber distinción entre jueces conservadores y jueces activistas. Lo que puede suceder es que, o bien la Constitución existente es conservadora, o bien es progresista.

6. En verdad, supuesta la existencia de una Constitución, y habida cuenta de la distinción entre creación y aplicación del derecho, la justificación del procedimiento judicial de revisión de las leyes para evaluar su conformidad con ese básico marco normativo, se sigue de manera no problemática, de otro indudable principio democrático: el requerimiento de separación de poderes o funciones. En palabras de David Brink: "...It is the function of the courts to apply the law, and it is the function of the legislature to make law-subject to certain constitutional limits. Since the Constitution is a law, it is the job of the courts to decide whether the legislature has heeded its constitutional limits".¹⁰

Esto es, de conformidad con ese principio no es aceptable que los legisladores sustituyan a los jueces, como tampoco lo es que los jueces sustituyan a los legisladores en sus respectivas funciones. Cuando los jueces transgreden su competencia, llevan a cabo una revisión ilegítima de las leyes, a la que Brink denomina "non interpretative judicial review"¹¹ (más adelante retorno a esa distinción). Inversamente, cuando la legislatura va más allá de esos límites, promulga leyes inconstitucionales. Ello es así, si existe una Constitución, o lo que equivale a lo mismo, si es posible articular la distin-

⁹ *Idem.*

¹⁰ Brink, David, "Legal Theory, Legal Interpretation and Judicial Review", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 17, núm. 2, 1988, p. 136.

¹¹ *Idem.*

ción entre “creación” de la Constitución, lo que compete al legislador constitucional, y su “aplicación” judicial, que le corresponde —en última instancia— a un tribunal constitucional. Lo que precisamente parece resultar del argumento contramayoritario, arriba esbozado, es la tesis según la cual esa distinción no se puede realizar, al menos, en la práctica.¹²

7. La idea de aplicación judicial del derecho —incluyendo a la Constitución— incorporada en la tradición jurídica, da por supuesto, obviamente, la existencia objetiva del derecho, una noción opuesta a la alternativa posible de una existencia subjetiva, entendida como un conjunto de estados mentales, creencias de ciertos individuos; esto es, de aquellos que tengan que aplicarlo. La existencia “subjetiva” de una norma no puede ser otra cosa que la creencia de que ciertas conductas deben ser realizadas de acuerdo con el derecho, por ejemplo, la Constitución (o por lo que aquí importa, de acuerdo con la moral). Por lo tanto, la eventual existencia objetiva del derecho —incluyendo a la Constitución—, implica que ese contenido es independiente de semejantes creencias, y también de los deseos o valoraciones de los jueces que tengan que aplicarlo. Por supuesto, semejante independencia no se puede postular respecto a los “creadores” del derecho que tiene que ser aplicado, porque, precisamente, su existencia constituye una función de semejantes estados mentales, toda vez que el derecho existente en los hechos sólo puede ser un *constructo social*. Se sigue de semejante requerimiento también una hipótesis epistemológica, a saber: que no cabe postular de los jueces —ni de los legisladores ni de ningún otro individuo— algún privilegio epistémico con relación al contenido de la Constitución, bajo el supuesto de que los jueces, ni los legisladores, son sus “creadores”. Esto, en vista de esa independencia, significa —como ya se dijo— que los jueces no son infalibles. Pueden, de hecho, cometer errores.¹³ De la existencia objetiva de una Constitución se sigue, además, que

¹² Como se sabe, esa distinción —como lo indicaba Kelsen— también se puede relativizar, toda vez que la legislatura también determina su competencia para promulgar leyes aplicando la Constitución, a la vez que los jueces, para cumplir su función, tienen que emitir sentencias, *i. e.* “crear” normas individuales. Como es claro, la cuestión de la separación de poderes versa más bien acerca del alcance de las respectivas competencias: a las legislaturas les corresponde emitir normas generales, y no pueden dictar sentencias, *i. e.*, normas individuales, mientras que los jueces sólo pueden dictar sentencias y no “crear” normas generales. Por supuesto, se trata de un modelo normativo, tal como figura en el diseño constitucional. El escepticismo puede ser entendido como la tesis que niega que ese modelo se pueda satisfacer de hecho.

¹³ Por ello, tiene razón Vázquez cuando afirma que no hay ninguna razón para sostener que los jueces constitucionales pueden cometer menos errores que los legisladores (Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, *op. cit.*). Pero tampoco —salvo el caso de una democracia

no es posible su aplicación sin llevar a cabo una actividad cognoscitiva; esto es, sin la adopción de creencias, verdaderas o falsas, acerca de su contenido.¹⁴ Los estados mentales de los jueces que acompañan la aplicación de la Constitución no podrían, entonces, consistir solamente en valoraciones, como parece suponer Vázquez, incluso en los supuestos de aplicación de conceptos esencialmente controvertidos.

Adicionalmente, para que sea posible su aplicación judicial, el derecho —incluyendo a la Constitución— tiene que ser determinado, lo que significa que tiene que suministrar respuestas jurídicamente correctas en cualquier caso en el que los jueces tengan que intervenir. Ésta es, por cierto, la tesis principal de Ronald Dworkin, un declarado objetivista, más allá de las relaciones necesarias que postula entre derecho y moral. Semejante exigencia parece seguirse de la objetividad de la Constitución, toda vez que la total indeterminación —la ausencia de toda respuesta— equivale a su inexistencia.¹⁵

8. Dado que esta noción de aplicación del derecho, y también de la Constitución, requiere que las respuestas correctas para los casos individuales se deriven de su contenido, comprende una exigencia adicional con respecto a su naturaleza: tiene que estar conformado con un material que habilite arribar a respuestas concluyentes, las que, en rigor, son las respuestas genuinas. Esto es, tiene que incluir requerimientos de conducta; por ejemplo, normas generales no derrotables. Las normas “derrotables” no permiten semejante derivación de soluciones.¹⁶ Retorno a esta cuestión al

ideal, que no puedo discutir aquí— existe alguna razón para decir que los legisladores empíricos pueden cometer menos errores que los jueces.

¹⁴ Redondo, María Cristina, “Sobre la justificación de la sentencia judicial”, en Redondo, María Cristina *et al.*, *Estado de derecho y decisiones judiciales*, 2009.

¹⁵ Por otra parte, algunos autores, por ejemplo, Brink, identifica “objetividad” con “determinación”, lo que equivale a decir que el derecho no “existe” cuando no existe respuesta correcta. De manera que cuando la Constitución es parcialmente determinada, las soluciones definen el alcance de la Constitución existente (Brink, David, “Legal Interpretation, Objectivity, and Morality”, *Objectivity in Law and Morals* 12 (Brian Leiter ed., 2001). Una idea que voy a discutir más adelante. Pero la total determinación —esto es, la respuesta para *todos* los casos individuales— no constituye un requisito conceptual del derecho, como resulta, por ejemplo, de las tesis de Hart y de Alchourrón y Bulygin, desde distintos puntos de vista —Hart y la “textura abierta” (Hart, Herbert, “The Concept of Law”, Oxford University Press, 1961); Alchourrón y Bulygin y la noción de “laguna” (Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*, Springer-Verlag, 1971)—. No está claro, al menos para mí, cuál es la idea de Dworkin al respecto, si sostiene que el derecho es necesariamente determinado, o si el derecho no es necesariamente indeterminado. Parece que la segunda alternativa se puede defender de manera generalizada.

¹⁶ Alchourrón, Carlos, “On Law and Logic”, *Ratio Juris*, 1996.

abordar la conocida distinción entre “norma” y “principio” y su vinculación con la cuestión abordada en este trabajo.

9. Es notorio que las condiciones de existencia de una Constitución que hay que discutir dependen de un asunto no abordado hasta aquí, a saber: de una noción de “Constitución”.¹⁷ En primer lugar, si se la identifica con un texto o conjunto de textos, elaborado por ciertos individuos, *i. e.* los “padres” de la Constitución, de acuerdo con ciertas reglas o procedimientos, en un cierto momento de la historia institucional de un país, su existencia objetiva empírica no puede, en general, ponerse en duda.¹⁸ Pero esta idea es totalmente insatisfactoria si lo que importa para caracterizar a un texto “constitucional” es su contenido. Se admite que ese contenido consiste en la formulación de reglas para la organización política de un Estado, mediante la determinación de la competencia de sus órganos de gobierno, básicamente —como indicaba Kelsen— para la “creación” de normas generales. Pero no sólo de normas de este tipo: normalmente, también se regulan las funciones de los miembros del Ejecutivo y de la rama judicial. En última instancia, es la manera en que se habrán de adoptar decisiones colectivas, es decir, imputables al gobierno o al Estado. Lo que importa, sin embargo, es que semejante distribución de poder normativo se sustenta en una cierta ideología o concepción política y moral a largo plazo acerca de cómo debe ser el ideal de una vida comunitaria. En una comunidad democrática —y eso es lo que está en discusión— las competencias del gobierno tendrían que estar limitadas, entonces, de un modo sustancial, de acuerdo con el proyecto político-moral incorporado en la Constitución. Si existen esos límites, no le está permitido avanzar en ámbitos de autonomía personal, ámbitos que configuran los derechos y garantías básicos. De manera que, en rigor, los casos individuales constitucionales tienen que ver todos con cuestiones de competencia, en última instancia: o bien se trata de conflictos interjurisdiccionales, o bien se trata de conflictos en torno a la vulneración de derechos.

10. La existencia objetiva de “reglas” implica la idea según la cual se cuenta objetivamente con criterios generales de corrección con respecto a

¹⁷ Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución”, en *Estudios de teoría constitucional*, 2001, pp. 29-43.

¹⁸ Se trata de una identificación común en la vida cotidiana. Por otra parte, es tal vez la única idea de existencia *objetiva* de una Constitución que resulta aceptable para el escepticismo. *Cfr.*, por ejemplo, “I mean that law-giving authorities issue not meanings (rules) but just sentences, whose normative meaning contents —*i. e.*, the expressed rules— are to be detected by means of interpretation” (Guastini, Riccardo, “A Sceptical View on Legal Interpretation”, *Analisi e Diritto*, 141, 2005. Según esta tesis —antes de la interpretación (por los jueces)— no existe ningún significado definido de los textos.

acciones o decisiones de la clase de individuos comprendidos en su alcance, o, lo que es lo mismo, las acciones que pueden, que deben o no deben realizar. Entendida de esta manera, la Constitución no puede ser, entonces, meramente, ciertos “textos”; tiene que ser identificada, más bien, con el contenido de esos textos, es decir, con sus significados. De manera que la existencia objetiva de la Constitución requiere la existencia objetiva de esos significados, cualquiera sea lo que se quiera decir con esta noción de “existencia”, y la “interpretación” de esos textos —al menos en uno de los sentidos de esa esquiva expresión—, tiene que considerarse dirigida al conocimiento de esos significados. Es por ello —como ya se indicó— que la aplicación de una Constitución no puede, entonces, consistir solamente de valoraciones.¹⁹ Por consiguiente, suponer que no se puede interpretar objetivamente la Constitución es lo mismo que suponer que no existe una Constitución asociada al texto constitucional, o bien que es imposible su conocimiento. Ambas son alternativas del escepticismo.

11. En último lugar, se identifica la Constitución —como así también el derecho— con una práctica específica, esto es, como un conjunto de acciones y decisiones llevadas a cabo en un cierto lapso y por ciertos individuos, en lo que aquí interesa, por los jueces constitucionales, pero también por los legisladores u otros miembros del gobierno. En la literatura actual, esta idea parece disfrutar de un cierto consenso generalizado, a partir de los trabajos de Hart y de R. Dworkin. La existencia de una cierta Constitución no podría, entonces, ponerse en duda si es que se la identifica con la ocurrencia de definidos datos empíricos. Sin embargo, la noción de “Constitución”, entendida como conjunto de reglas, tiene, claramente, primacía conceptual, toda vez que la práctica constitucional, en ese sentido, tiene que ser comprendida como una práctica reglada: no se pueden identificar las acciones y decisiones que la constituyen sin referencia a reglas. Esto es, sin referencia a la Constitución. De manera que sólo tendrían que contar para integrarla, aquellas que pueden considerarse resultados de su cumplimiento. Esta idea sirve también para conceder sentido a la pretensión de existencia objetiva de significados: la Constitución, entendida como un conjunto de significados, existe porque se cumple en los hechos de manera generalizada con sus requerimientos.

¹⁹ Redondo, María Cristina, “Sobre la justificación de la sentencia...”, *cit.* Habida cuenta que las valoraciones no constituyen actos cognoscitivos, es decir que los jueces, dado que se enfrentan a problemas prácticos, se limitan en cualquier caso a valorar cuál es la respuesta correcta, significa que no aplican una Constitución preexistente. Más adelante retorno a esta cuestión.

12. Se tienen al menos dos áreas de problemas abiertos y correlacionados a los que hay que suministrar una cierta respuesta, si se sostiene la existencia, en este sentido, de una Constitución: *a)* el problema de la naturaleza de su interpretación, y *b)* el problema del carácter discrecional de las decisiones de los jueces constitucionales. Se trata de cuestiones complejas, y aquí puedo sólo presentar un esquema de discusión. Por cierto, puede haber otros, de los cuales no voy a ocuparme en este trabajo. Con respecto, entonces, al primer problema,²⁰ éste tiene que ver, como ya fue indicado, con las condiciones de posibilidad de una interpretación que se pueda calificar de “objetiva”. Aquí habría que admitir, de manera plausible, que todos los textos constitucionales tienen incorporado un significado en todas sus cláusulas desde el momento en que son promulgados, al menos, porque son el resultado de actos intencionales, con respecto a los cuales el lenguaje constituye la herramienta necesaria de comunicación con los destinatarios de la Constitución. De otra manera, habrían realizado acciones sin sentido. Entonces, parece que la respuesta a la cuestión de si su interpretación puede ser objetiva depende a su vez de una tesis semántica relativa a la naturaleza del contenido conceptual, *e. i.*, del significado de los textos en los que se formula. Como es obvio, no puedo aquí incursionar en el tema de manera exhaustiva, pero voy en lo que sigue a presentar tres opciones disponibles en la literatura: en la primera, la interpretación *jurídica* correcta puede ser objetiva sólo de manera parcial; en la segunda, es posible en todo caso arribar a una interpretación objetiva en el derecho; en la última —el escepticismo radical—, todas las interpretaciones de los textos sólo pueden ser subjetivas, o lo que equivale a lo mismo, no existen respuestas objetivamente correctas.

13. Si se entiende que los lenguajes empíricos son el resultado de un proceso histórico de asignación de significado, entonces se puede decir que los textos formulados en ese lenguaje significan lo que significan por convención, en el sentido según el cual los conceptos e ideas utilizados que se expresan en ese lenguaje podrían haber sido otros si la práctica de uso hubiera sido otra. El acuerdo de sus usuarios, esto es, de los miembros de la respectiva comunidad lingüística, marca el límite de lo que se puede expresar con sentido o, dicho de otra manera, determina los ámbitos en los que esos conceptos —y las expresiones que los utilizan— se aplican; esto es, de-

²⁰ Se trata de la conocida polémica acerca de la cuestión de saber si la “interpretación” de textos consiste en descubrir significados o en asignar significados. La presentación de ambas como alternativas excluyentes no advierte que la expresión en cuestión puede, a su vez, tener varios sentidos. La cuestión es aquí si al menos existe o es posible una alternativa cognoscitiva.

finen sus denotaciones.²¹ Así, si la expresión “prohibidas las penas crueles e inusuales” aparece en un texto constitucional, es ese consenso semántico acerca de la noción de “crueldad” o de la idea de “inusual” el que determina el alcance de semejante prohibición. Como se sabe, esta idea conduce al fenómeno de la vaguedad inescapable de las expresiones generales de los lenguajes no formalizados; a situaciones en las que no hay acuerdo entre los usuarios con relación a la aplicación correcta de un concepto. Es decir, se arriba entonces a una situación de incertidumbre con relación a esa cuestión. Es, por supuesto, Hart el que extrapola la discusión de este rasgo al ámbito del derecho.

14. Si se acepta esta versión convencionalista, se tienen dos consecuencias, que hay que indicar. El “acuerdo” o práctica de uso, con respecto al lenguaje en el que se expresan las reglas determina cuáles son los criterios de corrección con relación a cierta clase de casos —los denominados casos “fáciles”—; en contraposición, la ausencia de acuerdo en ciertos supuestos, esto es, los casos “difíciles” (los casos de la “zona de penumbra”²² a tenor de la conocida metáfora), implican la ausencia de soluciones *jurídicas*.²³ Por lo demás, las controversias o desacuerdos acerca de cuál es la solución correcta, esto es, la incertidumbre acerca de esa pregunta, constituyen aquí indicadores de la indeterminación del derecho, por ejemplo, de la Constitución; por lo tanto, habrá supuestos de conflictos constitucionales²⁴ que carecen de solución. Así, mientras puede arribarse a su interpretación objetiva en los casos constitucionales fáciles, ello no es posible en los casos difíciles, sencillamente, porque no existe a su respecto la “Constitución”. Si ello se acepta, el conjunto de casos “fáciles” marca el límite objetivo de su existencia. Por

²¹ A veces, el escepticismo toma en cuenta a la ambigüedad como un dato que vendría a mostrar la imposibilidad de respuestas objetivamente correctas. Sin embargo, las alternativas posibles —el marco al que aludía Kelsen— también dependen de la convención lingüística —un dato objetivo—, y no de una elección subjetiva. La ambigüedad, que no se puede eliminar contextualmente, sólo muestra que cada opción es compatible con la Constitución y que, por lo tanto, los jueces están facultados a elegirla.

²² Es posible sostener —como lo hace Vázquez— que las directivas o reglas constitucionales se expresan mediante conceptos esencialmente controvertidos; por ejemplo, el concepto de “pena cruel”, de manera que se puede afirmar —a tenor de la distinción entre “concepto” y “concepción”— los desacuerdos constitucionales tienen que versar acerca de cuál es la concepción correcta. Pero si “correcto” quiere decir “incorporada” a la Constitución, la indeterminación es inevitable, si se sostiene que su contenido sólo se expresa mediante conceptos y se acepta que sólo de los conceptos controvertidos no se sigue, por ejemplo, cuáles son las “penas crueles”.

²³ Pero no necesariamente de una solución moral.

²⁴ Son los que resultan, de acuerdo con Hart, de la “textura abierta” de la regla de reconocimiento —Hart, Herbert, *The Concept...*, *cit.*

consigniente, también en la versión convencionalista, y contrariamente a lo que se afirma en la cita de Bayón, si existe la Constitución siempre es posible su interpretación objetiva, e inversamente, si es posible su interpretación objetiva entonces existe la Constitución.

15. Puede parecer inadmisibles pensar que cualquier controversia constitucional equivale a su inexistencia. En vista de ello, la posibilidad de respuesta en todos los casos constitucionales, esto es, la posibilidad de la *determinación* total, puede defenderse si se adopta otra versión acerca de la naturaleza del lenguaje y de los conceptos incorporados en una Constitución, una versión que puede denominarse objetivista, y que traslada al espacio jurídico la actual teoría semántica relativa a los conceptos de clase natural.²⁵ David Brink²⁶ es un excelente exponente de esta alternativa. En lo que aquí interesa, la idea central es la distinción entre las creencias de los usuarios del lenguaje acerca de la extensión de un concepto y su *real* denotación o alcance. Cualesquiera que sean las creencias acerca de la aplicación de un concepto, la corrección de su uso depende de los datos del mundo, es decir, de hechos. Así como la aplicación correcta de la noción de “agua”, por ejemplo, está determinada por el hecho de que agua es H₂O, el uso correcto del concepto de “pena cruel” está determinado por el hecho de que ciertas penas son efectivamente “cruces”; esto es, por rasgos objetivos de ciertas acciones. La convención juega un papel en punto a la elección de los textos, *i. e.*, el lenguaje que se utiliza, pero no en cuanto a la referencia de los conceptos. Entonces, las controversias o desacuerdos acerca de ese uso, es decir, la incertidumbre acerca de la solución correcta en un caso, no implican en modo alguno indeterminación.²⁷ Sólo se sigue que algunas creencias de los hablantes son falsas, mientras que otras pueden ser verdaderas, con relación al rango de aplicación de las reglas. Si se tiene en cuenta en este contexto objetivista la distinción entre “concepto” y “concepción”, una discusión en torno a la aplicación de un concepto “controvertido” tiene que ser comprendida, entonces, como un debate epistémico acerca de cuál es la concepción incorporada en la Constitución.²⁸ El concepto sólo constituye el punto de partida de semejante discusión. Porque

²⁵ Putnam, Hilary, “Meaning and Reference”, *The Journal of Philosophy*, 1973.

²⁶ Brink, David, “Legal Interpretation...”, *op. cit.*; Brink, David, “Legal Theory...”, *op. cit.*

²⁷ Esta versión de la “interpretación tampoco implica que el derecho —incluyendo a la Constitución— es necesariamente determinado —*cf.* Brink, David, “Legal Interpretation...”, *op. cit.*—, pero sí que la ausencia de soluciones no depende de la vaguedad del lenguaje, la que también tiene que ser comprendida como un déficit epistémico.

²⁸ A la que creo que, de manera equivalente, Brink denomina “the abstract intent” de la Constitución —Brink, David, “Legal Interpretation...”, *op. cit.*—. Ello significa también

suponer que todas las concepciones del concepto son admisibles, equivale a dejar librada la elección a los jueces constitucionales, o, lo que es lo mismo, a suponer que no existe, previamente, una Constitución.

16. De manera que la interpretación es aquí una actividad dirigida al conocimiento de la Constitución y si es correcta, es la interpretación objetiva del texto constitucional. Por lo tanto, los jueces constitucionales aciertan en sus decisiones cuando sus creencias son verdaderas, lo que le permite a Brink distinguir entre una legítima revisión de la legislación sustentada en la interpretación de la Constitución (*interpretative review*), de una ilegítima, derivada de la ideología de los jueces (*non-interpretative review*).²⁹ La práctica de aplicación de la Constitución —al igual que la práctica de la ciencia— puede así concebirse como un proceso que se extiende a la largo del tiempo, en la que sucesivos jueces procuran corregir los errores del pasado y conservar los aciertos. Es decir, como un progreso. Desde este punto de vista, un precedente novedoso, o uno que procura modificar el sentido de decisiones del pasado, no conduce —o al menos, no necesariamente— a una modificación de la Constitución, es decir, a una que implique una revisión ilegítima de las leyes. Esto supone, claramente, que la Constitución originaria no se altera en su identidad en el transcurso de la práctica de su aplicación, o, lo que significa lo mismo, que las decisiones de los jueces son irrelevantes para determinar su contenido.³⁰ Parece claro que esta concepción de la interpretación de una Constitución, o alguna semejante, suministra un trasfondo filosófico más que adecuado para defender la función de los jueces constitucionales, toda vez que ofrece las herramientas para postular su existencia objetiva, en cualquiera de sus aplicaciones, incluyendo conflictos de derechos.

17. En contraposición, otra tesis filosófica, una que sirva para postular la inexistencia de cualquier interpretación objetiva, tiene que oponerse no sólo a la que sostienen autores como Brink, sino a la versión convencionalista que admite la determinación parcial del derecho, toda vez que esta última no elimina del todo una alternativa objetivista. La cuestión, creo

—según Brink— que el análisis semántico, no agota lo que es preciso realizar para interpretar la Constitución —Brink, David, “Legal Interpretation...”, *op. cit.*—.

²⁹ Brink, David, “Legal Interpretation...”, *op. cit.*

³⁰ La concepción de Brink es más compleja que la exposición que aquí se ofrece. En especial, como ya se indicó en la nota anterior, porque sostiene que el análisis del lenguaje no agota lo que puede denominarse “interpretación objetiva de la Constitución”, dado que se trata de un producto de actos intencionales que se requiere alcanzar para resolver situaciones de incertidumbre o desacuerdo, es la determinación cognoscitiva de cuál ha sido la intención “abstracta” de sus autores, intención que no se identifica con estados mentales —Brink, David, “Legal Interpretation...”, *op. cit.*—.

que, conduce al escepticismo, y requiere ser tomada en serio. Se trata de la propia noción de “regla” y las condiciones de existencia de reglas, una provocada por la concepción wittgensteniana del lenguaje. Porque sólo cuando se identifican criterios de corrección, en lo que aquí interesa, de decisiones judiciales, se puede decir con sentido que los jueces siguen reglas. Pero, en los contextos de discusión acerca de la aplicación de una regla por un juez, surge necesariamente la pregunta acerca de cuál es la que se ha procurado seguir, al adoptar una decisión para suministrar una solución a un conflicto judicial. Sin una respuesta a este interrogante, no se puede saber si la decisión es o no correcta. Y tampoco si la regla en cuestión es la que se debe seguir. Si la respuesta es, a la manera de Wittgenstein, que la regla se muestra en la decisión, parece que no se la puede identificar de antemano. Entonces, si ello se extiende a todas las decisiones, habría que concluir que es la práctica de los jueces —esto es, el conjunto de sus decisiones— la que determina cuáles son las reglas que se siguen, y no a la inversa, lo que conduce a una especie de razonamiento circular: la práctica de los jueces es la determinada por las reglas del derecho; por ejemplo, la Constitución, las que a su vez son las reglas del derecho, *v. g.* la Constitución, porque son las que se siguen en la práctica. Se trata exactamente lo que resulta de la cita de Bayón: serían las decisiones de los jueces, su ideología circunstancial, las que vendrían a determinar el contenido de una Constitución y, en especial, de los derechos básicos. No se advierte, sin embargo, que al mismo resultado se llega si son los legisladores los que se encargan de determinar ese contenido.

18. Este argumento del escepticismo —como se sabe— se sustenta en que cada caso particular —que conforma el material sometido al conocimiento de un juez— puede ser defendido como uno de aplicación de una definida regla, *v. g.* de una incorporada en la Constitución, o como uno en el que la regla es inaplicable, toda vez que su significado depende, a su vez, de las reglas del lenguaje, de reglas que no son formuladas.³¹ Como cada caso particular es, por definición, distinto a los otros, siempre es posible decir que la diferencia es relevante para la regla aplicada, o que es irrelevante.³² Nin-

³¹ Es por ello que el recurso a la idea de “convención implícita” que se ha utilizado para explicar la manera en que se podrían resolver los desacuerdos de interpretación parece que no sirve para ello, porque es precisamente el hecho de que las reglas son implícitas, el que conduce al problema del seguimiento de reglas en la filosofía de Wittgenstein y, de esta manera —si se la acepta—, a la indeterminación.

³² En el modelo de reconstrucción de sistemas normativos propuesto por Alchourrón y Bulygin —Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems* (Springer-Verlag, 1971)—, la relevancia, en efecto, es una función del contenido de las normas del sistema. Por eso, supone un material lingüístico ya interpretado, independientemente de que la in-

guna “interpretación” de las reglas puede resolver el desacuerdo, porque, de acuerdo con el conocido *dictum* de Wittgenstein, ninguna interpretación determina el significado, porque para ello habría que saber, de manera independiente, que la interpretación es correcta, y ello es precisamente lo que no se puede determinar en un metalenguaje.³³ Se sigue, si se acepta esta concepción, que el problema consiste en que no existe criterio objetivo para distinguir los casos “fáciles” de los casos “difíciles”, y, por lo tanto, el lenguaje usado en los textos es básicamente indeterminado en lo relativo a su aplicación. Como se sabe, este problema conduce a negar la posibilidad de existencia objetiva de reglas, o normas generales, incluyendo a las supuestamente incorporadas en la Constitución. Más adelante voy a retornar a este problema; pero es claro que constituye uno al que hay que dar respuesta si se quiere defender la existencia objetiva de una Constitución.

19. También, y asociado con semejante escepticismo, se tiene el segundo problema, que tiene que ver con la naturaleza de las decisiones judiciales: ¿son discrecionales las decisiones de los jueces y, en especial, las de los jueces constitucionales? La respuesta, como es claro, depende de lo que se entienda por decisión discrecional. Como indicaba Hart, la discrecionalidad de los jueces —y la de otros funcionarios— comienza a operar cuando no existen reglas generales claras que indiquen cuál es el resultado óptimo en una situación en la que hay que optar entre alternativas en conflicto. Es decir, cuando hay que enfrentar una cuestión práctica acerca de lo que se debe hacer. Por lo tanto, cuando hay que actuar según a los propios criterios de evaluación de las circunstancias relevantes y acerca de cuál es la respuesta correcta.³⁴ Es decir, el resultado es aquí producto de una valoración del actor, que no supone arbitrariedad. Es notorio, entonces, que en los supuestos en los que la Constitución es indeterminada, el juez sólo puede actuar discrecionalmente, esto es —como lo indicaba Hart—, al margen del derecho.³⁵ Y desde el punto de vista empírico, necesariamente es así si no existe la Constitución, si es que su lenguaje es esencialmente indeterminado.

20. Pero sustentar el escepticismo en la tesis que afirma que todas las decisiones de los jueces son discrecionales, es un recurso relativamente independiente de la concepción que se tenga del lenguaje de la Constitución, aun cuando es lo que se sigue si la indeterminación es radical. Sin embargo,

interpretación sea “objetiva” o “subjctiva”, es decir, semejante modelo no abre ninguna clase de juicio sobre la cuestión que se aborda en este trabajo.

³³ Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, UNAM, 1988, pp. 199-201.

³⁴ Hart, Herbert, “Discretion”, 127, *Harvard Law Review*, 2013.

³⁵ Lo que no significa necesariamente actuar al margen de la moral.

cabe preguntarse si se trata de una tesis empírica o conceptual. Uno puede formular la idea general de la siguiente manera: *a)* toda supuesta aplicación de una Constitución, o de cualquier otra norma general, consiste en realizar una elección, esto es, en adoptar una decisión en el dominio de la práctica, incluyendo su remota aplicación originaria; *b)* para resolver una cuestión práctica —arribar a una respuesta correcta— es necesario, y suficiente, efectuar una valoración; *c)* por lo tanto, si es necesario interpretar la Constitución para aplicarla, semejante interpretación tiene que resultar, necesariamente, de juicios de valor; la dimensión epistémica del acto interpretativo o bien es inexistente, o bien es irrelevante,³⁶ y *d)* como no existen juicios de valor objetivos, las decisiones de los jueces sólo pueden ser discrecionales; esto es, sustentadas en sus propios criterios de evaluación. Se sigue que decir que se aplica la Constitución es sólo una manera de hablar. Recuérdense que una idea semejante parece invocar Vázquez al sostener la naturaleza valorativa de la interpretación de la Constitución (¿de cualquier “interpretación” judicial?), en tanto afirmación atendible del argumento contramayoritario.

21. Por consiguiente, en este esquema, no hay espacio para plantearse la cuestión de saber cuál es la Constitución objetivamente existente en un cierto tiempo, porque la respuesta requiere actos de conocimiento; esto es, una descripción verdadera de su contenido, y todas las interpretaciones de los jueces, como resultado de un juicio de valor, sólo pueden ser adjudicaciones de significado a los textos constitucionales, y no pueden ser verdaderas ni falsas.³⁷ Por cierto, como el propio Guastini señala, se pueden describir las asignaciones de sentido que resultan de las decisiones de los jueces,³⁸ pero ello no equivale, en modo alguno, a describir la Constitución, porque para ello habría que admitir que, efectivamente, algunas de aquellas interpretaciones son verdaderas o que algunos juicios de valor son objetivos. Presentada de esta manera la tesis en cuestión, se asemeja a un postulado conceptual, porque de acuerdo con ella, parece que habría que concluir que las decisiones de los jueces son necesariamente discrecionales, sencillamente porque pertenecen al dominio de la práctica.

³⁶ Dice, por ejemplo, Guastini: “...As a consequence, any interpretative decision —i. e. any act of interpretation accomplished by subjects, such as judges, who apply the law— supposes a choice between competing possibilities. This amounts to saying that interpretation is not an act of knowledge but rather an «act of will», which always implies *discretion*” (cursiva mía) —Guastini, Riccardo, *A Sceptical View...*, *op. cit.*—.

³⁷ Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto...”, *op. cit.*; Guastini, Riccardo, “A Realistic View on Law and Legal Cognition”, 27, *Revis. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 2015.

³⁸ Guastini, Riccardo, “A Realistic View...”, *op. cit.*

22. Sin embargo, en el escepticismo “realista” se confunden dimensiones empíricas y conceptuales, que es preciso diferenciar. Habida cuenta que la decisión discrecional consiste en arribar a un resultado con sustento en los propios juicios de valor, cualquier juez puede, de hecho, actuar discrecionalmente. Ello así, porque son *agentes*, y en tanto tales tienen, por definición de lo que es un “agente”, la capacidad de elegir sus propias acciones. La “discreción” de los jueces es así inescapable, y ninguna norma la puede eliminar porque se sigue del concepto de “agente”. Pero hay que advertir que cuando existen normas, *v. g.* una Constitución, de las que los jueces son destinatarios, se tienen dos tipos de juicios de valor involucrados, esto es, dos valoraciones o, si se quiere, dos clases *posibles* de decisión discrecional. En la primera, el juez tiene que elegir entre la opción de usar las normas, *v. g.* la Constitución, para arribar a una respuesta acerca de la solución normativa que va a incorporar en la sentencia a emitir, o no usarlas, es decir, decidir si va a actuar o no al margen del derecho.³⁹ De acuerdo con la idea de decisión discrecional, su elección aquí también tiene que estar determinada por una valoración, esto es, por un juicio de valor. Pero es claro que si decide aplicar el derecho, *v. g.* la Constitución, es necesario conocer su contenido, y si ello significa interpretarla, su interpretación tiene que resultar de un acto cognoscitivo. Por lo tanto, si elige esta opción, la respuesta al litigio sometido a la decisión judicial está determinada por el derecho, aunque también sería correcto decir que las decisiones de los jueces son siempre producto de una valoración. Pero esta clase o tipo de “decisión discrecional” da por supuesto, obviamente, la existencia objetiva del derecho, *v. g.* de la Constitución. Por consiguiente, esta clase de decisión discrecional no sirve como argumento a favor del escepticismo.

23. En el segundo tipo de “decisión discrecional” el juez elige directamente sin intermediación alguna, y de acuerdo con sus propios criterios subjetivos de valoración, la respuesta que considera correcta para la controversia que tiene que resolver. Ninguna regla está involucrada aquí en su decisión, incluyendo a las reglas de una Constitución. Si la decisión es de este tipo, entonces, de nuevo, la “interpretación” de un texto sólo puede ser una asignación de sentido, encubierta en la invocación al “derecho” para avalar una elección subjetiva. Si ello fuera así, entonces, también la calificación de un caso como “fácil” o “difícil” sería un mero artilugio retórico, tendiente a encubrir un juicio de valor⁴⁰ (*cf.* Guastini, 2015). Es decir, sólo vendrían a

³⁹ Por supuesto, aquí la elección se realiza entre las alternativas de obedecer o no obedecer al derecho, por ejemplo, a la Constitución. Lo que es equivalente a preguntarse si es, o no, correcta su aplicación.

⁴⁰ Guastini, Riccardo, “A Realistic View...”, *op. cit.*

existir en la práctica, entonces, valoraciones de los jueces. Pero pienso que es un error inferir sólo de esta alternativa de entender la idea de discrecionalidad judicial, la inexistencia del derecho, *v. g.* de la Constitución. Porque decir que los jueces siempre deciden discrecionalmente en este sentido, es aquí una afirmación sobre los hechos, es decir, suscita una cuestión empírica distinta, aunque relacionada con la existencia de una Constitución. Semejante afirmación general tendría, entonces, que ser corroborada de otra manera. Si la Constitución no existe, es por cierto verdad que las decisiones judiciales sólo pueden, de hecho, ser discrecionales.⁴¹ Pero no se trata aquí de una cuestión conceptual. Inversamente, si la Constitución existe, tiene que ser falso que todas las decisiones son producto de elecciones ideológicas y subjetivas. Porque una Constitución existe en los hechos solamente si existe la práctica de su aplicación, esto es, si al menos algunas de las decisiones de los jueces constitucionales no son discrecionales en este sentido, o lo que es lo mismo, si siguen las reglas constitucionales.

24. Pero es posible insistir en afirmar que las decisiones de los jueces, al menos en los casos difíciles, sólo pueden ser discrecionales, sin admitir por ello la indeterminación del derecho. Ello vale especialmente, como lo señala Vázquez, de acuerdo con Dworkin, para los supuestos de conflictos de derechos básicos, en los que hay que arribar a la solución correcta, prevista en la Constitución. Porque para ello hay que ponderar los principios de moralidad política,⁴² o, en otros términos, equivalentes, hay que efectuar un balance —una suerte de equilibrio con relación al requerimiento de respeto a la Constitución— entre los derechos involucrados, cada uno de los cuales depende de un principio constitucional. Aquí, la evaluación incorporada en la idea de “decisión discrecional” equivale a un ejercicio de discernimiento —dice Dworkin, postulando una metáfora— que tiende a determinar el *peso* relativo de cada principio en cada caso particular.⁴³ Esto significa que no existe de antemano una solución concluyente al conflicto que pueda ser alcanzada mediante una aplicación mecánica del derecho, una visión que

⁴¹ Por supuesto, “discrecionales” con respecto al derecho o la Constitución, pero la idea de que, entonces, los jueces recurren a sus propios criterios de valoración, comprende el caso en el que deciden de acuerdo con sus propias creencias morales, lo que se encuentra implícito en la tesis según la cual en los casos de desacuerdos hay que recurrir a una lectura “moral” de la Constitución. La que, en cierta lectura, quiere decir que hay que aplicar directamente la moral. La cuestión de la diversidad de sentidos en los que una decisión puede ser “discrecional”, aquí se reproduce en una dimensión de la metaética, porque si la moral es objetiva, algunas de esas creencias serán verdaderas y otras falsas. Así, la tesis de que no hay parámetros externos de corrección *supone* una versión relativista o subjetivista de la moral.

⁴² Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, *op. cit.*

⁴³ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, 1984.

atribuye al tipo de “positivismo” que lo concibe únicamente en términos de reglas. Creo que hay que admitir una cierta manera de pensar la naturaleza del derecho, que constituye el supuesto que fundamenta esta distinción entre “reglas” y “principios”. Para dar cuenta de esta idea, se puede recurrir a otra metáfora: el material jurídico en que consiste, *v. g.* una Constitución, puede ser pensado como un conjunto de herramientas que hay que utilizar en cada ocasión particular que requiere una solución jurídica. Se trata de una compleja tarea de construcción intelectual, en especial, porque el uso de las herramientas —al igual que la wittgensteniana idea de “juego de lenguaje”— permite alternativas diversas de combinación, y no hay evidencia inmediata acerca de cuál conduce a la respuesta correcta, si es que la hay).⁴⁴ Las herramientas básicas, en la teoría de Dworkin, son los principios.

25. Se puede estar de acuerdo con una propuesta de este tipo, pero para conservar la idea de que resulta compatible con la determinación del derecho, *i. e.* una Constitución, esto es, con su existencia objetiva, hay al menos tres observaciones que formular. En primer lugar, de acuerdo con Dworkin, las reglas habilitan la derivación de soluciones concluyentes, mientras los principios sólo son *prima facie*, es decir, son derrotables y, por tanto, inaplicables en forma inmediata. De su contenido no se sigue solución alguna. Esto es, precisamente, lo que permite en caso de conflictos entre derechos, evitar el colapso de reconocer la inconsistencia básica de la Constitución. Pero para resolver el conflicto entre principios, los jueces no tienen otra manera que decir que, en las definidas circunstancias del caso, el derecho D prevalece sobre el derecho D1; esto es, que el principio P tiene más *peso* que el principio P1, y generalizar la solución a las circunstancias, *i. e.* hay que formular una regla, si es que se proponen aplicar la Constitución. Entendida de esta manera, la “decisión discrecional”, o, si se quiere, el “balance” entre principios, no consiste en otra cosa que el resultado de una actividad epistémica, *i. e.* una dirigida a conocer cuáles son las reglas incorporadas en la Constitución. La alternativa de no generalizar la solución a otros casos semejantes no es admisible para los que sostienen la existencia de una Constitución, porque supone que la solución correcta es particularista y que, por lo tanto, no se deriva —y no puede derivarse— de la Constitución.

26. En segundo lugar, y por la misma razón, el *peso* de un principio P no puede ser relativo a un caso C: hay que admitir que lo conservan en

⁴⁴ Esta es una razón para poner en cuestión la distinción entre clases de casos. Un caso aparentemente fácil, porque hay acuerdo previo acerca de la solución, puede tornarse difícil si se discute la combinación del material efectuada por el juez, esto es, el sistema particular que propone para fundamentar su decisión.

todos los de la clase a la que pertenece C, esto es, en las circunstancias previstas en la regla que el juez, finalmente aplica. Por último, el *peso* no puede ser concebido en términos subjetivistas, porque ello tendría que conducir a afirmar que lo único que existen son juicios subjetivos de valor, y que las decisiones de los jueces son directamente discrecionales. Lo que hay que postular, entonces, es la noción de un *peso* objetivo, avalado por el contenido de la Constitución.

27. Finalmente, para culminar el análisis precedente, habría que proponer un intento de reconstrucción conceptual acerca de lo que se quiere decir cuando se afirma que existe una Constitución en un cierto espacio y un cierto tiempo, lo que parece requerir, a su vez, un criterio para identificar el contenido de la Constitución existente. En vista de los problemas que suscita este interrogante, esta tarea es notoriamente compleja. Pero, de nuevo, aquí es preciso distinguir esta pregunta de un modelo normativo que procure determinar cuál debe ese contenido, o, lo que es equivalente, cuál es la Constitución que debería existir. Porque los jueces constitucionales —a tenor de esta propuesta— aplican la Constitución en el tiempo T si y sólo si, siguen la Constitución existente en el tiempo T-1; esto es, si siguen la práctica.⁴⁵

28. Entonces, habría que admitir que la propuesta objetivista de la interpretación no parece útil para esta reconstrucción, porque implica que el conjunto de las decisiones de los jueces, aun cuando se asuman de manera compartida durante un lapso prolongado, es irrelevante para determinar ese contenido. Esto es, el contenido de la Constitución sería así independiente de la práctica: su identidad tendría que considerarse definida por el aparato conceptual originario que resulta del lenguaje utilizado por los *padres* de la Constitución, incluyendo sus concepciones morales. Es por cierto correcto decir que las primeras decisiones de los jueces —el punto de partida de *una* práctica— sólo pueden aplicar la Constitución definida de esta manera. Pero de ello no se sigue que la que aplican permanezca inalterada a lo largo del tiempo, lo que, por cierto, se trata de una cuestión empírica. Ello parece depender de la subsistencia de una cierta cultura política. Pero puede suceder de hecho, a lo largo de la historia de una comunidad, que los jueces alteren —de nuevo de manera conjunta— aquellos significados, de modo que se pueda decir con sentido que se modifica la práctica, o, lo que es equivalente, que los jueces siguen otras reglas, es decir, otra Constitución. La concepción objetivista no puede dar cuenta de esta situación, porque a

⁴⁵ Creo que esta idea corresponde a la de concebir al derecho como “integridad”, defendida por Dworkin.

pesar de semejante alteración, los cambios tendrían que contar como errores de los jueces.

29. Por lo demás, tampoco se puede reconstruir esa noción desde la perspectiva del escepticismo. También aquí la práctica de los jueces resulta irrelevante para establecer la existencia empírica de una Constitución. Sencillamente, porque de acuerdo con ella, el conjunto de decisiones de los jueces no pueden considerarse una práctica de seguimiento de reglas. Ello, habida cuenta que no existen las reglas, si es que las reglas —como tiene que ser el caso— suministran criterios de corrección de las sentencias, lo que equivaldría a decir que algunas interpretaciones de los textos de la Constitución son verdaderas en cuanto dependen del conocimiento de las reglas, y otras falsas. Una conclusión vedada, por definición, por el escepticismo, porque de acuerdo con esta concepción no existen semejantes criterios objetivos. Ello no significa la imposibilidad de acuerdo generalizado en la comunidad de los jueces constitucionales en punto a la asignación de un cierto contenido a esos textos, pero semejante circunstancia tendría que explicarse por la existencia de una ideología compartida por los individuos que componen circunstancialmente el tribunal constitucional.⁴⁶

30. Parece entonces que, para dar cuenta de la idea de existencia de una Constitución en términos de la práctica de los jueces, hay que recurrir a alguna versión del convencionalismo con relación a la asignación de significado. Si fuera así, la propuesta hartiana del concepto de regla de reconocimiento debería entenderse en un sentido sustantivo con respecto al contenido de una Constitución, y no, meramente, como una convención relativa a las fuentes formales del derecho. Sin embargo, habida cuenta de la complejidad del problema que provoca la pregunta acerca de la extensión de los conceptos involucrados en los textos constitucionales, es ciertamente un error identificar el desacuerdo o controversia acerca de la respuesta correcta en un caso o una clase de casos como un indicador de la indeterminación de la Constitución. Todos los jueces se enfrentan a la cuestión de saber si el caso particular en el que tienen que actuar está o no incluido en las cláusulas generales de la Constitución, y la respuesta puede ser más o menos difícil, pero la dificultad no parece que pueda identificarse, sin más, con ausencia de respuesta. Puede ser, además, que en la búsqueda de semejante solución a un conflicto se tenga que recurrir a una “lectura moral” de la Constitución, porque se sustenta —como ha insistido Dworkin— en

⁴⁶ Lo que habilita a conceder sentido a una eventual discusión acerca de si los jueces deben ser progresistas o conservadores, esto es, una controversia política suscitada al margen del contenido de una Constitución.

una cierta concepción político-moral. Pero la posibilidad de este recurso implica, precisamente, la posibilidad de una interpretación objetiva, y no a la inversa, como podría suponerse si se cree que todos los juicios de valor son subjetivos. Ello es así, si se admite que la “moral” aquí se refiere a la incorporada de hecho en la Constitución. Es decir, a la Constitución que los jueces siguen de hecho, en las decisiones que constituyen la práctica. Por lo tanto, no se puede excluir que, a pesar de su acuerdo con la Constitución, semejantes decisiones tengan que ser calificadas de inmorales desde algún punto de vista externo a la práctica constitucional, como lo reconoce también un objetivista como Brink.⁴⁷

31. Es indudable que esta noción de “existencia” de una Constitución, esto es, una que depende de la práctica, pone en cuestión la postulada objetividad de la Constitución, toda vez que su contenido no es independiente de las decisiones de los jueces. Sin embargo, es verdad que se trata de la Constitución “vigente” en el sentido de A. Ross, o la Constitución “eficaz”, en el sentido de Kelsen, relativa a un cierto momento histórico. Así, su existencia es un dato empírico que es independiente de la decisión de cada juez individual, con respecto a la cual es efectivamente un criterio de corrección. Por lo tanto, es mínimamente objetiva, en el sentido de que ninguna decisión individual puede modificarla. Alguien que defienda la función institucional de los jueces constitucionales tiene que aceptar, al menos, esta noción de existencia de una Constitución.

⁴⁷ Brink, David, “Legal Interpretation...”, *op. cit.* Así puede pensarse el caso de la pena de muerte: todas las ejecuciones son penas “cruelles” desde un punto de vista moral, a pesar de las decisiones de una práctica judicial que niega que ese castigo esté incluido en la extensión del concepto de “crueldad”.

II. LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

UNA CONCEPCIÓN POLÍTICA DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL*

Pedro A. CAMINOS**

SUMARIO: I. *Forma política como retórica.* II. *La Constitución del pueblo soberano.* III. *La Constitución del soberano y el derecho constitucional del gobierno.* IV. *Democracia más allá de las instituciones.* V. *Rigidez constitucional y control judicial de constitucionalidad.*

El objetivo de este trabajo es esbozar una concepción política de la teoría constitucional. Dicha concepción se construirá sobre el concepto de forma política (I). Una forma política democrática debe explicar cómo se constituye la identidad del pueblo. (II). Sin embargo, la Constitución del pueblo soberano debe ser distinguida del derecho constitucional, que regula al gobierno (III). Es importante, no obstante, que la forma política democrática no sea reducida al principio de representación, es decir, a la institucionalización. (IV). La última sección tratará el problema del atrincheramiento del derecho constitucional desde un punto de vista político (V).

I. FORMA POLÍTICA COMO RETÓRICA

Una forma política es la respuesta a la pregunta sobre quién debe decidir en un Estado o de qué modo, o con qué procedimiento, la voluntad política

* Mauro Benente, Ignacio Colombo Murúa, Sol Dallochio, Manuel García-Mansillay Lisandro Gómez leyeron y comentaron versiones anteriores de este trabajo. Estoy agradecido con todos ellos. También deseo expresar mi gratitud con Pablo Riberi, por su generosidad, paciencia y aliento. Finalmente, debo dejar constancia de mi enorme deuda intelectual con Andrés Rosler, de quien adquirí mi preferencia por una concepción política de la teoría constitucional. Muchas de las ideas desarrolladas en este trabajo, si no todas ellas, fueron elaboradas previamente por él en Rosler, Andrés, “El constitucionalismo político de Carl Schmitt”, *Cuadernos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2011, pp. 17-54. Como es habitual, soy completamente responsable por los errores que el lector encontrará aquí.

** Universidad de Buenos Aires.

decisiva de una comunidad debe surgir.¹ Otra manera de presentar el problema es como una pregunta sobre la soberanía: ¿quién debe ser el soberano?² Las formas políticas concretas son la realización de dos principios políticos: identidad y representación.³ La forma política del Estado es el objeto de una decisión entre ellos. Los sistemas políticos necesitan una forma porque no pueden subsistir en el largo plazo “sólo a través de meras técnicas para conservar el poder”.⁴ Hacer política significa, entre otras cosas, “promover un tipo específico de validez y de autoridad”, pues “no hay política sin autoridad ni autoridad sin la creencia en un ethos”.⁵ La creencia en un *thosé* articula a través de la retórica, es decir, “el poder de la palabra y el discurso”.⁶ Una forma política se construye a través de “la arquitectura del discurso”, dado que su autoridad “deriva de la creencia en la representación reivindicada por el orador”.⁷

Si una forma política es un artefacto retórico, la creación de la arquitectura del discurso, entonces, es un objeto ideal, no material.⁸ Dado que la retórica puede ser concebida como el uso de técnicas discursivas para inducir o incrementar la adhesión de la mente a las tesis presentadas, el éxito de una forma política debe medirse por su efectividad para persuadir a determinada audiencia.⁹ La política es una clase de retórica, porque se compone de

¹ Schmitt, Carl, *Legality and Legitimacy*, trad. y ed. Jeffrey Seitzer, Durham, Duke University Press, 2004, pp. 3 y 4.

² No se trata de quién sea el soberano *de facto*, sino de quién debe ser el soberano *de jure*. Para la distinción entre los dos conceptos de soberanía, véase Bryce, James, “The Nature of Sovereignty”, en *Studies in History and Jurisprudence*, II, Nueva York, Oxford University Press, 1901, pp. 503-523. Para la distinción entre los problemas jurídicos, sociológicos y éticos que plantea el concepto de soberanía, véase Neumann, Franz, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Berg, Leamington Spa, 1986, p. 25.

³ Schmitt, Carl, *Constitutional Theory*, trad. y ed. Jeffrey Seitzer, Durham, Duke University Press, 2008, p. 239, “La diferencia entre las formas de estado reside en el hecho de que existen dos principios políticos generativos opuestos. Cada unidad política recibe su forma concreta de la realización de esos principios” (N del A: la traducción al castellano de todas las obras publicadas en otros idiomas me pertenecen). Sobre la realización de los principios políticos a través de instituciones concretas, véase también Fennichel Pitkin, Hanna, *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1967, pp. 235, 239 y 240.

⁴ Schmitt, Carl, *Roman Catholicism and Political Form*, trad. G. L. Ulmen, Westport, Greenwood Press, 1996, p. 17.

⁵ *Idem*.

⁶ *Ibidem*, p. 23.

⁷ *Ibidem*, pp. 23 y 24.

⁸ *Ibidem*, pp. 16 y 17.

⁹ Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*, trad. John Wilkinson y Purcell Weaver, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1969, p. 4. Como vimos, una forma política consiste en la articulación de cierto *ethos*. La

“argumentos hechos por y para sujetos libres”.¹⁰ Por lo tanto, el fundamento de una forma política no es su justificación racional o lógica, sino que ella sea persuasiva.¹¹ Si se dice que una decisión fue tomada de acuerdo con una forma política; por ejemplo, si alguien afirma que la Constitución de Filadelfia fue adoptada por el pueblo de los Estados Unidos, entonces el orador está apelando no a la mera racionalidad de los integrantes de la audiencia, en el sentido de que lo que dice tiene un valor de verdad que puede ser racionalmente determinado, sino a sus creencias. Una forma política exitosa tiene el poder de cambiar las creencias de los individuos cuando ella recién aparece, como ocurre luego de una revolución, o de ser capaz de mantener, o reafirmar, esas creencias durante la existencia del Estado, especialmente en tiempos de crisis públicas, tales como guerras.¹² Cuando una forma política deja de ser exitosa, entonces o bien ella es reemplazada por una nueva, asegurando la continuidad del Estado, o bien el propio Estado deja de existir también.¹³

La conexión entre la forma política y la existencia del Estado se materializa de dos modos. Por un lado, como vimos en el párrafo anterior, la forma política tiene un elemento retórico o, si se prefiere, narrativo. Por otro lado, también posee una dimensión institucional. Por supuesto, ambos rasgos están interconectados. Es el elemento narrativo el que da lugar a la existencia de un agente político. De manera similar, la construcción de ins-

determinación de un *ethos* era uno de los medios de persuasión de la retórica clásica y renacentista, así como también una herramienta utilizada por autores modernos, como Thomas Hobbes. Véase Skinner, Quentin, *Reason and Rhetoric in the Philosophy of Hobbes*, Nueva York, Cambridge University Press, 1996, pp. 127-133 y 376-381. Por lo tanto, estamos frente a una concepción de la retórica que pertenece a una antigua tradición del pensamiento político occidental.

¹⁰ Kahn, Paul W., *Political Theology. Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*, Nueva York, Columbia University Press, 2011, p. 107.

¹¹ Según Quentin Skinner, incluso Hobbes, un autor considerado usualmente como racionalista, entendió, en cierto punto de su evolución intelectual, que la razón por sí sola, aun cuando podía ser suficiente para fundamentar un argumento político, podía no alcanzar para ser persuasiva, de tal forma que también era necesario usar recursos retóricos. Véase Skinner, Quentin, *Reason and Rhetoric in the Philosophy of Hobbes*, pp. 343-356.

¹² Kahn, Paul W., *Political Theology...*, cit. p. 105, “En la medida en que tales decisiones dependan de esos conceptos y narraciones, se trata de cuestiones con respecto a las cuales debemos tener fe. Dicha fe está «justificada» cuando la decisión funciona, es decir, cuando otros reaccionan frente a ella como un requerimiento significativo”.

¹³ Schmitt, *Constitutional...*, op. cit., p. 60. La incapacidad para usar la retórica, *i. e.*, el fin de la narración, es un síntoma del fin de la vida humana en sí misma, pues “el poder de la palabra y del discurso —la retórica en su sentido amplio— es un criterio de la vida humana”. Schmitt, *Roman Catholicism...*, op. cit., p. 23.

tuciones es otro ejemplo de la arquitectura del discurso.¹⁴ Tales actos creativos sólo pueden ser considerados libres en tanto que pertenecientes a una narración. Al mismo tiempo, la Constitución de un agente político, como el pueblo de los Estados Unidos, también pertenece a la narración. La arquitectura del discurso construye al pueblo y, luego, este nuevo personaje en la narración construye, dentro de la misma, a las instituciones que hablarán en su nombre.¹⁵

Esto abre la puerta para encarar una discusión sobre la legitimidad. La legitimidad de las instituciones políticas se funda en la narración que las presenta como el resultado de una decisión del agente político. Y la legitimidad de este último descansa en adscribirle valor.¹⁶ Tomando prestado un término acuñado por Claude Lefort, es posible decir que la narración del agente político configura un “principio generativo”, que es diferente de las instituciones, a pesar del hecho de que no sólo las fundamenta, sino

¹⁴ Un tema sumamente discutido y estudiado por la teoría de los actos de habla. Véase Searle, John R., *The Construction of Social Reality*, Nueva York, The Free Press, 1995.

¹⁵ Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, p. 65. Véase también Kahn, *Political Theology*, p. 108: “Estamos contantemente bosquejando nuestras vidas, a nosotros mismos y a otros, como sujetos de una narración. Nuestra vida entera se vuelve significativa como una acción retórica. Nos concebimos a nosotros mismos como los personajes de una novela en la que somos simultáneamente autores y personajes. En la misma palabra «novela» aparece sugerido lo nuevo: nuestras vidas siempre se nos aparecen como el resultado de una acción libre. Así, nuestra narración política bosqueja la vida de la comunidad como el resultado de una acción libre. La estructura de la narración vuelve imposible distinguir, desde adentro, la novella de la historia, la ficción de los hechos; ello sólo quiere decir que los hechos de los seres humanos son siempre el resultado de una acción libre. Y una acción libre nunca es un hecho: existe sólo como un tema de la narración. Sin la narración, sería arbitraria —inexplicable— antes que libre”. Ronald Dworkin utilizó un conjunto similar de ideas para defender la virtud de la integridad política. Véase Dworkin, Ronald M., *Law's Empire*, Massachusetts, Cambridge, Harvard University Press, 1986, pp. 186-190.

¹⁶ Korsgaard, Christine, *The Sources of Normativity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 4 y 5. Véase también Delacroix, Sylvie, *Legal Norms and Normativity. An Essay in Genealogy*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 158: “La dramática transformación que tuvo lugar en el contexto de la transición desde la antigüedad a la modernidad consistió en revertir la relación entre valor y realidad: la realidad, el mundo como se nos presenta, ya no «trata de ser buena» en y por sí misma. Al contrario, la realidad, el mundo de la materia, necesita ser transformada en algo bueno; y ello requiere de nuestra intervención, de que le *adscribamos* valor al mundo”. Por supuesto, es posible adscribirles valor a los agentes políticos existentes solamente por el hecho de su existencia y por su capacidad para proveer orden. Véase Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, p. 76: “Every existing political unity has its value and its «right to existence» not in the rightness or usefulness of norms, but rather in its existence. Considered juridistically, what exists as a political power has value because it exists”. Esta perspectiva hobbesiana, sin embargo, puede no ser la única disponible para nosotros al enfrentar la cuestión de la adscripción de valor a los agentes políticos y a las instituciones.

que también provee un criterio para evaluar críticamente su desempeño.¹⁷ Las instituciones, a su vez, iniciarán su propia narración, la cual debe estar conectada con la narración sobre el agente político para ser legítima. De ese modo, las exigencias de legitimidad dirigidas a las instituciones, basadas tanto en argumentos relativos a los fundamentos de la autoridad política como en una valoración crítica que propone una reforma institucional, son internas a la narración. Lo que está en juego es un conflicto sobre la interpretación correcta de la forma política.¹⁸ Pero si es la propia autoridad del agente político la que resulta desafiada, entonces se articula una oposición entre dos narraciones diferentes, esto es, un conflicto entre formas políticas. Como dijimos, el éxito de una forma política debe medirse por su efectividad en persuadir a una audiencia y fundar el orden político.¹⁹ La diferencia entre un líder revolucionario y un criminal condenado por traición a la patria es la misma que existe entre la victoria y la derrota.

Como vemos, la forma política tiene fuertes lazos con las instituciones del Estado. El horizonte de una forma política es la creación y mantenimiento de un conjunto de instituciones, que establecerán el orden y la normalidad. Aunque en momentos excepcionales esas instituciones puedan ser transformadas radicalmente, como en el caso de una revolución, o sus-

¹⁷ Lefort, Claude, *The Political Forms of Modern Society: Bureaucracy, Democracy and Totalitarianism*, en John B. Thompson (ed.), Cambridge, MIT Press, 1986, p. 260.

¹⁸ Para la crítica social como práctica interpretativa, véase Walzer, Michael, *Interpretation and Social Criticism*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, pp. 33-66. De un modo más general, si nuestros conceptos valorativos son *creados* por la narración, entonces la corrección de los argumentos morales o éticos debe ser interna al ámbito del valor, *i. e.*, a la propia narración creada por la arquitectura del discurso. No es posible ni sensato confiar en consideraciones externas, sean ellas científicas, metafísicas o metaéticas. Véase Dworkin, Ronald M., “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, *Philosophy & Public Affairs*, 25(2), 1996, pp. 87-139.

¹⁹ Brunkhorst, Hauke, *Critical Theory of Legal Revolutions. Evolutionary Perspectives*, Londres, Bloomsbury, 2014, p. 93, “En el caso de las grandes revoluciones jurídicas, el cambio de ideas consistió en la rápida aparición de una nueva formación discursiva, constituida por un nuevo marco conceptual o epistémico. El surgimiento de estos elementos es crucial para el éxito de una gran revolución. Ello no significa que los límites normativos creados por la revolución y el nuevo sistema constitucional y jurídico no sean cuestionados, sino que el cuestionamiento (y la oposición) al nuevo conjunto de límites normativos ahora debe ser articulado dentro del nuevo marco epistémico. La victoria de la revolución reside en su capacidad para integrar epistémicamente incluso a sus oponentes más fundamentales y radicales, aun si ella perdiera todas las batallas en el campo militar”. Esta manera de entender a las revoluciones políticas y jurídicas tiene un parecido de familia con el concepto de revolución científica desarrollado por Kuhn, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, 3a. ed., Chicago, University of Chicago Press, 1996. Véase Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, p. 22.

pendidas temporalmente, como ocurre durante el estado de sitio, la forma política mantendrá, o, al menos, procurará mantener, el orden, con el compromiso de constituir nuevas instituciones o restaurar a aquellas cuya existencia fue amenazada.²⁰ El orden político, entonces, debe ser constituido formalmente: “todo orden es un orden jurídico; todo Estado, es un Estado constitucional”.²¹ Desde el punto de vista de las instituciones, al mismo tiempo, la ausencia de forma política las convertiría en algo puramente formal, mecánico, sin sustancia.²² Es decir, en algo carente de legitimidad.

II. LA CONSTITUCIÓN DEL PUEBLO SOBERANO

Si la democracia es una forma política, entonces ella consiste en la articulación de una narración que postule la existencia de un agente político, el pueblo, y que indique, al mismo tiempo, cuál es su relación con un conjunto de instituciones políticas. El agente político puede ubicarse en tres posiciones distintas respecto del sistema institucional: por encima, al costado y por debajo.²³ Las dos últimas opciones se discutirán en las siguientes secciones. Aquí, se tratará la primera posibilidad, esto es, el pueblo como sujeto titular del poder constituyente.

El análisis del poder constituyente suele ser presentado en forma conjunta con el del poder constituido. En la presentación canónica, la doctrina sostiene que cierto agente político, que es titular del poder constituyente, ejecuta un acto de voluntad a través del cual crea una Constitución, es decir, un conjunto de normas que son, a un mismo tiempo, constitutivas y regulativas del gobierno.²⁴ Según otra formulación, bastante similar a la anterior, el poder

²⁰ Schmitt, *Legality and Legitimacy*, p. 14: los gobiernos pueden ser concebidos como una realización del estado de derecho en la medida en que “ellos efectivamente desarrollan el derecho, con el fin de reemplazar al antiguo e injusto sistema jurídico a través del nuevo derecho correcto y, lo que es más importante, crean la situación normal, sin la cual todos los sistemas normativas son una ilusión”.

²¹ Schmitt, *Roman Catholicism...*, *op. cit.*, pp. 24 y 25. Véase también Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, pp. 59-61 y 77.

²² Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*

²³ *Ibidem*, pp. 268-279. Véase también Rosenfeld, Michel, *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture and Community*, Londres, Routledge, 2010, p. 26. Para una discusión detallada sobre la cuestión, véase Spång, Michael, *Constituent Power and Constitutional Order. Above, Within and Beside the Constitution*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2014.

²⁴ La forma canónica de la frecuentemente citada distinción fue articulada por Sieyès, Emmanuel-Joseph, “What is the Third Estate?”, en Sonenscher, Michael (ed.), *Political Writings*, at 136, Indianapolis, Hackett, 2003, pp. 135-140: “En cada una de sus partes una Constitución no es una obra de un poder constituido sino de un poder constituyente”.

constituyente se define como “la voluntad política cuyo poder o autoridad es capaz de adoptar una decisión concreta y total respecto del tipo y forma de su propia existencia política”.²⁵ A pesar de su similitud, en esta segunda formulación hay un giro desde la creación de un conjunto de instituciones a una decisión aceda de la propia “existencia política” del agente que es titular del poder constituyente. Para esta concepción, la existencia del agente político no depende necesariamente de su propia decisión. Sin embargo, cuando el agente adopta de hecho tal decisión de modo consciente, entonces es posible describir a la misma como un acto del poder constituyente.²⁶

Lo que está en juego, por lo tanto, es una ambigüedad con respecto a cuál es el objeto constituido por el poder constituyente. Por cierto, no existe ninguna duda, desde la perspectiva de la concepción canónica, con respecto a que las instituciones políticas son creadas por el agente político que es titular del poder constituyente. Sin embargo, no está del todo claro si la decisión del poder constituyente es también constitutiva del mismo agente. Si ella fuera el caso, cabría preguntarse si estamos frente a dos decisiones diferentes; una relativa a la identidad, la otra referida a las instituciones, o si se trata de una única decisión. Si esta última opción fuera la correcta, quedaría por definir si la identidad del agente político no sólo se constituiría, sino que también se agotaría, en la mera creación de instituciones políticas.

La democracia, como forma política, admite todas esas posibilidades. Cierta narración puede referirse a la existencia política adormecida de un agente político que, repentinamente, se despierta, y luego de afirmar cons-

²⁵ Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, p. 125.

²⁶ *Ibidem*, pp. 75-77: “La Constitución en sentido positivo implica solo la determinación consciente de la forma completa y particular por la cual se decide la unidad política. Esta forma externa puede modificarse a sí misma. Nuevas formas fundamentales pueden ser articuladas sin que el estado deje de existir y, más específicamente, sin que se extinga la unidad política del pueblo. Un sujeto capaz de actuar es siempre un componente del poder constituyente. Tal constitución es una decisión consciente, a la cual la unidad política llega y provee por sí misma a través del titular del poder constituyente... Pero no cualquier entidad que tenga una existencia política decide a través de una acción consciente la forma de su existencia política ni alcanza, a través de su propia determinación, una decisión concerniente al tipo concreto de forma”. Véase también *ibidem*, p. 102, en donde al discutir el sentido de la Revocación francesa, se dice: “En un cierto sentido, el pueblo francés se constituyó a sí mismo... Sin embargo, lo que no está presente políticamente tampoco puede decidir conscientemente. La existencia política está presupuesta en este proceso fundamental, en el cual un pueblo actúa consuetudamente de un modo político, de modo que el acto a través del cual un pueblo se provee a sí mismo de una constitución es distinto del acto de constitución del estado”. Por lo tanto, parece que el concepto de poder constituyente presupone al de Estado, de la misma manera en que éste último presupone al de lo político. Véase Schmitt, *The Concept of the Political. Expanded Edition*, trad. George Schwab, Chicago, University of Chicago Press, 2007, p. 19.

cientemente su propia identidad, a través de una revolución o de la declaración de independencia de otro Estado, crea un conjunto de instituciones que permitirán su autogobierno, dejando abierta la puerta para cambios frecuentes y profundos en su estructura constitucional. Otra narración, a su vez, puede prestar especial atención a la existencia de varios agentes políticos que, a través de la negociación y el compromiso, deciden constituir “una Unión más perfecta”, y establecer un nuevo agente colectivo.²⁷ Pero, en este caso, dado que la voluntad política es el resultado de una negociación, las partes en el acuerdo colectivo tendrán una menor predisposición a aceptar cambios constitucionales en el futuro. Por lo tanto, el marco institucional será considerado como la única manera en la cual el pueblo puede expresar su voluntad, y el documento constitucional será irreformable o, al menos, muy difícil de modificar. Las diferentes narraciones sobre la democracia y sus posibles diseños institucionales son concepciones sobre la democracia. El punto de esta sección será presentar los elementos principales de cualquier concepción plausible de una democracia como forma política.

Un aspecto clave se refiere a la propia posibilidad de hablar sobre un agente colectivo que posea una intención colectiva que sea independiente de las intenciones individuales de sus miembros. Los filósofos analíticos exploraron esta idea y concluyeron en que la irreductibilidad de la intención colectiva a la individual no es absurda en absoluto.²⁸ La totalidad de las implicancias de estas ideas no serán tratadas aquí. No obstante, sus consecuencias para la teoría constitucional merecen algún análisis. En efecto, como señala Ronald Dworkin, cuando uno se toma en serio la posibilidad de no reducir la intención colectiva en la individual, aparecen dos concepciones diferentes de la democracia.²⁹

Por un lado, si sólo la concepción reduccionista fuera correcta, entonces la acción colectiva debería ser concebida como una agregación estadísti-

²⁷ Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, p. 97.

²⁸ Tuomela, Raimo, *Social Ontology. Collective Intentionality and Group Agents*, Nueva York, Oxford University Press, 2013, pp. 62-96; Searle, John R., “Collective Intentions and Actions”, en Cohen, Philip R. *et al.* (eds.), *Intentions in Communication*, Massachusetts, Cambridge, MIT Press, 1990. Véase también Pettit, Philip, *A Theory of Freedom. From the Psychology to the Politics of Agency*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 104-124; Searle, *The Construction of Social Reality*, pp. 23-26. Para una concepción reductivista, véase Bratman, Michael E., “I Intend that We *J*”, en *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 142-161.

²⁹ Dworkin, Ronald M., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, pp. 15-20. Véase también Michelman, Frank I., “Constitutional Authorship”, en Alexander, Larry (ed.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Nueva York, Cambridge University Press, 1998, pp. 75 y 76.

ca de las intenciones o preferencias individuales. Esto plantea una concepción estadística del pueblo, en la cual las decisiones son entendidas como una función de los ciudadanos individuales. Por otro lado, si fuera posible adscribirle una intención a un agente colectivo que no sea reducible a las intenciones de sus miembros, entonces nos enfrentaremos con una forma comunal de acción colectiva, en la cual las decisiones son tomadas por una entidad distintiva, el pueblo como tal, antes que por un conjunto de personas computadas de modo individual. Se trata, por tanto, de una concepción comunal de pueblo.

La democracia como forma política presupone tal concepción comunal.³⁰ Esto es verdadero incluso si el acto de creación del pueblo fuera presentado de un modo contractualista, puesto que la consecuencia del contrato es el surgimiento de un nuevo agente colectivo que es diferente de otros grupos, cuyos miembros no comparten su proyecto constitucional.³¹ Entendido de esta manera, el pueblo crea una Constitución, es decir, un conjunto de decisiones constitucionales sobre la estructura básica de la sociedad.³²

³⁰ La democracia también puede ser concebida como una forma antipolítica, esto es, como la negación de un agente colectivo. Desde esta perspectiva, la democracia se reduce a un procedimiento, ora para la agregación de preferencias individuales, ora para practicar una deliberación que transforme esas preferencias a la luz de la razón pública (y universal). Para la concepción agregativa, véase Downs, Anthony, *An Economic Theory of Democracy*, Boston, Addison-Wesley, 1957, pp. 3-74; Riker, William H., *Liberalism against Populism. A Confrontation Between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice*, Long Grove, Waveland Press, 1982, pp. 1-19.

³¹ Rosenfeld, Michel, *The Identity...*, *op. cit.*, p. 22: “A diferencia de las partes en un contrato de compraventa, cuyo proyecto intersubjetivo es superficial y de corto plazo, los contratantes de una constitución poseen un proyecto intersubjetivo que los convierte en un sujeto distinto (y colectivo) que se contrapone a otro sujeto conformado por aquellos que no comparten el mismo proyecto constitucional. Este otro sujeto, además, puede ser interno o externo: interno en la medida en que está integrado por los opositores locales a la constitución; y externo en tanto comprende a todos aquellos que no son parte en el contrato constitucional ni tampoco se pretende que queden sujetos a la constitución pactada por aquellos contratantes en particular”.

³² Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, pp. 77-82. Véase también Rosenfeld, *The Identity...*, *op. cit.*, pp. 22 y 23. Para el concepto de estructura básica de la sociedad, véase Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, pp. 6-7: la estructura básica de la sociedad es “la manera en que las instituciones sociales más importantes distribuyen derechos y deberes fundamentales y determinación el reparto de las ventajas derivadas de la cooperación social... Tomadas en conjunto como un único esquema, las instituciones más importantes definen los derechos y deberes de los seres humanos e influyen en sus proyectos de vida, en lo que pueden esperar ser y cuánto éxito puede esperar tener... La noción intuitiva es que esta estructura comprende varias posiciones sociales, y que los seres humanos que nacen en diferentes posiciones tienen diferentes expectativas de vida determinadas, en parte, por el sistema político, así como también por las circunstancias económicas y sociales”.

Desde esta perspectiva, incluso el concepto de mayoría como método operativo para la toma democrática de decisiones necesita una concepción comunal del pueblo para funcionar. Ello es así porque las preferencias sólo pueden ser agregadas si existe cierta homogeneidad entre ellas y, además, porque sin referencia a la voluntad del pueblo no sería posible concederle legitimidad a la decisión mayoritaria en sí misma.³³

Si este razonamiento es apropiado, entonces los elementos centrales de una forma política democrática son la identidad del pueblo y cómo es que su voluntad será expresada, especialmente cuando la decisión relevante es la de su propia y consciente Constitución como agente político. Esta cuestión, sin embargo, no es ontológica, sino que se refiere a la legitimidad. En efecto, la distinción entre *pouvoir constituant* y *pouvoir constitué* desafía la legitimidad del primero, dado que su carácter no constituido deja en las sombras cuál es la fuente de su legitimidad.³⁴ En otras palabras, “quienes se reúnen para constituir un nuevo gobierno son, ellos mismos, inconstitu-

³³ Schmitt, *Legality...*, *op. cit.*, p. 24: “De acuerdo con los presupuestos de la democracia, el pueblo homogéneo posee todas las características necesarias para garantizar la justicia y la razonabilidad de la voluntad popular. Ninguna democracia puede existir sin la presuposición de que el pueblo es bueno y, por lo tanto, que su voluntad es suficiente... En la democracia parlamentaria, la voluntad del parlamento es identificada con la del pueblo. En este contexto, la decisión de una mayoría simple del parlamento puede ser, a un mismo tiempo, legal y justa, sólo en la medida en que se presuponga que la decisión mayoritaria contiene las características antes indicadas de la voluntad del pueblo”. Véase también Schmitt, Carl, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, trad. de Ellen Kennedy, Cambridge, MIT Press, 1988, p. 26: “Todos los argumentos democráticos descansan lógicamente en una serie de identidades. A esta serie pertenecen las identidades de gobernados y gobernantes, soberano y súbdito, la identidad del sujeto y del objeto de la autoridad estatal, la identidad del pueblo con sus representantes en el parlamento, la identidad del estado y de la población que participa en las elecciones, la identidad entre el estado y el derecho y, finalmente, la identidad entre lo cuantitativo (la mayoría numérica o la unanimidad) y lo cualitativo (la justicia del derecho)”. A partir de estas ideas, tal vez sea posible explicar la diferencia, sugerida por Arendt, entre el mecanismo técnico de la decisión mayoritaria y el concepto de gobierno de la mayoría. En la medida en que exista cierta homogeneidad, el mayoritarismo es únicamente un mecanismo para la toma de decisiones, de modo tal que la minoría quedará sujeta a la decisión adoptada por la mayoría, pero los términos de dicha sujeción son los mismos para ambos. Esto presupone que la mayoría todavía percibe a la minoría como perteneciente al mismo agente colectivo. Pero si “la mayoría, después de tomar una decisión, procede a liquidar políticamente y, en casos extremos, físicamente, a la minoría opositora”, entonces “el mecanismo técnico de la decisión mayoritaria degenera en el gobierno de la mayoría”. Por supuesto, en ese contexto, ya no puede hablarse de homogeneidad. Véase Arendt, Hannah, *On Revolution*, Londres, Penguin, 1990, p. 164.

³⁴ Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, pp. 136-138; Arendt, Hannah, *On Revolution*, pp. 162, 163, 165 y 166.

cionales, esto es, carecen de la autoridad para hacer aquello que se propusieron conseguir”.³⁵

Una manera de romper el círculo vicioso de la ausencia de legitimidad del poder constituyente sería la de recurrir a reglas. Después de todo, para algunas concepciones, las reglas son constitutivas del soberano.³⁶ Esta salida, sin embargo, es problemática, pues confunde dos tipos de discurso distintos. Por un lado, si se afirmara que las reglas relevantes son jurídicas, entonces surge el interrogante respecto a si un soberano, entendido en el sentido usual de la palabra, puede quedar sujeto a límites jurídicos. En la medida en que la soberanía consiste, precisamente, en estar libre de esa clase de restricciones, entonces hablar de la competencia jurídica del soberano parece constituir una transgresión a los límites del lenguaje normativo.³⁷ Por otro lado, aun cuando fuera apropiado describir el surgimiento del concepto de soberanía en términos de reglas constitutivas, sería sensato decir, al mismo tiempo, que esa descripción pertenece a una clase de discurso que no sólo es externa a la narración de la democracia como forma política, sino que también es incoherente con sus principios internos. Finalmente, y más allá de sus méritos explicativos, una proposición descriptiva no puede proveer una justificación normativa de la legitimidad política del pueblo.³⁸ Por lo tanto, recurrir a las reglas no es una solución adecuada. De un modo más general, sería igualmente inútil buscar otros conceptos externos o absolutos para romper el círculo.³⁹

El fracaso de buscar una salida hacia afuera de la narración, ejemplificada en el intento de usar el concepto de regla para fundar la legitimidad del poder constituyente, indica cuál es la solución apropiada al problema. En efecto, si, como vimos, las decisiones constitucionales se refieren prin-

³⁵ Arendt, Hannah, *On Revolution*, pp. 183 y 184. Este problema tiene su propia historia. Véase Skinner, Quentin, *The Foundations of Modern Political Thought. 2. The Age of Reformation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, pp. 164 y 165.

³⁶ Hart, Herbert, *The Concept of Law*, en Leslie Green (ed.), 3a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 76.

³⁷ Carrió, Genaro R., *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 43-54. Véase también Negri, Antonio, *Insurgencias. Constituent Power and the Modern State*, trad. Maurizia Boscagli, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1999, pp. 9-11; Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, pp. 136-138.

³⁸ A pesar de la insistencia de Searle en que el concepto de regla constitutiva permitiría disolver la distinción *es/debe*, una regla constitutiva sólo puede explicar el origen o la fuente de una institución, pero no puede proveer una razón para involucrarse en la consiguiente práctica social. Véase Searle, *Speech Acts*, pp. 175-198. *Cfr.* Guastini, Riccardo, *Reglas constitutivas y gran división*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, pp. 269-293.

³⁹ Arendt, *On Revolution*, p. 204.

cialmente a la estructura básica de la sociedad, entonces las decisiones respectivas estarán fundadas, o pueden ser presentadas como fundadas, en determinados valores, normas o principios. En este sentido, la identidad del pueblo puede reducirse a la identificación del pueblo con tales valores.⁴⁰ El valor de los principios depende de la decisión del pueblo, y si esta elección tiene, a su vez, algún valor en sí misma, ello debe ser porque existe algún otro valor, de mayor alcance, que permite precisamente adscribirle valor a esa decisión. Al final del día, esto no significa otra cosa que el valor de un Estado democrático descansa en el principio de soberanía popular.⁴¹ Este principio es universal, en el sentido de que, en forma universal, adscribe valor a cualquier acto a través del cual el pueblo se constituye conscientemente adoptando algunos principios para regular la estructura básica de la sociedad. La soberanía popular proporciona una justificación universal para el valor de las decisiones políticas particulares.

Por lo tanto, la legitimidad del poder constituyente, su autoridad, está fundada en, o es inmanente a, el propio acto de fundación que, en la época moderna, tiene lugar “en plena luz del día para ser presenciado por todos los presentes”.⁴² El acto de autoconstitución del pueblo tiene un carácter público, y los principios políticos que conforman su objeto están incorporados en él.⁴³

⁴⁰ Ricoeur, Paul, *Oneself as Another*, trad. Kathleen Blamey, Chicago, University of Chicago Press, 1992, p. 121: “De hecho, en gran medida, la identidad de una persona o de una comunidad está compuesta de tales identificaciones con valores, normas, ideales, modelos y héroes, en los cuales una persona o comunidad se reconocen a sí mismos”. Véase también Michelman, “Constitutional Authorship”, pp. 80 y 81: “Como miembros de un pueblo que supuestamente se autogobierna, sus integrantes no pueden aceptar que la constitución sea creada por nadie que no sean ellos mismos. Pero, según parece, ellos solo pueden reconocerse a sí mismos como integrantes de una identidad política colectiva si se reconocen como socios, participantes conjuntos en alguna idea, o proto-idea, ya presente y significativa, acerca de la razón constitucional o de lo que es constitucionalmente correcto. Esto significa que pueden reconocer a sus legisladores como legítimos, como el mismo Pueblo que ellos, solamente a través de la percibida o supuesta comunión del legislador con el mismo conjunto de ideales regulativos que ellos poseen respecto a qué son las constituciones y cuál es su propósito”.

⁴¹ Como señaló Hannah Arendt, citando a Alexander Hamilton, el acto de autoconstitución realizado por el pueblo demuestra “que los hombres «son realmente capaces... de establecer un buen gobierno a partir de la reflexión y la elección», que no están «destinados para siempre a depender de las contingencias o la fuerza en lo que hace a sus constituciones políticas»”. Arendt, *On Revolution*, p. 214. Véase también Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999, pp. 181 y 182, para una discusión sobre la constitución de un pueblo como una expresión del compromiso de una comunidad particular con principios universales.

⁴² Arendt, *On Revolution*, pp. 199-204.

⁴³ *Ibidem*, pp. 212 y 213: “Lo que salva al acto inicial de su propia arbitrariedad es que lleva consigo su propio principio o, para ser más preciso, el comienzo y el principio, *principium* y

Por supuesto, el propio acto es entendido como acción política, en el sentido de ser descrito como una acción colectiva, el resultado de la deliberación común de un grupo de seres humanos que se conciben a sí mismos, precisamente como *un* grupo.⁴⁴ El acto constituyente consiste en un pueblo identificándose a sí mismo, a través de la decisión consciente de su propia existencia política, y en la definición de su identidad a través de su identificación con una Constitución; esto es, un conjunto de valores y principios políticos.⁴⁵

De ese modo, la democracia como forma política presupone que el principio de soberanía popular desplaza a otros principios políticos rivales.⁴⁶ Pero

principio, no solo están mutuamente relacionados, sino que son contemporáneos. El absoluto desde el cual el comienzo derivará su propia validez y que debe salvarlo de su arbitrariedad inherente es el principio, el cual, junto a aquél, hace su aparición en el mundo... Como tal, el principio inspira las hazañas que habrán de seguir y permanece patente mientras dure la acción”.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 213 y 214: “Sobre este punto, la trayectoria de la Revolución Americana cuenta una historia inolvidable, capaz de enseñar una lección única; pues esta revolución no estalló sencillamente, sino que fue hecha por los hombres mediante deliberación compartida y con la fuerza de mutuas promesas. El principio que vio la luz durante esos años trascendentes cuando se sentaron los cimientos —no por la fuerza de un único arquitecto, sino por el poder combinado de muchos hombres— fue el principio que conectó a las promesas mutuas con la liberación común”.

⁴⁵ Se ha sostenido que esta concepción de la soberanía popular es incoherente como fuente de legitimidad. De acuerdo con Lars Vinx, la legitimidad es relevante en el contexto de conflictos políticos entre partes que mantienen profundos desacuerdos en materia de moralidad política, es decir, que no comparten una identidad política común. Si la soberanía popular presupone compartir una identidad política, entonces no sería de utilidad para solucionar tales conflictos. Véase Vinx, Lars, “The Incoherence of Strong Popular Sovereignty”, *International Journal of Constitutional Law*, 11(1), 2013, pp. 101-124 y 104-114. De ese modo, compartir una identidad política, en el sentido de compartir un compromiso con algunos principios o valores *solamente porque ellos fueron elegidos por el Pueblo*, es una precondition para ejercer la virtud de la integridad política, la que está especialmente concebida para porvenir una solución a los problemas de legitimidad en sociedades pluralistas. Véase *infra*, nota 55. Hasta este punto, entonces, la objeción es desacertada. Sin embargo, es correcto, como señala Vinx, que, en algunos contextos, los desacuerdos políticos entre diferentes partes pueden tener tal intensidad que ello les impide compartir una identidad política. No obstante, cuando se da dicha situación, es inútil buscar un principio de legitimidad política. Ello sería tan fútil como buscar un principio de legitimidad que resuelva el conflicto entre un fascista y un anarquista. La objeción elaborada por Vinx presupone que un principio de ese tipo siempre está disponible, incluso frente a un conflicto tal. Y es esta presuposición la que es rechazada por cualquier forma política, precisamente porque se trata de un típico mecanismo antipolítico.

⁴⁶ Sobre la soberanía popular como presupuesto de la democracia, véase Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 255-257. De acuerdo con Waldron, la soberanía popular exige la satisfacción de la voluntad del pueblo, lo cual es una condición necesaria, pero no suficiente, para la democracia, pues puede ser el caso de que lo que sea deseado por el pueblo no sea de naturaleza democrática. Waldron sostiene,

ello no significa que éstos sean completamente irrelevantes. De hecho, con el fin de regular la estructura básica de la sociedad, el poder constituyente puede tenerlos en cuenta para guiar las decisiones respectivas. En efecto, como se dijo, el compromiso del pueblo con esos otros principios es lo que constituye su identidad. Esta imagen de la democracia tiene dos implicancias importantes.

En primer lugar, ella arroja luz sobre la concepción de la identidad política presupuesta en el análisis. En tal sentido, la identidad puede entenderse como ser lo mismo así como también como ser uno mismo.⁴⁷ Cada concepción constituye una respuesta a diferentes problemas, distinguidos por Agustín de Hipona en sus *Confesiones*, a saber: las preguntas sobre “¿Qué soy?” y “¿Quién soy?”.⁴⁸ Mientras que la primera pregunta se dirige a Dios, en tanto que, al ser el creador de los seres humanos, puede responder entonces qué es lo que ellos son, la segunda es un interrogante que el ser humano se formula a sí mismo.⁴⁹ El paso de la pregunta sobre “¿Qué soy?” a “¿Quién soy?” suele interpretarse como un giro desde el campo de los objetos conocidos a la propia actividad de conocer, la cual tiene un carácter reflexivo.⁵⁰ Tales preguntas también pueden referirse a identidades colectivas, en la forma “¿Qué somos?” y “¿Quiénes somos?”. Si el poder constituyente involucra un acto consciente de autoconstitución, entonces la concepción relevante de identidad es la de ser uno mismo, y no la de ser lo mismo. Un pueblo que ejerce el poder constituyente está contestando la pregunta “¿Quiénes somos?”. Como sostuvo Hans Lindahl, la identidad resultante se mantendrá en tanto ese grupo de personas se sigan formulando la misma pregunta.⁵¹

por ejemplo, que tanto Hobbes como Locke fundaron sus teorías en el principio de soberanía popular, pero, mientras Hobbes lo hizo para justificar una monarquía absoluta, Locke se propuso defender una variante de democracia liberal. En este contexto, Waldron afirma que la decisión hobbesiana, aunque adoptada de un modo consistente con la soberanía popular, no es en sí misma democrática, mientras que la lockeana sí lo es.

⁴⁷ Ricoeur, *Oneself as Another*, pp. 115-125. Ricoeur denomina *idem-identity* e *ipse-identity* a las dos concepciones sobre la identidad.

⁴⁸ Hipona, Agustín de, *The Confessions*, Reynoldsburg, Coradella Collegiate Bookshelf Editions, 2004, p. 250.

⁴⁹ Arendt, Hannah, *The Human Condition*, 2a. ed., Chicago, University of Chicago Press, núm. 2, 1998, pp. 10 y 11.

⁵⁰ Taylor, Charles, *Sources of the Self. The Making of the Modern Identity*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, p. 130: “En contraste al dominio de los objetos, que es público y común, la actividad de conocer es particular; cada uno de nosotros está involucrado con la suya propia. Observar esta actividad es mirarse a uno mismo, adoptar una actitud reflexiva”.

⁵¹ Lindahl, Hans, “Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood”, en Loughlin, Martin y Walker, Neil (ed.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 20 y 21.

En síntesis, el principio de soberanía popular no expresa otra cosa que el valor de la acción colectiva reflexiva.⁵²

La segunda cuestión importante apunta al problema de la consistencia de la identidad a lo largo del tiempo. Si el valor del compromiso del pueblo con algunos principios políticos depende de su carácter reflexivo y de las propias decisiones adoptadas por el pueblo, entonces el pueblo puede modificar tales compromisos en cualquier momento y a su sola discreción. Ello puede ocurrir de dos maneras.

En primer lugar, los principios políticos relevantes pueden ser interpretados en formas innovadoras. La posibilidad de abandonar antiguas concepciones sobre tales principios y reemplazarlas por otras nuevas tiene la mayor importancia, pues define el marco en el cual la Constitución admite desacuerdos dentro de sus propios límites.⁵³ Ciertamente, tales límites que la Constitución impone a los debates políticos de la comunidad son en sí mismos una cuestión relativa a la autocomprensión que los miembros de la comunidad tienen en su carácter de tales.⁵⁴ En tal sentido, Ronald Dworkin acuñó el concepto de *integridad política* para describir esa idea: los individuos se ven a sí mismos como miembros de una comunidad cuando reconocen a un conjunto de principios como elegidos por esa comunidad, y aceptan su valor solamente por ese hecho, pero al mismo tiempo, discrepan con respecto a la manera en que tales principios deben ser interpretados. Por lo tanto, la política, dentro de un Estado democrático, consiste, entre otras cosas, en la articulación y elección de una concepción sobre los principios políticos.⁵⁵

⁵² Vinx, “The Incoherence of Strong Popular Sovereignty”, p. 108: “El principio básico de la legitimidad constitucional es, en otras palabras, el principio de autonomía colectiva, entendido como el derecho de un pueblo ya existente a decidir libremente la forma de su propia vida institucional. La raíz de la ilegitimidad constitucional es, por otro lado, la heteronomía colectiva, que se da en una situación en la que un pueblo es forzado a vivir bajo un marco normativo que no es (o no es completamente) el resultado de su propia elección o que niega su poder constituyente inalienable”. En este pasaje, Vinx describe una concepción de la soberanía popular que él no comparte y que es el objetivo de su ataque teórico.

⁵³ Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 171-176.

⁵⁴ Waldron, *Law and Disagreement*, p. 308: “Por lo tanto, la idea de límites basados en los derechos es, en primer lugar, una cuestión de autocomprensión política”.

⁵⁵ Dworkin, *Law's Empire*, p. 211: “Las personas integran una genuina comunidad política sólo cuando acepta que sus destinos están vinculados de la siguiente manera: ellos aceptan que están sujetos a principios comunes, no sólo a las reglas que resultan de compromisos políticos. La política tiene una naturaleza especial para estas personas. Es un teatro de debate acerca de cuales son los principios que la comunidad debe adoptar, de modo sistemático, acerca de cuál perspectiva debe elegir respecto de la justicia, la equidad y el debido proceso... Los miembros de una sociedad de principio aceptan que sus derechos y deberes

Por supuesto, en segundo lugar, también es posible que el pueblo decida cambiar no la interpretación de los principios políticos, sino su propia identidad. En tal caso, surgirá una nueva Constitución. Dentro de una misma forma política pueden adoptarse diferentes Constituciones. Para que ello ocurra, se necesita una continuidad en la narración, en la que el mismo agente colectivo sea considerado como el titular permanente del poder constituyente, pero, al mismo, como capaz de poner en cuestión su identidad, y modificarla cuando lo estime apropiado.⁵⁶ Esto implica la perdurabilidad en el tiempo del principio de soberanía popular como fuente de legitimidad política. Si un nuevo sujeto, distinto del pueblo, apareciera en escena, entonces surgiría una nueva forma política, que ya no estaría fundada en la soberanía popular.⁵⁷

Si alguno de los principios políticos elegidos para regular la estructura básica de la sociedad no fuera consistente con la soberanía popular, entonces no resultaría razonable hablar de democracia. La narración del pueblo como titular del poder constituyente se volvería ininteligible en un contexto tal. Una narración racional o coherente debe entonces excluir la posibilidad de que el pueblo tome decisiones de esa naturaleza, las cuales podrían ser concebidas como contradicciones performativas.⁵⁸ En efecto,

políticos no se agotan en las decisiones particulares adoptadas por sus instituciones políticas; en cambio, de un modo más general, ellos son el resultado de un esquema de principios que tales decisiones presuponen y al que adhieren... las obligaciones (políticas de un ciudadano) surgen del hecho histórico de que su comunidad adoptó dicho esquema, el cual es específico de aquella, y no de la asunción de que sería el esquema que habría adaptado si la decisión fuera únicamente suya. En síntesis, cada uno acepta a la integridad política como un ideal específicamente político y considera a la aceptación generalizada de tal ideal, incluso entre personas que discrepan sobre moralidad política, como constitutivo de la comunidad política". El concepto de *colectividades integradas* y su funcionamiento está articulado de manera similar. Véase Pettit, *A Theory of Freedom*, p. 119: "La manera más natural de concebir a las colectividades integradas como agentes a los cuales los individuos dan vida mediante la suspensión de sus propios proyectos, en una u otra ocasión, para servir al punto de vista colectivo. Tales individuos mantienen sus propios puntos de vista, al menos de modo virtual, mientras constituyen sociedades integradas de ese manera. Las integraciones pueden asumir una vida propia, pero de un modo completamente artificial, y siempre dependen de la conformidad constante —normalmente, de modo voluntario— de los individuos que las componen".

⁵⁶ Lefort, *The Political Forms of Modern Society*, pp. 303 y 304: "La democracia inaugura la experiencia de una sociedad inasible, incontrolable, en la cual el pueblo será considerado como soberano, por supuesto, pero su identidad será constantemente puesta en cuestión".

⁵⁷ Schmitt, *Constitutional...*, *cit.*, pp. 80, 140, 141 y 147.

⁵⁸ En la literatura, este tipo de problema pragmático tiene diferentes nombres: "infortunios" ("infelicidades") y "contradicción performativa" son dos de los más usados. Véase, por ejemplo, Austin, John L., "Performative Utterances", en Urmson, J. O. y Warnock,

elegir un principio que niegue el valor de la soberanía popular sería una forma en la que el pueblo negaría su propio valor político, es decir, su propia autoridad.⁵⁹ Como veremos en la siguiente sección, este razonamiento tiene importantes consecuencias para una concepción política de la teoría constitucional.

III. LA CONSTITUCIÓN DEL SOBERANO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL GOBIERNO

La democracia como forma política no se agota en la existencia del pueblo, pues ella también sugiere una relación entre ese pueblo y un conjunto de instituciones políticas. Aunque el poder constituyente permanece presente en forma permanente, en tanto no sea reemplazado por una nueva forma política, es decir, por otro agente político, su actividad no tiene la misma intensidad en todo momento.⁶⁰ Existen situaciones excepcionales en las cuales se actúa especialmente, frente a las cuales hay momentos normales en los cuales su pasividad les permite a las instituciones políticas pretender ser la única voz autorizada del pueblo.⁶¹ Como dijo alguna vez James Bradley Thayer,

G. J. (eds.), *Philosophical Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 226. En el contexto jurídico véase Alexy, Robert, "Law and Correctness", *Current Legal Problems*, 51(1), 1998, pp. 205-221, en especial pp. 210 y 211. Robert Brandom explicó el punto de un modo elegante, afirmando que este tipo de acción es intencional, pero irracional, en el sentido de que el agente no está autorizado a expresar cierta aserción práctica, principalmente, una exigencia normativa, esto es, que no tiene una razón que justifique su acción. La ausencia de autorización es el resultado de un compromiso asumido previamente por el agente que es inconsistente con su exigencia actual. Véase Brandom, Robert B., *Making it Explicit. Reasoning, Representing and Discursive Commitment*, Cambridge, Harvard University Press, 1994, pp. 244 y 245. Para una presentación clara de las ideas de Brandom véase Klatt, Matthias, *Making the Law Explicit. The Normativity of Legal Argumentation*, Oxford, Hart Publishing, 2008, pp. 126-134.

⁵⁹ Una narración que incluya una contradicción de este tipo será incoherente a menos que exista un procedimiento que permita restaurar su coherencia. Véase Amaya, Amalia, *The Tapestry of Reason. An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 426. Sin embargo, aun si existiera tal procedimiento, su uso podría implicar socavar el atractivo político de la narración, ya sea mediante la supresión del pueblo como su personaje principal, o mediante la adscripción al mismo de intenciones hipócritas.

⁶⁰ Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, pp. 140 y 141.

⁶¹ Para una concepción dualista de la democracia constitucional, véase Ackerman, Bruce, *We the People. 1 Foundations*, Cambridge, Belknap Press, 1991. Para críticas políticas y metodológicas a esa concepción véase, respectivamente, Kramer, Larry D., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 197; Loughlin, Martin, *Foundations of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 303-305.

es como si el soberano, luego de realizar su tarea constitucional, “se retirara hacia las nubes”.⁶²

El tema del pueblo dormido se conecta en el pensamiento político occidental con la distinción entre soberanía y gobierno.⁶³ La democracia como forma política admite diversas narraciones referidas a la relación entre el poder constituyente y los poderes constituidos, es decir, entre el soberano y el gobierno. Pero rechaza completamente la posibilidad o, al menos, la factibilidad práctica, de un ejercicio permanente del poder constituyente o, lo que es lo mismo, la total ausencia de gobierno.⁶⁴ En aquellos momentos en los que el pueblo “se va a dormir” o “se reitra hacia las nubes”, las instituciones por él creadas, es decir, el gobierno, hablarán en su nombre. Esto significa que el principio de identidad deja su lugar al principio de la representación. Este movimiento de la primacía de un principio a la del otro es clave para explicar, por un lado, los elementos centrales de la narración sobre la legitimidad de esas instituciones y, por el otro, la tensión persistente entre las instituciones y el surgimiento y movilización de agentes colectivos que pretenden encarnar al hipotéticamente despierto pueblo soberano. En esta sección se analizarán estas cuestiones mediante una discusión sobre la producción del derecho constitucional, junto con la posibilidad para su reforma.

La sección previa, en la que se discutió el concepto de poder constituyente, omitió, de manera un tanto sorprendente, el tratamiento de la cues-

⁶² Thayer, James Bradley, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, 7(3), 1893, p. 131.

⁶³ Tuck, Richard, “Democratic Sovereignty and Democratic Government: The Sleeping Sovereign”, en Bourke, Richard y Skinner, Quentin (eds.), *Popular Sovereignty in Historical Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 115-141. Véase también Skinner, Quentin, *The Foundations of Modern Political Thought. 1. The Renaissance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, pp. 62-65.

⁶⁴ Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, pp. 240-242. Para una concepción diferente, véase Negri, *Insurgencias*, pp. 313-335. Véase también Rancière, Jaques, *Disagreement. Politics and Philosophy*, trans. Julie Rose, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1999, pp. 21-42: *la política* es la actividad de desafiera al gobierno o a su fundamento, mientras que la actividad de las instituciones políticas es concebida como *policía*, esto es, controlando *policíamente* a las personas; Mouffe, Chantal, “Citizenship and Political Identity”, *October*, 61, 1992, pp. 28-32, en especial p. 30: “La política se refiere a la constitución de la comunidad política, y no es algo que tenga lugar dentro de la comunidad política”. Hannah Arendt recuerda que los líderes de algunas revoluciones, como las revoluciones comunistas de Rusia y China, se jactaban de su carácter permanente. Véase Arendt, *On Revolution*, p. 144. A pesar de ello, lo relevante es determinar si esas revoluciones eludieron realmente la institucionalización o no. Aunque el concepto de “revolución permanente” no sea internamente incoherente, es difícil encontrar una forma política exitosa en la época contemporánea que haya alcanzado estabilidad sin recurrir a instituciones.

tión de la producción del derecho constitucional. Su punto de partida fue una distinción entre dos concepciones sobre el objeto del poder constituyente. Para una concepción, la decisión constitucional se refiere a la autoconstitución de un agente colectivo, con su propia y distintiva identidad política. Para otro punto de vista, la función del poder constituyente es crear un conjunto de instituciones políticas. Hasta ahora, este trabajo se concentró en la primera cuestión. Ahora es el turno de lidiar con la segunda. Ello requiere introducir la distinción entre la Constitución del soberano y la Constitución del gobierno o, más sencillamente, entre la Constitución y el derecho constitucional.⁶⁵

Mientras que la Constitución consiste en los principios políticos con los cuales el pueblo soberano se identifica, el derecho constitucional es un conjunto de regulaciones sobre el régimen constitucional o las esencias constitucionales del Estado.⁶⁶ Para ser legítimos desde el punto de vista de la Constitución, tanto los legisladores constitucionales como los encargados de las instituciones de gobierno, regulados por las normas del derecho constitucional, deben tratar a los principios políticos respectivos como ideas directivas.⁶⁷ Solamente si satisfacen esa condición quienes pretenden ejercer autoridad como representantes del pueblo pueden estar justificados en su pretensión.

En el teoría democrática contemporánea, es un lugar común afirmar que el *locus* de la producción del derecho constitucional es una asamblea elegida

⁶⁵ Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, pp. 67-88. Véase también Loughlin, *Foundations of Public Law*, pp. 209-237.

⁶⁶ Ackerman, *Foundations*, p. 59: “La unidad básica de análisis debe ser el régimen constitucional, la matriz de relaciones institucionales y valores fundamentales que usualmente son consideradas como el fundamento constitucional en la vida política normal”. Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 2005, p. 227. Las esencias constitucionales son de dos tipos: “a. Principios fundamentales que especifican la estructura general del gobierno y del proceso político: los poderes de la legislatura, el ejecutivo y los tribunales; el alcance de la regla de la mayoría; y b. derechos básicos iguales y libertades ciudadanas que las mayorías legislativas deben respetar: entre ellas están el derecho a votar y a participar en política, la libertad de conciencia, la libertad de pensamiento y de asociación, así como también las garantías del estado de derecho”. La distinción entre la Constitución y el derecho constitucional guarda cierto parecido con las concepciones delgada y densa [“thin and thick”] de la Constitución elaboradas por Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, pp. 9-14 y 185-193.

⁶⁷ Sobre el rol que juegan las ideas directivas en las instituciones, véase Hauriou, Maurice, “The Theory of the Institution and the Foundation: A Study in Social Vitalism”, en Broderick, Albert, *The French Institutionalists. Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*, trad. Mary Welling, Massachusetts, Cambridge, Harvard University Press, 1970, pp. 101-104. Véase también Hauriou, Maurice, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, *Harvard Law Review*, 31(6), 1918, pp. 813-821.

popularmente, la asamblea constituyente, que está encargada de elaborar un documento que será sujeto a la ratificación popular a través de un referéndum. A través de este documento se pretende codificar el derecho constitucional, que es constitutivo del gobierno.⁶⁸ Sin embargo, el derecho constitucional también puede ser producido “a través de un razonamiento y un desarrollo propios del *common law*”.⁶⁹ Asimismo, puede darse el caso de que el derecho constitucional sea el resultado de precedentes adoptados por las ramas no judiciales del gobierno, creándose así un conjunto de regulaciones paralelo al codificado en el documento constitucional, pero que no se superpone totalmente con él.⁷⁰ Una combinación de estos diferentes procedimientos también es posible.⁷¹ En cualquier caso, la legitimidad de las normas pertenecientes al derecho constitucional debe descansar en su adecuación a las ideas directivas integradas en la Constitución.

Pero ¿cuál es el fundamento de esa exigencia? El punto parece residir en que el pueblo ya no actúa por sí mismo, sino a través de sus representantes. Solamente si se reconoce como ideas directivas a los principios políticos que constituyen la identidad del pueblo podrán las instituciones afirmar que actúan en representación del soberano. Para que sea posible adscribirle sus actos al pueblo, las instituciones del gobierno deben ser capaces de mostrar-

⁶⁸ Schmitt, *Constitutional Law*, pp. 130-135; Schmitt, *Crisis of Parliamentary Democracy*, p. 30. Véase también Arato, Andrew, “Forms of Constitution Making and Theories of Democracy”, *Cardozo Law Review*, 17, 1995, pp. 191-231; Mark Tushnet, “New Institutional Mechanisms for Making Constitutional Law”, en Bustamante, Thomas y Gonçalves Fernandes, Bernardo (eds.), *Democratizing Constitutional Law. Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*, Cham, Springer, 2016, pp. 167-183.

⁶⁹ Allan, T. R. S., *The Sovereignty of Law. Freedom, Constitution, and Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 305. Véase, en general, Waluchow, Wilfrid J., *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 216-271. En el contexto de los Estados Unidos, véase Strauss, David A., “Common Law Constitutional Interpretation”, *University of Chicago Law Review*, 63(3), 1996, pp. 877-935.

⁷⁰ Véase, por ejemplo, Reed Amar, Akhil, *America’s Unwritten Constitution. The Precedents and Principles We Live by*, Nueva York, Basic Books, 2012.

⁷¹ Por ejemplo, Bruce Ackerman sostiene que la legislación constitucional no sólo puede lograrse a través del procedimiento de reforma previsto en el artículo V de la Constitución de los Estados Unidos, sino también a través de un proceso político más complejo. Dicho proceso requiere de un alto grado de movilización política, sostenido a lo largo del tiempo por una mayoría electoral que, en sucesivas elecciones, tiene éxito en obtener el control de las ramas políticas del gobierno. Este gobierno apoyado popularmente sancionará nuevas leyes ordinarias que desafiarán la concepción establecida del derecho constitucional, forzando a la Corte Suprema, al final del día, a modificar la interpretación de los principios constitucionales, confirmados así la validez de la nueva legislación. Véase Ackerman, *Foundations*, pp. 266-294.

los como una implementación de la voluntad del pueblo, es decir, como una interpretación y aplicación fidedignas de la Constitución.

IV. DEMOCRACIA MÁS ALLÁ DE LAS INSTITUCIONES

El giro de la soberanía al gobierno implica un cambio similar del principio de identidad al de representación. La realización de este último consiste en la institucionalización, es decir, en la creación de funciones, cargos o puestos que son independientes de la personalidad concreta de quienes los ocupan, pero que, pese a todo, tienen una conexión con el mandato del pueblo.⁷² Para tener autoridad, el representante necesita contar con una dignidad especial, que se deriva de la dignidad de la propia persona representada. La representación, entonces, “invierte al representante con una especial dignidad, porque quien representa a un valor honorable no puede carecer de valor”.⁷³ Para esta concepción de la representación, el representante actúa en lugar del pueblo sin excluirlo. El pueblo está “presente” a través de la acción del representante.⁷⁴

La existencia permanente del soberano es necesaria precisamente para que sea posible que el gobierno pueda tener legitimidad. Esta idea tiene dos implicancias importantes. Por un lado, la actividad de representar tiene lugar en público.⁷⁵ Es una actividad pública, así como la autoconstitución

⁷² Para un argumento análogo, véase Schmitt, *Roman Catholicism...*, *op. cit.*, p. 14. Se trata de una variación del tema weberiano de la institucionalización del carisma. Véase Weber, Max, *On Charisma and Institution Building*, Eisenstadt, N. S. (ed.), Chicago, University of Chicago Press, 1968. Véase también Pitkin, *The Concept of Representation*, p. 239: “Sin institucionalización, ... el ideal de la representación sería un sueño hueco”.

⁷³ Schmitt, *Roman Catholicism...*, *op. cit.*, p. 21. Véase también Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, p. 243: “La representación no es posible con cualquier clase de ser... En la representación... una clase superior de ser adquiere una apariencia concreta. La idea de representación descansa en un pueblo que existe como unidad política, que tiene una forma existencia que es superior, más extensa y mejorada, y más intensa, en comparación con la existencia de algún grupo humano que convive”.

⁷⁴ Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, p. 243: “Representar significa hacer visible y presente a un ser invisible, a través de alguien que está públicamente presente. La dialéctica del concepto es que lo invisible se presupone como ausente y, a pesar de ello, como simultáneamente presente”. Véase también Pitkin, *The Concept of Representation*, p. 133 (comentando una concepción de la representación que encuentra inapropiada para una comprensión apropiada del concepto): “Un representante, por otro lado, si no lo es sólo en el nombre, actúa en lugar de otro sin excluirlo; aunque no es el principal, ‘actúa por’ el principal; el principal ‘está presente a través de él’”.

⁷⁵ Schmitt, *Roman Catholicism...*, *op. cit.*, pp. 28, 29 y 32; Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, p. 242: “La representación sólo puede tener lugar en la esfera pública. No hay represen-

del pueblo soberano también lo es. La segunda implicancia se deriva de la primera. En la narración del espacio público, dos personajes, el pueblo y el gobierno, pueden estar presentes simultáneamente y, en una situación extrema, los principios de representación e identidad pueden entrar en conflicto.⁷⁶

Ello puede ocurrir especialmente en épocas de revoluciones, cuando la asamblea constituyente está deliberando, y las movilizaciones populares conducen a cientos o miles de personas ante las mismas puertas del edificio en aquella sesión. A pesar de su carácter constituyente, la asamblea no carece de restricciones, pues la Constitución impone un conjunto de límites a su accionar. La presencia de la multitud ante sus puertas puede ser una señal de aprobación o de rechazo, según cuál sea el grito predominante: *Sí* o *No*.⁷⁷ En el primer caso, los diputados bien pueden pensar que sus acciones están de acuerdo con la Constitución. En el segundo caso el resultado de la lucha política dirá si los diputados fueron leales a la Constitución. Si la asamblea es derrocada, y una nueva es elegida, entonces los diputados depuestos bien podrían ser acusados de traición constitucional. Pero si son los manifestantes los que están en el bando perdedor, entonces la asamblea podría seguir pretendiendo tener legitimidad.

tación que ocurra en secreto o entre dos personas, o que sea un «asunto privado»... Un parlamento tiene un carácter representativo solamente en cuanto uno crea que su actividad real se ubica en la esfera pública”. La representación, entonces, presupone lo político. Véase Riberi, Pablo, *Teoría de la representación política. Crisis y desafíos del Estado contemporáneo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, pp. 496-512.

⁷⁶ Furet, François, *Interpreting the French Revolution*, trad. Elborg Forster, Cambridge, Cambridge University Press, 1981, p. 50: “La actividad revolucionaria por excelencia fue la producción de un lenguaje maximalista mediante la intermediación de asambleas unánimes, míticamente dotadas con la voluntad general. En este punto, la historia de la Revolución está marcada por una dicotomía fundamental. Los diputados hacían las leyes en nombre del pueblo, a quien se asumía que representaban; pero los miembros de las secciones y de los clubes actuaban como la encarnación del pueblo, como centinelas vigilantes, obligados a rastrear y denunciar cualquier discrepancia entre la acción y los valores con el fin de restaurar el cuerpo político en cualquier momento. En lo que hace a la política, la característica saliente del período entre mayo y junio de 1789 y el 9 de Termidor de 1794 no fue el conflicto entre la Revolución y la contrarrevolución, sino la lucha entre los representantes de las sucesivas Asambleas y los clubes de militantes por la simbólica posición dominante: la voluntad del pueblo”. Una dicotomía similar puede encontrarse en la primera revolución británica, luego de la ejecución de Carlos I. En efecto, el Nuevo Ejército Modelo, tal como lo harían las secciones y los clubes más tarde en Francia, pretendía actuar como la encarnación del pueblo, controlando la actividad del parlamento en su carácter de representante del pueblo. Véase Morgan, Edmund S., *Inventing the People. The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, Nueva York, W. W. Norton, 1989, cap. 4.

⁷⁷ Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, pp. 131, 275, 302 y 303.

Por cierto, una multitud movilizada puede ser un signo de actividad del poder constituyente, lo cual es algo que puede esperarse durante una revolución. Sin embargo, en épocas normales, se espera que dicha actividad se reduzca al mínimo. Ello abre el interrogante respecto de la legitimidad de la producción de derecho constitucional durante tales periodos. Si el documento constitucional fue redactado después de una revolución, puede ocurrir que algunas de sus regulaciones ya no sean apropiadas en un contexto histórico distinto, lo cual requerirá una modificación del derecho constitucional. Generalmente, los documentos constitucionales cuentan con cláusulas que pretenden regular el poder para su reforma.

Estas normas sobre reforma son, por supuesto, de tipo procedimental, aunque también podrían crear algunos límites materiales. El punto crucial es, sin embargo, si existen límites sustantivos implícitos al poder de reforma.⁷⁸ La respuesta yace, nuevamente, en la distinción entre Constitución y derecho constitucional. El poder de reforma no tiene sólo un carácter representativo, en el sentido ya enunciado, sino que también se trata de un poder constituido, puesto que su accionar está regulado por normas constitucionales.⁷⁹ Por lo tanto, su legitimidad depende de que tal actividad esté guiada por las ideas directivas que integran la identidad política del pueblo. Una ruptura con esas directivas significará o bien que una nueva Constitución fue adoptada; es decir, que el pueblo ejecutó un acto de poder constituyente, o bien que un nuevo soberano reemplazó al anterior, en cuyo caso el pueblo ya no actuará como un agente que se autogobierna, pues una nueva forma política habrá surgido. La conclusión es que una Constitución puede ser cambiada o suprimida, incluso si el derecho constitucional fue re-

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 148-158. Véase también Jacobson, Gary Jeffrey, *Constitutional Identity*, Cambridge, Harvard University Press, 2010, pp. 34-83; Roznai, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 105-134. Para una discusión, véase Walter Dellinger, "The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process", *Harvard Law Review*, 97(2), 1983, pp. 386-432; Tribe, Laurence H., "A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role", *Harvard Law Review*, 97(2), 1983, pp. 433-445, en Levinson, Sanford (ed.), *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, Princeton University Press, 1995. Para dos excelentes tratamientos del tema en castellano véase Colombo Murúa, Ignacio, *Límites a las reformas constitucionales. Teoría de las cláusulas pétreas*, Buenos Aires, Astrea, 2011; Riberi, Pablo, "Límites sobre el poder constituyente: subjetividades y agonías y criptoconstitucionalismo", en Núñez Leiva, José (ed.), *Nuevas perspectivas en derecho constitucional*, Santiago de Chile, Universidad Andrés Bello, 2011.

⁷⁹ Un punto que, a veces, no es advertido por la academia constitucional, al menos en América Latina y en algunos países de Europa meridional, cuando utilizan la confusa terminología francesa de *pouvoir constituant originaire* y *pouvoir constituant dérivé*, en lugar de hablar, directamente, de producción y reforma del derecho constitucional.

formado según el procedimiento correcto de reforma, es decir, respetando las restricciones formales concebidas para ese fin. De modo similar, el documento constitucional podría permanecer intacto, pero si cambian las ideas directivas que inspiran su interpretación, entonces bien puede decirse que estamos frente a una nueva Constitución. La conexión entre un documento constitucional y la identidad constitucional es, entonces, contingente.

La producción del derecho constitucional y su reforma tienen como objeto a las normas constitucionales. Pero la representación no se agota en esas tareas. De hecho, la principal función del gobierno es la legislación ordinaria junto con la administración cotidiana de los recursos públicos. En este punto aparecen dos dicotomías. Por un lado, dado que el poder constituyente tiene una intensidad mínima pero no desaparece de la narración durante épocas de normalidad, siempre es posible criticar el accionar del gobierno formulando exigencias fundadas en las mismas ideas directivas que debieron inspirar tales actos institucionales. Si la representación tiene lugar en público, entonces el gobierno es un miembro de la esfera pública. Los otros miembros del Estado, tomados en su conjunto, constituyen la sociedad civil.⁸⁰

La sociedad civil es el ámbito en el que se forja la opinión pública: un lugar de deliberación no representativa, en el cual los intereses privados pueden ser transformados en una única voz, fundada en razones públicas, que supervise la actividad gubernamental.⁸¹ Por supuesto, en este sentido, la opinión pública no es nada más que un ideal regulativo. No obstante, es útil para reconocer qué reivindicaciones pueden ser consideradas legítimas, al menos parcialmente. En cualquier caso, la posibilidad siempre presente de

⁸⁰ Cohen, Jean L. y Arato, Andrew, *Civil Society and Political Theory*, Cambridge, MIT Press, 1992, p. ix: “Entendemos por «sociedad civil» a la esfera de interacción social entre la economía y el Estado, compuesta sobre todo de una esfera de intimidad (especialmente la familia), la esfera de asociaciones (especialmente, asociaciones voluntarias), movimientos sociales y formas de comunicación públicas. La sociedad civil moderna es creada a través de formas de auto-constitución y auto-movilización. Se institucionaliza y generaliza a través de leyes y, especialmente, de derechos subjetivos, que estabilizan la diferenciación social. Mientras que las dimensiones creativa e institucionalizada pueden existir separadamente, en el largo plazo tanto la acción independiente como la institucionalización son necesarias para la reproducción de la sociedad”.

⁸¹ El concepto de opinión pública puede ser concebido tanto del modo presentado en el texto, es decir, como una autoridad crítica sobre el ejercicio del poder político, o bien como una exhibición montada y manipulada de propaganda al servicio de personas o instituciones. Para el contraste y las conexiones entre ambas, y la posibilidad de realizar la primera en las sociedades contemporáneas, véase Habermas, Jürgen, *The Structural Transformation of the Public Sphere. An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, trad. Thomas Burger y Frederick Lawrence, Cambridge, MIT Press, 1989, pp. 236-250.

que surja la opinión pública, es decir, la posibilidad de que las ideas directivas constitutivas de la identidad del pueblo sean invocadas, es un elemento clave del gobierno representativo. Mediante la formulación de un discurso político fundado en las ideas directivas, el pueblo se mantiene presente en la narración.⁸² Sin esa posibilidad, no sería posible decir que el pueblo es capaz de controlar a sus representantes, y ello sería tanto como admitir que el pueblo no existe. Después de todo, ese en esa misma esfera pública en la que una multitud movilizada puede afirmar ser una encarnación del pueblo, y desafiar al gobierno a través de la realización del principio de identidad.⁸³ Si esta posibilidad quedara completamente excluida, entonces el gobierno quedaría impedido de afirmar su legitimidad democrática.

Por cierto, los conceptos de esfera pública, sociedad civil y opinión pública tienen cierto aroma liberal. Sin embargo, es posible elaborar una concepción política de aquéllos.⁸⁴ Ello se debe a que la Constitución y el concepto de soberanía afirman la unidad que está presupuesta en la distinción entre gobierno y sociedad civil.⁸⁵ Por supuesto, en una forma política democrática, tal unidad tiene un carácter narrativo, lo cual explica la importancia de imaginar historias sobre el pueblo que nutran la esfera pública.⁸⁶

⁸² Sobre la acción colectiva por fuera de las instituciones políticas, encarnada por movimientos sociales, véase Cohen y Arato, *Civil Society and Political Theory*, pp. 492-563.

⁸³ La desobediencia civil es un ejemplo concreto de este tipo de crítica política al gobierno. Como afirman Cohen y Arato, la “peculiaridad de la acción colectiva que involucra a la desobediencia civil es que ella se mueve entre las fronteras de la insurrección y la actividad política institucionalizada, entre la guerra civil y la sociedad civil”. Cohen y Arato, *Civil Society and Political Theory*, p. 566.

⁸⁴ Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, pp. 271-279; Schmitt, *Crisis of...*, *op. cit.*, pp. 37-39. Véase también Loughlin, *Foundations of Public Law*, pp. 228-231 y 346-350; Fraser, Nancy, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, en Calhoun, Craig (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, MIT Press, 1992, pp. 109-137.

⁸⁵ Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, p. 247. Sin embargo, la unidad no debe ser confundida con la *uniformidad*. James Tully sostuvo que la formación del lenguaje del constitucionalismo moderno es la historia de la justificación de la uniformidad, opuesta a la diversidad cultural. No obstante, ello no excluye la posibilidad de volver a pensar ese lenguaje de un modo que integre a la diversidad, dando fundamento a un nuevo constitucionalismo en las mismas ideas de pertenencia de una comunidad y de libertad crítica que eran el núcleo de su versión clásica. Véase James Tully, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 58-98 y 198-209. Este es el mismo punto analizado más arriba, al discutir el concepto de identidad política como *identidad como ser uno mismo* (unidad que admite diversidad) en lugar de *identidad como ser lo mismo* (uniformidad).

⁸⁶ Anderson, Benedict, *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londres, Verso, 1991; Smith, Rogers M., *Stories of Peoplehood. The Politics and Morals of Political Membership*, Nueva York, Cambridge University Press, 2003.

V. RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

La última característica de la democracia como forma política se relaciona con el problema del atrincheramiento del derecho constitucional. Mientras que la Constitución es políticamente suprema, en el sentido de que determina las ideas directivas sobre las que se debe deliberar tanto en la esfera pública como en las instituciones gubernamentales, el derecho constitucional tiene un carácter fundamental en tanto que regula el modo en que el gobierno produce las leyes ordinarias. Esto significa que el derecho constitucional posee, al menos, una supremacía formal, pues, precisamente, define qué cuenta como ley ordinaria. Es, en tal sentido, una “ley de leyes”. Sin embargo, esto no implica necesariamente que el procedimiento de reforma sea diferente del de la legislación ordinaria ni tampoco que los tribunales sean competentes para aplicar el derecho constitucional, o para declarar la nulidad de las leyes creadas en forma inconstitucional. Por lo tanto, algunas distinciones relevantes deben ser introducidas.

En primer lugar, el derecho constitucional puede estar formulado en un único documento o en diferentes fuentes dispersas. En el primer caso, el derecho constitucional está codificado, mientras que en el segundo no lo está. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la ausencia de codificación no equivale a afirmar que el derecho constitucional carezca de carácter escrito. En efecto, las normas constitucionales podrían estar formuladas en diversos documentos.⁸⁷ Una segunda distinción se refiere al procedimiento de reforma. Si el derecho constitucional puede ser modificado por el mismo procedimiento que las leyes ordinarias, entonces se dice que es flexible. En cambio, si el procedimiento es diferente y más oneroso, el derecho constitucional es rígido.⁸⁸ Finalmente, si el derecho constitucional es judicialmente aplicable y sus normas derrotarán a la aplicación de las leyes ordinarias cuando éstas sean inconsistentes con aquéllas, entonces tendrá supremacía material. Si el derecho constitucional es rígido y además tiene supremacía material sobre las leyes ordinarias, entonces se dice que está atrincherado.⁸⁹

⁸⁷ Grimm, Dieter, “Types of Constitutions”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, Andras (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 105 y 106.

⁸⁸ Bryce, “Flexible and Rigid Constitutions”, *Studies in History and Jurisprudence*, I, Nueva York, Oxford University Press, 1901, p. 132.

⁸⁹ La supremacía material del derecho constitucional sobre las leyes ordinarias es una condición necesaria para el atrincheramiento constitucional, pero la supremacía formal no lo es. La Constitución francesa de 1958, antes de la enmienda de 2008, era el ejemplo

Estas posibilidades plantean diversos problemas para una forma política democrática. Por un lado, la rigidez constitucional limita el alcance de las decisiones que pueden ser adoptadas por los representantes del pueblo. ¿Qué fundamento puede proporcionarse para ello? Por otro lado, el atrincheramiento constitucional significa que, dentro del gobierno, el Poder Judicial será el que tenga la última palabra en los conflictos constitucionales. Con ello, surge el problema de la supremacía judicial. ¿Cómo es que la rama menos democrática del gobierno puede tener semejante poder? Es importante recordar que estamos frente a diferentes tipos de restricciones sobre el gobierno democrático. La rigidez está pensada para hacer más difícil la reforma del documento constitucional. Pero las instituciones que son responsables frente a la ciudadanía siguen siendo las encargadas de tomar la decisión. En cambio, el atrincheramiento constitucional directamente pone el poder de tomar decisiones en otra institución.⁹⁰

¿Cómo puede justificarse la rigidez? Desde el punto de vista del gobierno democrático, existen un conjunto de respuestas que conforman la

arquetípico de normas constitucionales rígidas que eran formal, pero no materialmente, superiores a las leyes ordinarias careciendo entonces de carácter atrincherado. La concepción estándar de la Constitución británica, al mismo tiempo, es el paradigma de un derecho constitucional flexible, que carece de supremacía material sobre las leyes ordinarias, pero posee, pese a todo, supremacía formal. Ello se debe al hecho de que la supremacía formal significa que el derecho constitucional define qué cuenta como una ley ordinaria. Por ello, un tribunal necesita esa definición para identificar una ley y aplicar sus disposiciones. Pero de ningún modo es necesario concebir al derecho constitucional como una fuente de regulaciones sustanciales que podrían ser inconsistentes con las leyes ordinarias, en cuyo caso los tribunales se verían forzados a elegir entre ellas. En este segundo escenario, el derecho constitucional, si posee supremacía material, se convertiría en una condición para la aplicabilidad de las leyes ordinarias: sólo las normas legales que no sean inconsistentes con el derecho constitucional serían judicialmente aplicables. En síntesis: el documento constitucional puede ser interpretado como un conjunto de normas que únicamente regulan el procedimiento legislativo ordinario, o bien como normas sustanciales que poseen supremacía material con respecto a las leyes ordinarias. En el primer caso, el derecho constitucional opera como un conjunto de *condiciones para la existencia jurídica* de las leyes ordinarias. En el segundo, el derecho constitucional regula las *condiciones para la aplicación judicial* de las leyes ordinarias. Véase Dorf, Michael C. y Adler, Matthew D., “Constitutional Existence Conditions and Judicial Review”, *Virginia Law Review*, 89(6), 2003, pp. 1105-1202. Para un argumento similar véase Caminos, Pedro A., “Una reconstrucción conceptual de la aplicación judicial de la Constitución”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 12, 2017, pp. 39-61. Para un marco analítico sobre el carácter “robusto” de las Constituciones, véase Marmor, Andrei, “Are Constitutions Legitimate?”, *Law in the Age of Pluralism*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, pp. 89-94.

⁹⁰ Sobre la distinción entre los dos tipos de restricciones, véase Waldron, *Law and Disagreement*, pp. 260-266.

concepción canónica sobre el tema.⁹¹ De acuerdo con ésta, las restricciones constitucionales sobre el gobierno operan como una habilitación y como un refuerzo de la democracia. Por un lado, se afirma que los gobiernos deben tener poderes para cumplir con sus deberes respecto de sus ciudadanos. Tales poderes están definidos y constituidos por normas constitucionales. Esta función habilitadora del derecho constitucional se conecta entonces con la idea misma de límites constitucionales: la única manera de definir el alcance de los poderes del gobierno es limitándolos. Por ello, el derecho constitucional no tiene sólo una dimensión negativa, sino también una dimensión positiva. De ese modo, habilita el ejercicio de los poderes gubernamentales definiéndolos y limitándolos. Un gobierno democrático estable y eficiente, en tanto que gobierno, necesita de restricciones.

Por otro lado, siempre existe la posibilidad de que el gobierno suprima las condiciones que son constitutivas de su carácter democrático. La rigidez constitucional puede ser el instrumento para reducir la probabilidad de que ello ocurra. Los límites constitucionales, entonces, refuerzan el gobierno democrático, impidiendo que una mayoría actual obstaculice la posibilidad de que una mayoría futura hable en nombre del pueblo.⁹² Como vimos, mientras el pueblo mantenga su compromiso con el principio de la soberanía popular, como deber hacerlo con el fin de afirmar su autoridad, no es racional asumir que el propio pueblo pueda destruirse a sí mismo mediante la adopción de una decisión que sea inconsistente con ese principio. Si esta idea es razonable cuando el pueblo actúa como soberano, con más razón lo será con relación a sus instituciones representativas. La rigidez del derecho constitucional, entonces, no es otra cosa que el medio a través del cual el soberano puede impedir que sus representantes traicionen su voluntad. De manera similar, la existencia de un documento constitucional que formule las ideas directivas de la Constitución puede entenderse como un recordatorio permanente para las instituciones representativas, y para la sociedad

⁹¹ Holmes, Stephen, *Passions & Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago, University of Chicago Press, 1995, pp. 134-177; Eisgruber, Christopher L., *Constitutional Self-Government*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, pp. 10-45; Fabre, Cécile, "A Philosophical Argument for a Bill of Rights", *British Journal of Political Science*, 30, 2000, pp. 77-98; Ferreres-Comella, Víctor, "A Defense of Constitutional Rigidity", *Analisi e Diritto*, 2000, pp. 45-68. Para una elegante discusión sobre el tema, véase Elster, Jon, *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment and Constraints*, Nueva York, Cambridge University Press, 2000, pp. 88-174. Para una discusión sobre las virtudes de la rigidez véase Waldron, Jeremy, *Political Theory. Essays on Institutions*, Cambridge, Harvard University Press, 2016, pp. 29-41; Marmor, "Are Constitutions Legitimate?", pp. 102-119.

⁹² Para una crítica sobre este uso de la rigidez, véase Schmitt, *Legality and Legitimacy*, pp. 40-58.

civil en general, de la importancia y el valor de tales ideas, promoviendo así que ellas estén presentes en los debates públicos.⁹³

Esta lógica, sin embargo, no está libre de inconvenientes. En primer lugar, no todas las normas constitucionales vigentes en un Estado se refieren únicamente a la regulación del régimen constitucional o de las esencias constitucionales. A veces, una mayoría de diputados en una asamblea constituyente, o una amplia coalición política en ejercicio de los poderes de reforma, pueden promulgar normas constitucionales que se refieren a cuestiones relacionadas con la administración de bienes públicos o con la legislación ordinaria, precisamente con el fin de sustraer esa decisión de las manos del gobierno democrático, reduciendo la posibilidad de adoptar una política distinta en el futuro. Por lo tanto, el argumento de la habilitación y del refuerzo sólo permite justificar la rigidez de algunas restricciones, pero no de todas ellas.

Existe un segundo problema con la rigidez, que probablemente sea más grave. Ciertamente, la estabilidad y las reglas precisas son importantes para constituir un gobierno democrático. Pero esto puede conducir a una paradoja. En efecto, si el derecho constitucional se compone de reglas muy específicas y detalladas, probablemente necesitará de reformas frecuentes. Si ello es así, entonces la rigidez puede dar lugar a regulaciones constitucionales ineficientes. En general, la solución más frecuente a este problema consiste en la adopción de cláusulas abstractas y genéricas. Este tipo de disposiciones dejan un amplio espacio para la adaptación a lo largo del tiempo a través de la interpretación. No obstante, si la interpretación constitucional quedara en manos del propio gobierno, entonces la rigidez podría tener alguna utilidad, pero, al mismo tiempo, las restricciones impuestas al gobierno por el derecho constitucional podrían no ser completamente efectivas. Adicionalmente, por vía de interpretación, los cambios podrían ser sumamente frecuentes, perdiéndose así las ventajas de la estabilidad.⁹⁴

Dado que la rigidez sin atrincheramiento no parece ser una mecanismo del todo útil, el control judicial aparece en la escena. El argumento a

⁹³ Arendt, *On Revolution*, p. 157. Véase también Waldron, *Political Political Theory*, p. 28; Ferreres-Comella, "A Defense of Constitutional Rigidity", pp. 57-59.

⁹⁴ En otras palabras, las conclusiones de la literatura sobre las diferencias entre reglas y estándares también son aplicables al análisis de las normas constitucionales. Véase Frederick Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 77-85; Kaplow, Louis, "Rules versus Standards: An Economic Analysis", *Duke Law Journal*, 42(3), 1992, pp. 557-629; M. Sullivan, Kathleen, "Foreword: The Justices of Rules and Standards", *Harvard Law Review*, 106(1), 1992, pp. 22-123.

favor del atrincheramiento señala, habitualmente, que para que las restricciones constitucionales sean genuinamente vinculantes, para que ellas operen como restricciones jurídicas, deberían ser aplicadas por una institución diferente e independiente de la que ejerce la función representativa, es decir, por los tribunales. De ese modo, los representantes del pueblo no serán jueces en su propio caso. Mientras los tribunales implementen las ideas directivas de la Constitución mediante la aplicación de las normas constitucionales, entonces también estarán actuando dentro del marco de la representación. Esto significa que una ley sancionada por la legislatura, y declarada inconstitucional por los tribunales es, en verdad, un acto de desobediencia legislativa a la voluntad del pueblo, tal como fue expresada en las ideas directivas de la Constitución que guían la interpretación judicial de las cláusulas abstractas del derecho constitucional. En este contexto, los tribunales se convertirían en la verdadera institución representativa.

El lenguaje de las restricciones jurídicas al gobierno, de su aplicación judicial y de no ser el juez en causa propia, es típico del valor político conocido como Estado de derecho.⁹⁵ Este valor político puede ser una de las ideas directivas adoptadas por el pueblo en su Constitución y, como tal, puede ser interpretado de muchas maneras diferentes.⁹⁶ Una concepción robusta del Estado de derecho probablemente constituirá un fuerte fundamento para el atrincheramiento del derecho constitucional y para una comprensión generosa del alcance de los poderes interpretativos del Poder Judicial en cuestiones de aplicación de normas constitucionales. Cuando el Estado de derecho está en juego, normalmente los tribunales adoptan una concepción jurídica del constitucionalismo. En los últimos años, esta tendencia adoptó la forma del constitucionalismo total en algunos países, según la cual se pretende que el derecho constitucional provea una solución

⁹⁵ Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, pp. 249-252, especialmente, p. 249: “La Constitución moderna está compuesta por una conexión y mezcla entre los principios del Estado de Derecho burgués y aquellos de la forma política”. Sobre las características del estado de derecho, véase Venn Dicey, Albert, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10a. ed., Londres, MacMillan, 1979, pp. 183-205; Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969, pp. 49-61; Hayek, Friedrich A., *The Constitution of Liberty. The Definitive Edition*, Hamowy, Ronald (ed.), Chicago, University of Chicago Press, 2011, pp. 308-328; Tamanaha, Brian Z., *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 114-126; Raz, Joseph, “The Rule of Law and its Virtue”, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 214-218; Summers, Robert S., “The Principles of the Rule of Law”, *Notre Dame Law Review*, 74(5), 1999, pp. 1691-1712.

⁹⁶ Fallon, Jr., Richard H., “«The Rule of Law» as a Concept in Constitutional Discourse”, *Columbia Law Review*, 97(1), 1997, pp. 1-56.

para todos los conflictos jurídicos. Cuando el Estado de derecho se implementa en forma débil, el principal elemento en los debates públicos es una concepción política del constitucionalismo.⁹⁷

No obstante, dado que es improbable que el Estado de derecho sea la única idea directiva, probablemente entrará en conflicto, al menos en algunos contextos, con otros valores políticos. En tal sentido, Jeremy Waldron defendió un argumento sensato a favor de la dignidad de la legislación, sustentado en el valor de la decisión mayoritaria como un logro social y como una manera de respetar la autonomía de los individuos.⁹⁸ Dadas ciertas condiciones sociales y políticas, una concepción robusta del Estado de derecho podría, en ocasiones, interferir con la autonomía política.⁹⁹ O, quizá, como

⁹⁷ Para la distinción entre las concepciones política, jurídica y total del constitucionalismo, véase Gardbaum, Stephen, “The Place of Constitutional Law in the Legal System”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, Adras, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 173-175. Véase también Kumm, Matthias, “Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law”, *German Law Journal*, 7(4), 2006, pp. 341-369.

⁹⁸ Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999, pp. 156-162, especialmente, pp. 156, 158-159 y 160: “Lo primero que puede decirse es que la dignidad de la legislación, el fundamento de su autoridad, y su exigencia de ser respetada por nosotros, tiene mucho que ver con el tipo de logro que representa. Nuestro respeto por la legislación es, en parte, un tributo que pagamos por lograr una acción concertada, cooperativa, coordinada o colectiva en las circunstancias de la vida moderna... Sin embargo, el mayoritarismo no es sólo un procedimiento decisorio efectivo, también es respetuoso, pues respeta a los individuos de dos maneras. Primero, respeta y se toma en serio la realidad de las diferencias de opinión sobre la justicia y el bien común. Las decisiones mayoritarias no requieren que la opinión de nadie sea humillada o acallada en función de la imaginaria importancia del consenso. Al reclamar nuestro apoyo y respeto al procedimiento decisorio, no exige de ninguno de nosotros que imaginen que existe un consenso donde no lo hay, solamente porque pensemos que debería haber uno... Antes, dije que había dos formas en las que el mayoritarismo es respetuoso de los individuos. Lo hace... tratándolos como iguales en el momento de la autorización de la acción política. Supongo que, en cierto sentido, tirar una moneda también trata a los individuos como iguales. O, si somos más cuidadosos, podríamos tener un sistema político en el que cada uno de nosotros ponga su punto de vista en una mezcladora, y luego elegimos uno de ellos al azar, y actuamos, como sociedad, en base a ello (podría concebirse a esa lotería como un medio de evitar la formación de minorías permanentes). Cada uno tendría una chance igual de que su punto de vista sea el decisivo. Pero esto es un sentido engañoso de igualdad. Es posible argumentar que una distribución igual es aquella en la que se alcanza una distribución que sea consistente al mayor nivel posible con la igualdad. De ser así, el principio de mayoría funciona bastante mejor que la lotería como principio de igual respeto, porque le da al voto de cada individuo una chance mayor de determinar el resultado”. Véase también Waldron, *Law and Disagreement*, pp. 88-118.

⁹⁹ Para una descripción de esas condiciones sociales y políticas, véase Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, 115, 2006, pp. 1346-1406 y 1359-1369.

sostiene Waldron, cada vez que una decisión adoptada por una mayoría es declarada inconstitucional, la autonomía política se ve amenazada.¹⁰⁰

Por muy sensato que sea su argumento, sin embargo, Waldron está más preocupado por la autonomía de los individuos que por la Constitución de identidades políticas colectivas. Ciertamente, no es completamente ajeno a tales cuestiones. Pero su atención está dirigida principalmente al primer tipo de problemas. Y ello, por supuesto, tiene consecuencias. En efecto, Waldron no comparte la distinción entre Constitución y derecho constitucional, precisamente porque, para él, la acción colectiva es posible principalmente, o quizá, únicamente, a través de procedimientos institucionales.¹⁰¹ Ello conduce a la idea de que la formación de la voluntad del pueblo requiere de representación, es decir, de institucionalización, dejando así poco o ningún espacio para el principio de identidad. Si la democracia se reduce a la representación, entonces las restricciones externas al gobierno, como el control judicial, o incluso algunas formas de precompromiso, como la rigidez, se vuelven difíciles de justificar. Ello es así porque no queda espacio conceptual en la esfera pública para que alguien, con excepción del gobierno, hable en nombre del pueblo. En otras palabras, si el pueblo sólo actúa a través de sus instituciones representativas, entonces, para Waldron, el pueblo no puede actuar ni por arriba ni al costado, sino sólo dentro de tales instituciones. Esta concepción, entonces, no es del todo adecuada para una teoría constitucional que procure ofrecer una explicación de la movilización popular extrainstitucional como un fenómeno democrático, o que pueda explicar algunos supuestos de atrincheramiento constitucional, como la constitucionalización de derechos sociales y económicos, como el resultado de luchas políticas democráticas.¹⁰²

En síntesis, una concepción democrática de la teoría constitucional funciona mejor cuando su narración reconoce el carácter multidimensional

¹⁰⁰ Para la concepción del Estado de derecho de Waldron, véase Waldron, Jeremy, “The Concept and the Rule of Law”, *Georgia Law Review*, 43(1), 2008, pp. 1-61.

¹⁰¹ Según Waldron, para que un grupo de personas identifique a una decisión sobre un asunto *M* como una decisión colectiva, debe utilizarse un criterio que sea diferente de: “*C*: Lo que se debe hacer respecto a *M*”. Esto es así porque se espera que surja un desacuerdo entre los miembros del grupo precisamente respecto a lo que debe hacerse con relación a *M*. Por lo tanto, “la manera en que cualquiera de nosotros identifique a una política como «nuestra» debe parecer arbitraria en comparación a *C* (aunque, por supuesto, no será arbitraria respecto del problema decisorio). La decisión por mayoría satisface este requisito, pues cualquier miembro del grupo puede identificar (digamos) a *Y* como la «política adoptada por la mayoría», piense o no que *Y* satisface *C*”. Waldron, *The Dignity of Legislation*, p. 158.

¹⁰² Goldoni, Marco, “Two Internal Critiques of Political Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, 10(4), 2012, pp. 926-949, especialmente, 943-948.

de la política.¹⁰³ Y, aunque esta concepción pueda justificar un atrincheramiento constitucional robusto, ello no es una consecuencia necesaria de su adopción.¹⁰⁴ Otras posibilidades están disponibles también; por ejemplo, la rigidez podría limitar su alcance a las regulaciones sobre procedimientos, habilitando así un control constitucional de estilo procedimental.¹⁰⁵ Otras posiciones, en cambio, se oponen al control judicial, aunque sin renunciar a la supremacía constitucional. Esta concepción es a veces denominada cons-

¹⁰³ Para una comprensión tridimensional de la democracia, véase Kalyvas, Andreas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary. Max Weber, Carl Schmitt and Hannah Arendt*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

¹⁰⁴ Incluso las variantes robustas de control judicial pueden ser ejercidas de un modo suavizado si los tribunales adoptan lo que Alexander Bickel denominó *virtudes pasivas*. Véase Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a. ed., New Haven, Yale University Press, 1986, pp. 111-198. Para una discusión, véase Gunther, Gerald, "The Subtle Vices of the «Passive Virtues». A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review", *Columbia Law Review*, 64(1), 1964, pp. 1-25. De ese modo, los tribunales pueden ser deferentes con las otras ramas del gobierno, limitando su propia capacidad de imponer límites. Por supuesto, como han advertido algunos especialistas en derecho comparado, las técnicas de autorrestricción son comunes en sistemas descentralizados o difusos de control judicial, pero no en los centralizados o concentrados. Véase Ferreres-Comella, Víctor, "The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court. Some Thoughts on Judicial Activism", *Texas Law Review*, 82, 2004, pp. 1705-1736. De manera similar, aunque los tribunales pueden interpretar la totalidad del documento constitucional, también pueden desarrollar doctrinas de implementación que conduzcan a la subaplicación de buena parte del derecho constitucional. Véase Fallon, Jr., Richard H., *Implementing the Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 2001; Amar, *America's Unwritten Constitution*, pp. 211-230; Solum, Lawrence B., "The Interpretation-Construction Distinction", *Constitutional Commentary*, 27, 2010, pp. 95-118; Barnett, Randy E., "Interpretation and Construction", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 34, 2011, pp. 65-72. Para una discusión sobre la subaplicación judicial del derecho constitucional, véase Sager, Lawrence, "Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Laws", *Harvard Law Review*, 91(6), 1978, pp. 1212-1264; *idem*, "Justice in Plain Clothes: Reflections on the Thinness of Constitutional Law", *Northwestern University Law Review*, 88(1), 1993, pp. 410-432; *id.*, "Material Rights, Underenforcement, and the Adjudication Thesis", *Boston Law Review*, 90, 2010, pp. 579-593.

¹⁰⁵ Ely, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, pp. 73-179; Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. William Rehg, Cambridge, MIT Press, 1996, pp. 267-286; Nino, Carlos Santiago, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996, pp. 187-216; Michelman, Frank, "Law's Republic", *Yale Law Journal*, 97(8), 1988, pp. 1493-1537. Para una discusión, véanse Tribe, Laurence H., "The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories", *Yale Law Journal*, 89(6), 1980, pp. 1063-1080; Ackerman, Bruce A., "Beyond «Caroline Products»", *Harvard Law Review*, 98(4), 1985, pp. 713-746; Sager, Lawrence Gene, "The Incurable Constitution", *New York University Law Review*, 65, 1990, pp. 893-961.

tucionalismo popular.¹⁰⁶ En un lugar intermedio, también aparece la posibilidad de un constitucionalismo débil o dialógico, que admite ciertas formas de control judicial, pero rechazando la supremacía judicial.¹⁰⁷

Aunque el constitucionalismo débil tiene diferentes formulaciones, todas ellas son de la idea de que tanto los costos como las restricciones para la reforma constitucional deben ser reducidos o eliminados para permitir que las modificaciones tengan lugar con la mayor frecuencia posible, o que los tribunales no tengan la última palabra en materia constitucional, abriendo así la puerta para un diálogo institucional entre el Poder Judicial y la legislatura en el cual ésta pueda insistir en la validez de una ley considerada

¹⁰⁶ La función de la Constitución podría ser entendida en términos aspiracionales. Véase West, Robin, “The Aspirational Constitution”, *Northwestern University Law Review*, 88(1), 1993, pp. 241-268, especialmente, p. 262: “No es irrazonable pensar, entonces, que si el Congreso buscara guía constitucional, no miraría a la Constitución para encontrar una directiva autoritativa de nuestra tradiciones o, de hecho, de cualquier aspecto de nuestro pasado compartido, sino, más bien, para encontrar directivas autoritativas de nuestras aspiraciones morales y políticas... La Constitución del Congreso, entonces, podría ser sensatamente concebida como un recordatorio «constitucional» no de nuestras tradiciones, sino de nuestras aspiraciones —no una historia de quién fuimos—, sino una evaluación especulativa y reconocidamente utópica de hacia dónde podríamos ir”. Para las principales características del constitucionalismo popular, véanse Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, pp. 177-194; Kramer, *The People Themselves*, pp. 227-248. Para una concepción similar en el contexto británico, véase Richard Bellamy, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; Tomkins, Adam, *Our Republican Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2005. Sobre los efectos distorsivos del lenguaje y el razonamiento jurídicos en el discurso constitucional, véase Spitzer, Robert J., *Saving the Constitution from Lawyers. How Legal Training and Law Reviews Distort Constitutional Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008. Para una discusión, véanse Allan, *The Sovereignty of Law*, pp. 208-240; Chemerinsky, Erwin, “In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism”, *University of Illinois Law Review*, (3), 2004, pp. 673-690.

¹⁰⁷ El constitucionalismo débil es una concepción elaborada y defendida por, entre otros, Bayón, Juan Carlos, “Diritti, democrazia, Costituzione”, *Ragion Pratica*, 10, 1998, pp. 41-64; Besson, Samantha, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2005, pp. 323-336; Colón-Ríos, Joel I., *Weak Constitutionalism. Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*, Londres, Routledge, 2012, pp. 10-12 y 152-168. Para una propuesta similar, véase también Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Buenos Aires, Ariel, 1996, pp. 174-177; id., “Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism”, en Bustamante, Thomas y Gonçalves Fernandes, Bernardo (eds.), *Democratizing Constitutional Law. Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*, Cham, Springer, 2016, pp. 119-142; Gardbaum, Stephen, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 21-94; idem, “Decoupling Judicial Review from Judicial Supremacy”, en *Democratizing Constitutional Law...*, *op. cit.*, pp. 93-117. Para un análisis crítico del influyente artículo de Bayón, véase Mocochoa, Juan Manuel, “«Justicia y derechos constitucionales» revisitado”, *Discusiones*, 12(1), 2013, pp. 121-193, en especial, pp. 155-171.

inconstitucional por aquél. No obstante, incluso la forma más extrema de constitucionalismo débil adopta una estrategia dualista, que distingue entre la democracia al nivel de las normas fundamentales, y la democracia como gobierno cotidiano.¹⁰⁸

A pesar de que todas estas concepciones son compatibles con la democracia como forma política, tal vez tenga sentido indagar si alguna de ellas es la más consistente con ésta o, en otras palabras, si alguna es la concepción correcta desde una perspectiva democrática. Sin embargo, una elección tal no puede tener lugar en abstracto. Después de todo, el diseño institucional requiere tener en cuenta la realidad en la cual tales instituciones se insertarán. Y, como es obvio, las decisiones sobre teorías constitucionales tienen implicancias institucionales, tales como la distribución apropiada de poderes entre los tribunales y las legislaturas. Si ello es así, entonces la única forma sensata de concretar una teoría constitucional abstracta en un determinado marco institucional exige un conocimiento importante sobre las instituciones y sus efectos.¹⁰⁹ Por esa razón, un desarrollo más amplio de la teoría constitucional deberá posponerse para un tiempo y lugar en el que los debates sobre la reforma del derecho constitucional exijan una clarificación acerca de qué es una forma política democrática. Por ahora, entonces, concluye la deliberación.

¹⁰⁸ Colón-Ríos, Joel I., *Weak Constitutionalism*, pp. 35-51.

¹⁰⁹ Una cuestión largamente tratada por Adrian Vermeule. Véase Vermeule, Adrian, *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Cambridge, Harvard University Press, 2006; *idem*, *The System of the Constitution*, Nueva York, Oxford University Press, 2011; *idem*, *The Constitution of Risk*, Nueva York, Cambridge University Press, 2014. Véase también Komesar, Neil K., *Imperfect Alternatives. Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*, Chicago, University of Chicago Press, 1994.

LA REPRESENTACIÓN: EXISTENCIAL EN LO PÚBLICO Y FICCIÓN EN LO PRIVADO

Jorge Edmundo BARBARÁ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La representación en Carl Schmitt*. III. *La singularidad política y jurídico-política del concepto de representación*. IV. *La representación y el sistema parlamentario del “Estado burgués de derecho”*. V. *La representación en Hans Kelsen*. VI. *El ideal de la democracia y las metamorfosis de la idea de la libertad*. VII. *El parlamento y la representación*. VIII. *El principio de la mayoría y la realidad de la democracia*. IX. *Reflexiones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la representación política es un problema para la teoría política y para la teoría constitucional. Así lo he considerado con anterioridad (2016). En la filosofía política ese fenómeno ha sido considerado instrumento de la libertad, pero también de la esclavitud. Es por ello que no me parece apropiado hablar de “crisis de la representación”, sino del *problema* que esa institución presenta al momento de reflexionar sobre su concepto. El *problema* es tanto más complejo y mayor cuanto que las cartas constitucionales propias del Estado de derecho, de manera unánime, adoptan la “forma de gobierno representativa” como correlato institucional del principio de soberanía del pueblo. Y el *problema* se complejiza aún en mayor grado cuando se fusiona la soberanía del pueblo con la democracia, y se espera que la institución de la representación otorgue satisfacción a las demandas sociales que se invocan en nombre de la idea de un gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, idea que excluye, precisamente, la existencia de la representación. Ciertamente que las demandas

* Profesor titular de derecho político de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Profesor catedrático de la Universidad Católica de Córdoba (Argentina).

sociales insatisfechas exceden las reflexiones académicas y son susceptibles de plantearse en un escenario de violencia.

¿Es la representación una aporía, o podemos superar la dificultad y torlarla compatible con el orden estatal democrático?

Es por ello que considero de interés detenerme en el concepto que de representación les merece a Carl Schmitt y a Hans Kelsen, pensadores ambos de rigor y entidad indiscutidos, ambos contemporáneos en una época europea de profunda inestabilidad y de profundos ataques, desde la izquierda y desde la derecha, al Estado de derecho.

La oposición entre ambos pensamientos, señalada por Pablo Riberi en su excelente *Teoría de la representación política*, es precisamente el motivo de la selección de esos dos autores.¹

El antagonismo de sus posiciones intelectuales y de sus consecuentes conceptos sobre la representación contribuirá a formarnos nuestra propia idea sobre el concepto de la representación y su eventual viabilidad en el Estado de derecho.

Schmitt, crítico del Estado de derecho y al que denomina “Estado burgués de derecho”. Kelsen, defensor del Estado de derecho, al que concreta en el sistema parlamentario.

II. LA REPRESENTACIÓN EN CARL SCHMITT

En Carl Schmitt el concepto de representación abarca un todo superior.

Ese todo superior sería el pueblo existente como una unidad política que llega a configurar un ser superior en relación con cualquier otro grupo humano.

Si no se representara a esa categoría social superior llamada pueblo, no estaríamos en presencia de una genuina representación política.

Para arribar a esa idea de representación, es conveniente seguir el propio camino que recorre Carl Schmitt. En otras palabras, una mirada que pretende ser rigurosa en la comprensión del concepto schmittiano de representación requiere detenernos en su propia mirada.

1. *El Estado de derecho y las formas políticas*

Antes de ingresar en el concepto de representación, Carl Schmitt advierte que el Estado de derecho desvirtúa los principios político-formales

¹ Riberi, Pablo, *Teoría de la representación política*, Rubinzal-Culzoni, 2014.

que permiten comprender al Estado como un estatus del pueblo en el sentido de una unidad política.

Según fuere la manera de configurarse una unidad política del pueblo, estaremos en presencia de una forma política. Monarquía, aristocracia y democracia son formas políticas cuyos criterios de diferenciación serán desarrollados al momento en que Schmitt se ocupe de la representación como uno de esos criterios de diferenciación.

Schmitt entiende que, en el Estado de derecho, al incorporar los principios de derechos fundamentales y de división de poderes, las formas políticas quedan resignificadas a través de una Constitución.

En ese sentido, nos dice Schmitt que

...la introducción de estos principios (derechos fundamentales y división de poderes) transforma toda monarquía en una monarquía constitucionalmente limitada, es decir, en la llamada monarquía *constitucional*, en que ya no es definitivo lo monárquico, sino lo constitucional. De igual manera, se cambia el principio político de la democracia y se hace de un Estado democrático puro una democracia *constitucional*...² (cursivas del propio autor).

Ello significa que para Schmitt el Estado de derecho no constituye, en sí mismo, ninguna forma de gobierno, sino “sólo una serie de límites y controles del Estado, un sistema de garantías de la libertad burguesa y de relativización del poder del Estado”.³

Por lo tanto, los principios de la libertad burguesa determinan que cualquier Estado debe ser *limitado* en el ejercicio del poder, con prescindencia de la forma política que adopte como vestidura.

Schmitt señala que, para los teóricos del Estado liberal burgués, el concepto de soberanía se adscribe a la Constitución en sí misma —“soberanía de la Constitución”—, lo cual significa la soberanía de los principios del Estado de derecho, o en abstracto, la “soberanía de la razón y justicia”, “en lugar de una soberanía con existencia concreta”.⁴

Ello significa que el concepto de soberanía del pueblo queda subordinado a la exigencia de incolumidad de los derechos fundamentales y de la división de poderes, aun en una democracia.⁵

² Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 2011, p. 266.

³ *Ibidem*, p. 265.

⁴ *Ibidem*, p. 266.

⁵ Martín Kriele, de manera emblemática, sostiene que “En el Estado constitucional no puede haber un soberano... En el Estado constitucional no hay soberano: se trata, en cambio —histórica y conceptualmente—, de la división de la soberanía estatal entre la totalidad

Es de advertir que cuando Schmitt entiende que la soberanía es una “soberanía con existencia concreta” es consecuente con su idea de que la soberanía se adscribe a un sujeto con capacidad de decisión en la medida en que el pueblo se haga presente como unidad política. Y ello ocurre cuando un pueblo alcanza un grado de una conciencia política propia y voluntad nacional, con aptitud para distinguir entre amigo y enemigo.

Si la esencia de lo político radica en que el reagrupamiento real amigo-enemigo sea intenso y exclusivo, superando la mera diferenciación religiosa o cultural o de cualquier otro carácter, aparece entonces una unidad decisiva y, además, soberana, en el sentido de una capacidad real y efectiva que asume la decisión sobre el caso decisivo.

En *El concepto de lo político*, Schmitt nos dice:

Todo enfrentamiento religioso, moral, económico, étnico o de otro tipo se transforma en un enfrentamiento político si es lo bastante fuerte como para reagrupar efectivamente a los hombres en amigos y enemigos. Lo “político” no consiste en la lucha misma, que tiene sus propias leyes técnicas, psicológicas y militares, sino, como se ha dicho, en un comportamiento determinado por esta posibilidad real, en el claro conocimiento de la situación particular de ese modo creada y en la tarea de distinguir correctamente amigo y enemigo... En todo caso es siempre, por eso, el reagrupamiento humano *decisivo*, y como consecuencia de ello la unidad política, todas las veces que existe, es la unidad decisiva y “soberana” en el sentido de que la decisión sobre el caso decisivo, aun cuando éste sea el caso de excepción, por necesidad lógica debe corresponderle siempre a ella. El término “soberanía” es aquí usado en un buen sentido, como el término “unidad”⁶ (cursivas del propio autor).

Pero además de subordinar los principios del Estado de derecho al concepto de la soberanía del pueblo, el Estado de derecho modifica y desvirtúa los principios político-formales que permiten distinguir las tres formas tradicionales de gobierno: monarquía, aristocracia y democracia.

Esto último, porque el Estado de derecho se presenta como un Estado mixto, y la Constitución burguesa del Estado de derecho es también una Constitución mixta, porque en la estructuración de los poderes se encuentran recíprocamente vinculados distintos principios político-formales.

Ciertamente que Schmitt advierte que la larga tradición clásica del *status mixtus* fue desplazada por el absolutismo monárquico que puso en vigen-

de los órganos del Estado y del derecho público” (Kriele, Martin, *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 156 y 157).

⁶ Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Buenos Aires, Folios Ediciones, 1984, pp. 34 y 35.

cia el ideal de una Constitución pura —no mixta—, apareciendo la teoría de la Constitución pura como teoría del absolutismo.

Sin embargo, Schmitt afirma que la mixtura del Estado de derecho y de su Constitución no configuran una forma política propia, y no configuran una unidad política.

De allí que el Estado de derecho no puede resolver exitosamente la cuestión referida al poder constituyente. Esa cuestión no puede, pues, resolverse ni desde el punto de vista teórico ni práctico, por los principios y elementos propios del Estado de derecho.

La mezcla de ideas liberales y democráticas y las abstracciones tales como “soberanía de la Constitución” o “soberanía de la justicia” oscurecen y obstruyen una inteligencia rigurosa y correcta del poder constituyente, núcleo crucial a partir del cual puede entenderse la cuestión referida a la forma política.⁷

⁷ La diferenciación entre poder constituyente originario y poder constituyente derivado y la consecuente limitación de este último a la matriz del Estado de derecho se encuentra en línea con la observación de Schmitt. En tal sentido, la circunstancia de que el artículo 30 de la Constitución Nacional de la República Argentina autorice la posibilidad de reforma no sólo parcial, sino total la Constitución, unido a la necesidad de una previa declaración de una mayoría calificada de los miembros del Congreso, cercana a la unanimidad, y el requerimiento de que una convención constituyente constituida por representantes extraordinarios del pueblo lleven adelante una reforma total, se encuentra en oposición con la exigencia de supuestos contenidos pétreos del texto constitucional a reformar y, con ello, en oposición con la *idea* de que esos representantes extraordinarios no son mandatarios del pueblo, sino que es el propio pueblo que se expresa al momento de ejercer el Poder constituyente. Tal es la doctrina de Sieyès (Sieyès, Emmanuel, *¿Qué es el tercer Estado?*, Madrid, Alianza, cap. V, 2003, pp. 141-145) y del propio Hamilton: “...debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios” (Hamilton, Alexander *et al.*, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 340). Asimismo, el principio de “soberanía del pueblo” que nuestra Constitución adopta no parece autorizar a distinguir dos clases de pueblos cualitativamente diferentes: uno, el que efectivizaría el poder constituyente originario, siempre superior; otro, el que ejercería el poder constituyente derivado, siempre subordinado al primero. La circunstancia de que se desconfíe de un ejercicio del poder constituyente por un pueblo no propenso a mantener las libertades individuales y la limitación del poder no puede encontrar fundamento en criterios doctrinarios contradictorios con la propia doctrina ideológica que luchó por aquellas libertades y por el significado del poder constituyente. Antes bien, el fundamento de negarle idéntica potestad soberana a un pueblo habría que buscarlo en el esfuerzo de encubrir actores institucionales envilecidos que descuidaron el poder que el propio pueblo les había confiado, particularmente al momento de atender el crucial problema de la ejemplaridad ética y de la educación. Por lo demás, el desconcierto en la comprensión del poder constituyente puede advertirse en los pronunciamientos contradictorios de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en los respectivos casos “Fayt” (Fallos: 322:1616) y “Schiffrin” (fallo del 28 de marzo de 2017).

En este marco conceptual del “Estado burgués de derecho”, como lo denomina Schmitt, al cual le ha formulado severas críticas que no sólo lo llevan a advertir que carece de identidad en cuanto forma política propia, sino, y lo que es aún más grave, distorsiona y desvirtúa los supuestos cruciales de conformar una unidad estatal, tales como el poder constituyente y la soberanía, el autor se va a ocupar de los principios estructurales de las diversas formas políticas. Y aquí encontramos su concepto de representación.

2. *Los principios estructurales de las formas políticas: identidad y representación*

Schmitt sostiene que existen dos principios de estructura política “contrapuestos, de cuya realización ha de recibir su forma concreta toda unidad política”.⁸

Cuando Schmitt sostiene que estos principios son “contrapuestos”, no necesariamente debe entenderse que son opuestos o contradictorios, sino que se trata de polarizaciones de tipos puros.

Tales principios son el principio de identidad y el principio de representación.

Antes de ingresar en la conceptualización y caracterización de estos dos principios, Schmitt dice que el “Estado es un determinado status de un pueblo, y, por cierto, el status de la unidad política. Forma política es la manera especial de conformación de esa unidad. Sujeto de toda determinación conceptual del Estado es el pueblo. Estado es una situación, la situación de un pueblo”.⁹

Por tanto, para Schmitt, el Estado es el reflejo de un pueblo que ha alcanzado una situación de unidad política.

Entiendo que el concepto que de pueblo sostiene Schmitt en cuanto “status de la unidad política” es compatible con las ideas del romanticismo alemán, toda vez que “el pueblo”, como tal, es insusceptible de adquirir una capacidad de acción unitaria de cuyo reflejo aparezca el Estado. Aun en situaciones de profunda homogeneidad, el colectivo social que llamamos “pueblo” se caracteriza por el carácter plural, cuando no antagónico, del acontecer social.

Ello no significa que para arribar a la condición de pueblo no se requiera cierto grado de homogeneidad a través de lazos culturales, de religión,

⁸ Schmitt, Carl, *Teoría de la..., op. cit.*, p. 270.

⁹ *Idem.*

étnicos, lingüísticos o de cualquier otra índole, que va alcanzando un grupo humano, que se ha hecho sedentario, a través de las generaciones.

Pero de allí a configurar el pueblo una “situación de unidad política” dista mucho trecho.

Hermann Heller, en su *Teoría del Estado*,¹⁰ en el capítulo que denomina “Condiciones naturales y culturales de la unidad estatal”, desarrolla, como una de tales condiciones, “Las condiciones de la actividad estatal que se relacionan con el pueblo”. En el marco de este tema, diferencia a “El pueblo como condición natural” del “Pueblo como formación cultural”. Dentro de este último concepto es por demás riguroso y terminante en sostener la falacia de una supuesta “unidad del pueblo”, “unidad” que sería susceptible de explicar la unidad estatal.

A este respecto, sostiene Heller:

Los pensadores románticos, nacionales y demoliberales elaboraron con los más varios matices políticos, y en evidente oposición con la realidad social, la ficción de una comunidad del pueblo homogénea social y políticamente, con un espíritu y una voluntad política unitaria, cuyo producto más o menos automático o aun mero epifenómeno, se decía que era la unidad estatal... La realidad del pueblo y de la nación no revela, empero, por lo general, unidad alguna, sino un pluralismo de direcciones políticas de voluntad, y, aun en los casos de pleno apogeo nacional, existe siempre, frente a la unidad nacional que tiene su expresión en el Estado, un grupo en el pueblo que disiente de ella en los fines o en los medios...

No puede, pues, considerarse el Estado como simple función de la unidad del pueblo o de la nación. Su peculiar legalidad no consiste tampoco en ser una legalidad cualquiera del pueblo, aun cuando ésta sea de carácter político. La concepción que, bajo nuevas formulaciones, vuelve una y otra vez, según la cual bajo Estado popular debe entenderse la “absoluta identidad del Estado con el pueblo políticamente organizado” (como Preuss, “Das deutche Volk und die Politik”, 1916, p. 110) ignora la autonomía específica del Estado. Pueden concebirse organizaciones políticas del pueblo y de la nación que se diferencien del Estado no sólo cuantitativa sino también cualitativamente... Hay, pues, que distinguir radicalmente entre organización del pueblo y organización estatal.¹¹

La unidad de acción y decisión es, pues, un atributo del Estado y de su consecuente poder en cuanto institución organizada, no del “pueblo” o de

¹⁰ Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

¹¹ *Ibidem*, pp. 212-214.

la “nación” en cuanto homogeneidad social real, por profunda que ésta se mostrara.

También Kelsen, y más específicamente en relación con la democracia, cuestiona la idea de la democracia como identidad de dirigentes y dirigidos y el consecuente supuesto de que la democracia reduce una pluralidad de hombres a una unidad. Y así sostiene Kelsen:

La democracia es la idea de una forma de Estado o de Sociedad en la que la voluntad colectiva, o más exactamente, el orden social, resulta engendrado por los sujetos a él, esto es, por el *pueblo*. Democracia significa identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo. Ahora bien, ¿qué es el pueblo? Parece ser un supuesto fundamental de la democracia que una pluralidad de hombres se reduzca mediante ella a una unidad. Para la democracia, el pueblo, como unidad, es tanto más importante cuanto que actúa, más bien que como objeto, como sujeto del poder o, por lo menos, así ocurre en teoría. Sin embargo, para una investigación atenta a la realidad de los hechos, no hay precisamente nada más problemático que aquella unidad designada con el nombre de “pueblo”. Fraccionado por diferencias nacionales, religiosas y económicas, representa —según el criterio sociológico— más bien una aglomeración de grupos que una masa compacta de naturaleza homogénea. Sólo puede considerársele como unidad en sentido normativo, pues la unidad del pueblo como coincidencia de los pensamientos, sentimientos y voluntades y como solidaridad de intereses, es un postulado ético-político afirmado por la ideología nacional o estatal mediante una ficción generalmente empleada y, por ende, no sometida a revisión. En definitiva, la unidad del pueblo es sólo una realidad jurídica que puede ser descrita con alguna precisión en los siguientes términos: Unidad de ordenación jurídica del Estado reguladora de la conducta de los hombres sujetos a ella¹² (cursivas del propio autor).

He considerado pertinente confrontar la idea de “unidad del pueblo” en cuanto determinante de la unidad estatal que sostiene Schmitt, con las posiciones —las cuales comparto— que suponen rigurosas objeciones a esa idea formuladas, de manera precisa, por dos autores de, al menos, rigor intelectual similar a la de Schmitt, ambos contemporáneos a este último.

Está claro que las posiciones de Heller y de Kelsen no le son desconocidas para Schmitt, ni tampoco las dimensiones del romanticismo nacional opuesto a los principios analíticos que la Revolución francesa representaba ni al romanticismo demoliberal de base contractual.

¹² Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Punto Omega-Guadarrama, 1977, pp. 30 y 31.

Pero también resulta claro que los principios estructurales de identidad y representación, como sustentos de la unidad política del pueblo, constituyen elementos conceptuales imprescindibles para la construcción lógica del concepto schmittiano de lo político en cuanto reagrupamiento decisivo de los hombres en amigos y enemigos que antes he referido.

Y ello porque sólo una concepción del pueblo con homogeneidad tan profunda que le permita alcanzar una conciencia política unitaria supone la existencia también de una voluntad con aptitud para distinguir entre el reagrupamiento propio —los amigos— y el extraño —los enemigos— y, en el caso extremo o de excepción, efectivizar la decisión soberana susceptible de dirimir el conflicto entre tales grupos.

Considero que ésta, y no otra, es la culminación de la construcción conceptual de los principios de identidad y de representación. El primero de los principios —el de identidad— lo considero imprescindible para comprender el agrupamiento intenso y unitario susceptible de distinguir entre el grupo propio, normalmente fronteras adentro, y el extraño, normalmente fronteras afuera. El segundo —la representación— que posibilita personificar el sujeto de la decisión —el gobierno—.

No considero que ésta sea una interpretación caprichosa. Por el contrario, se fundamenta en las propias palabras de Schmitt.

En efecto, al pretender resumir los conceptos desarrollados a lo largo de toda su exposición sobre los principios de identidad y de representación, de manera aparentemente accesorio —inclusive entre paréntesis—, Schmitt introduce, por única vez en la temática que está desarrollando, su concepto sobre la esencia de lo político. Sin embargo, esa apariencia encierra, de manera inequívoca, dar por supuesto o sobrentendido que ese concepto es inherente a la construcción conceptual de los dos principios de que se trata. Y así Schmitt nos dice:

En resumen, puede decirse: El Estado se basa como unidad política en una vinculación de dos contrapuestos principios de formación, el principio de identidad (del pueblo presente consigo mismo como unidad política, cuando, por virtud de propia conciencia política y voluntad nacional, *tiene aptitud para distinguir entre amigo y enemigo*) y el principio de representación, en virtud del cual la unidad política es representada por el *Gobierno*¹³ (cursivas me pertenecen).

Una vez precisadas las ideas, sus objeciones y sus implicancias, veamos ahora cómo juegan los principios de identidad y de representación en relación con la situación de unidad política de un pueblo.

¹³ Schmitt, Carl, *Teoría de la...*, *op cit.*, p. 281.

Para Schmitt, “el pueblo puede alcanzar y mantener de dos modos distintos la situación de unidad política”.¹⁴

Por el primer modo, el pueblo habría alcanzado un grado tan profundo de homogeneidad que ese colectivo podría actuar de manera unitaria y real. El pueblo actuaría, por sí mismo y no a través de otro u otros, con capacidad política de acción y decisión.

Schmitt ilustra esta posibilidad de que un pueblo arribe a esa capacidad real e inmediata —como si fuera un organismo único— en el caso de un pueblo que habitara un espacio delimitado por fronteras naturales infranqueables. En ese caso, suponemos, a través de las generaciones, ese grupo sedentario y encerrado dentro de tales fronteras habría adquirido aquel profundo grado de homogeneidad, siendo plenamente consciente de las dependencias recíprocas que esa homogeneidad supone, y de los medios y fines que ese colectivo se plantea y resuelve de manera armónica, unitaria y satisfactoria.

El grupo habría arribado, pues, a un grado tan complejo de relaciones recíprocas y de división de trabajo social, que, por sí mismo, deliberaría y decidiría sobre sus necesidades, su existencia, su permanencia y, de ser necesario, en última instancia, sobre su expansión. Y, particularmente, observaría con sus conductas aquello que habría decidido. El grupo o pueblo que manda y obedece sería el mismo, sería idéntico.

Tal situación es la que expresa Schmitt cuando dice que el pueblo

...puede ser capaz de actuación política, ya en su realidad inmediata —por virtud de una homogeneidad fuerte y conciente a consecuencia de firmes fronteras naturales, o por cualesquiera otras razones—, y entonces es una magnitud política como magnitud real —actual en su *identidad inmediata*— consigo misma. Este principio de identidad del pueblo, existente en un momento dado, consigo mismo, como unidad política, se basa en que no hay ningún Estado sin pueblo, y, por ello, un pueblo ha de estar siempre realmente presente como magnitud efectiva¹⁵ (cursivas del propio autor).

Prescindiendo de una visión de la geopolítica de principios del siglo XX, propia de una organología biológica afín con el romanticismo alemán, que se muestra en las palabras arriba transcritas, se advierte aquí de manera nítida el significado de una organización política que no requiere de otros conceptos más que el de pueblo para comprender el ejercicio práctico y la

¹⁴ *Ibidem*, p. 270.

¹⁵ *Ibidem*, p. 271.

justificación ética del ejercicio del poder. Quien lo crea y ejerce es idéntico de quien se encuentra sometido a él.

La imagen de una democracia directa extrema se compadece con esa imagen. Es una imagen de identidad que se revela a sí misma.

Y es por ello que esa imagen, cuando no se revela por su propia identidad, requiere de otro u otros que la revelen. Y aquí aparece el principio contrapuesto de representación. Schmitt establece que “El principio contrapuesto parte de la idea de que la unidad política de un pueblo como tal nunca puede hallarse presente en identidad real, y por ello tiene que estar siempre *representada* por hombres”.¹⁶

Todas las auténticas formas políticas (democracia, monarquía, aristocracia, república) se reducen a este “contraste decisivo” entre identidad y representación.

Para Schmitt, ello se vincula directamente con el sujeto del poder constituyente. Si el sujeto es el pueblo, la forma política se encuentra definida por el principio de identidad. Si el sujeto es *de legibus solutus*, una monarquía absoluta, estamos en presencia de una representación absoluta, ya que ello se fundamenta en la idea de que la unidad política del pueblo sólo puede hacerse a través de la representación: “La frase L’État c’est moi significa: yo sólo represento la unidad política de la nación”.¹⁷ Más abajo me detendré en el pensamiento que Schmitt sostiene, acerca de que la representación genuina de un monarca no debe, ni puede, fundamentarse en componente normativo alguno; esto es, en la necesidad de que el monarca se encuentre absuelto de las normas para que exista una representación absoluta, esto es, el sujeto debe ser *de legibus solutus*.

Schmitt señala que no existe Estado alguno en el cual cualquiera de estos principios pueda ser renunciado totalmente. En cualquier Estado estructurado a través del principio de identidad, aparecen elementos del principio de representación. Y a la inversa, ocurre lo mismo.

De allí que esos dos principios no son excluyentes entre sí, sino referencias de orientación contrapuestas para la conformación de la unidad política del pueblo.

Para comprender el concepto de representación en Schmitt es esencial advertir esta determinación que asume la unidad política del pueblo para la idea de representación.

En otras palabras, el sentido mismo de la representación política se define en el escenario del “pueblo”, es decir, sólo en el marco referencial de lo público, y no en lo privado.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

No existe aquí delegación alguna por parte de una persona de su voluntad individual a otra persona; tampoco en el caso de que esta última persona esté configurada por uno, varios o muchos actores institucionales. Es decir, tampoco habría esa delegación para fundamentar la representación en una monarquía, en una aristocracia ni en una democracia.

No existe en la idea schmittiana de representación fundamento contractual alguno.

La persona representada es un todo definido como unidad política del pueblo, y el ser que efectiviza la voluntad de ese colectivo es el representante.

En verdad, la idea que Schmitt sostiene de representación muta de tal forma el origen privado y contractual de ese concepto, que esa mutación permite que aquella idea sea compatible con la idea rousseauiana de rechazo a la representación. Ello, si la representación fuera el resultado o consecuencia de una unidad política del pueblo de antemano configurada.

Pero en el caso de que la unidad política del pueblo fuera creada a partir de la polarización extrema del principio de representación, tal el caso de un monarca absoluto —*de legibus solutus*—, la unidad del pueblo sería un resultado o consecuencia de la representación.

En efecto, Schmitt señala, en el pensamiento de Rousseau, la diferencia entre ciudadano individual concebido “en su humanidad natural de individuo”, y el ciudadano como *citoyen*. Sostiene, entonces, que cuando en una democracia la persona vota a través de un sufragio individual secreto, *sin asamblea popular*; esto es, debemos entender sin que sea el caso de democracia directa, ese voto no lo emite como persona privada ni para su propio beneficio ni de la lista del partido, “sino como medio de alcanzar una representación de la unidad política, única cosa esencial”.¹⁸ Es por ello que los diputados son representantes de todo el pueblo, configurando, por ello la sustancia pública, de la representación: “Todo diputado se considera como representante de *todo* el pueblo, es decir, como representante en sentido público”¹⁹ (destacado del propio autor).

Schmitt constata su posición en la propia Constitución de Weimar, en el artículo 21, en cuanto establece que “los diputados son representantes de todo el pueblo”, norma similar a la del artículo 44 de la Constitución Nacional de la República Argentina, en cuanto establece, con relación a la Cámara de Diputados, “...diputados de la Nación...”.

La circunstancia de considerar al ciudadano y a su representante como, respectivamente, parte de un todo y como imagen o representación de ese

¹⁸ *Ibidem*, p. 272.

¹⁹ *Idem*.

todo, le permite a Schmitt, siguiendo “la idea inspiradora” de Rousseau, conciliar al pensamiento de Rousseau con la representación.²⁰

En este caso nos encontramos, pues, con un concepto de representación que es *resultado o consecuencia* de un pueblo que ha configurado previamente su unidad política, representación que aparece como elemento complementario, pero imprescindible, al principio de identidad, ya que éste es el principio que ha permitido arribar a esa unidad política.

Pero la representación no requiere que exista, *ex ante*, la unidad política, sino que, por el contrario, la existencia de dicha unidad puede ser producida por la representación. Éste es el caso de la representación absoluta, es decir, el caso de la monarquía absoluta. Y así, dice Schmitt:

...en todo Estado ha de haber hombres que puedan decir: L'État c'est nous. Pero representación no necesita ser creación de la unidad política. *Es posible que la unidad se produzca mediante la representación.* Esto ocurre en la medida en que la forma política se aproxima a la representación absoluta...²¹ (cursivas me pertenecen).

A poco que se repare que la unidad estatal, como fenómeno político de la modernidad, aparece de la mano de la monarquía absoluta a través de la concentración, en esas manos, de los medios reales de poder y de la *ultima ratio* del establecimiento y aseguramiento del orden jurídico positivo, podemos advertir el rol protagónico del absolutismo al momento de definir una unidad política que actúe y decida como tal. La persona del monarca posibilita la unidad estatal.

Esa representación que produce la unidad, Schmitt la encuentra claramente en Hobbes: “...como Hobbes dice, el Estado tiene «su unidad en la

²⁰ Rousseau, en su *Contrato social*, señala que la esencia misma de ese contrato consiste en que “cada cual pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo. Al instante, este acto de asociación transforma la persona particular de cada contratante en un ente normal y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, la cual recibe de este mismo acto su *unidad*, su yo común, su vida y su voluntad. La *persona pública* que así se constituye, por la unión de todas las demás, tomaba en otro tiempo el nombre de Ciudad y hoy el de República o cuerpo político, el cual es denominado Estado cuando es activo, potencia en relación con sus semejantes. En cuanto a los asociados, estos toman colectivamente el nombre de *Pueblo* y particularmente el de *ciudadanos*, como *participes de la autoridad soberana* y el de súbditos por estar sometidos a las leyes del Estado” (Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social*, Madrid, Sarpe, 1985, pp. 42 y 43, destacado me pertenece). De la transcripción expuesta pueden advertirse los conceptos centrales rousseauianos que considero constitutivos de la “idea inspiradora” que refiere Schmitt. Para el enérgico rechazo de la representación y la idea de representación en Rousseau, véase libro III, cap. XV de su *Contrato social*.

²¹ Schmitt, Carl, *Teoría de la... op. cit.*, p. 273.

persona de un soberano»; es «united in the Person of one Sovereign». La representación produce la unidad...”.²²

Pero aun en ese extremo, la invocación “L’État c’est nous” que Schmitt hace valer para “todo Estado”, supone la necesidad complementaria de una cierta homogeneidad social y, con ello, también en ese extremo se encuentra el principio de identidad que la existencia de un pueblo conlleva.

Los principios de identidad y de representación permiten, pues, alcanzar y mantener dos distintas situaciones de unidad política del pueblo, cuya polarización se muestra en la democracia y en la monarquía absoluta, advirtiéndose que aun en esos extremos contrapuestos están presentes ambos principios, aunque uno de ellos en forma complementaria.

III. LA SINGULARIDAD POLÍTICA Y JURÍDICO-POLÍTICA DEL CONCEPTO DE REPRESENTACIÓN

La concepción de Schmitt sobre representación política descansa sobre un supuesto esencial, que consiste en diferenciarla de cualquier concepto derivado del derecho privado y de intereses sectoriales.

Por ello, es necesario consultar las distinciones que Schmitt entiende que son indispensables para caracterizar y, por ende, precisar su concepto de representación.

Es, pues, crucial partir del pensamiento de Schmitt en cuanto sostiene:

El principio formal de la representación no puede ser ejecutado nunca pura y absolutamente, es decir, ignorando al pueblo, siempre presente en alguna manera. Esto es ya imposible, porque no hay representación sin la condición de lo público, ni publicidad sin pueblo. Por lo demás, el concepto de representación puede ser captado en su singularidad política y jurídico-política, liberándolo del amontonamiento con otros conceptos, como mandato, representación (en el sentido alemán de *Vertretung*), encargo de negocios, comisión, etc., porque, si no, romperían su singularidad ideas de Derecho privado y de técnica económica.²³

Veamos, pues, las precisiones que formula Schmitt para precisar la singularidad del concepto de representación.

En primer lugar, señala que la representación tiene lugar, de manera exclusiva y excluyente, en la *esfera de lo público*. No existe lugar para asuntos

²² *Ibidem*, p. 281.

²³ *Ibidem*, pp. 273 y 274.

particulares ni secretos. Se excluyen, por ello, ideas que son propias del derecho privado y de la economía, tales como gestión de negocios o de representación de intereses privados. Por ello resultan incompatibles, asimismo, “las decisiones que recaen a espaldas de lo público”.²⁴

En segundo lugar, advierte que la representación es “algo existencial”. Se trata de hacer perceptible un ser de existencia o presencia pública. La superioridad de ese ser, según ya se advirtió antes en nota a pie, hace posible que sea elevado a un ser público. Por ello, grandeza, alteza, majestad, gloria, dignidad y honor, son palabras apropiadas para caracterizar esa existencia. Ello permite a Schmitt que se diferencie aquello que sirve “tan sólo” a cuestiones o intereses privados; por ejemplo, la representación que inviste un

²⁴ En su *Catolicismo y forma política*, Schmitt formula apreciaciones que considero pertinentes e ilustrativas para su concepto de representación. Allí también se preocupa en desagregar, en el concepto de representación, elementos propios del pensamiento económico, ciertamente con relación al principio de representación que aplica a la Iglesia católica y que define su ser. El poder de la Iglesia católica, señala, no reside en medios de poder económicos ni poder militar. Su fuerza emana de su fuerza representativa: “... tiene la fuerza de la representación. Representa la Civitas humana, representa en cada momento el nexo histórico con la encarnación y crucifixión de Cristo, representa al propio Cristo, personalmente, al Dios hecho Hombre en la realidad histórica. En su capacidad representativa radica su ventaja sobre una era de pensamiento económico” (Schmitt, Carl, *Catolicismo y forma política*, Buenos Aires, Areté, 2009, p. 67). Asimismo, el contenido del valor superior y de la alta dignidad que inviste la *persona* del representante, contenido que también se requiere de la persona o idea representada, por ejemplo, Dios o el pueblo, y, que inclusive, alcanza ese contenido al destinatario al que se dirige, advierte sobre la diferencia que ocurre con la representación privada. Las expresiones que en relación con estos últimos conceptos emplea Schmitt, permiten también apreciar la posibilidad de acceder de manera más directa a esos conceptos en razón de las propias expresiones de la lengua alemana para referirse a la representación específica de carácter público —*Repräsentation*— y a la representación privada —*Stellvertretung*—. Y, así nos dice Schmitt: “...La idea de representación (*Repräsentation*) se halla tan dominada por el pensamiento de una autoridad personal que tanto el representante como el representado deben afirmar una dignidad personal: no se trata, por tanto, de un concepto cosificado. En un sentido eminente, sólo una persona puede representar, y ciertamente (a diferencia de lo que ocurre con la simple representación privada —*Stellvertretung*—) sólo pueden hacerlo una persona que goce de autoridad o una idea que, en la medida en que sea representada, quede personificada. Dios, o en la ideología democrática el Pueblo, o ideas abstractas como la Libertad y la Igualdad, son contenidos susceptibles de representación, pero no la Producción o el Consumo. La representación otorga a la persona del representante una dignidad propia, porque el representante de un valor importante no puede ser alguien privado de valor. Pero no solo el representante y el representado reclaman un valor, sino que incluso también lo reclama el destinatario, el tercero al que se dirigen...” (Schmitt, Carl, *Catolicismo y forma política*, Buenos Aires, Areté, 2009, p. 70). En sentido coincidente y en lo terminológico, en su *Teoría de la Constitución*, nos dice “...Repräsentation o Vertretung” (es decir: las dos raíces de la palabra representación, que en alemán se emplean para distinguir la representación en ambas ramas del Derecho, pública y privada)...” (Schmitt, Carl, *Teoría de la... op. cit.*, p. 275).

abogado o un encargado de negocios. Aquí debe prestarse atención que no se trata de que Schmitt caracterice con términos grandilocuentes al representante público en desmedro de un menor valor prejuicioso que supondría una representación privada. Por el contrario, aquello que da gloria y honor al representante es la grandeza de la idea o persona representada, y es por ello que Schmitt afirma que “el pueblo existente como unidad política tiene una alta y elevada, intensiva, especie de ser, frente a la realidad natural de cualquier grupo humano con comunidad de vida”.²⁵

Tratándose del pueblo como un todo, su representación es superior a aquella que se representa intereses privados o económicos.

El carácter existencial de la representación significa que esa existencia no depende de ningún procedimiento ni sistema normativo.

La intensidad de la representación se realiza, por tanto, cuando el monarca es absoluto, no existe limitación normativa para su poder. Es, pues, *de legibus solutus*, no requiere legalidad ni de legitimidad alguna.

De manera precisa y consecuente con ese carácter representativo, Schmitt cita al antiguo *Tratado de derecho internacional (Droit de gens)* de mediados del siglo XVIII del jurista suizo Emer de Vattel, en los siguientes términos: “El carácter representativo del soberano se basa en que representa a su nación; con esto, *reúne el monarca en su persona toda la majestad que compete a la nación como cuerpo unitario*”²⁶ (cursivas me pertenecen).

He destacado en la cita aquello que entiendo sintetiza, con precisión, el concepto de representación de Schmitt, y a través de un autor cuya existencia se enmarca en el momento histórico de la monarquía absoluta, particularmente en Francia.

La subsistencia de la monarquía en el siglo XIX, que para esa permanencia debió fundamentarse en la legitimidad, supuso trasladarle a la monarquía principios cuya esencia son de derecho privado —posesión, familia, derecho hereditario—.

Como forma viva de representación, significó la muerte de la monarquía.

En tercer lugar, nuestro autor destaca que “la *unidad política* es representada *como un todo*”²⁷ (cursivas del propio autor).

Aquí debemos entender tanto que no a cualquier órgano estatal le corresponde el atributo de la representación cuanto que si el representante no abarca la totalidad no será un genuino representante.

²⁵ Schmitt, Carl, *Teoría de la..., op. cit.*, p. 276.

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Ibidem*, p. 278.

La representación corresponde, por tanto, a quien gobierna, no a quien meramente administra. De allí que la administración carece de atributo representativo.

En este último sentido, Schmitt destaca que la idea de la representación propia de la monarquía se trasladó al derecho constitucional de la Revolución francesa. En esa línea, puede entenderse la disposición de la primera Constitución revolucionaria de 1791, que expresamente establece el sistema representativo, siendo representantes el cuerpo legislativo y el rey, mientras que también expresamente se dice que los administradores no tienen carácter representativo.²⁸

Es el gobierno, entonces, quien representa y concreta la unidad política. Es de su esencia el carácter político de su función, porque efectiviza el principio espiritual de la existencia política de un pueblo.

En cuarto lugar, Schmitt establece que “el representante es *independiente*; por eso, no es ni funcionario, ni agente, ni comisario”²⁹ (destacado del propio autor).

Aquí, acentúa la esencial diferencia entre un representante y un agente. Reiterando la cita de la Constitución francesa de 1791, la disposición respectiva en cuanto establece: “Las personas a quienes se confía la administración del Estado no tienen carácter representativo. Son agentes...” (título III, capítulo IV, sección 2, artículo 2o.).

La preocupación de distinguir entre representante y agente, mandatario o comisionado, reviste particular trascendencia para Schmitt.

Y ello porque según sean los fundamentos que se sostengan para conceptualizar el carácter independiente del representante, estaremos en presencia de una idea de la esfera de lo público o, por el contrario, de la esfera de lo privado y del derecho privado.

En efecto, si el fundamento de la independencia reside en razones prácticas, tales como la imposibilidad de reunirse todo el pueblo siempre y al mismo tiempo en el mismo lugar, aquel que resulte elegido por los electores sería un mero representante de derecho privado que tomaría a su cargo los intereses de los electores. Por ello, es dependiente de esos intereses y de esos electores.

Por el contrario, si el fundamento de la independencia reside en que el representante tiene sentido porque es una persona pública que es elevada a ese rango superior por la superioridad que significa el pueblo como un todo, y aquello que como tal ejerce no es sólo una función sino un “poder” que

²⁸ *Ibidem*, p. 277.

²⁹ *Ibidem*, p. 270.

se explica por la unidad política que le da existencia, entonces estaremos en presencia de la esfera de lo público. Por ello, el representante es independiente de organizaciones de electores y de sus intereses.

Por lo expuesto, Schmitt ilustra con las siguientes palabras: “Una *comisión* no representa, sino que es exponente sujeto a dependencia respecto de un grupo mayor que la ha formado por razones técnicas y prácticas. El Parlamento, como representante del pueblo, no es una comisión del pueblo o del cuerpo electoral”³⁰ (cursivas del propio autor).

Ciertamente que en este carácter independiente en que reside la diferencia entre representantes y agentes, la “idea inspiradora” también la encuentra en Rousseau: “Ya habló Rousseau en el Contrato social de agentes y comisarios, que sólo tienen una comisión de negocios (*emploi*), y son simples funcionarios (*officiers*), a diferencia de un representante”³¹ (cursivas me pertenecen).

Resulta aquí palmario el entronque de la idea schmittiana de representación con los conceptos de Rousseau en su *Contrato social*.³²

No resulta un pensamiento precisamente menor conciliar a Rousseau con la representación, a pesar de que éste sostiene que la representación hace caer al pueblo “en su condición de esclavo”.³³ Ciertamente que Schmitt ubica ese rechazo de Rousseau en el sentido de una mera representación de intereses privados.

Sin embargo, la singularidad del concepto schmittiano permite esa conciliación sin forzar el texto rousseauiano. Antes bien, aquella “idea inspiradora” es desarrollada con la mira puesta en la crítica al sistema parlamentario propio de aquello que denomina “Estado burgués de derecho”.

³⁰ *Ibidem*, p. 280.

³¹ *Ibidem*, p. 212.

³² En el libro primero, en el trascendente y breve capítulo V de su *Contrato social*, Rousseau sostiene “...Que muchos o pocos hombres, cualquiera sea su número, estén sojuzgados a uno solo, yo sólo veo en una sociedad un señor y unos esclavos, jamás un pueblo y su jefe; representarán en todo caso una agrupación, pero nunca una asociación, porque no hay ni bien público ni una entidad política. Ese hombre, aunque haya sojuzgado a medio mundo, no es más que un particular; su interés, separado del de los demás, será siempre un interés privado. Un pueblo, dice Grocio, puede darse un rey. Según Grocio, ese pueblo existe antes y como consecuencia de poder darse un rey. Ese don representa, pues, un acto civil, desde el momento que supone una deliberación pública.....” (Rousseau, Jean Jacques, *El contrato...*, cit., p. 39, destacado me pertenece). La diferencia entre lo público y lo privado, el concepto de una asociación política cuya existencia es inherente al bien público, la idea de pueblo y el concepto mismo de representación vinculado a la deliberación pública y repulsiva de los intereses privados, los cuales son susceptibles de convertir a los hombres en esclavos y a los que se refiere en el libro tercero, capítulo XV del *Contrato*, amén de las expresas citas de Schmitt a Rousseau, muestra la influencia fundamental de Rousseau en Schmitt, al construir su concepto de representación.

³³ Rousseau, Jean Jacques, *El contrato...*, cit., libro tercero, cap. XV.

IV. LA REPRESENTACIÓN Y EL SISTEMA PARLAMENTARIO DEL “ESTADO BURGUÉS DE DERECHO”

Schmitt sostiene que cuando la burguesía luchaba en Europa por “su” Estado de derecho, lo hacía contra todo tipo de absolutismo estatal, tanto el de la monarquía absoluta cuanto el de la democracia absoluta, tanto contra la representación extrema cuanto contra la identidad extrema.

- El objetivo de la burguesía era el sistema parlamentario.
- Ésa fue la exigencia de carácter político de la burguesía liberal.
- Ese sistema adoptó el nombre de “sistema representativo” o de “Constitución representativa”.

Para Schmitt, el Parlamento, en cuanto asumió una representación del pueblo, de la unidad política del pueblo, luchó contra la representación absoluta del monarca. El componente democrático del parlamento sólo se restringe a la lucha contra la monarquía absoluta. Sólo en contraste con la monarquía aparece el Parlamento como algo democrático.

Sin embargo, la idea liberal acerca de los diputados que debían configurar el Parlamento era una idea rigurosamente aristocrática. Debían reunir las condiciones de inteligencia y de preparación, es decir, por sus conocimientos, su cultura y su probidad, que los hicieran dignos de ser seleccionados por elección para representar a todo el pueblo y velar por los intereses públicos, no los sectoriales ni particulares.

Tanto por la calidad de los actores —los *mejores*— cuanto por el método de su selección —la *elección*—, el Parlamento se erigió como una asamblea aristocrática.

Ese tipo de representación superior resultaba consecuente con el concepto de representación genuina, capaz de oponerse, con éxito, a la representación absoluta del monarca absoluto.

Resulta, pues, claro, que en cuanto esa representación es representación de la unidad política, se opone a la democracia.

Por tanto, no es exacto tratar a la “democracia representativa” como una subespecie de la democracia, toda vez que “lo representativo es precisamente lo no-democrático de esa democracia”.³⁴

Es precisamente el advenimiento de una creciente democratización la causa del debilitamiento del carácter aristocrático y representativo del Parlamento.

³⁴ Schmitt, Carl, *Teoría de la..., op. cit.*, p. 285.

En este caso la elección se torna un nombramiento de representantes de intereses, transformándose éstos en agentes. La dirección es inversa, porque va de arriba hacia abajo, el elegido está subordinado al elector, aquél es su inferior, no su superior, como en el caso de la representación de la unidad política como un todo.

“En tanto que organizaciones permanentes de partido dominan al Parlamento, como entidades firmes siempre presentes, se encuentra aquél sometido a las consecuencias de la democracia directa, y ya no es representante”, establece nuestro autor.³⁵

Por todo ello, Schmitt sostiene que el sistema parlamentario no es una forma política propia. Es un simple contrapeso de formas opuestas que utiliza elementos formales de la democracia y de la monarquía para el fin de la distinción de poderes.

Desvirtuaría, entonces, la pureza de las formas políticas puras, con el fin de dividir el poder para mejor controlarlo y, consecuentemente, garantizar las libertades de la burguesía.

La conclusión aparece adelantada al momento de iniciar el tratamiento del tema que hemos abordado: el Estado de derecho —Estado burgués de derecho— no constituye forma política alguna. Consiste sólo en una serie de límites y controles del Estado, un sistema de garantías para la libertad burguesa y de la relativización del poder del Estado.

Si ello fuera así, deberíamos entender, entonces, que esta conclusión lleva ínsita la desaparición de la prioridad de la idea del pueblo en cuanto unidad política y la desaparición del carácter existencial de lo público como contenido esencial del concepto de la representación y, por tanto, el triunfo de lo privado a través de meros agentes.

La crítica profunda al Estado de derecho no proviene desde la izquierda, sino desde la derecha antiliberal, aunque la calidad de su pensamiento ejerciera influencia, también para esa crítica, en esa misma izquierda.³⁶

³⁵ *Ibidem*, p. 286.

³⁶ Kennedy, Ellen, en “Schmitt y la escuela de Frankfurt. La crítica alemana al liberalismo en el siglo XX”. Asimismo, en cuanto la afinidad conceptual de C. Schmitt y René Capitant, respecto del concepto de representación, Xavier Marchand en “Parlamentarismo y democracia. Las doctrinas de Carl Schmitt y René Capitant”. Ambos ensayos en *Política y orden mundial. Ensayos sobre Carl Schmitt*, de Juan Carlos Corbetta y Ricardo Sebastián Piana (comp.), Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007. Asimismo, la “Presentación” de José Aricó a *El concepto de lo político. Teoría del partisano. Notas complementarias al concepto de lo político*, Buenos Aires, Folios Ediciones, 1984.

V. LA REPRESENTACIÓN EN HANS KELSEN

Resulta de particular interés advertir que el pensamiento de Kelsen abreva en Rousseau en grado no menor que el de Schmitt no obstante la sustancial diferencia y oposición de pensamientos que media entre uno y otro.

Kelsen expresa su idea sobre la representación política en el marco del significado de la ideología y de la realidad de la democracia parlamentaria.

Veamos, pues, este marco y aquella idea.

VI. EL IDEAL DE LA DEMOCRACIA Y LAS METAMORFOSIS DE LA IDEA DE LA LIBERTAD

Kelsen sostiene que la democracia se fundamenta en la idea de la libertad, la cual deriva de la idea de la igualdad.

Ello así porque la conciencia del propio valer rechaza soportar el peso de una voluntad ajena impuesta por el orden social: “si él es un hombre como yo, y todos somos iguales, ¿de dónde emana su derecho a mandarme?”.³⁷

Para Kelsen, este sentimiento lo impone la “misma Naturaleza que en su ansia de libertad se subleva contra la sociedad”.³⁸

Niego, pues, que exista en la otra condición alguna que suponga superioridad —por ejemplo, heroicidad— susceptible de legitimar su dominación sobre mi persona, y es por ello que soy plenamente libre en el sentido de la más plena y natural autodeterminación.

Y así, dice Kelsen que “la idea absolutamente negativa y antiheroica de la *igualdad* presta base a la aspiración, también negativa, hacia la *libertad*. Del supuesto de nuestra igualdad —ideal— puede inferirse la tesis de que nadie debe dominar a nadie”³⁹ (destacado del propio autor).

Kelsen sitúa, pues, estos ideales de libertad e igualdad en un estado de naturaleza, ya ellos suponen la sublevación contra la sociedad, la negativa contra todo orden social.

Sin embargo, la experiencia demuestra la existencia de la sociedad y del Estado, y, por tanto, la existencia de un dominio ajeno.

Pero ello no significa que renunciemos a aquellos ideales inherentes al estado de naturaleza.

³⁷ Kelsen, Hans, *Esencia y valor...*, *op. cit.*, p. 15.

³⁸ *Idem.*

³⁹ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

Por tanto, la compatibilidad de aquella idea de libertad con los principios que la realidad social impone requerirá de un cambio o metamorfosis del significado de la palabra *libertad*.

Ello supone que la aceptación del dato empírico de un orden obligatorio para la convivencia social y de una consecuente autoridad conlleva la aspiración de, al menos, gobernarnos por nosotros mismos.

La aspiración de participar en la creación del orden colectivo que se nos va a imponer significa que la libertad natural se convierte en libertad política o social: “Es políticamente libre quien, aun estando sometido, lo está solamente a su propia voluntad y no a la ajena”.⁴⁰

Kelsen entiende, a través de este postulado, planteada la principal diferencia entre las formas de Estado y de sociedad, entre democracia y autocracia.

Este paso del estado de naturaleza al Estado social y político lleva en sí un cambio esencial en la legalidad peculiar de cada uno de ellos: a la ley de la causalidad propia del estado de naturaleza se le opone la norma, el principio de la normatividad.

En tal sentido, afirma Kelsen:

Desde el punto de vista de la Naturaleza, y en un sentido primitivo, libertad significa la negación de las leyes sociales, y desde el punto de vista de la Sociedad, la negación de las leyes naturales. El “retorno a la Naturaleza” (o la “libertad natural”) sólo significa ruptura de los vínculos sociales, mientras que el acceso a la Sociedad (o sea la libertad social) significa ruptura con las leyes naturales. Esta antítesis se resuelve tan pronto como el concepto de “libertad” se interpreta en el sentido de una ley específica, principalmente referida a lo social (esto es, a lo ético-político y jurídico-estatal), y en cuanto la contraposición entre Naturaleza y Sociedad, se reduce a una dualidad de leyes distintas y, por consiguiente, de diversos puntos de vista.⁴¹

El paso del estado de naturaleza al Estado social significa, entonces, el paso de la “libertad natural” a la “libertad social” y el consecuente abandono de la ley de la causalidad e ingreso al mundo de la normatividad.

Aquí se ha producido una primera modificación en el concepto de libertad: la libertad natural que tiene su origen “en una recóndita fuente del espíritu humano y en aquel instinto primitivo hostil al Estado” se transforma “en un mero anhelo hacia una determinada posición del individuo dentro

⁴⁰ *Ibidem*, p. 17.

⁴¹ *Idem*.

de la Sociedad. La libertad de la *anarquía* se transforma en libertad de la *democracia*⁴² (cursivas del autor).

Es precisamente en este momento trascendente en donde se requiere comprender de qué manera se produce semejante transformación de la idea de la libertad. La pieza angular que da respuesta a esa transformación la encuentra en Rousseau —a quien llama “tal vez el primer teórico de la democracia”— y en su *Contrato social*, más precisamente en el libro I, capítulo VI, de ese *Contrato*, que lleva por título “Del pacto social”.

Para Kelsen, Rousseau plantea el problema de la democracia en la siguiente pregunta: “¿Cómo podría encontrarse una forma de sociedad que defienda y proteja a cada uno de sus miembros, y en la cual cada uno, uniéndose a los demás, sólo se obedezca a sí mismo y mantenga, por consiguiente, su libertad anterior?”⁴³

Aquello que motiva esta pregunta es la crítica que formula Rousseau al sistema parlamentario representativo inglés, en razón de que la formulación de la voluntad colectiva se expresa de manera indirecta a través de sus representantes y no directamente a través del pueblo: “El pueblo inglés se cree libre, pero se engaña extraordinariamente, pues lo es sólo al elegir sus diputados; una vez elegidos, vuelve a la servidumbre y queda anulado”.⁴⁴

Esta cita que Kelsen transcribe corresponde al libro III, capítulo XV, del *Contrato social*. Pues bien, ese capítulo, bajo el acápite “De los diputados o representantes”, contiene el ataque más implacable de Rousseau a la representación.

Ciertamente, y ya lo destacamos cuando nos ocupamos del concepto de representación en Schmitt, Rousseau se está refiriendo a la representación de origen medieval, fundada en intereses particulares.

Sin embargo, las frases de Rousseau que inmediatamente preceden a la cita que Kelsen transcribe rezan:

La soberanía no puede ser representada por la misma razón de ser inalienable; consiste en esencialmente en la voluntad general, y a la voluntad no se la representa: es una o es otra. Los diputados del pueblo no son ni pueden ser representantes; son únicamente sus comisarios, y no pueden resolver nada, en definitiva. Toda ley que *el pueblo en persona* no ratifica es nula; vale decir, no es una ley. El pueblo inglés...⁴⁵ (cursivas me pertenecen).

⁴² *Ibidem*, p. 18.

⁴³ *Ibidem*, pp. 18 y 19.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 19.

⁴⁵ Rousseau, Jean Jacques, *El contrato...*, *cit.*, p. 147.

Este pensamiento de Rousseau es rigurosamente consecuente con la cláusula esencial constitutiva del pacto social, que consiste en que “Cada uno pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y *cada miembro es considerado como parte indivisible de un todo*”⁴⁶ (*cursivas me pertenecen*).

Ello significa que toda manifestación de voluntad formulada de manera ajena a una asamblea constituida, directamente, por *ciudadanos* partícipes de una cuota parte, con relación al universo de ciudadanos, de la voluntad general, no es representativa de esa voluntad general, y, por tanto, insusceptible de formular una ley.

En otras palabras, no existe espacio para representantes fuera de la expresión de voluntad *de todo el pueblo en persona*.

Si algún actor institucional expresara *su* voluntad, sería sólo expresión particular, *sólo* susceptible de transformarse en *pública*, si así lo decide *todo el pueblo en persona*.

Es, pues, tan intenso el rechazo de Rousseau a la representación, que sólo admite una deliberación y decisión colectiva del pueblo en persona.

Es que, para Rousseau, el fenómeno político medieval logró la enajenación de la propia persona en beneficio de su señor: “La idea de los representantes es moderna, proviene del gobierno feudal, bajo cuyo sistema la especie humana se degradó y la palabra hombre resulto un deshonor. En las antiguas repúblicas, y aun en las monarquías, jamás tuvo el pueblo representantes”⁴⁷.

Está claro que Kelsen no se detiene en considerar la idea de la libertad en una democracia directa al estilo de Rousseau.

Por el contrario, continuará el camino que explique, ahora, la idea de la libertad en una democracia parlamentaria y representativa.

Y aquí también Rousseau le proporciona un soporte ideológico de valor inestimable, y que consiste en la “necesidad de retroceder a una convención primitiva”.

⁴⁶ *Ibidem*, l. I, cap. VI.

⁴⁷ *Ibidem*, l. III, cap. XV, pp. 147 y 148. Por su parte, Bernard Manin, en “Los principios del gobierno representativo”, destaca, con relación al texto transcrito, la grave ofensa que para la dignidad de la humanidad significó la relación de señorío propia del feudalismo medieval. Y así comenta ese texto de Rousseau: “La expresión «nombre de hombre» (o «palabra hombre» en nuestra edición), hace referencia, con impresionante, aunque implícita, exactitud histórica, al juramento feudal por el que el vasallo se convertía en «hombre» del señor al prometerle lealtad. Según Rousseau, era un deshonor para la raza humana asociar su nombre con un acto de subordinación” (Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza, 1998, p. 116).

Tal es el título del libro I, capítulo V, del *Contrato social*, y cuya enorme importancia destaqué al momento de referirme a los fundamentos de la mirada schmittiana sobre representación.

Kelsen se apoya, pues, en la “convención originaria” de Rousseau para encontrar explicación y sentido al principio de la mayoría.

La necesidad de que esta convención originaria sea acordada y consensuada por unanimidad, es decir, por todos aquellos que han de constituir, a través de esa convención, una asociación política, lleva en sí misma la idea de la libertad.

Es que esa convención, acuerdo o contrato expresado por unanimidad ha supuesto el ejercicio pleno de la libertad de cada individuo, sin previa sujeción a dominio o coacción externa alguna ni vicio susceptible de afectar aquella expresión de la voluntad.

La unanimidad es, pues, idéntica a la libertad de cada uno de los integrantes de ese todo. Estamos en presencia de la autonomía de la voluntad.

Esa convención celebrada por unanimidad es el paso del estado de naturaleza al estado de sociedad.

Sin embargo, la unanimidad necesaria para que cada uno se exprese en libertad es requisito sólo exigible para el momento de la creación del orden social y político, pero no para su mantenimiento, ya que en este último caso la voluntad contraria de sólo un miembro frustraría la formulación de la voluntad social.

El principio de la mayoría aparece, pues, como la aproximación “relativamente mayor a la idea de la libertad”,⁴⁸ pues es la mayor aproximación a la unanimidad de la convención originaria.

Este es un nuevo paso de la metamorfosis de la idea de la libertad:

En cuanto a la democracia, inspirándose, al menos hipotéticamente, en la idea de la libertad, desarrolla por determinaciones de la mayoría el orden inicialmente creado por unanimidad, viene a conformarse con una mera aproximación a la idea original. Es un paso más en la metamorfosis de la idea de libertad que todavía se interprete como autodeterminación, o sea como gobierno exclusivo de la propia voluntad, el hecho de la sumisión a la mayoría.⁴⁹

El principio de la mayoría deriva, entonces, del principio de la libertad, y no del principio de igualdad.

Ahora bien, el principio de la mayoría, en sí mismo, responde a un significado cuantitativo en cuanto que más votos tendrían más peso que la

⁴⁸ Kelsen, Hans, *Esencia y valor...*, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 21.

menor cantidad de ello. Esto vendría a significar la afirmación de la superioridad de los muchos sobre los pocos, y, por tanto, significaría el ingreso del principio de la fuerza por sobre el contenido ético-espiritual del derecho. De allí que la idea de que sean libres la mayor cantidad posible de personas, conduce, de manera lógica, al principio de la mayoría.⁵⁰

⁵⁰ La idea de la libertad como principio vertebrador de la democracia aparece de manera clara en Aristóteles. En efecto, Aristóteles, en *La política*, en el libro VII que trata “De la organización de los poderes en la oligarquía y en la democracia”, capítulo II, que titula precisamente “Bases de las instituciones democráticas-La libertad”, nos dice: “El sistema democrático reconoce como principio la libertad, que es al mismo tiempo su fin. Parece que sólo en la democracia puede haber verdadera libertad, cuyo primer carácter es la alternativa del mando y de la obediencia. El derecho político en la democracia es la igualdad, basada en el número y no en la virtud. Se sigue de este principio que el pueblo es siempre soberano, y que la voluntad de la mayoría es la ley suprema. Así, en la democracia, los pobres son soberanos con exclusión de los ricos, porque son los más numerosos, y prevalece la opinión de la mayoría. Este es el primer carácter distintivo de la libertad, que consideran indispensable los partidarios de la democracia. El segundo carácter de la democracia es el derecho de vivir cada cual como mejor le parece: el hombre libre, se dice, debe hacer su voluntad, así como el esclavo debe someterse a la ajena. Resulta de estos principios que ninguno, en la democracia, puede ser mandado, o que, si obedece, debe ser bajo la condición de mandar a su vez. Así, en este sistema se combina la libertad con la igualdad. Esto dicho ¿cuáles serán las bases de una constitución democrática? En primer lugar, todos los ciudadanos deben ser electores y elegibles para todas las magistraturas. Todos deben mandar a cada uno, y cada uno a todos, alternativamente. Los cargos, al menos los que no exigen demasiada experiencia, deben discernirse a la suerte. El censo no debe existir o ser insignificante. Nadie debe ocupar dos veces el mismo cargo, o rara vez, en funciones de poca importancia; deben exceptuarse los empleos militares. La duración de las magistraturas se limitará todo lo posible. Los jueces, que serán todos, o elegidos entre todos, juzgarán todos los negocios, o al menos los más importantes, como la responsabilidad de los magistrados, los políticos y los civiles. La asamblea del pueblo estará investida del poder supremo, dejando a los magistrados atribuciones secundarias...”

Tales son las bases de las instituciones democráticas. Emanan directamente del principio democrático, es decir, de la perfecta igualdad entre los individuos, que parece constituir esencialmente este sistema de organización política. Es innegable que la igualdad existe cuando pobres y ricos llegan indistintamente a las magistraturas y cuando no son solamente soberanos los pobres, sino todos igualmente, siguiendo el criterio del número. Sólo así habrá en la democracia verdadera libertad e igualdad” (Aristóteles, *La política*, cit., pp. 204-206).

El orden conceptual arriba transcrito permite, de manera descriptiva, relacionar los principios o valores que sustentan a un sistema rigurosamente democrático en cuanto que cada ciudadano es tan igual a otro que cada uno tiene idéntico valor numérico que otro, ya que cada uno asciende o *vale* uno, y sólo uno, y de allí que sea libre, pues no existe, en tal sistema, otro cuyo valor exceda de uno, y por esa *diferencia o distinción en su valor*, esté autorizado a mandar.

Creo necesario advertir que al momento de fundamentar la adscripción de Aristóteles a un sistema político en el cual gobiernen las leyes en lugar de *un individuo de mérito*, confrontando con la sofocracia platónica, Aristóteles exige una consideración diferente hacia el principio de la mayoría.

La idea de la libertad que porta el principio de la mayoría, a través del cual se ha de formular la voluntad estatal, significa, pues, que los sujetos al orden estatal participan en la formulación de ese orden.

El poder estatal es creado exclusivamente a partir de la cooperación de los individuos.

Para Kelsen, esta transformación del concepto de libertad, desde la idea de no sumisión del individuo a autoridad social o estatal alguna, a entenderse cooperación en la formulación del poder estatal, “*refleja el tránsito del liberalismo a la democracia*”⁵¹ (cursivas me pertenecen).

Pues bien, esta profunda transformación del concepto de libertad tiene consecuencias graves para la libertad individual.

Es que, si la idea de libertad de cuño rousseauiano desplaza la libertad del súbdito en favor del ciudadano, ya que, según Rousseau, el súbdito renuncia a su libertad para recuperarla como ciudadano, y éste sólo es parte invisible de una entidad colectiva —el Estado—, aquello que es libre es la persona del Estado, y no el individuo en sí.

En efecto, al tratar también en “La política”, en el libro tercero —“Del Estado y del ciudadano— Teoría de los gobiernos y de la soberanía —De la monarquía —, en el capítulo décimo, al continuar refiriéndose precisamente a las diversas clases de monarquía, Aristóteles se pronuncia en favor de un sistema político que esté gobernado por un sistema de leyes que no provenga de la soberanía de un sólo hombre sino, por el contrario, de una muchedumbre que decida en base al principio de la mayoría. Sin embargo, para que esta mayoría se encuentre legitimada para dictar leyes impasibles o exentas de las pasiones humanas y, por ello, dignas de gobernar no basta el número, sino que se requiere de la mayoría que sea virtuosa. Es aquí necesario aquí recordar que virtud supone conocimiento, sabiduría, honradez. Y es por ello que la respuesta a esa preferencia política de Aristóteles se encuentra en la propia pregunta que formula: “¿No será evidente que esa mayoría numerosa será más incorruptible que un hombre solo?” (Aristóteles, *La política, cit.*, p. 114). La mayoría *vale*, entonces, para gobernar a través de leyes a las cuales les es inherente un criterio universal, y no individual, si responde a un criterio de distinción o diferencia al del mero peso numérico consistente en la virtud de cada uno de sus componentes.

Introduce, entonces, un elemento valorativo que espiritualiza a la mayoría y, por ello, la legitima como concepto de dominación. No es la *fuerza* numérica la que domina, sino el *contenido virtuoso* que dicha fuerza significa o encarna. El derecho positivo que de ella dimana es, pues, legítimo y, en consecuencia, digno de ser obedecido, digno de constituir *el gobierno de las leyes* y no de individuos que dominan.

Aristóteles, cuando caracteriza a las diversas formas de gobierno, particularmente en relación a su fin —para el filósofo “la naturaleza de toda cosa es precisamente su fin” (Aristóteles, *La política, cit.*, p. 29)—, es porque previamente ha estudiado comparativamente un considerable número de constituciones referidas a diversos regímenes políticos y, entre ellas y en particular, a las de Atenas (Barbará Jorge Edmundo, “El problema de la democracia”, *Revista de la Facultad*, vol. VII, núm. 2, nueva serie II, Buenos Aires, Facultad de Derecho-Universidad Nacional de Córdoba, La Ley, 2016, pp. 52 y 53).

⁵¹ Kelsen, Hans, *Esencia y valor...*, *op. cit.*, p. 24.

Kelsen culmina este itinerario de las metamorfosis de la idea de libertad en los siguientes términos:

...esto se expresa también diciendo que únicamente es libre el ciudadano de un Estado libre. El lugar de la libertad del individuo es ocupado por la soberanía del pueblo, o, en otros términos, el Estado libre como supuesto fundamental... Éste es el último grado en la metamorfosis de la idea de la libertad... el ciudadano sólo es libre merced a la voluntad colectiva y que, por lo tanto, al que se niegue a someterse a esta voluntad, debe obligársele a ser *libre* sometiéndole de modo coactivo a la voluntad del Estado. Más que una paradoja, es un símbolo de la democracia, que en la República genovesa se leyese en las puertas de las cárceles y en las cadenas de los galeotes la palabra “Libertad”⁵² (cursivas del propio autor).⁵³

La relación de tensión entre las libertades individuales inherentes a la idea de libertad del liberalismo, en cuyo amparo se ha de construir el Estado constitucional representativo, y la idea de libertad de la democracia de cuño rousseauiano, a la cual también le debe su construcción ese mismo tipo de Estado, reclaman reflexiones para la necesaria convivencia de ambas ideas.

Es por ello que ahora estamos en situación de examinar, en Kelsen, el concepto de representación que pretende caracterizar y definir particularmente al parlamento, órgano fundamental del Estado de derecho liberal y democrático.

VII. EL PARLAMENTO Y LA REPRESENTACIÓN

Kelsen sostiene que la existencia de la democracia depende de si el parlamento es un instrumento útil para resolver las necesidades sociales. Y ello porque, según entiende, el parlamento es la única forma real en que puede traducirse la idea de la democracia en la realidad social, aunque la democracia y el parlamentarismo no sean idénticos.

Es de la convicción que las críticas al parlamento se deben a la ignorancia acerca de la esencia objetiva a la que responde el parlamento, que no debe confundirse con interpretaciones subjetivas que parten del lado de aquellos a quienes les interesa la subsistencia del parlamento.

Ello significa que Kelsen va a desagregar el concepto que considera erróneo y desde el cual se ha pretendido caracterizar y definir al parla-

⁵² *Ibidem*, pp. 27 y 28.

⁵³ Rousseau, Jean Jacques, *El contrato...*, *cit.*, l. I, caps. VI y VII.

mento; más precisamente, va a desplazar a la representación del concepto mismo de parlamentarismo. En efecto, para Kelsen, la representación ha resultado funcional o útil a los enemigos de la democracia al brindarle argumentos eficaces para atacarla.

Por tanto, al definir al parlamentarismo y al penetrar en el lugar donde el parlamentarismo contiene la idea de la libertad, prescinde total y deliberadamente de la institución de la representación.

Kelsen define al parlamentarismo de la siguiente manera: “Formación de la voluntad decisiva del Estado mediante un órgano colegiado elegido por el pueblo en virtud de un derecho de sufragio general e igual, o sea democrático, obrando a base del principio de la mayoría”.⁵⁴

En esta definición se destacan dos conceptos, a saber: *a)* la voluntad estatal la expresa un órgano colegiado diferente del pueblo, aunque elegido por éste. Es decir, la voluntad estatal se formula no de manera directa por el pueblo sino de manera *indirecta* por un órgano colegiado. Observemos que es aquí donde omite la figura de la representación; *b)* el órgano colegiado obra con base en el principio de la mayoría.

Del juego de estos dos conceptos Kelsen va a pulverizar, de manera magistral, a la institución misma de la representación.

En efecto, Kelsen advierte que es en el principio de la mayoría donde se muestra la idea de la libertad, aunque mermada, según ya se ha explicado. Allí se encuentra, en cuanto aproximación a la unanimidad, la libertad en el sentido de autodeterminación.

Pero el otro elemento, el referido al carácter indirecto de la formación de la voluntad estatal, se vincula con el imperativo de la división del trabajo social. Este imperativo se opone al sentido básico de la idea de la libertad, en cuanto ésta sólo se deja realizar a través de manifestaciones de voluntad directa por parte de todos los integrantes de una asociación o pueblo susceptibles de transformarse en decisiones estatales. Mientras mayor sea la distancia que medie entre las decisiones de órganos estatales diferentes del pueblo en razón del imperativo de división de trabajo social y aquellas decisiones ejercidas por el pueblo por sí mismo, mayor será la pérdida de la libertad.

Kelsen formula, entonces, una rigurosa ley de cumplimiento inexorable, y con carácter de fatalidad para la subsistencia de la libertad, en los siguientes términos: “Toda diferenciación del organismo del Estado destinada a la división del trabajo y toda transferencia de cualquier función oficial a un

⁵⁴ Kelsen, Hans, *Esencia y valor...*, *op. cit.*, p. 50.

órgano distinto del pueblo, significa necesariamente una restricción de la libertad”.⁵⁵

En consecuencia, el parlamentarismo debe ser entendido “como una transacción entre la exigencia democrática de la libertad y el principio, imprescindible para todo progreso de la técnica social, de la distribución diferenciada del trabajo”.⁵⁶

El parlamento es, pues, un resultado del principio de la división del trabajo social.

Y ello porque la voluntad estatal no es expresada directamente por el pueblo sino de manera indirecta por un órgano muy distinto del pueblo, aunque elegido por éste. El ideal democrático sufre una considerable restricción de la libertad en virtud de ese carácter indirecto de la voluntad estatal, resultado tal carácter por el principio de división del trabajo social.

Kelsen sostiene, entonces que, precisamente para ocultar semejante pérdida de la libertad es que se ha recurrido a la institución de la representación.

Previo a detenernos en la representación, estimo necesario señalar que Kelsen entiende que la representación resulta de la transferencia de la voluntad de un sujeto a otro; se trata de una delegación de la voluntad individual.

La raíz de esa delegación de la voluntad individual se encuentra en el derecho privado. El mandato imperativo medieval, resultante del carácter contractual propio de las relaciones de poder de la Edad Media, va a ser sustituido en la modernidad por el mandato libre, pero cuya esencia sigue siendo la misma: la transferencia de la voluntad del mandante al mandatario. La figura jurídica del consentimiento, inherente a toda relación contractual, en nuestro caso para que un mandante legitime a un mandatario, también es de raíz contractual privatista. La sustancia de la elección consiste en ser un correlato instrumental de un consentimiento respecto de aquel a quien se ha elegido y, por ello, consensuado.⁵⁷

⁵⁵ *Ibidem*, 52.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ Kelsen, en su *Teoría pura del derecho*, es explícito en la reiterada referencia a figuras del derecho privado al referirse a la representación política. Por lo demás, la “ficción de la representación” como concepto vinculado a la representación política, permanece en esta obra (Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 1995, pp. 302-305). Creo asimismo pertinente apuntar que Bernard Manin entiende, entre los principios del gobierno representativo, al triunfo de la elección sobre el sorteo y el rol esencial que cumplió el consenso de raíz medieval y de origen de derecho romano para aquel “triunfo de la elección”. Véase Manin, Bernard, *Los principios del gobierno...*, *cit.*, cap. 2, pp. 103 y ss.

Kelsen observa esta línea conceptual de raíz privatista para entender a la representación política.

En efecto, Kelsen entiende que

...según su concepto ideológico, la elección ha de significar una *transferencia de voluntad* de los electores a los elegidos... esta interpretación ideológica de la elección se halla visiblemente inspirada por la intención de mantener en pie la *ficción de la libertad*. Puesto que la *voluntad para permanecer libre sólo puede determinarse ella misma*, hace falta interpretar que la voluntad de los elegidos traduce la voluntad de los electores. De aquí la identificación ficticia de los electores con los elegidos. Ahora bien, *el significado objetivo de la elección no acompaña a esta ideología subjetiva*, sino que, por lo contrario, el contenido *real* de esta función es muy distinto⁵⁸ (cusivas me pertenecen).

La naturaleza contractual que la transferencia de la voluntad supone y la idea de la libertad en el sentido de autodeterminación —o autonomía de la voluntad—, muestra, de manera palmaria, la línea de derecho privado con la cual Kelsen analiza la representación.

Kelsen entiende que la figura de la representación pretendió ocultar la enorme pérdida de la libertad que se produce a causa del principio de división del trabajo. Es que cuanto más grande y complejo se vuelve el colectivo social, tanto menos se encuentra en condiciones de expresar de manera directa la voluntad social y política. Ante esa imposibilidad de carácter técnico-social, se hace menester que, por aplicación del principio de división del trabajo, la formulación de la voluntad estatal quede a cargo de determinados órganos diferentes del pueblo, pero responsables ante él.

Pero el parlamentarismo, al tiempo que fue resultante de aquel principio de división del trabajo, afirmó la creencia que expresaba, de manera exclusiva, la idea de la libertad.

Kelsen señala que la ficción de la representación servía para este último fin. Esta ficción consiste en la idea “de que el Parlamento no es más que el lugarteniente del pueblo, y que el pueblo puede exteriorizar su voluntad solamente dentro de y por el Parlamento”,⁵⁹ aunque todas las Constituciones establecen la condición de que los representantes no tienen que recibir de sus electores mandatos imperativos, sino que aquéllos son jurídicamente independientes del pueblo.

La ficción de la representación sirve, pues, para legitimar al parlamento con base en el principio de la soberanía del pueblo.

⁵⁸ Kelsen, Hans, *Esencia y valor...*, *op. cit.*, p. 117.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 53.

Pero es el caso que el principio de división del trabajo, de cuya aplicación resulta la existencia del parlamento y el consecuente carácter indirecto de la formulación de la voluntad estatal, es contrario e incompatible con la idea de la libertad individual.

Haber recurrido a la representación para legitimar la idea de la libertad en el parlamento resulta una contradicción insuperable. Por ello, sostener esa idea es un engaño.

De allí que sea necesario expulsar del concepto de parlamento a la representación en cuanto idea de la libertad. Y es precisamente lo que hace Kelsen.

Por lo tanto, la eliminación de la representación del concepto de parlamento en razón del carácter ficticio de esa institución no sólo está motivada en un requerimiento teórico de rigor conceptual con relación a la comprensión del parlamentarismo.

Esa eliminación está mucho más motivada en una cuestión argumental de carácter práctico: destruir el argumento de los enemigos de la democracia parlamentaria consistente en que ésta se funda en un engaño manifiesto, argumento cuya veracidad Kelsen expresamente reconoce en los siguientes términos: “Esta patente ficción, destinada a ocultar la verdadera y esencial restricción que experimenta el principio de la libertad por el parlamentarismo, ha facilitado a los adversarios el argumento de que la democracia se funda en un engaño manifiesto”.⁶⁰

El adversario de la democracia sostiene, entonces, que la voluntad estatal formulada por el parlamento no es la voluntad del pueblo, ya que la voluntad del pueblo sólo se expresa en el momento de la elección de los representantes.

Kelsen advierte que este argumento es exacto si se pretende legitimar al parlamentarismo por el lado de la soberanía del pueblo.

Y es por ello aquella construcción del concepto del parlamento excluyendo la ficción de la representación.

Kelsen entiende que el auxilio de esa ficción no es necesario.

El parlamento puede justificarse como medio específico y técnico social para la estructuración de un orden estatal.

Este imperativo de la división del trabajo aparece como exigencia de todo tipo de Estado, también en las autocracias.

Esto último porque necesariamente el autócrata también requiere de organismos colegiados para la legislación, tales como consejeros, asambleas o como fuere que se llamaren, en razón de que solo no puede gobernar.

⁶⁰ *Idem.*

La circunstancia de que la designación de los integrantes de tales organismos colegiados se deba, en un caso al nombramiento del autócrata y, en el otro, a la elección por el pueblo, tiene ciertamente importancia.

Pero es mayor el que tienen desde el punto de vista ideológico.

De allí la importancia del elemento ideológico que también define al parlamentarismo democrático, consistente en la comprensión del principio de la mayoría como expresión de la libertad.

Kelsen, pues, va a concebir al parlamentarismo como una transacción necesaria entre la idea rudimentaria de la libertad política contenida en el principio de la mayoría y el principio de la diferenciación del trabajo.

VIII. EL PRINCIPIO DE LA MAYORÍA Y LA REALIDAD DE LA DEMOCRACIA

Quedaría trunca la comprensión del principio de la mayoría si sólo nos quedáramos en su momento ideológico.

En efecto, para Kelsen el principio de la mayoría juega un rol fundamental en la realidad de la democracia.

En razón de que arriba hemos adelantado que el concepto de representación se formula en el marco del significado de la ideología y de la realidad del sistema parlamentario democrático, nos detendremos de manera sintética para observar la democracia en su realidad a partir del principio de la mayoría.

Pues bien, Kelsen sostiene que el principio de la mayoría, por su propio concepto, requiere de una minoría.

Este principio no significa la dictadura de la mayoría sobre la minoría. No es razonable sostener un permanente gobierno de la misma mayoría, pues la minoría dispondría del último recurso de renunciar a su intervención, despojando con ello a la mayoría en su condición de tal.

Kelsen advierte que la denominación precisa requiere llamar al principio de que se trata como “principio de la mayoría y de la minoría”.

La existencia de una mayoría y de una minoría significa que se trata de la formación de dos grupos dinámicamente cambiantes, y que todo el procedimiento parlamentario tiende a lograr transacciones o acuerdos que posibiliten la formulación de la voluntad estatal.

Este esfuerzo es tanto más intenso en cuanto la mayoría, las más de las veces, es, en verdad, una primera minoría, que debe esforzarse en realizar acuerdos o transacciones para lograr una unión, posponiendo lo que estor-

ba a esa unión, en favor de lo que contribuye a ella. Ése es el significado que Kelsen otorga a esa transacción.

Conviene aquí también reproducir las palabras de Kelsen para que se advierta la relevancia que otorga a aquella transacción derivada del principio de la mayoría:

Las ventajas que ofrece el principio de la mayoría dentro del sistema parlamentario como *principio de transacción y elemento de equilibrio entre los términos opuestos*, son apreciables a primera vista en la práctica parlamentaria. *Todo el procedimiento parlamentario descansa sobre la fijación de una línea media entre los intereses opuestos como resultante de la pugna sostenida por las fuerzas sociales*. Es la garantía para que los distintos intereses de los grupos representados en el Parlamento se manifiesten y puedan darse a conocer en un procedimiento público⁶¹ (cursivas me pertenecen).

La fijación de un punto de equilibrio entre fuerzas opuestas y en pugna que a nivel institucional se logra a través de la transacción permite observar que los antagonismos propios de la vida social, la conflictividad social misma, se resuelve de manera armónica y pacífica.

Los intereses extremos y unilaterales de fuerzas sociales antagónicas se renuncian recíprocamente en beneficio de acuerdos o transacciones que contienen un equilibrio equidistante de aquellos intereses.

Pero la transacción no sólo juega un rol crucial para la realidad de la democracia, sino que también lleva en sí misma el principio de la libertad.

En efecto, la transacción es un contrato que en el escenario del orden social y político reproduce la unanimidad contenida en la convención originaria, convención o contrato que significó la creación del orden social por los propios sujetos al mismo, abandonado el estado de naturaleza. La transacción es la mejor aproximación a aquella unanimidad, y, por esa razón contiene, pues, la idea de la libertad.

La violencia como instrumento de dominación causa repulsa a la realidad y a la ideología de la democracia:

Si existe alguna forma que ofrezca la posibilidad de apartar esta contraposición abismal, tan deplorable como real, de la catástrofe a que conduciría el camino de la revolución sangrienta, llevándola a una armonía pacífica y gradual, sólo puede ser la democracia parlamentaria, cuya ideología es, en verdad, una libertad no asequible en la práctica social, pero *cuya realidad es la paz*⁶² (cursivas me pertenecen).

⁶¹ *Ibidem*, p. 86.

⁶² *Ibidem*, p. 98.

Kelsen encuentra en la democracia parlamentaria la única posibilidad de armonizar las tensiones y contrastes inherentes al pluralismo social, tensiones y contrastes que a su vez dependen del grado de homogeneidad y de heterogeneidad de una sociedad, a través de un modelo de integración, y no de conflicto.

El método dialógico que Kelsen deriva del principio de la mayoría permite arribar a acuerdos como manera pacífica de superar la conflictividad social y plasmarse en la formulación de la voluntad estatal.

El orden normativo así creado compatibiliza la idea de la libertad con la autoridad emanada de ese mismo orden normativo.

Kelsen efectúa, pues, una profunda defensa de la democracia en su dimensión parlamentaria, en particular de los ataques que recibe desde la izquierda y desde la derecha.

IX. REFLEXIONES FINALES

El concepto de representación en Schmitt y en Kelsen no sólo es enteramente diferente en uno y en otro, sino, y particularmente, antagónico.

Esta relación antitética la referí en la “Introducción” de este trabajo a fin de guiarnos en la búsqueda de la compatibilidad entre su significado y la forma de gobierno representativa propia del Estado de derecho que se asume como democrático.

Aunque sin mencionarse recíprocamente, Schmitt y Kelsen se encuentran, sin embargo, recíprocamente presentes en uno y en otro.

De la riqueza provocativa de ambos pensamientos, haremos sólo algunas reflexiones que nos nacen de sus miradas recíprocas, no expresadas por ninguno de ambos autores, pero que nos nacen de esa implícita riqueza provocativa.

Considero que, para Schmitt, Kelsen estaría atrapado en un esclarecimiento del significado y sentido de la representación en cuanto *Vertretung*, dentro del “amontonamiento” de conceptos propios del derecho privado. Por ende, Kelsen ignoraría la singularidad política y jurídico-política de su significado y sentido que reclama un ser superior de existencia pública que refleje la imagen de una también existencial y superior unidad del pueblo. Ignoraría, pues, que se trata de una *Repräsentation*.

Para Schmitt, afirmar que el parlamento es una diferenciación del Estado impuesto por la división de trabajo social, es decir, por razones técnico-sociales, es convertir al parlamento en un ámbito de comisionados

o encargados de negocios representantes de intereses particulares, incluyendo en ese carácter a los intereses electorales. El parlamento sería una comisión que no representa, sino que sería exponente dependiente de un grupo mayor que lo ha formado por razones técnicas. La ignorancia consistiría aquí, pues, en no comprender que el parlamento es representante del pueblo, no agente dependiente de organizaciones electorales y de intereses. Sería, en definitiva, transformar, saqueándolo, al concepto de representación (*Repräsentation*), que pertenece, de manera exclusiva y excluyente, al ámbito público y de derecho público, de carácter aristocrático en cuanto selección de los mejores, en un concepto menor de carácter privado (*Vertretung*), en una comisión de masas electorales, ignorando particularmente que “lo representativo” es precisamente lo no democrático de una democracia.

Schmitt, para arribar al concepto de representación, parte de una mirada fuertemente crítica al Estado de derecho, al cual considera que no configura forma de gobierno alguna. No es una forma de configurar una unidad política del pueblo, y, por ello, no es capaz de significar una forma política propia. Democracia, aristocracia y monarquía son formas políticas porque permiten comprender al Estado como un estatus del pueblo en el sentido de una unidad política. El Estado de derecho, no. El Estado de derecho consiste sólo en asegurar las garantías de las libertades burguesas y limitar el ejercicio del poder estatal. Se trata de la protección de las “libertades burguesas”, no de reflejar al pueblo como un todo —“el pueblo”— o a ideas abstractas, como la libertad o la igualdad. Las libertades burguesas, vinculadas a intereses diferentes a los del pueblo como un todo, no son susceptibles de representación. Sólo pueden erigir, por razones técnicas o económicas, agentes o comisionados, pero carecen de la dignidad superior que posibilita la existencia de una representación. La denominación que reserva para ese tipo de Estado es congruente con esa posición crítica, pues lo llama Estado *burgués* de derecho.

Kelsen arriba al concepto de representación por el camino de la libertad, entendida como autodeterminación, libertad que, al derivarse de la igualdad de cada integrante del género humano, excluye cualquier concepto de superioridad o señorío susceptible de legitimar el dominio de una persona sobre otra persona. El escenario del estado de naturaleza que permite observar esta repulsa hacia la heteronomía y al dominio ajeno, sitúa a Kelsen en el ámbito del contractualismo. Abreva en el contrato originario rousseauiano, pero es consecuente con la ideología contractualista kantiana-

na, que entiende la libertad como autonomía de la voluntad, y sobre la cual edifica el Estado de derecho en sentido material.⁶³

Es que al conceptualizar al parlamento advierte que en el principio de la mayoría se encuentra la idea de la libertad en cuanto aproximación a la unanimidad, es decir, la libertad en el sentido de autodeterminación.

En razón de que una voluntad autónoma, para ser tal, no puede transferirse si pretende seguir siendo libre, no es posible transferir la libertad de los electores a los elegidos.

Incluir a la representación para explicar la existencia de la libertad en el parlamento, particularmente en su pretensión democrática, es un contrasentido que por ello lo torna vulnerable a ataques provenientes de adversarios del parlamentarismo.

La ficción de la representación sólo sirve para ocultar la real pérdida de libertad que la institución parlamentaria significa en razón del carácter indirecto de la formación de la voluntad estatal.

De allí el decidido rechazo de esa institución al momento de definir al parlamento.

Kelsen es rigurosamente congruente con la línea conceptual conque entiende la creación y el mantenimiento del orden social a partir de su origen contractual.

Esa línea conceptual es sustancialmente antagónica a la de Schmitt. A poco que se observe que en Schmitt el principio de la representación se liga a un monarca absuelto de observancia a procedimiento normativo alguno —*de legibus solutus*—, absuelto precisamente del principio de la normatividad que Kelsen entiende que reina en el mundo social y político, se advertirá el abismo infranqueable que existe entre Schmitt y Kelsen al momento de ocuparse del concepto de representación.

Este antagonismo se revela de manera palmaria en el concepto de superioridad y dignidad que caracteriza a la persona del representante —“el contenido del valor superior y de la alta dignidad que inviste la persona del representante”—, reflejo del valor y dignidad superior a representar —Dios, el pueblo, “o ideas abstractas como la Libertad y la Igualdad”— y que se contrapone con la esencial exigencia de ausencia de todo tipo de superioridad entre los hombres de la que Kelsen parte al momento de com-

⁶³ Para la configuración del Estado de derecho en sentido material en Kant, véase, particularmente, *La metafísica de las costumbres*. Para la naturaleza humana que se resiste al dominio impuesto por el orden social, véase en Kant, el “cuarto principio” de la naturaleza humana —la “insociable sociabilidad”— en *Idea de una historia universal en sentido cosmopolita*. Para el rol del principio de autonomía de la voluntad en la configuración del Estado de derecho, véase Barabará, J. E., *Estado de derecho y autonomía de la voluntad*.

prender no sólo a la representación y al parlamento, sino a todo orden social que contenga, aunque fuera de manera rudimentaria, a la idea de libertad individual que la democracia supone.

Por todo ello, considero que la eliminación de la representación del concepto de un orden social que se asume democrático a través del órgano parlamentario entiendo resuelve el problema que plantea la representación para la teoría política y para la teoría constitucional.

Sin embargo, este esclarecimiento del problema no significa la pretensión de eliminación de la expresión “forma de gobierno representativo” de las cartas constitucionales. Entiendo que el anclaje jurídico de la expresión “representativo” referencia una costumbre jurídica instalada en el más alto grado jurídico estatal. Empleo la expresión “costumbre jurídica” no sólo en razón de su reiteración en normas jurídicas, sino, y particularmente, porque tanto la expresión latina *mos, -ris* cuanto la expresión alemana *Sitte*, si bien significan “costumbre”, de sus respectivas raíces derivan las palabras *moral* y *moralidad* —*Sittlichkeit* o *Moralität* en alemán—. Esa buena costumbre jurídicamente establecida ha llegado a alcanzar el valor simbólico para el imaginario social de tratarse de un gobierno democrático y no autocrático. Y ello es razón bastante para continuar con la denominación de “gobierno representativo”.

III. LA DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA EN LOS PODERES DEL ESTADO

¿LOS TRIBUNALES COMO ANTIGUOS PARLAMENTOS? —EL LUGAR DONDE LAS DECISIONES DEBEN SER TOMADAS EN TIEMPO DE CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA—

Benedetta BARBISAN*

SUMARIO: I. Introducción. El Poder Judicial y la crisis de representación política: ¿una metamorfosis constitucional? II. Entre los planteos individuales y los reclamos comunes: la función judicial y el rol legislativo en el ECtHR y el derecho de casos del Tribunal Constitucional colombiano. III. Entre demandas individuales y querellas comunes: sentencia judicial y rol legislativo en el contexto de crisis de representación política.

I. INTRODUCCIÓN. EL PODER JUDICIAL Y LA CRISIS DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA: ¿UNA METAMORFOSIS CONSTITUCIONAL?

En nuestros días, la consideración otorgada al Poder Judicial resulta fastuosa. La literatura del derecho constitucional le dedica profusos estudios: algunas jurisdicciones experimentan una corriente siempre creciente de nuevos aportes. Los jueces y los integrantes de las cortes suprema o tribunales constitucio-

* Profesora adjunta de derecho constitucional comparado en la Universidad de Macerata. El presente artículo se ha beneficiado de los debates y comentarios postulados en el Coloquio BIANUAL de la Asociación Italiana de Derecho Comparado (AIDC), “Ius Dicere in a Globalised World”, celebrado en Nápoles en junio de 2017, y en el Congreso Internacional de Teoría Constitucional, “Democratic Decision-Making and Constitutional Form”, que tuvo lugar en Córdoba (Argentina) en septiembre de 2017. También, fue muy estimulante la invitación en septiembre de 2017 de la Escuela de Magistratura de Salta a exponer estas ideas a sus afiliados. La autora desea agradecer a Nicola Paccamiccio por su asistencia en la investigación y a Giuliano Amato, Ignacio Colombo Murúa, Patricia Colombo Murúa, Justin Orlando Frosini, James Gardner, Christopher McCrudden, Pablo Riberi, Sofia Sagüés y, como siempre, a Cesare Pinelli por su generoso aliento, esclarecedores comentarios y paciente atención.

nales son vistos a menudo como heraldos de la libertad, sujetos que dejan una marca indeleble en la vida diaria de tantas minorías invisibles y olvidadas. En resumen, hacen justicia armonizando la cultura de la mayoría con viejas y nuevas pretensiones de derecho.

Los jueces parecen estar involucrados en una misión común, a pesar de las variaciones nacionales y jurídicas y, en cierta medida, parecen hablar un idioma universal. Recuerdo haber debatido el rol de los tribunales con Margaret H. Marshall, la entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia de Massachusetts, y esta es exactamente la manera en que ella describió la posición de los jueces: involucrados en la misma empresa cultural (más amplia que la dimensión jurídica); desafiados por asuntos recurrentes y en la búsqueda de soluciones comunes. Cuando hablamos, en el otoño de 2003, eran las semanas posteriores a que se diera a conocer el trascendental caso *Goodridge v. Department of Health*¹ —caso que reconocía a las parejas del mismo sexo el derecho a casarse en Massachusetts— con una opinión de la mayoría firmada por la misma jueza Marshall—. Sólo cinco meses antes, la Suprema Corte de Estados Unidos había allanado el camino para esta decisión al revocar con *Lawrence v. Texas*² la ley de sodomía en Tejas y, por extensión, invalidaba las leyes de sodomía en otros trece estados, logrando que la libertad sexual homosexual estuviera garantizada constitucionalmente en todo el país. *Lawrence*, de algún modo, había llegado a escena incluso de manera más disruptiva, habiendo derogado el precedente establecido en *Bowers v. Hardwick*³ —aun cuando, en los dieciséis años transcurridos desde 1986, varias cortes supremas estatales⁴ ya habían desarrollado la metáfora de laboratorio que el juez Brandeis había pergeñado—. ⁵ Esto es, fueron conscientes de que los tribunales estatales son libres de interpretar sus propias Constituciones y, por lo tanto, de otorgar más protección a los derechos individuales que la Constitución federal.⁶ Ellos juzgaron repetidamente en

¹ 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

² 539 U.S. 558 (2003).

³ 478 U.S. 186 (1986).

⁴ Fueron la suprema corte de Kentucky —*Commonwealth of Kentucky v. Wasson*, 842 S.W.2d 487 (1992); el tribunal de apelaciones de Tennessee— *Campbell v. Donsundquist*, 926 S.W.2d 250 (1996); la suprema corte de Montana —*Gryczan v. Montana*, 942 P.2d 112 (1997); y la suprema corte de Georgia— *Powell v. State*, 510 S.E.2d 18 (1998).

⁵ “Laboratorio de la democracia” es una frase utilizada por el juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos, Louis Brandeis, en *New State Ice Co. v. Liebmann* (285 U.S. 262 (1932)), para describir cómo “un estado puede, si así lo eligen sus ciudadanos, servir como laboratorio; y probar experimentos económicos y sociales nuevos sin riesgo para el resto del país”.

⁶ Friesen, J., “State Courts as Sources of Constitutional Law: How to Become Independently Wealthy”, 72, *Notre Dame Law Review* 1065, 1997. Véase Brennan, Jr., William J.,

contra de *Bowers*. Entre otras cosas, *Lawrence* también había sido una de las primeras decisiones en las cuales la Suprema Corte de Estados Unidos había citado abiertamente un juicio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Dudgeon v. United Kingdom*,⁷ remarcando que mientras *Bowers* había afirmado que confiaba en valores que los Estados Unidos compartían con una “civilización más amplia”, los valores de *Bowers* habían empero estado refutados en *Dudgeon* y, más tarde, rechazados también en *Norris v. Ireland*⁸ y en *Modynos v. Cyprus*.⁹ *Lawrence*, finalmente, en una comunión ideal, se había reinsertado en aquella civilización más amplia que proponían los jueces de Estrasburgo. Como resultado final, este proceso de estratificación judicial, que duró casi dos décadas, finalmente produjo las primeras licencias de matrimonio de parejas del mismo sexo emitidas en Massachusetts en mayo de 2004.

Según lo conversado en la legislatura de Massachusetts con la jueza Marshall, en las audiencias con vistas a la legislación sobre el matrimonio de parejas del mismo sexo había sido este diálogo indirecto de voces judiciales entrelazadas —a veces de acuerdo y otras en desacuerdo—, lo determinante. Es posible, de tal suerte, que la especial comunidad de jueces pueda de algún modo contribuir efectivamente a explicar la presente popularidad que tiene el Poder Judicial. Después de todo, ¿qué otro organismo o actor institucional, caracterizado por una camaradería profesional análoga, puede jactarse hoy en día de tener la misma atención de parte de los académicos y un reconocimiento universal comparable?

Sin embargo, esto es algo más que una pregunta retórica: el peso de los tribunales en todo el mundo difiere sorprendentemente a partir de la escasa calidad y favor de otras instituciones públicas, especialmente aquellas que representan al pueblo, bendecido y agobiado con la responsabilidad política. Cabe cuestionarse entonces qué observaciones son apropiadas para explicar este éxito judicial cuando éstas se contextualizan en función del marco provisto por la crisis de representación política, crisis que parece tornar a las otras instituciones inadecuadas para resolver las demandas públicas que surgen a causa de la distancia que separa a las concretas posibilidades reparatorias del derecho, en función de las necesidades de sujetos y de grupos, de las demandas reales propuestas por el pueblo. Contrariamente,

“State Constitutions and the Protection of Individual Rights”, 90, *Harvard Law Review* 489, 1977.

⁷ Aplicación núm. 7525/76.

⁸ Aplicación núm. 10581/83.

⁹ Aplicación núm. 15070/89.

en la imaginación colectiva, los tribunales parecen más adecuados que las legislaturas y los gobiernos para satisfacer y dar respuesta a los reclamos de agraviados en toda causa donde hayan requerido la actuación de la justicia. Como lo escribió claramente el juez Anthony Kennedy en el caso *Obergefell v. Hodges*, que en 2015, eventualmente, extendió la protección de la Constitución federal a los matrimonios del mismo sexo: “cuando un nuevo entendimiento revela el desajuste entre las protecciones de la Constitución y una restricción jurídica establecida, debe abordarse el mismo como un llamado a la libertad”.¹⁰ Y así, los interlocutores naturales no parecen ser otros que los tribunales.

La idea central del presente artículo es que, en la presente crisis de representación y de las instituciones representativas (cuando menos votamos, estamos menos proclives a enrolarnos en partidos políticos, mientras en la política “resuena con el murmullo de la política antipolítica; de la representación antirepresentativa”;¹¹ también, cuando los problemas públicos se vuelven tan complejos que los representantes son cada vez más incapaces de involucrarse, y menos aun de resolver los asuntos importantes de nuestros tiempos; cuando la incertidumbre del presente se convierte en una fuerza individualizante poderosa en virtud de la cual “los desastres más terribles golpean al azar, eligiendo sus víctimas con una lógica bizarra o sin ninguna lógica, esparciendo sus golpes de forma caprichosa, de manera que no hay forma de anticipar quién será condenado y quién se salvará”);¹² el Poder Judicial puede convertirse en depositario de las esperanzas de justicia que parecen constituir el núcleo de la representación política de hoy en día.

En este contexto, la dinámica de este fortalecido énfasis en el Poder Judicial merece ser traída a la luz, a través del análisis de los mecanismos por medio de los cuales los tribunales son capaces de ejercer influencia sobre la resolución tentativa de los problemas sistémicos, con motivo de peticiones individuales, confrontando los conceptos tradicionales del constitucionalismo, como la división de poderes y la responsabilidad política.

Con este objetivo, y en escenarios constitucionales afectados, por varias razones vinculadas con la crisis de la representación política, cuando los reclamos se presentan al Poder Judicial, son asumidos, sin lugar a dudas, como el síntoma y la manifestación de un padecimiento común. Así, luego, es necesario diseñar técnicas jurisdiccionales especiales que permitan a los tribunales, abordar temas generales o reclamos comunes subyacentes detrás

¹⁰ 576 U.S. (2015), 11.

¹¹ Tormey, Simon, *The end of Representative Politics* 2, 2015.

¹² Bauman, Zygmunt, *The Individualized Society* loc 428, 2001.

de cada apelación individual. Con respecto a esto, guardan especial significado los procedimientos y modos de acceso implementados por el Tribunal Constitucional de Colombia (por medio de la *acción de tutela* y con la *doctrina del Estado de situación inconstitucional* —DESI—). Asimismo, cabe notar la experiencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de aquí en más ECtHR) con el *procedimiento de juicio piloto*, el cual se caracteriza por haber marcado un cambio desde la sentencia individual a un rol de tipo legislativo.

Estos casos son ejemplos dentro de una misma categoría de transformaciones. Aquí se unen los reclamos individuales con las pretensiones colectivas, habilitándose al mismo tiempo, resolver la demanda individual, y abordar problemas sistémicos que afectan a una cantidad más vasta de individuos, reunidos por defecto de servicios, estructuras e instituciones públicos que, por variadas razones, no han sido atendidos por el Poder Legislativo o el Ejecutivo. Con un cierto grado de provocación, es como si estos tribunales se ven hoy como algunos parlamentos ingleses antiguos, es decir, como organismos complejos, dentro de los cuales los elementos judiciales y legislativos, las funciones jurídicas y políticas, parecen verse mezcladas.

Es tan sólo una idea falazmente enraizada en la mentalidad de la gente que los primeros parlamentos ingleses sólo tenían como propósito principal la legislación. Ésta es una idea inadecuada que ve su función como un desarrollo derivado del principio de la representación política. Por el contrario, en sus comienzos, los parlamentos ingleses solían tener los roles judicial y representativo juntos, y sólo con el progreso de esta institución se privilegió el carácter legislativo y representativo como su *raison être*.

Del tal modo, ¿están los organismos judiciales contemporáneos destinados a remontar contracorriente hacia las bases mismas del constitucionalismo para transformarse nuevamente en una mezcla de componentes judiciales y representativos? ¿Seremos acaso testigos durante un lapso prolongado de un ostensible cambio constitucional por el cual el Poder Judicial tome provecho de esa confianza transferida por la gente desde instituciones representativas hacia organismos más profesionales? ¿Es posible que ello permita a los tribunales adquirir un papel más influyente y relevante para resolver padecimientos de impacto colectivo abordando peticiones individuales?

La pregunta de fondo del presente artículo es, entonces, si el resurgimiento de esta combinación entre la resolución de casos judiciales individuales y medidas correctivas pueden ayudar a atacar problemas estructurales atrapados dentro del trasfondo de la crisis de representación política, y si esta situación, dentro del mediano y el largo plazo, puede estar indicando una metamorfosis constitucional.

Tanto la Carta Europea de los Derechos Humanos (ECHR), aplicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (EctHR), como las normas constitucionales aplicadas por el Tribunal Constitucional colombiano, no asoman, en verdad, como excepcionalmente transformadoras en materia de adjudicación de derechos ni en materia de activismo legislativo judicial. No hace falta decirlo, empero, cada interpretación judicial trae consigo un elemento de innovación y repercusiones políticas.¹³ Lo que parece importante aquí, en cualquier caso, es que estos tribunales han ido redefiniendo sus técnicas para entrar en diálogo con las otras ramas del poder.

Con *la crisis de representación política* como telón de fondo, más importante aún, es que, involucrados en un mismo plan, lo han hecho alentando, guiando, impulsando ciertas políticas públicas que son definidas por otras autoridades públicas. Según una suerte de heterogénesis de propósito, luego, el resultado posible de estas técnicas, instaladas dentro de la crisis de representación política, apuntan a desbordar los objetivos originales para intentar resolver disputas de manera más eficiente. Así, la intención es superar los confines de los casos concretos para abordar temas generales y problemas de políticas públicas.

Muchos otros ejemplos podrían haber resultado útiles para probar la tesis del presente artículo y no sólo la jurisprudencia del ECtHR y del Tribunal Constitucional colombiano. Hay seis razones, sin embargo, que hicieron que la selección de dichos tribunales fuera significativa.

En primer lugar, como se ha dicho anteriormente, ambos cimeros tribunales contemplan mecanismos para desplazarse desde el caso individual hasta el problema sistémico: es el *procedimiento de juicio piloto* para el ECtHR y es la *acción de tutela* junto con la *doctrina del Estado de situación inconstitucional* (DESI) para el Tribunal Constitucional colombiano. El primero es un mecanismo de aplicación genérica utilizado por el ECtHR desde 2004. Con relación a un mismo país, la intención es disminuir el número de trámites por el mismo asunto y evitar demoras en su trabajo. La segunda es un mecanismo de acción individual tutelar dentro de la esfera del Poder Judicial, y eventualmente del Tribunal Constitucional, que, habiendo sido establecido por la Constitución de 1991 (por medio de la acción de tutela), ha permitido al máximo tribunal colombiano administrar reparaciones estructurales (por medio de la DESI).

En segundo lugar, en ambos casos, estas dos técnicas de sentencia piloto y de la tutela efectiva a través de la DESI, ya estaban de alguna ma-

¹³ Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, “Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers”, 12, *German Law Journal* 979, 2011.

nera reguladas respectivamente por la doctrina de la ECHR y en la misma Constitución colombiana de 1991. Sea como fuere, los dos tribunales han desarrollado sendas doctrinas para profundizar el efecto de sus decisiones y guiar políticas públicas que no han llegado en tiempo oportuno.

En tercer lugar, ambos tribunales funcionan dentro de sistemas de normas que garantizan el acceso individual a la tutela jurisdiccional. Tal característica, sin duda, es una fortaleza en ambos sistemas con relación a otros dispositivos judiciales alternativos. A propósito de ello, el artículo 34 de la ECHR estipula que

...el Tribunal puede recibir solicitudes de cualquier persona, organización no gubernamental o grupo de individuos que aleguen ser víctimas de alguna violación de los derechos estipulados en la Convención o los Protocolos complementarios, perpetrados por parte alguna de los Estados miembros. Las Partes Contratantes se comprometen a no obstaculizar de ninguna manera el ejercicio efectivo de este derecho.

La acción de tutela, a su turno, es un mecanismo remedial estipulado por el artículo 86 de la Constitución colombiana, que prescribe:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La acción de tutela se ha sido diseñada para facilitar el acceso a la justicia y a la adjudicación de derechos. En verdad, teniendo prioridad respecto de otros procedimientos, se trata de un medio que no es costoso, y medio siendo expedito, debe estar resuelto dentro de los diez días corridos desde su presentación. El mismo no debe ser obligatoriamente deducido por un abogado ni debe tratarse de un caso particular donde necesariamente estén afectados los intereses del demandante. Es, sencillamente, un remedio judicial que permite fortalecer las demandas de actores públicos, y también privados. En suma, la acción de tutela garantiza que todo ciudadano pueda gozar de remedios preestablecidos para la protección de sus derechos a través de un rápido acceso a un juez y, eventualmente, al mismo Tribunal Constitucional.

De suerte que, una vez que estos tribunales toman distancia respecto del objetivo original del reclamo individual, se vuelve entonces factible que

algunos problemas sobre la protección real de los derechos del agraviado puedan todavía ser percibidos como resultado de los efectos más generales que, en aras del bienestar común, la misma sentencia judicial pudiera estar prohiendo.

En cuarto lugar, los tribunales son “populares” y gozan de una buena reputación, en el sentido de que han tenido un aumento considerable de requerimientos presentados cada año: para el caso del ECtHR, sólo al comparar los primeros seis meses de 2016 y 2017, los requerimientos han aumentado de 24,650 a 37,550, con un incremento de un 52%. Si se observan también, los requerimientos decididos en el mismo periodo de tiempo fueron 18,632 en 2016 y 36,237 en 2017, con un aumento del 94%. Los juicios sustanciados (997 contra 1,192) han crecido un 20%, mientras que las decisiones con las cuales las solicitudes fueron rechazadas o declaradas inadmisibles, pasaron de 17,635 a 35,045 (un aumento del 99%).¹⁴ Por otro lado, una visión general del trabajo del ECtHR desde 1959 hasta 2016 muestra que el Tribunal ha realizado 19,500 juicios, pero, a pesar de que el número de juicios ha decrecido con el tiempo, lo cierto es que se han examinado más requerimientos.¹⁵ En 2010, el presidente del ECtHR, Jean-Paul Costa, abrió el año judicial remarcando que si el Tribunal hubiera dejado de aceptar nuevos casos en ese momento, habría llevado unos buenos quince años abordar el volumen total de los reclamos registrados.¹⁶

En el caso del Tribunal Constitucional colombiano, en 2014 se presentaron 498,240 pedidos de tutelas en todo el país, y el Tribunal revisó sólo un pequeño porcentaje de ellas (789). Si observásemos también la tendencia desde los comienzos de la intervención del Tribunal en 1991, el número total de procesos por tutelas ha aumentado de manera notable y consistente, al pasar de 20,181 en 1993 a 131,764 en 2000 y 344,468 en 2008.¹⁷

Entre 1993 y 2004, los datos comprueban que los pedidos de tutelas presentadas al Tribunal Constitucional pasaron de 20,000 a 198,000. En la justicia administrativa, en 2004 las solicitudes de tutelas llegaban a ser el 74.69% de la totalidad de las peticiones presentadas, mientras que la justi-

¹⁴ Estos datos son extraídos de informes estadísticos disponibles en el sitio web del ECtHR, en particular, *ECtHR Statistics 1/1-30/6/2017 (compared to the same period of 2016)*, disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_annual_2017_ENG.pdf.

¹⁵ *Overview ECHR 1959-2016*, disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592016_ENG.pdf.

¹⁶ Informe Anual del ECtHR de 2010, disponible en: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Reports/Annual+Reports/>.

¹⁷ Cepeda Espinosa, Manuel José y Landau, David, *Colombian Constitutional Law. Leading Cases 14-15*, 2017.

cia administrativa tenía registros del 25.31%. Los datos se vuelven aún más reveladores cuando se considera que desde 1992 el Tribunal Constitucional ha reconocido la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) a través del procedimiento de tutelas, siempre que éstos estén vinculados a un derecho fundamental como puede ser la vida o la dignidad humana. Los derechos reclamados —como los DESC— a través del procedimiento de las llamadas “tutelas”, confirman, de paso, la demanda social por la justicia constitucional en Colombia.¹⁸

Ciertamente, estos datos básicos sin mayor meticulosidad permiten, empero, dar crédito tanto a la conciencia entre los ciudadanos sobre qué recursos existen y cómo pueden ser implementados a como quizá, qué mecanismos y vías son efectivamente apropiados para dar curso a las demandas individuales. La pregunta sobre si este “éxito” creciente está motivado por la desconfianza del pueblo hacia los poderes representativos es una cuestión que va más allá de lo que puede explicar el presente artículo. Sin embargo, la mera probabilidad de que hoy pueda existir alguna correlación entre los dos factores o de que la misma pueda desarrollarse incluso en el futuro cercano es suficiente para que valga la pena la exploración de esta especulación.

En quinto lugar, es claro que estos dos tribunales operan en dos contextos constitucionales muy distintos; uno es un tribunal constitucional y el otro es un tribunal supranacional. Ambos actúan en dos realidades también distantes. Sin embargo, es interesante ver que tanto un tribunal supranacional como un tribunal constitucional han desarrollado instrumentos para potenciar su capacidad de persuasión a las instituciones domésticas y a otros poderes. El objetivo común es introducir reformas necesarias y a veces políticamente sensibles. En este sentido, las instituciones del Consejo de Europa y el ECtHR auspiciaron el procedimiento del “juicio piloto” para preservar la eficiencia de su trabajo y para robustecer la efectividad de la ECHR. De todos modos, lo hicieron también con el objetivo de proyectar mayor influencia política a nivel nacional. Del otro lado, el Tribunal Constitucional colombiano aprovechó el procedimiento establecido para la acción de tutela (y la DESI) con la intención de recalibrar el vínculo entre las normas abstractas con las necesidades reales extraídas del derecho, la política y la sociedad.

Por otra parte, existen algunas similitudes con respecto a las dificultades del poder político y la manifestación de la crisis de representación política:

¹⁸ Los datos son extraídos de Iturralde, Manuel, “Access to Constitutional Justice in Colombia: Opportunities and Challenges for Social and Political Change”, en Bonilla Maldonado, Daniel (ed.), *Constitutionalism in the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, 380, ff. 2013.

en ambos contextos son atacadas. En Colombia, la mayoría de las promesas encarnadas en la Constitución de 1991 no fueron honradas. Y así, la tan anhelada paz no pudo ser inmediatamente alcanzada. La reconfiguración institucional nunca ocurrió, en tanto que el Congreso permaneció primero monopolizado por los dos partidos tradicionales (liberal y conservador) y luego pasó a estar sitiado por grupos y movimientos activos,

...muchos de corta duración y sin una plataforma ideológica sólida. Más aun, el Congreso continuó viéndose plagado de escándalos... El resultado de estos factores revela que el Congreso no se ha convertido en una ventana de influencia poderosa y coherente para la creación de políticas públicas. El poder ejecutivo sigue siendo el lugar de poder, aun cuando hoy es controlado por un tribunal constitucional poderoso.¹⁹

El Tribunal, entonces, ha permanecido como la principal institución encargada del desarrollo de una cultura constitucional.

En términos más generales, puede afirmarse que el contexto político en el que ha operado el Tribunal —con un presidente extremadamente poderoso; un Congreso perceptiblemente débil, disfuncional, y clientelista; y frente a ante desafíos recurrentes por fallas regulatorias y escaso rendimiento burocrático—, el activismo del Tribunal ha sido un lógico desenlace.²⁰

La situación alrededor del ECtHR es diferente, aunque con la recurrencia de algunos temas subyacentes. Me refiero a los problemas que causaron el establecimiento de los juicios piloto: de hecho, los primeros juicios pilotos afectaron casi exclusivamente a países de Europa del Este, que por entonces estaban inmersos en su transición desde un régimen comunista a un sistema de gobierno democrático. Por caso: Polonia,²¹ Bosnia y Herzegovina,²² Rumania,²³ Rusia,²⁴ Moldavia,²⁵ Ucrania,²⁶ con el agregado de Grecia.²⁷ Lo cierto es que todos estos casos están caracterizados por un sentido de ex-

¹⁹ Cepeda Espinosa, Manuel José y Landau, David, *Colombian Constitutional...*, cit., p. 17.

²⁰ *Ibidem*, p. 18.

²¹ Eur. Court. H. R., *Broniowski v. Poland* (GC) (22 June 2004) and Eur. Court. H. R., *Hutten-Czapska v. Poland* (GC) (19 June 2006).

²² *Ibidem*, *Suljagic v. Bosnia and Herzegovina* (3 November 2009).

²³ *Ibidem*, *Maria Atanasiu and Others v. Romania* (12 October 2010).

²⁴ *Ibidem*, *Burdov v. Russia no. 2* (15 January 2009).

²⁵ *Ibidem*, *Olaru and Others v. the Republic of Moldova* (28 July 2009).

²⁶ *Ibidem*, *Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukraine* (15 October 2009).

²⁷ *Ibidem*, *Athanasios and Others v. Greece* (21 December 2010).

tendida disfunción burocrática y una falta real de capacidad estatal. Pero la sentencia piloto no se ha limitado sólo a esos países, sino que ha involucrado incluso a Bélgica, Alemania, Italia y al Reino Unido. Todos ellos, ocasionalmente, han protagonizado esta experiencia. De modo que, a pesar de obvias diferencias, la comparación entre estos dos tribunales y, de ambos escenarios, muestra una misma concepción del Poder Judicial, típica de los países del “Sur global”, y también la situación de un tribunal supranacional altamente influyente.

Finalmente, la comparación entre estos dos tribunales es particularmente viable porque ambos han dictado fallos sobre los derechos fundamentales de las personas en prisión. Naturalmente, éste no es el único tema tratado por el ECtHR con la sentencia piloto y por el Tribunal Constitucional colombiano por medio del procedimiento de la tutela (y la DESI); estos tribunales han analizado las condiciones inhumanas y/o degradantes de detención;²⁸ han tratado violaciones recurrentes sobre el derecho a la protección de la propiedad²⁹ o el derecho a sufragar de reclusos condenados,³⁰ o han esclarecido el prolongado incumplimiento —sin mecanismos remediales— de las decisiones del tribunal,³¹ o se han avocado a la duración excesiva de los procedimientos —sin mecanismos judiciales domésticos³²—; o resuelto la falta de regularización del estatus de residencia de aquellas personas ilegalmente desplazadas del registro de residentes permanentes.³³

La acción de tutela sólo ha sido diseñada para proteger “derechos constitucionales fundamentales”. Ello es así, aun cuando la Constitución no propone una definición clara sobre cuáles derechos se corresponden

²⁸ *Ibidem*, *Ananyev and Others v. Russia* (10 January 2012), *Torreggiani and Others v. Italy* (8 January 2013), *Neshkov and Others v. Bulgaria* (27 January 2015), *Varga and Others v. Hungary* (10 March 2015), *W.D. v. Belgium* (6 September 2016), *Rezmives and Others v. Romania* (25 April 2017).

²⁹ *Ibidem*, *Broniowski v. Poland* (GC) (22 June 2004); *Hutten-Czapka v. Poland* (GC) (19 June 2006), *Suljagic v. Bosnia and Herzegovina* (3 November 2009), *Maria Atanasiu and Others v. Romania* (12 October 2010), *Manushage Puto and Others v. Albania* (31 July 2012), *M.C. and Others v. Italy* (3 September 2013), *Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, “the former Yugoslav Republic of Macedonia”, Serbia and Slovenia* (GC) (16 July 2014).

³⁰ *Ibidem*, *Greens and M. T. v. the United Kingdom* (23 November 2010).

³¹ *Ibidem*, *Burdov v. Russia (no. 2)* (15 January 2009), *Olaru and Others v. the Republic of Moldova* (28 July 2009), *Yurik Nikolayevich Ivanov v. Ukraine* (15 October 2009), *Gerasimov and Others v. Russia* (1 July 2014).

³² *Ibidem*, *Rumpf v. Germany* (2 September 2010), *Athanasίου and Others v. Greece* (21 December 2010), *Dimitrov and Hamanov v. Bulgaria* and *Finger v. Bulgaria* (11 May 2011), *Ümmühan Kaplan v. Turkey* (20 March 2012), *Michelioudakis v. Greece* (3 April 2012), *Glykantzi v. Greece* (30 October 2012), *Rutkowski v. Poland* (7 July 2015), *Gazsó v. Hungary* (16 July 2015).

³³ *Ibidem*, *Kurić and Others v. Slovenia* (GC) (26 June 2012).

con esa definición, salvo lo prescrito por el artículo 85, que sin incluir a los DESC enumera los derechos inmediatos reconocidos. Sin embargo, la lectura abierta y no estrictamente ceñida al texto de la Constitución hecha por el Tribunal Constitucional ha permitido la justiciabilidad de los derechos sociales a través del procedimiento de la tutela. Precisamente, este es uno de los logros más sobresalientes alcanzados por el Tribunal, que, por caso, habiendo reconocido el derecho a la salud como derecho fundamental, logró que algunos aspectos de éste pudieran ser obligatorios por medio de la tutela.³⁴ Este punto de vista se confirma, también, respecto del derecho al acceso al agua para consumo humano.³⁵ Y, en lo que respecta al DESI, por primera vez, éste utilizó esta vía para tratar la sobrepoblación y otras condiciones lacerantes en las prisiones del país.³⁶ Pero donde mejor se advierte —y a más amplia escala— esta alternativa, fue en un caso donde personas desplazadas internamente demandaron la intervención del Tribunal.³⁷

En lo que sigue, entonces, el presente artículo ilustrará dos ejemplos de planteos individuales y reclamos comunes (B): el primero alude a la jurisprudencia del ECtHR valiéndose del procedimiento de juicio piloto (B.I), y el segundo refiere al Tribunal Constitucional colombiano que resuelve una acción de tutela combinada con la DESI (B. II); luego, se expondrá el fenómeno de la judicialización de los tribunales (C), y analizando en ello tres factores que inducen una posible metamorfosis constitucional del Poder Judicial en tiempos de crisis de representación política: la política de derechos como fuerza individualizante (C.I); la percepción de las instituciones que diseñan las políticas públicas (CII), y la debilidad de la política representativa (C.III). Considerado todo esto, el presente artículo explorará la posibilidad de que algún día puede tener lugar una metamorfosis constitucional. Ésta marcaría que los tribunales se conviertan en un híbrido: un tanto organismo judicial, otra tanta institución legislativa, reemplazando las instituciones representativas tradicionales. La razón de esta transformación estaría marcada por la intención de atraer la confianza de la gente. (D). ¿Están acaso los tribunales destinados a reconvertirse en lo que alguna vez supieron ser los antiguos parlamentos británicos en el comienzo de su historia?

³⁴ Decisión T-760 of 2008 (per Justice Manuel José Cepeda Espinosa).

³⁵ Decisión T-418 of 2010 (per Justice Mauricio González Cuervo).

³⁶ Decisión T-153 of 1998 (per Justice Eduardo Cifuentes Muñoz).

³⁷ Decisión T-025 of 2004 (per Justice Manuel José Cepeda Espinosa).

II. ENTRE LOS PLANTEOS INDIVIDUALES Y LOS RECLAMOS COMUNES: LA FUNCIÓN JUDICIAL Y EL ROL LEGISLATIVO EN EL ECtHR Y EL DERECHO DE CASOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

1. *El procedimiento de juicio piloto del ECtHR*

Desde comienzos de 2000, dentro de las bases de la Convención Europea de Derechos Humanos (ECHR), y, notablemente, en el artículo 46(1), el cual prevé que “Las partes contratantes se comprometen a cumplir con la sentencia del Tribunal en cualquier caso del que sean partes”, el ECtHR ha podido desarrollar el aludido procedimiento de juicio piloto. El primer fallo piloto tuvo sentencia en 2004 en el caso *Broniowski v. Poland*. En este caso, se analizó la situación de las propiedades situadas en las provincias del este de Polonia, las cuales, durante la preguerra eran conocidas como “Borderlands”. Estas propiedades incluían grandes territorios de lo que hoy en día es Bielorrusia, Ucrania y Lituania. En septiembre de 1939, esas regiones fueron invadidas por la Unión Soviética; luego, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, y al fijarse el límite este de Polonia a lo largo del río Bug, el gobierno polaco asumió la obligación de compensar a todas las personas (estimadas en más de un millón) que habían sido repatriadas de Borderlands. Vale decir, el gobierno debía indemnizar a quienes habían tenido que abandonar sus propiedades, que en toda su extensión alcanzaban casi un 20% de todo el territorio polaco. En 2004, cuando se sustanció la sentencia piloto, se estimó que los reclamos pendientes en el ECtHR sobre el tema afectaban a más de 80,000 personas.

En su decisión, el ECtHR argumentó que la supuesta violación de los derechos del querellante

...se originaba en un problema extendido que es resultado de la mala legislación y la mala práctica administrativa polaca responsables de haber afectado y de que se siga afectando a un gran número de personas. El impedimento injustificado del “gozo pacífico de las posesiones” del peticionante no es el resultado de un incidente aislado ni atribuible al curso particular de los acontecimientos en este caso, sino que fue más bien la consecuencia de la conducta administrativa y regulatoria de parte de las autoridades hacia una clase identificable de ciudadanos, es decir los demandantes del río Bug... al respaldar tal valoración, el Tribunal concluye que los hechos del caso revelan la existencia, dentro del orden jurídico polaco, de una falla como consecuencia de la cual se le ha negado —y se le sigue negando— a toda una clase de individuos el gozo pacífico de sus posesiones. También hace notar que las deficiencias en

la ley y en la práctica nacional advertidas en el caso individual del demandante pueden dar origen a numerosas y bien fundados planteos subsiguientes.³⁸

En este sentido, y como resultado del primer experimento de procedimiento de juicio piloto, en Polonia fue sancionada una nueva legislación en la materia. Cabe notar que dicha legislación reguló también los litigios aún pendientes.

Al implementar la primera sentencia piloto, el ECtHR tuvo en cuenta la resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa. En mayo de 2004, al debatir el efectivo cumplimiento de la Carta Europea de Derechos Humanos (ECHR) a nivel nacional, el Comité de Ministros propuso al ECtHR “identificar en sus sentencias toda violación a la Convención en lo que considere un problema sistémico subyacente y/u origen común de dicho problema; en particular, para ayudar a los Estados a encontrar una solución adecuada, identificar aquello que pudiera ser la causa que diera lugar a todas esas demandas”.³⁹ Respecto al ECtHR, esa resolución remarcaba que la misma “debía ser interpretada en el contexto de la creciente cantidad de casos donde el Tribunal se encontraba involucrado como resultado de una misma causa estructural o sistémica”.⁴⁰ El objetivo original del procedimiento de juicio piloto era entonces evitar o reducir los perjuicios derivados de la demora en tratar cientos e incluso miles de reclamos análogos sobre el mismo asunto. Todo ello, naturalmente, impactaba en la mora del Tribunal. Debe considerarse, además, que “el Tribunal no sólo necesita emitir un juicio fundado en todos estos casos, sino que también éste debía determinar una compensación equitativa y razonable por los daños sufridos por el demandante”.⁴¹

Como lo señaló el Tribunal en el juicio *Broniowski*, la cantidad abrumadora de planteos con respecto a repetidos casos “representa una amenaza a la futura efectividad de los mecanismos de la Convención”.⁴² Así, al seleccionar sólo una o varios planeos en un campo determinado, la sentencia

³⁸ Eur. Court. H. R., *Broniowski v. Poland* (GC), párr. 189.

³⁹ Resolución Res (2004)3 sobre juicios que revelan problemas sistémicos subyacentes, 12 de mayo de 2004. Véase Directorate General of Human Rights, Council of Europe, Guaranteeing the effectiveness of the European Convention on Human Rights. Collected Texts, pp. 80 y 81, 2004.

⁴⁰ Eur. Court. H. R., *Broniowski v. Poland*, párr. 190.

⁴¹ Janneke Gerards, “The Pilot Judgment Procedure Before the European Court of Human Rights as an Instrument for Dialogue”, in Claes, Monica *et al.*, *Constitutional Conversations in Europe* 371 (2012).

⁴² Eur. Court. H. R., *Broniowski v. Poland*, párr. 193.

piloto fue una técnica inventada por el ECtHR para intentar manejar su carga laboral de manera más eficiente y diligente.

Lo que debe notarse, sin embargo, es que al ECtHR típicamente “no se le requiere que examine *in abstracta* la legislación impugnada, sino que debe circunscribirse a las circunstancias del caso que tiene ante sí”, y el procedimiento de juicio piloto contradice abiertamente este punto de vista, en la medida en que éste supera la latitud del caso individual para abordar el problema estructural que subyace, obligando al Estado a encontrar, si no la solución, al menos los medios para alcanzarla.

Es difícil decir cuán negativo puede volverse este procedimiento para la autoridad del Tribunal en el futuro, ya que muchos Estados han comenzado a murmurar desconfiados sobre el poder adquirido por el EctHR, a través de la acción de este tipo de procedimientos.⁴³ En efecto,

...la práctica antigua de emitir sentencias que no exigen explícitamente un cambio legislativo apenas si dejan al tribunal una opción secundaria aun cuando ésto asegure un equilibrio entre el poder del tribunal y la independencia del estado. Puede decirse entonces que, admitir exigencias explícitas de cambio legislativo de algún modo altera dicho equilibrio justificando los reclamos de que el tribunal está excediendo su mandato. Vale decir que, entre la creación de medidas intermedias y los juicios piloto, el tribunal ha incrementado su influencia sobre los estados contratantes, aun cuando no ha habido cambios relevantes en la Convención.⁴⁴

Desde 2004, los casos de sentencias piloto han sido 28; diez entre 2004 y 2010 y 18 entre 2011 y junio de 2017 (con un incremento del 80%); todos ellos involucrando a dieciocho países diferentes del Consejo de Europa (Albania, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Moldavia, Polonia, Rumania, Rusia, Serbia, Eslovenia, Turquía, Ucrania, y Reino Unido).

Pero ¿cómo opera el procedimiento de juicio piloto? Cuando varios planteos que comparten una raíz común son presentados, el Tribunal puede seleccionar una o más causas para darle tratamiento prioritario bajo el procedimiento “piloto”. Aquí, la tarea del Tribunal no sólo se restringe a decidir si ha habido una violación de los derechos de la ECHR, sino tam-

⁴³ Gerards, Janneke, “The Pilot Judgment Procedure Before the European Court of Human Right sas an Instrument for Dialogue”, en Claes, Mónica *et al.*, *Constitutional Conversations in Europe* 372 fn. 16 (2012).

⁴⁴ Wallace, Stuart, “Much Ado About Nothing: The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights”, 1, *European Human Rights Law Review*, 2011, pp. 71 y 79.

bién debe identificar el problema sistémico, dándole al gobierno nacional indicaciones sobre las medidas necesarias para resolverlo. Si en los primeros años había alguna incertidumbre acerca de cómo distinguir entre un juicio piloto completo y uno no piloto —o semipiloto—, a partir de febrero de 2011, la introducción de la regla 61 en el Reglamento del Tribunal, definitivamente estableció un marco regulatorio preciso. Desde entonces, a través de una sentencia piloto, el Tribunal identifica el problema que han originado, o pueden originar, solicitudes similares, y ordena también medidas vinculantes para que el Estado demandado se avoque a la solución del problema.⁴⁵ Por otro lado, la regla 61 estableció que el procedimiento consta de tres etapas —fase previa, juicio, y ejecución— y cuenta también de varios pasos: primero, la identificación de un mal funcionamiento sistemático de legislación doméstica o de una práctica administrativa. Segundo, una evaluación que determine por qué este problema estructural puede dar origen a una cantidad importante de reclamos debidamente fundados. Tercero, el reconocimiento de que necesitan tomarse reformas sistemáticas junto a la sugerencia sobre qué reformas deben ser implementadas para solucionar las fallas estructurales, y, finalmente, la suspensión de todos los otros planteos individuales pendientes que tengan la misma causa convencional. Este instrumento, en resumen, es utilizado para ayudar a las autoridades nacionales a eliminar los problemas sistémicos o estructurales innegables, dada la gran cantidad de reclamos que denuncian las mismas graves disfunciones. Por consiguiente, “al extenderse el procedimiento de demanda individual por medio de la revisión judicial de la legislación, la naturaleza jurídica de los juicios piloto revela características que combinan efectos individuales y generales dentro el orden jurídico doméstico”.⁴⁶

A través de este medio, el ECtHR tiene por objetivo determinar la posible violación de derechos de la ECHR en el caso particular bajo examen. La citada Corte utiliza la sentencia piloto para identificar el mal funcionamiento de la legislación doméstica —que es causa de las violaciones de derechos—, y atina a dar instrucciones al gobierno nacional para corregir dicho déficit, induciendo, de paso, la creación de soluciones domésticas extensibles a otras demandas aún pendientes.

Atento la regla 61(6)a, este procedimiento permite congelar todas las otras demandas sobre ese asunto a condición de que el gobierno actúe pres-

⁴⁵ Glas, Lize R., “The Functioning of the Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights in Practice”, 34, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 41, 2016.

⁴⁶ Fyrnys, Markus, “Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights”, 12, *German Law Journal*, 2011, pp. 1231 y 1233.

tamente para corregir las disfunciones que causan el problema estructural. Esta instancia adicional funciona como un medio de persuasión hacia el gobierno afectado por los problemas sistémicos. Es un modo de instarle para que los resuelva. Sin embargo, el ECtHR puede también “descongelar” en cualquier momento las demandas pendientes cuando así lo exija el interés de la justicia:

(l)a procédure de l’arrêt pilote repose sur une idée-force: lorsqu’un grand nombre de requêt concerne le même problème, les requérants obtiendront plus rapidement un redressement si un recours effectif est mis en place au niveau national que si chaque affaire est traitée individuellement à Strasbourg.⁴⁷

Para facilitar la implementación efectiva de sus juicios, el ECtHR requiere a los gobiernos nacionales que tomen algunas medidas que permitan eliminar las violaciones sufridas por los demandantes. Según la regla 61(4), se establece un periodo de tiempo (seis, doce, dieciocho o veinticuatro meses desde los cuales el juicio se vuelve definitivo) a partir del cual se espera que tales medidas entren en vigencia en acuerdo o bajo la supervisión del Comité de Ministros.

El procedimiento de juicio piloto se complementa con la regla de ejecución de sentencia. Ambos extremos suponen la transmisión de la decisión definitiva al Comité de Ministros que, supervisando la citada ejecución de sentencia, con una mayoría de dos tercios de representantes, puede recurrir al ECtHR cuando el gobierno nacional rehusara cumplir el juicio definitivo en el cual fue parte.

Si, a través del procedimiento de juicio piloto, el ECtHR está habilitado a conectar un reclamo individual con un problema estructural del orden jurídico doméstico, en el caso, con la norma que regula la ejecución de sentencia, éste monitorea el progreso de las reformas sobre fallas estructurales en el orden jurídico nacional. En pocas palabras, la conjunción de estos dos mecanismos hace posible que la petición individual que introduce una problemática particular pueda también dar impulso a la intervención del ECtHR con respecto al gobierno nacional emplazado a eliminar la disfunción estructural. El ECtHR, de tal suerte, controlará indirectamente el progreso de la intervención doméstica a través del Comité de Ministros a cargo de supervisar la ejecución de las sentencias finales. De esta manera, las otras demandas pendientes —y temporariamente “congeladas”— ante

⁴⁷ *La procédure de l’arrêt pilote. Note d’information du greffier*, párr. 6, 2009, disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Pilot_judgment_procedure_FRA.pdf.

el ECtHR, a la luz del principio de subsidiariedad, podrán valerse de todas las medidas correctivas implementadas por los gobiernos nacionales para corregir los mencionados problemas sistémicos.⁴⁸

La práctica de estos años no permite comprender a ciencia cierta por qué el Tribunal decide activar el procedimiento en algunas situaciones sistémicas y no lo hace en otras. El volumen de peticiones pendientes y su ritmo de crecimiento no parecen ser elementos decisivos para definir la habilitación del procedimiento. Más aún, el procedimiento de juicio piloto ha sido utilizado inclusive para temas negativos en materia de derechos humanos. Por caso, lo fue respecto a la mejora de las leyes polacas de propiedad, las cuales, para nada, constituyen una *cause célèbre* para el movimiento de derechos humanos.⁴⁹

Es asimismo un misterio por qué una demanda en particular es distinguida y preferida entre todo un gran conjunto de planteos de la especie.⁵⁰ “Un riesgo asociado es que el Estado demandado sólo establezca una solución para personas en la misma situación que la actora, en vez de hacerlo con relación a todas las personas en situaciones comparables y, de tal suerte, así quede limitado el alcance de la solución”.⁵¹ Por otro lado, la identificación del problema sistémico no siempre está combinado con el debido y profundo análisis de su naturaleza y de las causas que lo motivaron.

Luego de trece años de práctica de procedimiento piloto, lo que puede decirse es que el objetivo perseguido con esta técnica no sólo es evitar las posibles demoras y ofrecer una rectificación más rápida a los planteos en cuestión. Lo que ésta ha logrado es, más bien, ayudar a los 47 Estados europeos ratificantes de la ECHR a resolver problemas sistémicos y/o estructurales a nivel nacional. Cuando el ECtHR se da cuenta de que hay numerosos reclamos pendientes sobre la misma violación de derecho, advierte también que puede dar precisión y fallar con antelación uno o más casos por medio de una solución aplicable no sólo a aquellos casos en cuestión, sino también a todos los reclamos sobre el mismo asunto.

⁴⁸ Eur. Court. H. R., *Bourdiv v. Russia* (no. 2).

⁴⁹ Wallace, Stuart, *Much Ado About Nothing: The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights*, p. 78.

⁵⁰ La regla 61(2)c establece sólo que se le da prioridad a toda aplicación seleccionada para un tratamiento de sentencia piloto según la regla 41, que “no se refiera explícitamente a «sentencias piloto», mientras que la sentencia piloto de apelación ha sido adoptada *ex post facto*, está claro que cualquier juicio que identifique un problema sistémico, piloto o no, será priorizado” (Wallace, Stuart, *Much Ado About Nothing...*, *cit.*, 2011, pp. 71 y 72).

⁵¹ Glas, Lize R., “The Functioning of the Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights in Practice”, p. 49.

Si en verdad, a lo largo de su historia, el ECtHR ha tenido que lidiar con un creciente y excesivo número de demandas, otra dificultad adicional ha estado vinculada con la predisposición de los Estados contratantes en dar cumplimiento a sus fallos. Y si el procedimiento de juicio piloto ciertamente ha contribuido a dar solución a cuestiones críticas derivadas de la sobreabundante carga de trabajo que la afecta, el mismo, empero, ha servido también para alentar la disposición de los Estados a cumplir sus decisiones a resultas de “su fuerza dialógica”,⁵² o, mejor aún, por su potencial conversacional.

El primer elemento dialógico tiene que ver con la aptitud de “ser oído”. Y esto atañe al gobierno nacional, aunque, especialmente también, lo es cuando lo que está en juego es políticamente sensible a las ONG, o a otras partes al interior del Estado; o a otras organizaciones dispuestas a presentarse como *amicus curiae*. En tal hipótesis, para lograr fundamentos robustos, el suministro de información recabada en juicios pilotos importa dotar a la sentencia con exhaustiva evidencia con respecto al obstáculo sistémico subyacente. El diálogo, de tal modo, es protagonizado principalmente por el Comité de Ministros y el gobierno nacional, en tanto que el Tribunal permite al Estado involucrado arbitrar libremente los medios más apropiados para remediar la violación en la ejecución de la sentencia. Esta libertad, empero, puede convertirse en una fuente de problemas antes bien que una solución, toda vez que hay ciertos problemas estructurales cuya complejidad y amplitud en la solución permiten muy diversos caminos. Ésta es la razón por la cual la ya citada Resolución 2004 (3) alienta al ECtHR a involucrarse en un diálogo más directo con las autoridades domésticas. Atento ello,

...el Tribunal parece haber tomado con mucha determinación esta sugerencia, deshaciéndose de su anterior reticencia a dar claridad a las soluciones deseadas... Ahora que el Tribunal se expresa con mayor claridad sobre la existencia de problemas sistémicos y sobre las posibles soluciones, la tarea del Comité de supervisar la ejecución de las sentencias se ha facilitado notablemente.⁵³

El segundo elemento dialogal se refiere a la supervisión de la ejecución de sentencia. En particular, con relación a la Secretaría del Comité de Ministros, la cual está a cargo de la asistencia en la preparación del plan de acción:

⁵² Gerards, Janneke, “The Pilot Judgment Procedure Before the European Court of Human Rights as an Instrument for Dialogue”, en Claes, Monica *et al.*, *Constitutional Conversations in Europe*, 2012, p. 375.

⁵³ *Ibidem*, pp. 376 y 377.

...mientras que el papel de la Corte es el de identificar un problema estructural e indicar la dirección general en la cual se puede encontrar una solución, la Secretaría del Comité junto con las autoridades nacionales deben pensar y proporcionar sugerencias concretas de reforma. Inclusive, es posible movilizar otros organismos del Concejo de Europa para ayudar a superar las dificultades relacionadas con la ejecución de una sentencia. El conocimiento de la Comisión de Venecia y/o del Oficial Para los Derechos Humanos bien pueden estar incluso apuntalados por la intervención de ONGs nacionales y otras partes interesadas dispuestas a debatir en mesas redondas y seminarios sobre las reformas necesarias. De esta manera, el estado recibe ayuda para encontrar soluciones adecuadas de manera positiva y alentadoras.⁵⁴

Es, entonces, la acción mancomunada del ECtHR y del Comité de Ministros lo que proporciona a las autoridades nacionales, recomendaciones políticas y sugerencias para evaluar medidas pertinentes. Y, finalmente, es la pericia para zanjar dificultades la forma en que estos problemas son resueltos. Más recientemente, incluso la Asamblea Parlamentaria se ha involucrado en el proceso. Lo ha hecho para presionar al Estado cuando éste es reticente o lento en la ejecución de una sentencia que le afecta.

Finalmente, el tercer elemento dialógico refiere a las relaciones que tienen lugar una vez que ha sucedido la ejecución de sentencia, especialmente las que protagonizaran el ECtHR y el Comité de Ministros, que, aun sin estar completo, tiene capacidad de tomar decisiones. En lo que respecta al ECtHR y las autoridades nacionales,

La Corte parece mostrarse muy permisiva y deferente en esta etapa, al aceptar un nivel relativamente bajo en el cumplimiento de los estándares de la Convención siempre que ello sea necesario para cumplir con las exigencias establecidas por la sentencia piloto. No obstante, la paciencia y comprensión de la Corte no son ilimitadas. Si nuevas demandas revelaran que el estado ha caído una vez más en las fallas sistemáticas, la Corte, ciertamente, intervendrá nuevamente. En tal hipótesis, aun cuando el procedimiento permita la interacción y el diálogo entre los estados y la Corte, ésta va a tener la última palabra en esta instancia.⁵⁵

En conclusión, el procedimiento de juicio piloto puede activar mecanismos por los cuales las instituciones nacionales pueden tomar participación y solucionar los problemas que les aquejen. De tal suerte, cuando de manera particular la política no logra —o le resulta difícil— atraer la

⁵⁴ *Ibidem*, p. 384.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 392.

atención pública hacia las disfunciones que afectan el sistema; cuando ésta no puede atraer la acción política y los recursos públicos para resolver tales disfunciones, la intervención del ECtHR y del Comité de Ministros —acompañando a las instituciones domésticas—, puede en conjunto escapar a la indolencia política y, de tal modo, puede eludir la aversión pública hacia esta clase de políticas que permiten atacar cualquier falla endémica en las sociedades involucradas.

2. *La acción de tutela y la Doctrina del Estado de Situación Inconstitucional (DESI) en el derecho de casos del Tribunal Constitucional colombiano*

El inicio de la historia constitucional colombiana estuvo marcado por la adopción de la Constitución conservadora y centralista de 1886. Esta Constitución consagraba sólo unos pocos derechos constitucionales, lo cual permite explicar algunas de sus fallas estructurales. Más acá en el tiempo, pasado una etapa oscura plagada de conflictos armados y signada por la guerra contra los carteles de la droga; tras la tregua alcanzada con el cartel de Medellín, la nueva Constitución promulgada por una convención en 1991 inauguró transformaciones sustanciales en el ámbito económico, político y social. “La definición de Colombia como estado basado en la justicia social fue la principal innovación en este sentido, como lo fue también la consagración de un amplio rango de derechos”.⁵⁶ Los aludidos derechos están agrupados en tres capítulos principales: los derechos *fundamentales*; los derechos económicos, sociales, y culturales, y finalmente, los derechos colectivos y ambientales.

Una suerte de debate tuvo lugar, específicamente, sobre qué derechos podrían consolidarse a través de una acción de protección (la acción de tutela). Esto es, la pregunta era qué criterios podrían determinar si un derecho era inmediatamente “operativo” o si éste requería un esfuerzo hermenéutico. Como lo remarcó el Tribunal Constitucional en su caso T-496 de 1992, un derecho constitucional debe considerarse fundamental si es el resultado de su directa aplicación desde la Constitución “sin requerir una política normativa de intermediación... En este esquema, el juez constitucional toma un rol principal, toda vez que el mismo goza de un margen considerable de libertad para determinar, en cada caso, cuándo pueden identificarse

⁵⁶ Ariza, Libardo José, “The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Intervention in the Penitentiary System in Colombia”, *Constitutionalism of the Global South*, *cit.*, 135, nt. 14, 2013.

derechos fundamentales, definiendo de paso los remedios específicos para su protección”.

Desde que se estableció el Tribunal Constitucional colombiano con la Constitución de 1991, éste ha imprimido un profundo impacto en diversas áreas de la sociedad y de la política pública. Durante la duración de la anterior Constitución de 1886, Colombia ya había experimentado una larga tradición de revisión judicial, administrada por la Corte Suprema, la cual jugó un papel significativo en el derecho público durante la mayor parte del siglo veinte. Su actuación había destacado en disputas entre los partidos políticos, estableciendo el Estado de derecho en Colombia. Sin embargo, en los muchos años del Frente Nacional —el régimen establecido en 1957 por los líderes de los partidos conservador y liberal—, la Corte Suprema fue también duramente criticada por bloquear los importantes esfuerzos por un cambio constitucional.⁵⁷

La Asamblea Constituyente de 1991 transformó completamente la visión normativa de la Constitución: no sólo puso énfasis en los derechos socioeconómicos para reducir la pobreza, sino que recalcó la importancia de la igualdad y se concentró en la idea de un “Estado social de derecho”. Esta tendencia incluía ciertamente la noción de Estado de derecho, aunque también una dimensión de democracia-social sobre la cual se asentaba el *Estado social de derecho*, que venía a reemplazar al antiguo *Estado de derecho*. Este cambio, por lo tanto, proporcionó una red de protección para los más pobres afectados por niveles descomunales de indigencia.⁵⁸ El Tribunal Constitucional, que hizo uso muy extensivo de este concepto, de algún modo, quizá, consolidó esta idea como el logro más impactante de la Asamblea Constituyente de 1991. Vale notar que la Constitución confirió una variedad importante de competencias al añadir mecanismos de reclamo individual por medio de la acción de tutela, la cual facilitaba su intervención activa al interior de la política pública.

Como se mencionó anteriormente, la tutela es una clase particular de *amparo*, *i. e.* una instancia constitucional individual o una acción especial que asegura la protección de derechos constitucionales fundamentales, que a juicio de los redactores constitucionales debían contar con garantías concre-

⁵⁷ Sobre el desarrollo de la adjudicación constitucional en Colombia, véase Cepeda-Espinosa, Manuel José, “Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court”, 3, *Washington University Global Studies Law Review*, 2004, p. 529.

⁵⁸ Cepeda Espinosa, Manuel José y Landau, David, *Colombian Constitutional Law. Leading Cases* (2017).

tas y no solamente teóricas.⁵⁹ Es difícil reconocer a ciencia cierta qué clase de individuos, grupos, actores sociales o movimientos que bregaron por la emancipación social han sido específicamente beneficiados por las *tutelas*. Lo cierto es que

... estos grupos y organizaciones han llevado ante el Tribunal *casos estructurales*, instando la protección de sus derechos fundamentales cuando los mismos han sido ignorados por los poderes ejecutivo y legislativo. En estos casos se ven afectados un número considerable de personas cuyos derechos fueron violados en circunstancias en que varias instituciones del estado son responsables de tales vulneraciones (muy especialmente a través de políticas públicas defectuosas o ante la completa ausencia de las mismas); exigiendo fallos complejos a través de los cuales, más allá de los demandantes, varias instituciones estatales se ven instadas a proteger los derechos de toda la población involucrada.⁶⁰

En una de las primeras y más sorprendentes decisiones tomadas por el Tribunal Constitucional en sus inicios, T-406 de 1992, una tutela que aludía a derechos socioeconómicos fue la excusa para inaugurar un espacio activista del Tribunal con relación a la política y la sociedad colombiana. En ese caso, el Tribunal protegió el derecho a la salud pública, a la dignidad y a la vida humana de los habitantes de un barrio de Cartagena, donde la instalación de un sistema de cloacas suspendida por el derrame de aguas servidas causó olor nauseabundo y contaminación ambiental. El Tribunal ordenó la finalización de las obras en un periodo razonable de tiempo, durante el cual el contratista debía evitar todas las molestias y daños provisorios. Además, la doctrina constitucional establecida en este fallo se extendió a todos los casos similares en los cuales algunas obras públicas sin terminar tuvieran un impacto sobre la salud pública. Ésta fue la sentencia en la cual el Tribunal, de alguna manera, reemplazó el principio rígido de separación de poderes dando prioridad al goce de los derechos constitucionales por parte de los ciudadanos. Así, el nuevo Estado *social* de derecho desplazó al Estado de derecho tradicional.

El Tribunal declaró que

... los cambios sociales y jurídicos habían producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa dado el incremento del volumen de las leyes, sino también un cambio cualitativo, teniendo en cuenta el aumento de la nueva manera de interpretar el derecho, cuya concepción clave puede resumirse de

⁵⁹ Cepeda Espinosa, Manuel José, *La tutela. Materiales y reflexiones sobre su significado*, 1992.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 385.

la siguiente manera: *la pérdida de la importancia sagrada del texto jurídico entendido como la emanación de la voluntad popular por una mayor preocupación hacia la justicia material y por aquellas soluciones que reposan en los hechos específicos en juego...* De ahí la importancia enorme que el juez constitucional adquiere en el estado social de derecho.

La complejidad del sistema, tanto en término de los hechos que se están siendo reglamentados como de las regulaciones en sí mismas, vuelve absurda cualquier pretensión racional que pretenda vincular todo posible conflicto con una solución jurídica correspondiente. En el sistema jurídico del estado social de derecho, nos enfrentamos de manera dramática al problema de la necesidad de adaptar, corregir, y condicionar la aplicación de la ley por medio de la intervención judicial. Pero esta intervención *se manifiesta no sólo como un mecanismo necesario para resolver una disfunción, sino también y, sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad; en otras palabras, para favorecer la actuación de la justicia (de la comunicación entre derecho y realidad)...*

El aumento de la complejidad fáctica y jurídica del estado contemporáneo ha traído como consecuencia una disminución de la capacidad regulatoria de las abstractas normas generales. En estas circunstancias, el texto jurídico pierde su posición tradicional predominante, mientras los principios y decisiones judiciales, considerados previamente fuentes secundarias dentro del sistema normativo, adquieren así una importancia excepcional. Esta redistribución tiene lugar, sobre todo, por razones funcionales: debido a que el derecho ya no puede determinar todas las soluciones posibles por medio de las previsiones jurídicas, se necesitan entonces criterios (principios) e instrumentos teleológicos para lograr una solución concreta; con jueces que puedan lograr una mejor comunicación con la sociedad.⁶¹

Fue un paso importante en el uso de las tutelas, el que tuvo lugar luego de que el Congreso sancionó la Ley 100 en 1993. La citada ley creó el Sistema General de Seguridad Social como sistema mixto público-privado, el cual introducía un plan de salud contributivo para aquellos que tenían la capacidad financiera de pagarlo, y un plan subsidiado para aquellos con dificultades económicas. Ambas categorías de ciudadanos tenían derecho de acceso a un paquete de servicios obligatorios dispuestos por el gobierno como Plan Obligatorio de Salud (POS). La idea era que, con el tiempo, el grueso de los servicios subsidiados se adaptara a aquel de los contributivos. No obstante, el haber tenido efectos exitosos la implementación de la Ley

⁶¹ T-406 of 1992 (per Justice Ciro Angarita Barón) (traducción inglesa extraída de Manuel José Cepeda Espinosa y David Landau, *Colombian Constitutional Law. Leading Cases*, 2017, pp. 27 y 28.

100 de 1993 recibió críticas constantes, al no haber logrado que el POS subsidiado alcanzara la misma magnitud que el plan contributivo.

Para comienzos de la década de 2000, un concierto de factores generaron una expansión muy rápida en la cantidad de acciones de tutela presentadas al Tribunal Constitucional para la protección del derecho a la salud. Desde 1999 a 2008, las demandas en materia de salud representaron un porcentaje creciente de todas las tutelas, al pasar de 21,301 a 142,957, 42% de la totalidad de las acciones de tutela. Al menos la mitad de los planteos eran sobre tratamientos o medicamentos excluidos por el programa. Las estadísticas demuestran asimismo que los demandantes ganaron la mayoría de los casos.⁶² “La jurisprudencia del Tribunal fue cambiando con el tiempo. En vez de realizar una evaluación individual sobre si una determinada situación impactaba en el mínimo vital en disputa, la misma pasó a evaluar si su adjudicación implicaba un alivio, de manera más categórica, para el agraviado”. En aquellos años, entonces, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional ayudaron decididamente a mejorar algunos de los problemas del sistema de salud. Al mismo tiempo, fue tan elevado el número de individuos que se vieron obligados a recurrir a los tribunales, que el volumen de tutelas terminó saturando la agenda del Tribunal Constitucional.

En este escenario, el Tribunal emitió la Decisión T-760 de 2008. Siguiendo el voto del juez Manuel José Cepeda Espinosa, el modelo de solución individualizada fue sustituido por un enfoque estructural, que permite resolver los aspectos críticos del sistema de salud. La doctrina de la “conectividad” según la cual el derecho a la salud sólo era susceptible de tutela si el mismo estaba conectado con otros derechos fundamentales —como la dignidad humana o la vida—, fue entonces desplazada por un modelo de protección directa del derecho a la salud como un derecho en sí mismo fundamental. Por consiguiente, el Tribunal dictó dos conjuntos de decisiones: uno para resolver los casos individuales y otro en vistas de la totalidad del sistema.

En una clase limitada de tutelas, entonces, el Tribunal Constitucional ha invocado la doctrina del *Estado de Situación Inconstitucional* (DESI), que aplica a un persistente fenómeno sistémico y problemático que justifica la adjudicación de soluciones estructurales sustanciales. En otras palabras, cuando hay una violación reiterada de los derechos fundamentales de muchas personas como resultado de actos u omisiones de las autoridades o por defecto de factores estructurales que los desatan, el Tribunal puede declarar un es-

⁶² Cepeda Espinosa, Manuel José y Landau, David, *Colombian Constitutional Law. Leading Cases*, 2017, p. 170.

tado de situación inconstitucional que permita la emisión de una gran cantidad de medidas estructurales además de medidas individuales para beneficio de los demandantes. El DESI, básicamente, por ejemplo, implicó que la masiva violación de los derechos constitucionales de los reclusos era tan extendida que había conformado una realidad inconstitucional causada como consecuencia de las deficiencias de los mecanismos institucionales. Se había producido un auténtico bloqueo institucional. Como resultado de ello, en primer lugar, “el Tribunal tomó provecho del reclamo individual de fácil acceso para los individuos, para acceder a buena información que revelaba los problemas generalizados que había en la sociedad colombiana”.⁶³ Seguidamente, asume funciones tanto para la creación de políticas públicas como para la asignación de recursos, y para la implementación de los DESC; todas competencias que normalmente son propios del Poder Legislativo. De esta manera, en resumidas cuentas, la combinación de la tutela con el DESI permitió al Tribunal desempeñar un rol activo, promoviendo y generando soluciones públicas. Lo hizo no obstante la inactividad e ineficiencia de las otras instituciones representativas, o a pesar de haber otras instituciones más directamente responsables ante el pueblo.

El Tribunal Constitucional supo tomar en cuenta que tratándose de cláusulas abiertas, algunos derechos constitucionales necesitaban estar adaptados a los cambios sociales. Ciertamente, es ésta una de las razones por las cuales siempre ha defendido

Un enfoque no formalista para la definición de derechos fundamentales, declarando que, como tales, los derechos fundamentales son susceptibles de aplicación inmediata y no son solamente aquellos que se encuentran expresamente prescriptos en el texto constitucional. [Este enfoque] tuvo un mayor desarrollo cuando el Tribunal estableció que los DESC... pueden ser exigidos a través de la *acción de tutela* cuando exista conexión entre la violación de esos DESC y un derecho fundamental involucrado con su implementación inmediata.⁶⁴

Con respecto a esto, es revelador el porcentaje de tutelas concedidas por el Tribunal Constitucional comparado con aquel de la Suprema Corte y del Concejo de Estado: entre 1992 y 1995, el porcentaje de los más altos tribunales de jurisdicciones ordinaria y administrativa fue respectivamente de 6.34% y 8.31%. Existe una marcada diferencia, entonces, que revela una

⁶³ Landau, David, “Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law”, 51 *Harv. Int’l L. J.* 321, 2010, p. 360.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 138 y 139.

clara división entre la Suprema Corte y el Concejo de Estado, por un lado, y el Tribunal Constitucional, por el otro. Los primeros estaban convencidos de que el amplio uso de las tutelas iba a poner en peligro al Estado de derecho, razón por la cual sostuvieron posturas afines al formalismo jurídico. El Tribunal Constitucional, en cambio, estaba convencido de que este mecanismo contribuiría significativamente a la protección efectiva de los derechos fundamentales. Éste entendía que “una visión del derecho más progresista — y constitucionalizada — importaba asegurar la aplicación directa de la Constitución y la justiciabilidad de los derechos sociales y económicos”.⁶⁵

III. ENTRE DEMANDAS INDIVIDUALES Y QUERELLAS COMUNES: SENTENCIA JUDICIAL Y ROL LEGISLATIVO EN EL CONTEXTO DE CRISIS DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA

Mutatis mutandis, tanto en la doctrina judicial del ECtHR como en la del Tribunal Constitucional colombiano, una cantidad de planteos han sido la ocasión a través de los cuales los jueces abordan fallas estructurales y sistémicas que estaban afectando a grupos más débiles o minorías desaventajadas de la sociedad. Estas instancias ponen al tribunal supranacional como problema constitucional,⁶⁶ y sirven también para poner en cuestión la visión clásica y formalista de la responsabilidad política y la división de poderes. Inmersos en la crisis de representación política, el rol asumido por los tribunales sirve de inspiración, aliento, guía, contralor y presión a favor de reformas necesarias. Tales reformas son ciertamente imprescindibles para que individuos o grupos afectados por problemas endémicos irresueltos o desatendidos por otras instituciones públicas puedan tener adecuado tratamiento. Así, cuando la búsqueda de justicia y/o la protección de derechos fundamentales se ven ignoradas o son denegadas por los interlocutores políticos, los jueces deben asumir protagonismo.

En la década de 1990, como categoría conocida y repetida de casos donde estaba cuestionada la excesiva duración de los procesos, la intervención del ECtHR merece atención. En efecto, en respuesta a la requisitoria de demandantes italianos —aunque el problema involucraba al menos a la mitad de los Estados miembros del Concejo de Europa—, el Tribunal de Auditoría de Italia advirtió que sería más económico dejar que todos los ca-

⁶⁵ Iturralde, Manuel, *Access to Constitutional Justice in Colombia: Opportunities and Challenges for Social and Political Change*, p. 382.

⁶⁶ Con respecto a esto, véase Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo, *Whose Name? A Public Theory of International Adjudication*, 2014.

fos fueran resueltos en Estrasburgo antes bien, que dedicarse a reformar el sistema judicial italiano.⁶⁷ En tales circunstancias, entonces, los individuos que sufrían violaciones a sus derechos convencionales por la acción u omisión de las instituciones domésticas tomaron la intervención del Poder Judicial como un recurso más simple, receptivo y confiable que el que hubiera deparado el involucramiento de los poderes Legislativo y/o Ejecutivo de la nación. De manera análoga, con la expectativa de lograr mayor consideración que la que presumiblemente recibirían de los organismos políticos domésticos, los reclusos detenidos en condiciones inhumanas y degradantes también llevaron sus demandas ante el ECtHR.

De igual manera sucedió con los individuos que recurrieron al Tribunal Constitucional colombiano. Habiendo experimentado que sus derechos fundamentales habían sido ignorados por los poderes Ejecutivo y Legislativo al punto que “el acceso a la justicia constitucional en Colombia habíase vuelto un mecanismo potente, promisorio de redistribución del poder político y social, ocurre asimismo que, aquellos grupos excluidos del debate público y quienes fueron marginalizados por un injusto y desigual orden económico y social, encontraron en la justicia constitucional su vía preferida”.⁶⁸

Otro tema ineludiblemente relacionado es el impacto real de las decisiones judiciales con relación a las reformas legislativas que solucionan fallas sistémicas reveladas en procesos judiciales, podemos mencionar el caso *Torreggiani v. Italia*, por ejemplo. Este precedente resulta paradigmático en esta inteligencia.⁶⁹ Aludiendo al sistema penitenciario colombiano, no existe total consenso sobre el alcance y valor del caso T-153 de 1998. Este precedente, en la opinión de algunos, representa un hito de la justicia penal en la historia jurídica de las cárceles en Colombia. Aun cuando el peso real de la decisión fue limitado al no haberse determinado un mecanismo de monitoreo que permitiera verificar la implementación de la sentencia,⁷⁰ su importancia sigue siendo significativa en la medida en que el mismo mejoró la protección de los detenidos.⁷¹ En este sentido, ante problemas claramente

⁶⁷ Wildhaber, Luzius, “Pilot Judgments in Case of Structural or Systemic Problems on the National Level”, en Deutsch, Ulrike y Wolfrum, Rüdiger (eds.), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions* 69, 2009.

⁶⁸ Iturralde, Manuel, *Access to Constitutional...*, cit., p. 370.

⁶⁹ Favuzza, Federica, “Torreggiani and Prison Overcrowding in Italy”, 17, *Human Rights Law Review*, 2017, p. 153.

⁷⁰ Rodríguez-Garavito, César, “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, 89 *Texas Law Review*, 2011, pp. 1669-1675.

⁷¹ Ariza, Libardo José, “The Economic and Social...”, cit., p. 132.

sistémicos, se puede notar cómo la incorporación de políticas urgentes de parte del Poder Judicial se ha transformado en una necesidad que permite aliviar la situación de tantos individuos afectados por la inacción o ineptitud o pusilanimidad política de los poderes Legislativo y Ejecutivo. De tal suerte, la intervención de los tribunales se ha convertido en la única vía para obtener justicia, si no en términos sociales, al menos en términos de justicia individual.

Entre otras posibles consideraciones, esta es la causa principal —si no una de las razones— por la cual la desconfianza hacia los representantes, administradores y políticos es más fuerte que la desconfianza hacia los jueces.⁷² Y, a la vez, esto explica “la expansión del dominio de los tribunales —o de los jueces— en detrimento de los políticos y/o funcionarios. Es decir, esto explica la transferencia de competencias que afectan derechos, desde los legisladores, el gabinete, o los funcionarios públicos hacia los tribunales”.⁷³ El fenómeno es reconocido como la *judicialización de la política*, que ha sido históricamente ocasionada por una suma de factores de fondo, como, por ejemplo, el nuevo rol de los legisladores y administradores en los regímenes totalitarios en Europa, y respecto a Estados Unidos, por las consecuencias positivas a favor de grupos desaventajados —especialmente los afroamericanos—, que los fallos de la Corte “Warren” trajeron consigo.⁷⁴

No huelga decirlo: los tribunales que ejercen el control de constitucionalidad de las normas están normalmente equipados con competencias que les permiten mantener a la legislatura dentro de los límites estipulados, al tiempo que están dotados con atribuciones para hacer cumplir los mandatos constitucionales: de manera indiscutible, de tal modo, estos tribunales están naturalmente habituados a ejercer una cierta influencia sobre la política; están acostumbrados, hasta un cierto punto, a tener participación en la toma de decisiones públicas. El hecho que el presente artículo intenta poner de manifiesto es diferente. Teniendo en cuenta la falta de confianza hacia políticos y representantes que ha repercutido en una extendida sensación de crisis en materia de representación política, lo que se destaca es que el Poder Judicial ha pasado a atraer y centralizar la credibilidad de la gente en su búsqueda de justicia (individual y/o social). De alguna manera, estas circunstancias explican por qué la acción política sobre la base de la

⁷² Tate, C. Neal y Vallinder, Torbjörn, “The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics”, en Tate, C. Neal y Vallinder, Torbjörn, *The Global Expansion of Judicial Power*, 1995, p. 2.

⁷³ Vallinder, Torbjörn, “When The Courts Go Marching In”, en C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, 1995, p. 13.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 22.

confianza de la gente ha mudado desde las instituciones tradicionales hacia el Poder Judicial.

Son tres las condiciones políticas y sociales que han permitido mejorar la aludida “judicialización de la política”. En primer lugar, ello ha sucedido por la transformación de nuestras sociedades con todos sus vínculos laborales; con los problemas globalizados, los cuales son enfrentados por parte de una política demasiado débil, y por medio de políticas demasiado ineficaces e impotentes. Además, ello sucede en circunstancias donde la incapacidad de los ciudadanos para defender sus derechos e intereses individuales es ostensible. En segundo lugar, sucede porque la política de derechos se ha convertido en un factor activo que magnifica la individualización de las luchas sociales, al tiempo que reduce toda pretensión colectiva a una dimensión individual, arrastrando la política a los estrados de la justicia. En tercer lugar, ello también acontece porque la representación política ha pasado a ser percibida como la búsqueda de justicia individual. En resumidas cuentas, la interacción de estos tres factores es lo que crea el espíritu de este tiempo: el telón de fondo sobre el cual está ocurriendo la metamorfosis constitucional donde el Poder Judicial en su centro. Pues bien, pasemos ahora a examinar cada una de estas condiciones entrelazadas por separado.

1. Cómo la política de derechos arrastra a la política a los tribunales

En política, la discusión sobre los derechos cumple una función práctica esencial. Ello es especialmente así cuando diversos movimientos procuran fortalecer o brindar apoyo a asuntos que asoman moral o materialmente necesarios. En efecto, cuando un planteo es introducido bajo la forma que otorga el “derecho”, naturalmente, el mismo adquiere un toque de nobleza que permite dar cobertura a la aspiración ideal que, en búsqueda de reconocimiento jurídico, está fomentando o favoreciendo esa intención.

Muy probablemente, esto se debe a que el siglo XX —y el joven siglo XXI en el mismo sendero— ha marcado la era donde la nobleza de los derechos ha logrado por fin tener reconocimiento. Esta conquista, de paso, ha rescatado la historia moderna de la vergüenza y la humillación de su negación secular. De manera tal que la búsqueda de los derechos humanos universales logrados por medio de la Declaración de 1948; con los catálogos de derechos consagrados en las Constituciones redactadas después de la Segunda Guerra Mundial; a través de la dignidad humana reconocida en casi todos los documentos constitucionales y cuasiconstitucionales que entraron en vigencia en la segunda mitad del siglo pasado; a través de la consuma-

ción de los derechos sociales y económicos establecidos en muchas Constituciones; con la emancipación de los afroamericanos en Estados Unidos —recuérdese Rosa Parks y las sentadas organizadas en Greensboro, *Brown v. Board of Education*,⁷⁵ la Gran Marcha a Washington, el proyecto de *Gran Sociedad* liderado por Johnson por medio de la Ley de Derechos Civiles y la Ley de Derechos de Voto—; todo eso, en definitiva, marca una trayectoria jurídica progresista excepcional. Sin soslayar, por cierto, el reconocimiento de tantos nuevos derechos, desde el derecho al aborto hasta la reciente legalización del matrimonio del mismo sexo en una gran cantidad de sistemas jurídicos. Naturalmente, y en este sentido, el impactante *Obergefell v. Hodges*⁷⁶ marca un punto cumbre en la tendencia.

Al traer de vuelta el clima de aquellas décadas en lo que respecta al reconocimiento de nuevos derechos, el camino hacia una revolución asoma ejemplar en las potentes memorias que Anthony Kronman utiliza para abrir su libro sobre educación. Dichas palabras dan cuenta del abandono de la universidad durante un año por parte del autor, que había decidido trabajar para la organización de los Estudiantes para una Sociedad Democrática. Trátese de un movimiento que congregó a una generación de Norteamérica y las realidades signadas por el racismo y la pobreza. “Nos sentíamos en contacto con la historia. Creíamos estar participando de acontecimientos mucho más grandes que nuestras vidas individuales. Era una idea emocionante que hacía que el resto de nuestras vidas —y la de la Universidad en particular— parecieran triviales en comparación con el ideal”.⁷⁷ El nombrado se mudó a un departamento en el norte de Chicago con otros cuatro camaradas organizadores. Se juntaron con la esperanza de apoyar el matrimonio interracial de los pobres. Ésta era la forma en que estos jóvenes asumieron su parte en la revolución de los derechos. Y de tal suerte, entonces, es esta era, caracterizada por el reconocimiento de nuevos y trascendentales derechos, la que permite fortalecer reclamos deliberadamente ignorados o que nunca antes hubieran podido ser presentados en términos de derechos.

El complejo contexto histórico en el cual se dio la discusión en torno a los derechos no estaría bien retratado si no consideráramos otra faceta que revela su carácter empoderante. Esto es, si no aludiéramos en líneas generales a la ideología de derechos humanos, la cual cobró relevancia en la escena internacional en la década de 1970, en tiempos de descolonización. Sin embargo,

⁷⁵ 347 U.S. 483 (1954).

⁷⁶ 576 U.S. (2015).

⁷⁷ Kronman, Anthony T., *Education's end. Why our Colleges and Universities Have Given up on the Meaning of Life 2*, 2007.

...los derechos humanos en vez de estar asociados a liberación poscolonial y a procesos de emancipación de nuevas naciones, la mayoría de las veces aludían a la protección individual en contra del estado. Amnesty International se volvió nuevamente visible y, por su labor, como modelo de estos nuevos ideales, esta entidad ganó el Premio Nobel de la Paz en 1977. La popularidad de esta nueva forma de activismo transformó para siempre la militancia a favor de las causas humanitarias, generando con ello un nuevo hito signado por la defensa internacional de la ciudadanía. En Occidente quedó atrás el sueño de revolución. Ello sucedió tanto en los llamados países centrales, como en los del tercer mundo que alguna vez éstos dominaron. Y así, se empezaron a adoptar tácticas novedosas a partir de un derecho internacional de los derechos humanos que, se convirtió en el mecanismo de cumplimiento de renovadas y utópicas normas.⁷⁸

Al interior de este ambiente, un nuevo movimiento social y, más importante, un discurso común alrededor de los derechos individuales, se erigió en una nueva promesa por un futuro mejor, después del

...colapso de otras anteriores utopías: ora de carácter internacionalistas, ora basadas en el estado. Estas utopías estaban asentadas en sistemas de creencias cuya promesa principal era un modo libre de vida. Sin embargo, lejos de iluminadas esperanzas emancipatorias del capital y el imperialismo; pareciéndose más bien a oscuras tragedias, las mismas conducían inexorablemente a una ciénaga sangrienta. Y precisamente, frente a la traición ideológica y al descalabro político, girando alrededor de los derechos individuales, fue que finalmente irrumpió el mencionado internacionalismo.⁷⁹

En pocas palabras, en la actualidad, la discusión sobre los derechos se ha transformado en el vocabulario dominante dentro de la lucha política. Luego, al estar los tribunales en el centro mismo del debate, donde la eminencia de los derechos es indiscutible, nos hemos convertido en testigos esenciales del papel y el desarrollo de los derechos humanos. En este escenario, el avance del constitucionalismo a lo largo de los siglos ha hecho que hoy los jueces protagonicen y compartan la empresa común y universal de mejorarlos, por encima de otras instituciones del Estado. La intervención judicial, por lo tanto, ha tenido un impacto notable —a veces, ésta ha sido incluso revolucionaria— en la vida cotidiana. Y en este sentido, los individuos han aprendido que el Poder Judicial puede marcar la diferencia, sobre todo cuando otros organismos políticos parecen despreocupados o

⁷⁸ Moyn, Samuel, *The Last Utopia: Human Rights in History*, 2012, p. 43.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 98 y 99.

paralizados para dar respuestas a sus reclamos de justicia. Cuando otras instituciones desatienden sus obligaciones con relación a la justicia social, el Poder Judicial, en cambio, está siempre y ciertamente comprometido con la promesa de una justicia efectiva e individualizada. Si los derechos son el vocabulario triunfante de la lucha política y el Poder Judicial es su interlocutor natural en materia de derechos, no caben dudas, la política va de mudanza a los tribunales.

2. *Sociedad individualizada, fuerza política individualizada*

En el mundo occidental, la explosión de la representación como concepto coincidió con el paso del feudalismo a la modernidad.⁸⁰ En el *Leviatán*, Thomas Hobbes lega el primer ensayo desplegando el lenguaje de la representación. Dicho concepto hizo de la representación un derecho sagrado de los ingleses, vinculando aquélla con el destino de las contribuciones públicas originadas por la recolección de impuestos que nutrían las arcas del tesoro. En el prolongado periodo que va desde el siglo diecinueve y la mitad del siglo veinte, la representación política fue consolidándose de manera gradual. En las sociedades edificadas sobre el orden y la disciplina, la razón y la acción, la idea de representación era un reflejo de ese régimen. Pero, en algún momento posterior, algo cambió. En efecto, las sociedades dejaron de ser dirigidas por el orden y las reglas y, de tal suerte, la representación tuvo con ello una radical transformación. En su libro, con clara visión de futuro —*The Individualized Society*—, explorando las causas, Zygmunt Bauman nos invita a repasar ese cambio económico y social.

La gran transformación que llevó a la civilización preindustrial a su visión industrial, resulta reveladora. La separación de los trabajadores a partir del modo en que se ganaban su sustento, por ejemplo, según se tuviera la tierra, implicaba una manera de distinguir una totalidad que diferenciaba a aquellos que la araban y cosechaban sus frutos. A los que araban la tierra, en este sentido, se los consideraba separados de la totalidad a la cual pertenecían para identificárselos como depositarios de una “fuerza laboral” lista para ser utilizada. Se les veía como fuerza que debía ser reconocida como una nueva “fuente de riqueza” potencial. El nuevo orden conceptual, entonces, importaba la emancipación de una forma de vida tradicional enclavada en un orden natural inmutable, un orden predeterminado dentro

⁸⁰ Para una contribución detallada sobre las características principales de las instituciones democráticas modernas, véase Manin, Bernard, *Principes du gouvernement représentatif*, 1995.

de un sistema gobernado por el pensamiento y la acción racional. En este sentido, como nunca antes había sucedido, la fuerza laboral —como fuente de riqueza—, pasó a ser un factor que debía ser explotado con máxima eficiencia.

Al interior de esta realidad, la movilidad de la fuerza laboral constituía un costo demasiado alto para los capitalistas. Cuando Henry Ford decidió duplicar los salarios de sus trabajadores, no lo hizo porque quería que compraran sus automóviles. Lo hizo porque su objetivo real, antes que vender automóviles a sus trabajadores, era más bien retenerlos, deteniendo la irritante movilidad de la fuerza laboral. “Tenía que hacerlos tan dependientes del empleo en su fábrica como él mismo dependía de sus empleados para su riqueza y su poder”.⁸¹

De esta manera, capital y fuerza laboral estaban definitivamente unidos en esta pesada modernidad. Ninguno de los dos lados podía hacer ningún movimiento independiente y cambiar por su cuenta. Cada uno debía mantenerse como mercancía: el capital, en su capacidad de comprador constante de fuerza laboral, y los trabajadores —en tanto saludables y fuertes— en posición de vendérsela. En este contexto,

(n)o sorprende que la “re-mercantilización” del capital y de la fuerza laboral se convirtieran en función y principal preocupación de la política y del estado: los desempleados eran verdaderamente un “ejército de reserva de fuerza laboral” que, tanto en las buenas como en las malas, debía ser mantenido en estado de alerta para regresar al servicio activo. El estado de bienestar, un estado forjado para hacer justamente eso, por tal razón, se encontraba genuinamente “más allá de la izquierda y la derecha”. Trátase de un puntal sin el cual ni el capital ni la fuerza laboral podían sobrevivir, mucho menos desplazarse y/o actuar.⁸²

En consecuencia, cuando un joven aprendiz tomaba su primer trabajo, podía estar bastante seguro de que acabaría su carrera en el mismo lugar. El empleo de por vida, de tal suerte, era el horizonte común de los trabajadores, mientras que la existencia de una empresa se extendía bastante más allá de las expectativas de vida de sus empleados.

Pues bien, esta situación ya no existe. La interdependencia mutua de largo plazo ha sido sustituida por una mentalidad de corto plazo y por la desvinculación unilateral que puede hacer el capital causando niveles de incertidumbre sin precedentes. Al respecto, Bauman argumenta que

⁸¹ Bauman, Zygmunt, *The Individualized Society*, 1995, p. 368.

⁸² *Ibidem*, p. 385.

...el concepto de “globalización” se ha acuñado para reemplazar al viejo concepto de “universalización”. A contramano de la naturaleza intencional y controlada que tenía el antiguo concepto, este fenómeno sucede cuando se ha vuelto evidente el surgimiento de enlaces y redes globales independientes. La “globalización”, por lo tanto, representa procesos, cuya propulsión es autónoma, errática y espontánea. No hay nadie sentado en la mesa de control. Nadie se encarga de planear ni mucho menos de hacerse cargo de los resultados finales.⁸³

Como es obvio, todo esto reverbera fuertemente en la crisis de representación política. La pérdida de compromisos, la movilidad extrema, y la pérdida de los lazos laborales, por un lado, se combinan con la incertidumbre, la individualización, la falta de unidad y la ausencia de una acción común, por el otro. Todo junto, luego, repercute en el carácter crítico de los problemas actuales, los cuales no pueden ser resueltos por medio de comprensivas y efectivas políticas públicas. Naturalmente, es obvio que los ciudadanos tampoco parecen poder introducir sus reclamos en otros términos que no sean por medio de planteos individuales o reclamos a sus semejantes.

Tras el ocaso de las ideologías que salieron a dar sentido y guía para enfrentar la complejidad de los problemas o para descubrir el código indescifrable del mundo, la condición posmoderna⁸⁴ volvió al mundo demasiado complicado y a los problemas demasiado intrincados para encontrar respuestas a cada mal. Por otra parte, vale la pena notar que la política y la toma de decisiones siempre tomaron inspiración de la movilización de los grupos y de las organizaciones. De todos modos, ante la falta de cuestionamientos críticos del pueblo, “la política quedó reducida a la «gobernanza». Algo así como un sello de goma que ratifica las políticas y los procedimientos que se han venido definiendo desde otro lado, a nuestras espaldas; más allá de cualquier escrutinio crítico”.⁸⁵

Por lo tanto, ya no hay más tiempo para causas comunes, universales, como aquellas que alguna vez convocaron a la lucha a colectivos de individuos en generaciones pasadas. Todo lo que queda, en cambio, son causas personales, que afectan a individuos incapaces de restringir y adherir sus intereses a los que pudieran tener otros colectivos. Porque, claro, téngase presente que, en tiempos corrientes, la poderosa fuerza individualizante de la incertidumbre provoca divisiones antes bien que unidad

⁸³ *Ibidem*, p. 593.

⁸⁴ Lyotard, Jean-François, *La Condition Postmoderne: Rapport sur le Savoir*, 1984.

⁸⁵ Tormey, Simon, *The End of Representative Politics*, 2015, p. 23.

...la idea de “intereses comunes” se encuentra cada vez más dentro de una nebulosa a punto tal de haberse vuelto incomprensible. Los miedos, las ansiedades y la pesadumbre, de tal manera, se sufren en soledad. No son susceptibles de ser sumadas, ni acumuladas en “causa común” alguna. Las mismas no cuentan con un “abordaje natural”. Luego, lo dicho priva a la tesitura solidaria de su condición pasada en tanto táctica racional. Esto, más bien, sugiere una estrategia de vida bastante diferente de aquella a la que llevaba a la defensa de la clase trabajadora y de las organizaciones militantes.⁸⁶

En estos días, los problemas comunes de los individuos son simplemente *no acumulables*: simplemente, éstos no se suman en una “causa común”... Los problemas pueden ser similares, pero a diferencia del interés común de otros tiempos, los actuales *no* forman una “totalidad que resulta más grande que la suma de sus partes”... La única ventaja que puede traer la compañía de otros sujetos parecidos es confirmar que cada una de las luchas libradas *en soledad* es idéntica a lo que hacen todos los otros a diario. De tal suerte, esto sirve para revitalizar, la afectada determinación, de seguir haciendo justamente eso: luchar en soledad.⁸⁷

Luchar en soledad, en consecuencia, significa reclamar por intereses y necesidades individuales. Ello implica la necesidad de recurrir al Poder Judicial como institución natural, que tiene la capacidad de dar respuesta a esas demandas individuales. Sólo una justicia a la medida, entonces, parece ser la esperanza de un cambio posible.

3. *Política representativa como justicia*

“En tiempos modernos”, escribió Hannah Pitkin en 1967, “casi todos quieren ser gobernados por representantes (aunque no necesariamente por un gobierno representativo convencional); todo grupo o causa política pretende tener representación; todo gobierno dice que los representa”.⁸⁸ En el transcurso de apenas unas pocas décadas, la popularidad del concepto de representación se ha visto casi completamente erosionada. Respecto a los representantes y a la representación, una creciente evidencia sugiere hoy que, muchos de nosotros nos hemos desilusionado —estamos en vías de hacerlo— tanto de la política como de los políticos. Los tiempos que corren son tan instantáneos que la gente ya no espera a las elecciones para

⁸⁶ Bauman, Zygmunt, *The Individualized Society*, 1995, p. 434.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 831-839 (1995). Pero también véase, Beck, Ulrich, *The Risk Society*, 1992.

⁸⁸ Pitkin, Hannah F., *The Concept of Representation*, 1967, p. 2.

expresar lo que piensa. Luego, cualquier sentimiento, argumento o resentimiento puede expresarse y compartirse de inmediato.

No huelga decir que esta inmediatez, en gran medida, contribuye a distanciar a los votantes del mundo de la política representativa: ¿por qué debemos todavía tener representantes cuando es tan fácil expresarse con propia voz y comprometerse con otros? Y así, como lo ha resaltado agudamente Simon Tormey en su libro *The End of Representative Politics*,

...vivimos ahora en tiempos “post-democráticos” o “post-políticos”. La idea de la política, o más precisamente, la de la democracia como forma de gobierno “del pueblo, por el pueblo, para el pueblo” tal como brillantemente Abraham Lincoln plasmó en el Discurso Gettysburg se ha debilitado definitivamente frente al brillo de la globalización, de la desnacionalización, de la “teoría de la elección pública”; frente al neoliberalismo; frente a la apatía entre toda una multitud de males.⁸⁹

Los teóricos liberales del siglo diecinueve consideraron la representación como un mecanismo para mediar las demandas políticas. Ésta debía evitar el surgimiento de agendas radicales que luego tendrían su apogeo con la irrupción de los partidos políticos modernos. Asimismo, otro principio fundamental que también logró consolidarse en esa época es aquel que define la responsabilidad de aquellos que representaban frente a los representados. De esta manera, el pueblo quedó despojado de la pasividad política a la cual estaba acostumbrado para asumir un rol participativo. En este tránsito, el establecimiento de la democracia representativa se transformó en la forma dominante de la democracia.

Durante doscientos años, la pregunta siempre ha sido a *quién* se le puede confiar la representación del pueblo y *cómo* hacerlo. Lo que hoy parece novedoso es el cambio producido por la creciente alienación de las prácticas representativas desde el “quién” y el “cómo” hacia el *por qué* de la representación. Este cambio parece especialmente inevitable desde que el pueblo está transformándose en una masa de individuos crecientemente irrepresentable:

...el pueblo ya no puede ser entendido como una masa homogénea. Se siente que el mismo compone, en cambio, una serie de historias separadas, una acumulación de situaciones específicas. De ahí que las sociedades de hoy se comprenden a sí mismas más en términos de sus *minorías*. Una minoría ya no es meramente “el número menor”. Una minoría se ha vuelto más bien una serie de expresiones fragmentadas de la totalidad social. La sociedad de hoy

⁸⁹ Tormey, Simon, *The End of Representative Politics*, 2015, p. 4.

en día se manifiesta como una larga letanía de condiciones minoritarias. “El pueblo” se ha vuelto una pluralidad de “minoría”.⁹⁰

De esta manera, la individualización equivale a despolitización:

Y tenemos aun representantes y así, muchos de nosotros todavía votamos, reñimos y confrontamos sobre qué hacen, o no, los políticos en nuestro nombre. Pero el aura ya no está; el genio salió de la botella. Ya no creemos en la meta-narrativa de la representación: de que nuestros intereses son mejor atendidos si algunos representan y todos los demás somos representados. Nos estamos volviendo sujetos *irrepresentables*.⁹¹

En consecuencia, la misma política representativa ha cambiado su punto de vista: solía proponer un enfoque lineal, según el cual el proceso político tenía un desarrollo desde la propia organización, la postulación de candidatos a elecciones —para obtener los votos necesarios para ganar la elección— hasta la sanción de ciertas políticas. “Ante todo se trata de competir por el control del estado para luego utilizar el poder del mismo con el objetivo de asegurar una cierta visión de igualdad, justicia, Buena Vida”.⁹² Contrariamente, empero, la política contemporánea se desenvuelve con una dinámica totalmente diferente, ya que “la chispa que a menudo desencadena el deseo de actuar es un sentimiento compartido de *injusticia*”.⁹³

De modo que, según esta reconstrucción, la injusticia se ha convertido en la actualidad en el núcleo de la política representativa. La injusticia es el motor que impulsa el compromiso público y el alineamiento corriente a favor de una causa. Más allá de ello, de acuerdo con Pierre Rosanvallon, cada individuo se encuentra hoy dentro de una potencial minoría, una minoría que muy posiblemente expresa sus propias opiniones de injusticia, personal o social. Y cada individuo aprende también que las luchas en contra de la injusticia no están protagonizadas por homogéneos grupos de individuos militantes que persiguen una misma causa. La lucha se da en soledad, por sujetos comprometidos con sus propios intereses. De manera tal que la acción colectiva individualizada⁹⁴ que caracteriza a nuestras sociedades en el presente, se trata de una causa común que es, sin embargo, causa ex-

⁹⁰ Rosanvallon, Pierre, *Democratic Legitimacy. Impartiality, Reflexivity, Proximity*, 2011, p. 4 (itálica adicionada).

⁹¹ Tormey, Simon, *The End of Representative Politics*, 2015, p. 82.

⁹² *Ibidem*, p. 132.

⁹³ *Ibidem*, pp. 132 y 133.

⁹⁴ Micheletti, Michele, *Political Virtue, and Shopping. Individuals, Consumerism, and Collective Action*, 2003.

clusivamente defendida por individuos singulares, sujetos que no exhiben mínimos intereses de converger con sus semejantes, sujetos incapaces de siquiera de reunirse con otros. A propósito de ello, entonces, las soluciones frente a la injusticia pueden encontrarse en el ámbito político, por medio de efímeras y muy provisionarias conexiones, que en gran medida traen consigo ineficacias y altas dosis de impopularidad asociadas a la acción de políticos y representantes. Pero tales soluciones, en cambio, pueden provenir de las respuestas del Poder Judicial, que está perfectamente equipado no sólo para atender a los reclamos de injusticia, sino también para proporcionar soluciones personalizadas para cada uno de los individuos agraviados. Si la cuestión política se gesta en términos de injusticia, ciertamente, ésta es un asunto que puede exponerse fácilmente delante de un tribunal donde —con más chances—, es muy posible, se puedan obtener las respuestas necesarias.

4. *Conclusión: ¿los tribunales como antiguos parlamentos?*

El presente artículo ha intentado mostrar dos ejemplos de cómo de acuerdo con la naturaleza de los planteos, mientras llevan a cabo su labor judicial alrededor de demandas individuales, los tribunales involucrados han lidiado con problemas más estructurales. De tal manera, entonces, la búsqueda de justicia de los demandantes, de algún modo, precipita también, un cierto grado de participación de los tribunales en la adopción de medidas públicas, cuyo objetivo final implica acabar con las distorsiones sistémicas denunciadas.

Este fenómeno de abordar al mismo tiempo las demandas individuales y las querellas comunes de parte del Poder Judicial no hubiera sido tan significativo si aquél no hubiera tenido lugar en el escenario de la crisis de la política representativa. Esto es, si tal fenómeno no hubiera tenido lugar en un clima en el cual la representación y los representantes políticos se han convertido en blancos de inusitadas y vehementes impugnaciones, en tiempos donde las expectativas del pueblo se han ido estrechando a un dominio básicamente individualista.

De la misma manera, el principal argumento del presente artículo es que, durante un cierto periodo de tiempo, el Poder Judicial puede atraer la confianza del pueblo buscando justicia en términos individuales y sociales, que ello es posible porque otras instituciones y organismos políticos se muestran ineficientes o más bien incapaces de encontrar respuestas adecuadas. Esta hipotética metamorfosis constitucional indicaría que el Poder Judicial estaría volviéndose el principal beneficiario de la confianza del pueblo, con-

virtiéndose en el receptor natural de una relación especial con individuos afectados en sus derechos. Este cambio, entonces, se vería facilitado por la acción combinada de tres características que se repiten en muchos contextos del mundo donde la representación política se encuentra en debate. Tal como lo notamos anteriormente, los lazos laborales en nuestras sociedades han sufrido una transformación radical, pasando desde un marco de orden, certezas y regulaciones, a una situación de mayor inestabilidad e impredecibilidad. Como lo resaltó brillantemente Zygmunt Bauman, este cambio ha demostrado ser una fuerza individualizante poderosa, a partir de la cual ninguna causa común ya es realmente acumulable. Por eso, en consecuencia, cada uno aprende a luchar en soledad.

Esta forma de individualismo está potenciada por la extendida retórica de los derechos, la cual orienta el contenido del debate público y da forma a nuevas exigencias materiales o moralmente necesarias por el toque de nobleza e inmanencia que las caracterizan. Los planteos con la vestidura de los derechos son naturalmente justiciables *per se*; luego, resulta también natural recurrir a los tribunales para dotarlos de reconocimiento jurídico y, ¿por qué no? hasta cierto punto, político.

En combinación con estos dos elementos, un tercero asume la idea contemporánea de la representación, tal como la distingue Pierre Rosanvallon en su soledad, donde todo individuo es considerado una minoría potencial y, de alguna manera, una minoría despolitizada. Lo que sorprende más aquí, entonces, no es sólo la degradación acompasada de los representantes y de legitimidad de la representación, sino más bien la *irrepresentatividad* de los ciudadanos que ya no creen en la narrativa de la representación. En opinión de Simon Tormey, empero, la representación puede ser iniciada ocasionalmente por un sentido de injusticia; entonces, lo que los individuos buscan en el ámbito público es una respuesta institucional a su búsqueda de justicia. Y la respuesta ideal en términos de pertinencia, eficiencia y personalización se encuentra, fatalmente, en el Poder Judicial más que en otras instituciones colectivas desacreditadas.

Si tomamos todos estos factores juntos, parece bastante evidente que todos evocan la pérdida de autoridad y de actualidad de la representación política frente al crecimiento de la confiabilidad de los jueces. Los tribunales están más dispuestos a hacerse cargo de las esperanzas de cambio, por encima de las legislaturas y de los administradores. Y la existencia de mecanismos como el procedimiento de juicio piloto o la acción de tutela con la DESI, ciertamente, si bien no demuestra el avance concreto de esta metamorfosis constitucional, puede empero sernos útiles al momento de es-

tar del lado de los organismos representativos o, ¿por qué no? para incluso reemplazarlos.

Y ¿qué decir respecto a la pregunta presentada en el título mismo del presente artículo? Los tribunales ¿están realmente destinados a parecerse y a actuar tal como los antiguos parlamentos? Aunque pudiera sonar provocativa, esta yuxtaposición es menos rebuscada de lo que pareciera a primera vista. En efecto, con respecto a los fundamentos y funciones de los parlamentos —en particular los parlamentos ingleses—; entre las ideas más firmemente arraigadas en la mente popular está la idea de que la legislación marcaba el propósito original de su existencia. Ahora bien, ésta es una idea que está tan profundamente arraigada como equivocada.

El libro clásico *The Evolution of Parliament* relata cómo configurándose como alta corte de justicia, el Parlamento inglés tuvo su origen en tiempos de Enrique II, alrededor de mediados del siglo doce. El nombrado convirtió a la corte del rey en matriz del derecho consuetudinario para Inglaterra; hizo de la misma un recurso común para todos sus súbditos que no fueran villanos: al invitarlos y atraerlos desde todos los rincones de Inglaterra, dándoles un ámbito común para que las ideas de derecho y libertad pudieran prosperar.⁹⁵

Eduardo I y Simón de Montfort, en cambio, legaron la matriz de la política común de Inglaterra. Dicho en términos generales, en la segunda mitad del reinado de Eduardo I, al final del siglo trece, recién comenzó a producirse una amalgama entre los representantes de los propietarios (“estados”) y la del común en el “parlamento”. Éstos contemplaban dos clases diversas de encuentros, cuyas amplias disimilitudes en composición y carácter se relacionaban por los métodos y momentos distintos de convocatoria. Sea como fuere, ambos tipos de reuniones se hacían bajo el nombre de “parlamentos”; aun cuando sólo una de ellas era una reunión grande y tumultuosa de arrendatarios sumado a los representantes provenientes de las ciudades y distritos. La otra, por el contrario, era una reunión más pequeña, más regular para el concejo del rey; en ella se contaban los prelados, magnates, jueces, y un grupo selecto de funcionarios que resolvían asuntos judiciales. La principal innovación de Eduardo I fue, precisamente, convocar a estas dos asambleas en el mismo lugar y en el mismo momento. Asegurada por la presencia del rey, la idea era lograr la cooperación entre los integrantes de los “estados” y de los “parlamentos”. Esta innovación representó la principal diferencia constitucional entre los parlamentos ingleses frente a aquellos otros del resto de Europa.

⁹⁵ Pollard, A. F., *The Evolution of Parliament*, 1926, p. 36.

Los condes, los obispos, y los barones; los abades, las abadesas, y las abadías, los condados, las ciudades y los distritos; los jueces, los funcionarios reales, y los extranjeros; los mercaderes y los judíos; los académicos de Oxford y Cambridge; los hombres pobres de este o aquel condado o distrito; e incluso un cuerpo de prisioneros, todos esperan justicia o favores en el parlamento. En efecto, las demandas son en su mayoría de personas individuales u organismos corporativos; no son las demandas comunes del pueblo de Inglaterra. Sin embargo, si suponemos que en promedio una cantidad de personas están interesadas en cada demanda y que, en algunas el número asciende a cientos, veremos entonces que miles de personas, muchas de ellas influyentes, estarían interesadas en la celebración de cada parlamento y tendrían asuntos legales que negociar; asuntos que no podrían ser solucionados en otro lugar.⁹⁶

Está claro ahora cuán engañosa y superficial puede ser la idea de que el parlamento se inventó con fines legislativos. Tampoco fue sólo la obra de un rey ni fue el fruto del ingenio de un hombre o una época. En cambio, fue

...un crecimiento desde las raíces extendiéndose más allá del siglo trece durante un período que data desde antes de la convocatoria a la burguesía o, incluso, con anterioridad a la de los caballeros del condado a Westminster. El tema de los edictos de Simon y Eduardo no dio lugar desde la nada a una nueva institución. Solo se trató de injertar nuevos brotes al viejo tallo de la *curia regis*, derramando savia jurídica al antiguo tallo que alimentaba y mantenía con vida al parlamento medieval. La especie, en efecto, era la misma, porque de otra manera el injerto habría fracasado, toda vez que, siendo el derecho una rama de la política, aun la semilla de la representación tuvo que ser concebida dentro de un marco jurídico. Por otro lado, téngase presente que Enrique II había diferenciado el derecho de la política al transformar la *curia regis* desde una reunión ocasional de barones turbulentos a convertirlo en un tribunal regular de jueces expertos. En síntesis, fue así que, por la obra de Eduardo I la reunión de estos elementos divergentes terminara siendo el alto tribunal del parlamento.⁹⁷

De manera que la visión que considera a los antiguos parlamentos nada más que la evolución del principio de la representación política es, a falta de palabras mejores, equivocada.

Traer de regreso la fase remota del constitucionalismo moderno, cuando la adjudicación de derechos coexistía con los primeros sobresaltos de la representación política en tiempos donde las demandas individuales in-

⁹⁶ *Ibidem*, p. 42.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 45.

volucran a una multitud de personas y sus circunstancias, no es prueba alguna de que el Poder Judicial hoy en día haya estado sufriendo la misma metamorfosis. Porque, claro, sabemos que la historia enseña lecciones más sofisticadas que las que dejan las meras repeticiones serviles. Sea como fuere, lo importante aquí —lo que no deberíamos olvidar—, es que el constitucionalismo tal como lo conocemos, ciertamente, puede ser descrito como una colección de inventos o intuiciones diversos que alguna vez fueron introducidos técnicamente en algunos determinados sistemas jurídicos. De todos modos, ello no es óbice para notar que aquél ha sido también el resultado de numerosas transformaciones ocurridas a lo largo del tiempo sin ningún diseño deliberado o superior. El progreso que el constitucionalismo ha proporcionado en los dos últimos siglos y su decidida consolidación en aproximadamente los últimos setenta años no debería hacer desaparecer el hecho concreto de que el constitucionalismo todavía se trata de un proceso. Desde hace dos generaciones, tal como lo conocemos, se trata de un desarrollo cuyos logros constitucionales no se afirmaron de la noche a la mañana.

Cuando, gozando de la confianza pública —sobre la rémora de desilusiones acaecidas por defecto de la clásica política representativa—, el Poder Judicial encuentra a su disposición nuevas y poderosas herramientas para abordar problemas estructurales, no resulta improbable advertir que este fenómeno pueda terminar precipitando un cambio constitucional gradual. Muy especialmente, si tenemos en cuenta otros factores que permiten comprender que algo serio ha ocurrido. Vale decir, con relación a nuestras democracias y su capacidad de respuesta, algo más sutil de lo que generalmente estamos en condiciones de percibir. Me estoy refiriendo a ciertos signos debidamente probados, que impiden insistir con contrarias interpretaciones optimistas.

Si reparamos en los datos que han sido divulgados en la *World Values Surveys (1995-2014)*, colectando cuatro indicadores seleccionados que permiten evaluar la legitimidad del régimen político por contraposición a la legitimidad del gobierno,⁹⁸ hay conclusiones interesantes que merecen atención. En la especie, se pondera el apoyo de los ciudadanos al sistema en general; el grado hasta el cual las instituciones fundamentales de la democracia liberal son respaldadas por la ciudadanía —por ejemplo, los derechos civiles—; la

⁹⁸ Según la distinción propuesta en *A Systems Analysis of Political Life* (1965), la legitimidad del gobierno mide la aprobación de la gente hacia un determinado gobierno elegido, mientras que la legitimidad del régimen evalúa la apreciación de la gente de la forma general de gobierno.

predisposición de impulsar causas políticas dentro del sistema político existente; el nivel de apertura hacia alternativas autoritarias —tanto en Europa occidental como en Estados Unidos, aquí puede notarse una importante diferencia entre las generaciones de entreguerras y la del *baby-boom*, por un lado, frente a la de los *millennials*, por otro—. Respecto a cada indicador, el porcentaje de *millennials* que critica a las instituciones democráticas —o que valora cínicamente a la democracia—; o que simplemente tiene menos esperanza —o directamente des Cree— en las posibilidades transformativas de políticas públicas apoyando alternativas autoritarias, claramente, se trata de una tendencia no sólo marcadamente mayor que entre las generaciones de entreguerra y *baby boomers*, sino que la misma es una tendencia que crece en el tiempo. De acuerdo con la tesis del presente artículo, este dato es particularmente revelador con respecto al tercer indicador:

...la salud de la democracia depende no sólo del apoyo a valores políticos fundamentales, como los derechos civiles, sino que también precisa la participación activa de la ciudadanía informada. En efecto, siguiendo la tradición de la obra clásica de 1963 de Gabriel Almond y Sidney Verba, *The Civic Culture*, sucesivos estudios han demostrado que los compromisos cívicos impactan en la capacidad de la democracia para distribuir bienes públicos, hacer responsables a los funcionarios, y para proporcionar un gobierno efectivo. Luego, la sólidamente comprobada merma en la participación política formal —claramente, a partir de la década de 1960 la asistencia a votar ha venido disminuyendo, mientras la membresía en los partidos políticos se ha desplomado en prácticamente todas las democracias establecidas—, en su conjunto, ha hecho todavía más difícil el cuadro de situación.

Tal como las generaciones más jóvenes se muestran menos comprometidas con la importancia de la democracia, así también resulta menos probable que las mismas se comprometan políticamente. En efecto, tanto en Europa Occidental como en Norte América, el interés por la política ha declinado rápida y marcadamente entre los jóvenes.⁹⁹

Con respecto al futuro de la democracia, la encuesta nacional 38 del Pew Research Center¹⁰⁰ —difundida en octubre de 2017—, presenta otras razones a tener en cuenta. En ella puede advertirse que más de la mitad de los entrevistados en las diversas naciones encuestadas piensan que la de-

⁹⁹ Foa, Roberto Stefan y Mounk, Yascha, “The Danger of Deconsolidation. The Democratic Disconnect”, 27, *Journal of Democracy* 5, 2016, p. 10.

¹⁰⁰ Wike, Richard et al., *Broad Support for Representative and Direct Democracy. But Many Also Endorse Nondemocratic Alternatives*, disponible en: <http://www.pewglobal.org/2017/10/16/globally-broad-support-for-representative-and-direct-democracy/>.

mocracia representativa es una manera muy o medianamente buena para gobernar sus respectivos países.

...las mayorías involucradas en casi todas las naciones aceptan otra forma de democracia que muestre menos peso a quienes son representantes electos. Un promedio global de 66% dice que la democracia directa es preferible. Esto es, opta por un modelo según el cual los ciudadanos, en vez de los funcionarios elegidos, deciden directamente votar la solución de los temas más acuciantes. Para ellos, ésta sería una buena manera de gobernar. En particular, esta es una idea muy atractiva entre los populistas de Europa del Oeste.

Pero, aún más interesante, la encuesta revela también que grandes cantidades de personas en muchas naciones aceptarían sistemas políticos inconsistentes con la democracia liberal. Por ejemplo, cuando se les pregunta sobre un sistema en el cual expertos desplazan a los representantes elegidos en la toma de decisiones importantes sobre la base de lo que su propio entendimiento les indica que es mejor para el país, un promedio de 49% —en 38 países— sostiene que sería una buena manera de dirigir la nación.

La tecnocracia tiene asimismo sus acérrimos defensores. En efecto, a pesar de que los estadounidenses y los europeos son más renuentes respecto a esta alternativa (con un promedio que va entre un 43% y 40%, respectivamente), hay sin embargo un pico que la considera una buena opción; así lo sostienen dos tercios de húngaros (68%); esta tendencia se nota también en Francia y Alemania (un porcentaje de 44%), España (49%) y Polonia (50%). Vale decir, no son pocos los países europeos que están por encima del promedio. Por lo tanto, una vez más, lo que es verdaderamente preocupante es que

...en las economías avanzadas, la gente joven se encuentra especialmente atraída por la tecnocracia. En los EEUU, la brecha es de 10 puntos de porcentaje —46% de quienes tienen entre 18 y 29 años—, aunque esta cifra se reduce a sólo 36% entre quienes tienen 50 o más años. De todos modos, son muchos los que afirman que sería bueno que las decisiones las tomaran expertos en lugar de funcionarios elegidos por el voto. La variable joven-anciano se vuelve aún más notable en Australia (19 puntos en promedio), Japón (18 puntos), Reino Unido (14 puntos), Suecia (13 puntos) y Canadá (13 puntos).

No podemos saber con precisión cuán graves son estos signos de advertencia sobre el futuro de las democracias consolidadas ni podemos saber a ciencia cierta si es la actitud de las generaciones jóvenes la razón que, particularmente, está echando un manto de sombra al futuro de las democracias. Lo que parece volverse visible, sin embargo, es que la política representativa

difícilmente pueda ser la misma. La falta de compromiso político, la desconfianza en la política, y la inclinación hacia la tecnocracia —especialmente entre la juventud—, afirman esta impresión. En este contexto, se vuelve por lo tanto plausible imaginar que la confianza en los expertos podría fortalecer la reputación de los jueces, respaldada en la práctica por su involucramiento en la resolución de reclamos individualizados en materia de derechos; todo ello, claro está, en medio de un contexto donde la búsqueda de justicia para problemas estructurales por parte de las personas agraviadas ha permitido el desarrollo de mecanismos específicos al interior de los tribunales.

Es muy difícil decir si estos fenómenos son simples destellos de un día o si se trata de evidencia de una transformación verdaderamente profunda. Ciertamente, empero, vale la pena plantearnos la pregunta. En otras palabras, no estando en la agenda corriente, es útil reflexionar sobre el bien —o el mal— que estos acontecimientos pueden llegar a provocar en el futuro constitucionalismo. Por el momento, en última instancia, nos conformemos con situar el debate y la reflexión sobre qué novedades pueden estar asomándose dentro de las formas usuales del constitucionalismo.

EL PRESIDENCIALISMO EN LATINOAMÉRICA. UN REPLANTEO METODOLÓGICO PARA SU ABORDAJE

Ignacio COLOMBO MURÚA

SUMARIO: I. *Aclaraciones metodológicas: ¿el institucionalismo como fin en sí mismo?* II. *¿Es necesario limitarlo? O de los peligros del Poder Ejecutivo desatado.* III. *Cómo limitar los hiperpresidencialismos.* IV. *La dificultad estructural para la debilitación del hiperpresidencialismo.* V. *Concluyendo.*

Partimos de la tesis —que es casi una comprobación empírica— de que el presidencialismo en las democracias latinoamericanas está desbordado. Estamos en presencia de regímenes que han sido llamados “hiperpresidencialistas”,¹ que se caracterizan porque en ellos se concentran amplias facultades en los poderes Ejecutivos, desbalanceando así el mecanismo de pesos y contrapesos que debiera, al menos desde un marco teórico clásico-liberal, existir entre los órganos estatales.²

Este régimen de presidentes dotados de amplias competencias combina cuestiones de diseño constitucional y de distorsiones producidas en la práctica —casi siempre convalidadas, luego, vía jurisprudencial (caso “Peralta” en Argentina) y legislativa (coparticipación federal, leyes de emergencia, etcétera)—.³ Es decir, los sistemas presidencialistas latinoamericanos fueron concebidos, ya desde el inicio, con poderes concentrados en las figuras

¹ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2005, pp. 504-538.

² Los presidentes cuentan, en estos sistemas, con facultades —por lo demás, poco controladas— de legislación (decretos) y judiciales/jurisdiccionales (tribunales administrativos, poder de indulto, conmutación de penas, designación de jueces, etcétera). Ello provoca un presidente con posibilidades de inhibir la acción de los otros poderes (facultades reactivas: veto, indulto), pero también, y esto es más importante, de cambiar el *statu quo* imperante (facultades proactivas: promulgación parcial, iniciativa legislativa).

³ Nino, refiriendo al hiperpresidencialismo argentino, afirma que “Esta configuración peculiar del régimen político argentino es el resultado tanto de disposiciones normativas como de desarrollos sociopolíticos”. *Ibidem*, p. 523.

presidenciales.⁴ A su vez, la dinámica política ha llevado a que los órganos Ejecutivos vayan, cada vez con mayor frecuencia, ampliando sus potestades en detrimento de los demás poderes estatales. Esto puede deberse a que un órgano con supremacía o hegemonía sobre los demás (de recursos, de potestades, etcétera) tenderá inevitablemente (casi naturalmente) a concentrar aún más su propio poder.⁵

En mi exposición transitaré tres planos de análisis. El primero, metodológico: que es un abordaje previo necesario para plantear de manera adecuada la problemática del presidencialismo y sus límites democráticos. Y es que entiendo que cuando se repasan las principales posiciones que se han esgrimido en torno a este tópico, se presenta mucha confusión de raíz metodológica. Es necesario, por ende, trabajar, antes que con el tema en particular, con los marcos teóricos que lo encuadran. El modo de preguntar, en muchos casos, predetermina o presupone la respuesta que se obtiene, y ello es lo que debe evitarse en un tema tan complejo como el examinado aquí.

El segundo plano será el de fondo, en donde yendo directamente al tema, concluiré que es posible —y necesario— reencauzar a los presidencialismos “desbocados”, mediante la utilización de buenos diseños institucionales. En este punto no puede soslayarse la discusión “presidencialismo versus parlamentarismo” que se ha dado profusamente en la doctrina, y que, incluso, ha impactado en algunas reformas constitucionales de la región. Tomando posición en esta discusión, yo sostendré que la forma presidencialista de gobierno es completamente compatible con la democracia

⁴ Véase, por ejemplo, el pensamiento de Alberdi y las distinciones que propulsó con el diseño más limitado del sistema norteamericano. *Bases y puntos de partida* se lee: “Esta solución se la debemos a la sensatez del pueblo chileno que ha encontrado en la energía del poder del Presidente, las garantías públicas que la monarquía ofrece al orden y a la paz, sin faltar a la naturaleza de gobierno republicano”. Y es aquí donde recordando a Bolívar afirma que “los nuevos Estados de la América antes española, necesitan reyes con el nombre de Presidentes” (cap. XII). A su vez, en el cap. XXV, Alberdi señala que en cuanto al régimen presidencialista fuerte “Este es uno de los rasgos en que nuestra Constitución hispanoargentina debe separarse de la Constitución federal de los Estados Unidos...”. Nino afirma, en ese mismo sentido, que “El mismo esquema de presidencialismo diseñado por Alberdi se apartó explícitamente del modelo norteamericano, al que había seguido con bastante fidelidad en otros aspectos”, *ibidem* anterior.

⁵ “...el Poder Ejecutivo, como es natural, tiende a abusar de sus extraordinarias facultades constitucionales en pos de la eficacia. El presidente, que maneja la bolsa y la espada, suele excederse no sólo durante las constantes «emergencias», sino que lo hace cuando la «necesidad», sus «urgencias» o la simple ambición política se lo indica”. Riberi, Pablo, “El presidencialismo exánime. Por más cooperación y mejores controles en nuestro sistema político”, en *La Constitución de la nación argentina*, t. II, Santa Fe, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2003, p. 300.

y, por ser un régimen adoptado por nuestra tradición histórica, preferible, en nuestra región, al parlamentario.⁶ Dicho de otro modo, la propuesta que planteo para países como Argentina es la de trabajar con los diseños institucionales para limitar los hiperpresidencialismos y reencauzarlos en presidencialismos moderados.

Por último, abordaré un tercer nivel de análisis, el pragmático, en donde marcaré que existe una grave dificultad práctica para obtener reformas constitucionales que limiten a los poderes Ejecutivos, derivada del propio diseño existente, y que se pretende modificar. Y es que la propia hegemonía que la figura presidencial tiene en el sistema lo pone en una situación privilegiada en cuanto al dominio de las reformas de los sistemas. La pregunta que se desprende de esto es, entonces: ¿cómo hacer para incentivar al P. E., que maneja casi todos los resortes institucionales, a que acepte o consienta una modificación que le quitará, precisamente, su propia preeminencia? Esta dificultad pragmática reforzará mi conclusión respecto de la conveniencia de mantenernos en esquemas presidencialistas, puesto que justamente por la dificultad apuntada, resultará más sencillo implementar pequeñas reformas —que, no obstante ello, reportarán un buen impacto en los diseños democráticos— antes que modificaciones del sistema o régimen de gobierno.

I. ACLARACIONES METODOLÓGICAS: ¿EL INSTITUCIONALISMO COMO FIN EN SÍ MISMO?

i) Los análisis más habituales sobre el tema han partido de una visión “institucionalista” extrema, abordaje que se ha intensificado desde la clásica obra de Juan Linz.⁷ Siguiendo esa línea, los trabajos más frecuentes sobre el tópico

⁶ Tomaré la sencilla, aunque clara definición de presidencialismo desarrollada por Shugart y Mainwaring, quienes sostienen que dicho régimen político se caracteriza porque “1) El jefe del Ejecutivo (presidente) es popularmente electo, y 2) los mandatos tanto del presidente como de la asamblea son fijos... Los rasgos fundamentales del presidencialismo —cualesquiera sean las variaciones que existan entre sus diversos tipos— son el origen separado (es decir, la elección popular del Ejecutivo) y la supervivencia separada (o sea, que ni el Ejecutivo ni el Legislativo pueden recortar el mandato del otro)”. Shugart, Matthew Søberg y Mainwaring, Scott, “Presidencialismo y democracia en América Latina: revisión de los términos del debate”, en *Presidencialismo y democracia en América latina* (trad. de María Inés Pousadela), Paidós, Buenos Aires, 2002, pp. 21 y 22.

⁷ Véase, por ejemplo, las obras clásicas, “The Perils of Presidentialism”, *Journal of Democracy*, vol. I, núm. 1, 1990, pp. 59-69, y “The Virtues of Parliamentarism”, *Journal of Democracy*, vol. 1, núm. 4, 1990. Al respecto puede destacarse que cuando repasamos la discusión teórico-doctrinaria que se ha dado en torno al mejor régimen de gobierno nos encontramos

han buscado confrontar al presidencialismo con el parlamentarismo, discutiendo sobre cuál de estos diseños institucionales —tomados en abstracto— es el más adecuado para asegurar un régimen político “sólido”. Esta forma de abordar la cuestión puede traer diversos problemas conceptuales y metodológicos.

En primer lugar, advertimos que este abordaje sigue una metodología deductiva y monocausal, esto es, se parte del diseño institucional en sí mismo sin reparar en los fenómenos que se intentan regular⁸ ni en los principios que se pretenden operativizar. Ésta es la visión que se ha llamado “institucionalista” (en sentido fuerte), y que supone que, desde un efectivo diseño —en abstracto— de las instituciones de gobierno se pueden obtener, paralelamente, los resultados planificados racionalmente y concretarlos en la realidad política en cuestión.

A esta visión “monocausal” (toda la realidad político-social puede moldearse desde diseños institucionales bien contruidos), que tiene un punto de inflexión en los célebres estudios de Linz, se le opone la visión pluricausal, que sostiene que la efectiva estructuración política depende de variadas y complejas causas que operan interconectadas. Dicho de otro modo, esta segunda posición adscribe a la premisa de que, además del diseño institucional para la validación de un régimen político, operan otras variables; por ejemplo, los valores predeterminados, la configuración social, y factores culturales, económicos e históricos. Precisamente esta es la crítica que han vertido, primero Nohlen, y luego Sartori,⁹ a la metodología inaugurada por Linz.¹⁰

con la profusa discusión que ha enfrentado parlamentarismo con presidencialismo, que surge y se intensifica desde la década de los ochenta, y que se asienta, casi pura y exclusivamente, en cuestiones de diseño institucional, buscando la racionalización del poder y la estabilidad del sistema como finalidades exclusivas. Durante la década de los noventa, la discusión continuó basada en cuestiones estrictamente institucionales, reemplazándose el criterio de “estabilidad” por el de “gobernabilidad” que el sistema debía asegurar.

⁸ Dieter Nohlen critica los enfoques del tema en virtud de los cuales se postula el paso sin advertencia previa “del mundo abstracto de las lógicas simples al mundo empírico de las circunstancias variables y complejas”, o como señala también, “el extraer de un mundo teórico regido por la lógica de la razón consecuencias para un mundo práctico orientado por la lógica de lo razonable, cuando ambas lógicas se contraponen”. Nohlen, Dieter, “Presidencialismo versus parlamentarismo: dos enfoques contrapuestos”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 99, enero-marzo de 1998, *passim*.

⁹ Sartori, G., “La crisis del presidencialismo”, vol. 1, 1997, p. 147. Citado por Bandieri, Luis María, “Presidencialismo vs. parlamentarismo bajo «demonios familiares»”, *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, núm. 71, 2011, pp. 63-91, p. 79.

¹⁰ Jorge Lánzaró, criticando fuertemente la tesis racionalista, indica que estas visiones institucionalistas ciegas “...caen en una suerte de «fetichismo» institucional, adjudicando a

En esa línea, afirma Orozco Henríquez que

...en esa discusión se enfrentaron, sobre todo, dos posiciones contrapuestas que representaban dos formas diferentes de valorar el peso de las variables institucionales. Por un lado, el enfoque normativo-deductivo de Juan Linz y sus seguidores, que favorecía normativamente al parlamentarismo como forma de gobierno “ideal” y, por otro, el enfoque histórico-empírico representado por Dieter Nohlen y sus adeptos, que no prefería *a-priori* un sistema de gobierno concreto, criticaba los supuestos teóricos y metodológicos de aquélla y abogaba por una perspectiva de investigación que tratarse comparativamente la cuestión de la idoneidad democrática de sistemas de gobierno en situaciones históricas concretas.¹¹

Siendo así, entiendo que la metodología adecuada para abordar la cuestión no puede ser otra que la pluricausal; los regímenes políticos deben asentarse en diversos elementos que confluyen en sus éxitos o fracasos, puesto que la realidad político-social sin dudas se constituye en virtud de una multiplicidad de factores. El diseño institucional es uno más —y uno sin dudas importante—, pero bajo ningún punto de vista el único.

La posición que asumo, entonces, es la de sostener que los fenómenos institucionales y políticos sólo pueden explicarse mediante un abordaje multicausal, y en donde el análisis específico de cada realidad concreta, en su configuración histórica, social y cultural, resulta ineludible (la realidad latinoamericana, por ejemplo). Éste será el marco teórico que englobará todo el análisis crítico que desarrollaré a continuación.

Con ello quiero indicar que la crítica que sostiene que las democracias latinoamericanas han fracasado por, y sólo por, su forma presidencialista, incurre en un análisis simplista y, a mi modo de ver, inadecuado, que, en cuanto tal, no puede dar respuestas acertadas a la problemática planteada.¹²

estas armazones, para bien y para mal —en diseños que se presumen intrínsecamente virtuosos o intrínsecamente perversos—, una magnitud de efectos autónomos, que por sí solas no tienen ni pueden tener”. Lánzaró, Jorge, *Tipos de presidencialismo y coaliciones políticas en América Latina*, CLACSO, 2001. ISBN: 950-9231-65-7, disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lanzaró/lanzaró.html>.

¹¹ Orozco Henríquez, Jesús, “Consideraciones sobre la parlamentarización de los sistemas presidenciales en América Latina”, en Häberle, Peter y García Belaúnde, Domingo (coords.), *El control del poder. Libro homenaje a Diego Valadés*, t. I, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2012, pp. 555-602, principalmente, p. 560.

¹² En esta línea, Shugart y Mainwaring afirman que “en años recientes muchos académicos han argumentado que la forma presidencialista de gobierno ha sido uno de los factores que contribuyeron a las dificultades de la democracia en América latina. Este argumento

Ello, a mi modo de ver, queda en evidencia si se explicita con claridad la pretendida respuesta subyacente en estas posiciones, esto es, que todos los problemas (o gran parte de ellos) que enfrentan las democracias latinoamericanas podrían solucionarse transformando los regímenes presidencialistas en sistemas parlamentarios.

En un estudio metodológicamente minucioso, Shugart y Maninwaring¹³ realizan un completo análisis de diversas variables contextuales que operan en donde funcionan tanto los regímenes parlamentarios como los presidencialistas, concluyendo que dichas variables, sistemáticamente apreciadas, parecen ser consustanciales al éxito o fracaso de un determinado régimen político. Así, por ejemplo, dividen a los países parlamentarios y presidencialistas analizados de acuerdo con parámetros tales como el nivel de ingresos, los tamaños de las poblaciones, la herencia colonial británica y los factores étnicos, religiosos y culturales.

Afirman que

...se agregan estas categorías porque es posible que ellas desempeñen algún papel respecto de que la democracia se mantenga en una sociedad determinada. Es ampliamente reconocido que un nivel de ingresos relativamente elevado constituye una condición contextual para la democracia (citan acá a Lipset, Dahl, Bollen).

...los países muy pequeños pueden tener ventajas en lo que se refiere a la estabilidad democrática porque típicamente tienen poblaciones relativamente homogéneas, el menos en términos étnicos, religiosos y lingüísticos, lo cual atenúa fuentes potenciales de conflictos políticos (citan a Dahl y a Tufte).¹⁴

A su vez, concluyen que

...existen más posibilidades de que el presidencialismo sea adoptado en América latina y en África que en otras partes del mundo, y es posible que estas partes del mundo enfrenten obstáculos más formidables para la democracia cualquiera sea su forma de gobierno. Por otra parte, el parlamentarismo ha sido un tipo de régimen elegido en la mayor parte de Europa y en las ex colonias británicas (un alto porcentaje de las cuales son microestados), donde posiblemente las condiciones para la democracia sean en general más favora-

ha sido ampliamente aceptado, y se han publicado pocas contraargumentaciones. Sin embargo, como esperamos dejar en claro en este capítulo, la evidencia en favor de la posición antipresidencialista es más débil de lo que a menudo se supone". Shugart, Matthew Soberg y Mainwaring, Scott, "Presidencialismo y democracia...", *cit.*, p. 19.

¹³ *Ibidem*, pp. 27 y ss.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 28 y 29.

bles. Así, existen razones para ser cautelosos en lo que se refiere a la correlación observada entre la forma constitucional y éxito de la democracia, pese a lo impresionante que esa correlación pueda parecer en un principio.¹⁵

ii) Existe, a su vez, un punto de partida conceptual cuestionable en el que incursionan quienes critican la forma presidencialista, que se afina en el criterio abstracto que utilizan como parámetro para preferir a un sistema por sobre el otro. Así, de un repaso de los trabajos sobre la temática, se advierte que la posición más generalizada ha utilizado como pauta para determinar la prevalencia de un régimen sobre el otro a la “estabilidad”. En este sentido, la pregunta que se formula gira en torno a cuál de los sistemas puede sobrevivir con mayor éxito a cualquier potencial crisis política.

Al respecto, entiendo que: i) la “estabilidad” del sistema no debiera ser la única variable ni, incluso, la más importante, para determinar la preferencia de un sistema por sobre el otro. Pueden presentarse, como de hecho ocurre, sistemas muy estables que tienen fuertes déficits en materia democrática y de derechos humanos (China, Corea del Norte, etcétera).¹⁶ La “estabilidad” debería considerarse, en mayor medida, una característica estructural de un sistema determinado que no se conecta, o no se conecta necesariamente, con esferas valorativas.

Garzón Valdés señala a este respecto que “...a menudo, se establece una relación necesaria entre el concepto descriptivo de estabilidad y el concepto normativo de legitimidad. De esta manera se mezclan dos planos que, a más tardar desde Hume, sabemos que deben mantenerse separados”.¹⁷ Más adelante continúa en el mismo sentido diciendo que

...la distinción entre estabilidad y legitimidad es muy similar a la que el campo de la teoría del derecho suele hacerse entre derecho positivo eficaz y jus-

¹⁵ *Ibidem*, p. 36.

¹⁶ Garzón Valdés realiza un interesante trabajo al respecto en *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, México, Fontanamara, 1999. Allí, luego de estudiar diversos casos, concluye que “no hay duda de que el balance de los casos analizados da más pie al pesimismo que al optimismo: en general, la estabilidad de los regímenes carentes de legitimidad es notoria mientras que en el caso de sistemas legítimos (como los de Costa Rica y Venezuela) subsisten algunos «casos límites» que impiden inferir un desenvolvimiento sin tropiezos graves por lo que respecta al mantenimiento de la regla de reconocimiento”. *Ibidem*, p. 111.

¹⁷ Garzón Valdés, Ernesto, *El concepto de estabilidad...*, cit., p. 9. Agrega luego que “...mientras que el juicio de legitimidad es de naturaleza normativa y su justificación es, en última instancia, de tipo moral, el juicio de estabilidad es descriptivo y su verdad o falsedad depende de la existencia de características empíricamente comprobables, sin que importe la calidad moral de las acciones que las provocaron”, p. 13.

to... El más ligero análisis de la realidad jurídica y política nos revela que no es contradictorio hablar de sistemas jurídicos eficaces pero injustos y de sistemas políticos estables pero carentes de legitimidad. Ni la justicia es condición necesaria de la eficacia de un sistema jurídico, ni la legitimidad lo es con respecto de la estabilidad de un sistema político.¹⁸

Con ello quiero decir que se deberían incorporar en las variables de análisis otros valores provenientes de las democracias constitucionales actuales (representación, protección de derechos, participación activa y control ciudadano), aunque ese sistema, luego de asegurar esos principios (que lo legitiman), pueda estar sometido a “crisis”, incluso graves y de difícil solución (con el quiebre del orden institucional contemplado).¹⁹ Incluso más, en ese sentido, debería llamarnos la atención que los propios diseños institucionales, para protegerse a sí mismos en las hipótesis de “emergencias” (“estados de excepción”), normativizan la concentración vertical del poder en un único decisor (¿decisionismo?) y la suspensión de ciertas garantías constitucionales. Es decir, priorizan el mantenimiento de la estructura misma por sobre otros valores que ceden (pero sólo en esas excepcionales situaciones).²⁰

Esta misma crítica puede replicarse sobre otras posiciones institucionalistas que, siguiendo siempre la visión monocausal, asientan la preferencia de un sistema por sobre el otro desde un o unos criterios abstractos que impactan sólo en el diseño como valor autorreferencial (governabilidad, eficacia, etcétera).

iii) Una aclaración más resulta importante en este punto, ahora de carácter metodológico. En general, el argumento que critica la inestabilidad (o la “ingovernabilidad”) de los sistemas presidencialistas trae solapada una

¹⁸ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

¹⁹ Un tema interesante a ese respecto es el del “pluralismo” que el sistema democrático debe asegurar, y que puede ser, él mismo, un factor de potencial inestabilidad sistémica. Así, por ejemplo, Díaz Revorio afirma que “...aunque se admita que no puede hablarse de democracia sin la efectiva vigencia de ciertos valores, si se tiene en cuenta que entre esos valores se encuentran, y en posición destacada, la libertad y el pluralismo político, puede defenderse que las Constituciones democráticas han de conllevar un cierto grado de apertura frente a las tendencias contrarias al orden constitucional vigente, siempre que las mismas traten de conseguir sus fines por procedimientos democráticos”. Díaz Revorio, Francisco Javier, *La Constitución como orden abierto*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 4 y 5. Siendo así, si se deben tolerar en los democracias constitucionales plurales las tendencias contrarias al propio orden constitucional, una potencial inestabilidad intrasistémica sería legítima desde los valores que se pretenden proteger (y que, claro, van más allá de la estabilidad absoluta del propio sistema).

²⁰ Este hecho parecería indicar un triunfo de Schmitt sobre Kelsen, al final del día hay una decisión política que, en definitiva, es la que sostiene la norma.

hipótesis, que es más cuestionable, y que debe tomarse con extrema precaución. Muchas veces, al afirmarse, sin más, que el presidencialismo es proclive a generar quiebres institucionales autoritarios, se está sugiriendo que el mismo sistema presidencial contiene ya de por sí ciertos sesgos autoritarios que, en cuanto tales, anticipan los golpes de Estado. Dicho de otro modo, señalar que los sistemas presidencialistas favorecen los golpes militares y los quiebres constitucionales puede ser una apreciación válida desde el punto de vista empírico —y de acuerdo con la evidencia que se tenga al respecto (en el apartado que sigue pondremos también en crisis esta hipótesis)—,²¹ pero es inválido cuando de ello se concluye a nivel conceptual que el sistema presidencialista conlleva, de por sí, un cierto contenido antidemocrático, y que, por ello, hace posibles, como un paso más en esa dirección, los quiebres constitucionales (es decir, como si se tratara de una cuestión de grados). En este punto no debe perderse de vista que los sistemas presidencialistas son regímenes constitucionalmente válidos que se contextualizan en formas democráticas de gobierno. En síntesis, emparentar al presidencialismo con los sistemas autoritarios puede provocar una indebida transferencia de reproches, adecuados para los sistemas autoritarios a esquemas democrático-presidencialistas.

Si no se tiene en cuenta esta importante aclaración, la incorrecta argumentación denunciada llevaría a excluir de plano cualquier diseño presidencialista “democrático” (casi como un oxímoron) y a plantear que la única opción válida es la parlamentaria, restringiendo así e indebidamente el menú de diseños disponibles y compatibles con la democracia. Quiero sostener, entonces, que los regímenes presidencialistas son perfectamente compatibles con las democracias constitucionales.

En este mismo apartado, se impone otra advertencia metodológica sobre cómo se ha abordado la cuestión, y que tiene que ver con una “parcialización” interesada de la base empírica analizada. Se ha afirmado, como señalamos arriba —con una pretendida base en datos duros— que los presidencialismos favorecen los quiebres constitucionales habilitando, casi como una condición de posibilidad de ellos, los regímenes autoritarios. Acá también se advierte un cuestionable recurso metodológico. Y es que la conclusión pretendidamente empírica de que a los presidencialismos les siguen, casi indefectiblemente, golpes de Estado y regímenes autoritarios, puede también predicarse de los parlamentarismos. Todo dependerá de cómo se trace la línea histórica para efectuar el análisis. Por ejemplo, Lánzaro seña-

²¹ Aunque también se le han hecho a esta hipótesis importantes objeciones, véase Lánzaro, Jorge, *Tipos de presidencialismo y coaliciones...*, *cit.*

la que sólo si se analizan los últimos años esa afirmación puede ser válida, pero, con una mirada más abarcadora, es decir, si “se echa una mirada a todo el siglo XX... se ve que los quiebres institucionales alcanzan a veintinueve en los regímenes parlamentarios, a doce en los regímenes presidenciales y a seis en los regímenes mixtos”.²² Así, por ejemplo, muchos de los regímenes políticos previos a las guerras mundiales mutaron de parlamentarismos a sistemas autocráticos. Esto denotaría que la base empírica para la afirmación antipresidencialista es “dibujada” *ad hoc*, es decir, con el solo interés de sustentar la teoría de la que se ha partido previamente. Ello, claro está, es una manipulación indebida de la información empírica disponible.

A su vez, existe otra parcialización epistémica en esta operación. Y es que para la crítica del presidencialismo se han tomado sólo los ejemplos suscitados en Latinoamérica, con lo cual la base empírica nuevamente vuelve a resultar acotada y parcializada, puesto que se trabaja sólo con unas muy delimitadas circunstancias tempo-espaciales.²³ De ello se deriva la dificultad analítica para separar, como factores que explican las crisis suscitadas, a la forma presidencialista por sobre otras problemáticas que existen en la región (pobreza estructural, factores culturales, sociales, etcétera). Dicho de otro modo, podría achacarse a esta metodología la falacia del llamado “argumento de la infradeterminación o subdeterminación de las teorías” (Duhem-Quine),²⁴ consistente en que la explicación a un determinado fenó-

²² *Idem*.

²³ Es destacable a este respecto el esfuerzo realizado por Stepan y Skach, quienes realizaron un amplio estudio comparativo, concluyendo que entre 43 democracias consolidadas existentes en el mundo entre 1979 y 1989, había 34 sistemas parlamentarios, dos semipresidencialistas y sólo cinco presidencialistas; marcando que el predominio abrumador de los sistemas parlamentarios es un indicador de una capacidad mayor de sostener la democracia. *Cfr.* Stepan, Alfred y Skach, Cindy, “Presidentialism and Parliamentarism Compared”, en Linz y Valenzuela (eds.), *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1994. No obstante, nos adherimos a la crítica que efectúan a estos autores Shugart y Mainwaring, indicando que nuevamente la base empírica resulta parcializada. Véase Shugart, Matthew Soberg y Mainwaring, Scott, “Presidencialismo y democracia...”, *cit.*, pp. 26 y 27. Por ejemplo, “...ese mismo período no fue particularmente auspicioso para los sistemas parlamentarios”. Entre 1960 y 1980 hubo rupturas de regímenes parlamentarios en Grecia (1967) y Turquía (1980) “...Muchos otros regímenes parlamentarios de más corta vida colapsaron en el mismo período, entre ellos los de Burma, Kenia y Somalia... en los años veinte y treinta las democracias cayeron en Alemania, Italia, Portugal, España y en los tres estados bálticos. Todos los regímenes, excepto Alemania, eran parlamentarios”. *Ibidem*, pp. 27 y 28.

²⁴ Argumento llamado de “Quine”, citado y explicado por Laudan, Larry, *La ciencia y el relativismo. Controversias básicas en filosofía de la ciencia* (trad. de J. F. Álvarez), Madrid, Alianza, 1993, pp. 60 y 61.

meno (al que se le ha parcializado previamente) puede surgir de más de una teoría posible. Para que la teoría sea “falsable” y pueda ser validada sería necesario que modifiquemos y ampliemos constantemente la base empírica para verificar si aquella “resiste” a otros contextos —de otro modo sería nuevamente una teoría *ad hoc* asentada en una base fija y recortada—. Shugart y Mainwaring advierten ello al afirmar que

El fracaso de las democracias presidencialistas en esta parte del mundo ha llevado a muchos estudiosos a afirmar que los regímenes parlamentarios hubieran tenido un mejor desempeño. Este argumento presenta dos problemas: (1) la democracia presidencialista ha existido sobre todo en América latina, lo cual hace difícil separar los obstáculos para la democracia en esa región que se derivan del tipo de régimen y los que se originan en factores socioeconómicos o de otra índole; y (2) la democracia parlamentaria se presenta casi exclusivamente en Europa o en ex colonias británicas, lo cual debería inducirnos a sospechar de los argumentos que sostienen que el parlamentarismo funcionaría igualmente bien fuera de esos contextos.²⁵

En un sentido similar, Shugart y Mainwaring cuestionan la visión meramente institucionalista como explicación de las “crisis”, al afirmar agudamente que “Cuando se afirma que una ruptura de la democracia puede ser atribuida al presidencialismo, implícitamente se está argumentando que en ese mismo país un régimen parlamentario podría no haber colapsado”; y ésta es una postulación contrafáctica que, en cuanto tal, resulta inválida como tesis concluyente.²⁶

iv) La pregunta ahora será ¿cómo salir del institucionalismo extremo? Por lo que vengo afirmando, sostendré que cabe distinguir los fundamentos políticos subyacentes de los diseños institucionales que surgen de ellos. Dichos fundamentos son los que preceden y se instrumentalizan a través del entramado institucional. Es decir, no debemos caer en el “institucionalismo” vacío, que se limita a analizar meras estructuras y a buscar su perpetuación aislada y con fundamentos autorreferenciales —la estructura busca asegurar su propia estabilidad—. Debemos tener muy en claro que las instituciones operan como medios para concretizar finalidades previamente

²⁵ Shugart, Matthew Søberg y Mainwaring, Scott, “Presidencialismo y democracia...”, *cit.*, p. 19. Más adelante estos autores destacan que la mayoría de los sistemas presidencialistas se localizan en Latinoamérica con países con ingresos bajos o medios-bajos. *Ibidem*, p. 31. A su vez, refieren a que la mayoría de los sistemas parlamentarios se asentaron en la región del mundo que primero se industrializó. *Ibidem*, p. 33.

²⁶ Shugart, Matthew Søberg y Mainwaring, Scott, “Presidencialismo y democracia...”, *cit.*, p. 27.

definidas en los marcos teórico-políticos (robustecimiento de la democracia, limitación al poder, protección de los derechos de los ciudadanos, maximización del pluralismo, etcétera). Estas finalidades o, mejor, principios, son los que delimitan al Estado de derecho constitucional en cuanto tal.

Sostengo, entonces, que metodológicamente el planteo debe ser inverso al que se suele efectuar al analizar la cuestión. Primero se debe establecer, por ejemplo, y si fuera el caso, que el objetivo de cualquier diseño constitucional es el robustecimiento de la democracia pluralista, para luego pasar, en virtud de esta primordial definición, a analizar los posibles proyectos institucionales —como herramientas— para concretar dicha finalidad. Esto no quiere decir que se niegue, bajo ningún punto de vista, el impacto que, bidireccionalmente, generan las instituciones en la construcción comunitaria. Pero previamente debe tenerse presente cuál es el resultado que se quiere lograr en virtud del diseño de las estructuras normativas.

En ese sentido, entiendo que tanto los diseños presidencialistas como los parlamentarios han logrado, con sus luces y sus sombras, concretizar, cada uno a su manera, los ideales democrático-constitucionales. Un análisis comparado y no sesgado, entiendo, permite arribar a esta conclusión.

v) Existe un ejemplo histórico muy ilustrativo de la posición que sostengo acá. El conocidísimo caso de la democracia de la República de Weimar, que no se pudo defender a sí misma y fue reemplazada “desde adentro” por un sistema radicalmente opuesto, el autoritario. En Weimar precisamente, había triunfado una determinada noción de democracia que establecía un sistema institucional en extremo flexible, esto es, la concepción de la democracia formal (como un mero mecanismo de toma de decisiones). Los diseños constitucionales no podían, paralelamente con esta concepción, fijar límites heterónomos a las decisiones populares, y por ello debían, ellos mismos, ser también meramente procedimentales. Como consecuencia de ello, el partido nacional-socialista accedió democráticamente al *Reichstag* (230 diputados en 1932), y Hindenburg nombró canciller a Hitler el 30 de enero de 1933.²⁷ Desde allí, el partido nazi dismanteló a la democracia e instaló un régimen autoritario.²⁸ Este es el momento histórico en el cual las democracias y, por ende, los diseños institucionales, se sustancializan y comienzan a establecer mecanismos de defensa a los proyectos políticos que pretenden la

²⁷ Díaz Revorio, Francisco Javier, *La Constitución...*, cit., p. 18.

²⁸ Goebbels señalaba que su partido iría al Parlamento “para paralizar el espíritu de Weimar con su propio apoyo. Si la democracia es lo suficientemente tonta como para darnos dietas y transporte gratis, es cosa suya. ¡Venimos como enemigos! Como el lobo sobre el rebaño de ovejas, así es como venimos”. Díaz Revorio, Francisco Javier, *La Constitución...*, cit., p. 18.

subversión del orden constitucional. Con ello quiero demostrar que los diseños institucionales suelen estar estructurados en función de la concepción política subyacente.

Claro que también, según entiendo, desde aquella concepción que se impuso, la de una democracia sustancial (que incluye valores y derechos como precondiciones de la misma) y de la nefasta experiencia de la Segunda Guerra Mundial, la “estabilidad” —aunque a ello hay que agregarle— de un orden democrático constitucional (y esto cambia radicalmente el planteo, dejando de ser meramente institucionalista) ha pasado a ser una preocupación atendible y solucionable, al menos parcialmente, por los diseños institucionales mejor elaborados.²⁹

Lo que sin dudas debe buscar evitar el sistema ideado, y en este punto sí coincidimos con la importancia de la estabilidad, es que más allá de la crisis, se mantengan los carriles de las democracias constitucionales, nunca derivando, o facilitando, la irrupción de gobiernos autoritarios o *de facto* (pues ello, más que la estabilidad, subvierte todos los principios del constitucionalismo teórico).³⁰

vi) De lo dicho también se deriva otra tesis, esta conceptual, que quiero dejar acá planteada. Como los diseños responden a concepciones subyacentes, la elección entre presidencialismo-parlamentarismo dependerá, más que de la estabilidad que cada uno de estos regímenes le pudiera asegurar al Estado, de la concepción democrática y, antes que ésta, del poder que tengamos. Hay un muy buen ejemplo histórico que confirma lo que acá afirmo, la discusión Kelsen-Schmitt. Por dar un mero ejemplo (derivado de la discusión más amplia entre “decisionismo” y “normativismo”), si para

²⁹ Espín Templado argumenta en esa línea, cuando afirma que le “resulta difícil aceptar que una democracia deba entregarse mansamente en manos de una fuerza política que triunfa en las elecciones pese a haber manifestado su intención de acabar con el sistema democrático. Y no me consuela el pensamiento de que si existe una mayoría partidaria de ese suicidio moral y político colectivo, no hay manera de evitarlo porque dichas fuerzas acabarían, probablemente, por imponerse de todas formas... Por lo pronto, esto último no es cierto sin más matices. Bien puede ser que dichas fuerzas, capaces de ganar unas elecciones, no lo sean, en cambio, para romper el aparato del Estado. El problema puede parecer una aporía; pero creo que la salida, de haberla, sólo puede venir por buscar aquellas fórmulas de autodefensa de la Constitución que traten de evitar que se produzca una tal victoria electoral. Y ello, naturalmente, sin acabar «preventivamente» con el orden democrático, ya que entonces el medio de defensa equivaldría en sus efectos al resultado que se pretendía evitar”, Espín Templado, Eduardo, en el prólogo a la obra de Díaz Revorio, Francisco Javier, *La Constitución...*, cit., pp. XVII y XVIII.

³⁰ Aunque también cabe referir, al respecto, que lo fáctico no puede confundirse con lo normativo, ya que cualquier sistema institucional —incluso aquellos mejores diseñados— puede ser subvertido por fenómenos de hecho, como los golpes militares.

Schmitt, por su propia concepción política —y de la representación—,³¹ ni diálogo ni consenso pueden darse en la realidad, puesto que la dinámica del poder no los permite (siempre habrá una posición que será dominante por sobre las otras), no tiene ningún sentido estructurar un sistema pensado para coordinar decisiones.³² El parlamentarismo sería, por consiguiente, y desde esa posición, una construcción que parte de una noción idealizada que no comprende la verdadera dinámica del poder y que no arraiga en una concepción democrática, sino en una liberal (nociones contrapuestas para este autor).³³ Por ello, los sistemas verticalistas traducen una mejor explicación de cómo funciona la política.³⁴ Kelsen, con una visión “normativista” radicalmente opuesta a la de Schmitt, defendió fuertemente, desde esos sustentos teóricos, al régimen parlamentario.³⁵

Fijando posición, yo me adscribo aquí a una visión, aunque no ingenua, dialógica de la democracia, creo que el diálogo interorgánico es posible —en un sentido de negociación— y beneficioso para la toma de decisiones colectivo-representativas. Pero esta posibilidad se da, puesto que

³¹ “...la representación proporcional y el sistema de listas rompen la relación entre el votante y su representante, que la obligatoriedad de la disciplina del voto dentro de cada grupo parlamentario se ha convertido en un instrumento imprescindible y que el denominado principio representativo... pierde su sentido”. Schmitt, Carl, *Sobre el parlamentarismo* (trad. Nelson y Grueso), Madrid, Tecnos, 1990, p. 25.

³² Afirma Schmitt que ha quedado demostrado que los principios que sustentaban al parlamentarismo han quedado desvirtuados en la práctica; por ejemplo, cuando señala que “en algunos Estados, el parlamentarismo ya ha llegado hasta el punto de que todos los asuntos políticos se han convertido en objeto de botines y compromisos entre partidos y sus seguidores, y la política, lejos de ser el cometido de una élite, ha llegado a ser el negocio, por lo general despreciado, de una, por lo general despreciada, clase”, p. 7. Más adelante: “los partidos... ya no se enfrentan entre ellos como opiniones que discuten, sino como poderosos grupos de poder social o económico”. *Ibidem*, p. 9. Y, concluye: “...con lo cual el sistema parlamentario resulta ser, al fin, sólo una mala fachada del dominio de los partidos y de los intereses económicos”, *ibidem*, p. 25.

³³ Schmitt afirma que debe diferenciarse entre democracia y liberalismo —conceptos que, según el alemán, están confundidos en la teoría del Estado de su época—, señalando que el parlamento es una institución de raigambre absolutamente liberal y que, en cuanto tal, puede oponerse a la dinámica democrática. *Ibidem* anterior, pp. 20-22.

³⁴ En Schmitt vemos una doble crítica al parlamentarismo: como forma de gobierno y como forma de Estado. Aragón Reyes, señala que para Schmitt la democracia parlamentaria “conduciría siempre al dominio político de una clase sobre otra (dominio, dirá, disfrazado de «democracia formal»). El Parlamento no serviría entonces para «representar» a todos, sino para que se impusiese, a través suyo, la clase dominante”. Aragón Reyes, Manuel, “Leer hoy a Carl Schmitt”, *Estudio preliminar*, p. XVIII, en Schmitt, Carl, *op. cit.*, anterior.

³⁵ Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Madrid, Guadarrama, 1977. Curiosamente, Kelsen critica la metodología utilizada por Schmitt de analizar al parlamentarismo desde una visión distorsionada del mismo. Kelsen, Hans, *Esencia y valor...*, *op. cit.*, pp. 50 y ss.

no hay que ser ingenuo con la dinámica del poder, cuando el mecanismo de toma de decisiones la fuerza; es decir, cuando se estructuran las instituciones con base en el autointerés de cada uno de los actores. Por ello, entiendo que son atractivos los diseños basados en esquemas de negociación, como las postuladas desde la teoría de los juegos.³⁶

vii) El análisis debe cuidarse de no incurrir en un error común en el tema; esto es, partir desde una hipótesis metodológicamente inadecuada, consistente en tomar al sistema presidencialista como si éste se identificara solamente con su variante hiperpresidencialista, contraponiéndolo al sistema parlamentario puro. Este proceder, ya de por sí contamina indebidamente todo el recorrido argumental. Es decir, si confronto un sistema parlamentario ideal a un sistema presidencial distorsionado, la conclusión a la que arribe va a estar predeterminada *ab initio* en favor del régimen parlamentario. En este tipo de argumentos se pueden advertir claros errores lógicos que los invalidan *in limine*.³⁷

Lo adecuado sería, o discutir comparando sistemas realmente existentes verificando sus ventajas y desventajas empíricas, o contraponer en abstracto (y aunque esta metodología ya de por sí es cuestionable, por partir de modelos idealizados que no funcionan como tales en la praxis) a los sistemas presidencialistas y parlamentarios puros, verificando cuál de ellos cumple mejor las finalidades tenidas en cuenta al momento de su diseño. La metodología “depurada” propuesta permite un abordaje más fino de la cuestión. Por ejemplo, al analizar los sistemas en concreto, y si es que se concluye previamente que el “hiperpresidencialismo” debe ser limitado, proponer un rediseño que permite echar mano a un variado menú, por ejemplo, sin que ello implique necesariamente el abandono de la forma presidencialista, o buscando mecanismos intermedios entre el presidencialismo y el parlamentarismo (“semipresidencialismos”) o decidirnos —pero ahora ya desde una metodología adecuada— por un diseño abiertamente parlamentario.

viii) Una opción que validaría la discusión parlamentarismo-presidencialismo como dicotómica sería la de considerar que todo presidencialismo, por problemas estructurales de origen, desemboca necesariamente en un hiperpresidencialismo. Pero a esta conclusión debe arribarse previamente,

³⁶ Una interesante aplicación al diseño del presidencialismo en Riberi, Pablo, “El presidencialismo exánime...”, *cit.*, pp. 291-315.

³⁷ Resulta sugerente que, tal como Kelsen denuncia en el proceder de Schmitt, la metodología inversa es igualmente reprochable, esto es, criticar al parlamentarismo partiendo de un modelo distorsionado del mismo, también definiendo “como defectos teóricos del modelo (el parlamentarismo) los que solo derivan de un ejemplo práctico de su mal funcionamiento”, en Aragón Reyes, Manuel, “Leer hoy a Carl...”, *cit.*, p. XVI.

y este paso es el que no se advierte en las discusiones teóricas sobre el tema. A su vez, esta conclusión necesitaría de otra comprobación adicional, que radica en afirmar que el parlamentarismo puro también existe, y que él mismo no contiene distorsiones o problemas similares a los verificados en el presidencialismo. Al respecto, se verifica que este análisis, por lo general, es nulo o incompleto en los trabajos al respecto.

En esta línea, afirma Bandieri que

...así, apenas se revisan las posiciones en debate surge, por ejemplo, que el presidencialismo argentino, expuesto en toda su crudeza, es comparado con un modelo de parlamentarismo “puro” que no existe y que, probablemente, jamás tuvo concreción alguna en la realidad política. O se realiza una comparación entre el presidencialismo latinoamericano, en general, y argentino en particular, con un presidencialismo norteamericano idealizado, que incluso se presenta como “régimen congresional”.³⁸

II. ¿ES NECESARIO LIMITARLO? O DE LOS PELIGROS DEL PODER EJECUTIVO DESATADO

Hechas estas aclaraciones previas, trabajaremos con la pregunta de si es necesario limitar a los presidencialismos fuertes. La tesis es que partimos de hiperpresidencialismos que, como señalamos antes, no deben indefectiblemente contraponerse con parlamentarismos, sino que, antes bien, pueden corregirse *ad intra* del mismo régimen, volviendo a la noción de presidencialismos balanceados o moderados. Nuestra hipótesis de trabajo es que, para evitar la problemática de los “implantes” o “préstamos” constitucionales,³⁹ y siendo viable un rediseño constitucional presidencialista moderado completamente compatible con la democracia, es preferible buscar mecanismos para evitar la concentración y mejorar el control del órgano Ejecutivo. Para ello, debemos concluir previamente que los hiperpresidencialismos son inadecuados para actualizar los modelos de democracia constitucional.

Desde la teoría clásica, cualquier concentración extrema de poder sería completamente reprochable. No obstante ello, y aunque parezca una obviedad

³⁸ Bandieri, Luis María, “Presidencialismo vs. parlamentarismo...”, *cit.*, p. 70.

³⁹ Una muy buena crítica a esta metodología constitucional en Rosenkrantz, Carlos, “En contra de «préstamos» y otros usos «no autoritativos» del derecho extranjero”, *Revista de Derecho de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, octubre de 2005, disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica04.pdf.

dad afirmar que los sistemas hiperpresidencialistas deben ser descartados, se han ensayado algunas defensas, que conviene repasar.

i. *Desde una visión “institucionalista”*: se ha señalado que el propio diseño de los sistemas presidencialistas fuertes permite asegurar eficacia en la decisión, tanto por la agilidad como por la calidad (cuestiones técnicas), y la concreción del “Estado social de derecho” o del “constitucionalismo social”.

Se ha difundido la idea de que la concentración de decisiones en el órgano Ejecutivo se fundamenta en la eficacia requerida, sea para cumplir determinados objetivos (unidad del país, paz interior, etcétera), sea para llevar de manera ágil la administración de las políticas públicas. Aquí se deberá concluir que, pese a estas precomprensiones, el presidencialismo concentrado ha dado cuentas (y esto se deriva de una comprobación histórica) de ser, también él, tremendamente ineficaz.

Su posibilidad de tomar decisiones rápidas e intervenir inmediatamente en cualquier crisis potencial es lo que, en general, ha servido de base para su postulación como una buena forma gubernamental. Incluso éstos son los argumentos explícitos con los que se han diseñado muchos de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, desprendiéndose en esos aspectos del modelo norteamericano de *check and balances* (véase el pensamiento de Alberdi ya reseñado). Este es el mismo razonamiento que, a la vez, habilita a que en los estados de emergencia sea el presidente quien concentre un poder muy fuerte para poder, “ágilmente”, tomar medidas y mantener el “orden”.

A su vez, impacta también en la justificación de la concentración de facultades, el surgimiento del “Estado social” de derecho, que, en general, ha puesto en cabeza de los presidentes llevar a cabo las acciones positivas prestacionales que se requieren para abordar la “cuestión social”. Los poderes Ejecutivos cuentan con ingentes recursos, numerosa estructura e infraestructura, y todo ello asentado en un marco teórico muy difundido, que se fundamenta en la alegada urgencia para satisfacer las necesidades de las sociedades contemporáneas. Esto ha hipertrofiado a los poderes Ejecutivos generando su burocratización y, por ende, su ineficacia.

Otro argumento difundido, y que sirve de fundamento para transferir competencias a los órganos Ejecutivos, es el de la necesidad de especialización que se requiere en el mundo contemporáneo. Por ejemplo, se ha dicho que es necesario que las administraciones públicas cuenten con ramas cada vez más especializadas, puesto que así lo reclama la complejidad propia de los problemas que deben resolverse en un mundo altamente tecnificado.⁴⁰

⁴⁰ A la vez, se han marcado las dificultades de la estructura parlamentaria para adquirir capacidades técnicas. *Cfr.* Llanos, Mariana y Nolte, Detelf, “Los congresos en América Lati-

Es decir, que las potestades de los poderes Ejecutivos deberían ensancharse en virtud de nociones muy arraigadas, como la de especialización de las políticas públicas (tecnificación y burocratización de la política).

La idea de especialización de la administración pública da lugar a la “tecnificación” de la política, generando un reemplazo automático de los Ejecutivos “eficientes” por sobre los “poderes legislativos” anacrónicos.⁴¹ El argumento, entonces, es el siguientes: si las cuestiones que han de resolverse en las sociedades contemporáneas son complejas y requieren conocimientos técnicos (sean cuestiones científicas —científicos—, económicas —técnicos economistas—, sociales —cientistas sociales—, etcétera), la deliberación política carece de sentido y debe recurrirse, en su reemplazo, a los dictámenes de los expertos.⁴² La tecnocracia, que arraiga en las áreas especializadas dependientes de los poderes Ejecutivos (ministerios, gabinetes) reemplaza a la clásica teoría de la representación.⁴³ No hace falta argumentar mucho para destacar que esta visión hierde mortalmente a la democracia representativa, a la vez que es compatible con gobiernos no democráticos.

Recapitulando, entonces, la idea de que la estructura ejecutiva positiva (acciones positivas) y especializada de los poderes Ejecutivos tenderá a reemplazar a la antigua deliberación que representan los órganos legislativos, puede ponerse en crisis. Por un lado, la mentada “política positiva” y la “tecnificación” que debería desarrollarse en el seno del Poder Ejecutivo ha llevado a la burocratización, y a generar administraciones públicas de grandes dimensiones y lentas para brindar respuestas. Los problemas son

na: legislaturas reactivas, potencialmente activas”, en Renella, M. P. y Loira, V. M. (comps.), *El Poder Legislativo*, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácido, 2012. Por ejemplo: “...se afirma a menudo que las legislaturas de la región carecen de las capacidades técnicas para llevar a cabo sus funciones... o, en otras palabras, que el parlamento se encuentra en desventaja con el poder Ejecutivo en lo que concierne a la información. Esta asimetría, muchas veces originada en el carácter técnico de las políticas, contribuye a que las mismas se transformen en un dominio del Ejecutivo”, p. 35.

⁴¹ Este tipo de argumentaciones se repiten, por ejemplo, cuando se justifica la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo. Reseña Gelli que “las razones que avalaron las crecientes atribuciones delegadas fueron la necesidad y la conveniencia, enderezadas a dotar de mayor eficacia la gestión gubernamental... el desplazamiento del poder del Congreso hacia el presidente y sus órganos de administración fue constante, creciente y desbordó toda medida”. Gelli, María Angélica, *Constitución de la nación Argentina (comentada y concordada)*, 4a. ed., t. II, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 263.

⁴² La jurisprudencia argentina que fundamenta las funciones legislativas en cabeza del Poder Ejecutivo argumentando las necesidades del buen gobierno, “Banco Argentino de Comercio c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, CSJN, Fallos 286-325.

⁴³ Domínguez, Jorge I. (ed.), *Techmopols: Freeing Politics and Markets in Latin America in the 1990s*, University Park-Penn State University Press, 1996.

complejos y numerosos, y esto replica en estructuras burocráticas grandes e ineficientes. Por otro lado, la noción de que las respuestas políticas, en el mundo contemporáneo, deben ser reemplazadas por las técnicas tampoco puede sostenerse seriamente. Como se ha afirmado desde la epistemología, los mismos problemas científicos admiten diversas respuestas y valoraciones ideológicas,⁴⁴ y, por ende, no aseguran una respuesta “objetiva” única, como se pretende afirmar. En realidad, las respuestas “técnicas” no deben confundirse con las respuestas “tecnocráticas”, ya que cualquier especialidad admite diversas lecturas y posiciones y, por ello, siempre debe resolverse con un margen de apreciación valorativo-político. Por último, no debe perderse de vista que entre las funciones de los poderes legislativos están las de ejercer control, y ellas no se desdibujan, sino que se robustecen (o se deberían robustecer) si, llegado el caso, mayores son las competencias del órgano Ejecutivo.

Desechados estos principales argumentos, el hiperpresidencialismo no parece tener demasiada apoyatura teórica, con lo cual debe ser limitado y controlado. Debemos, por ende, trabajar en cuestiones de diseño institucional para conseguir fórmulas y mecanismos de despersonalización y racionalización del funcionamiento del órgano Ejecutivo.

ii. *Desde visiones antiinstitucionalistas* se ha visto en los presidentes fuertes e, incluso, desaprensivos a cualquier limitación normativa, como una salida atractiva a la “dinámica conservadora” de las instituciones, que, según sostiene esta corriente de pensamiento, no hacen más que cristalizar situaciones de desigualdad y hegemonía. Ernesto Laclau ha señalado en ese sentido, que

En América latina, por razones muy precisas, los parlamentos han sido siempre las instituciones a través de las cuales el poder conservador se reconstituía. Mientras que, muchas veces, un Poder Ejecutivo que apela directamente a las masas, frente a un mecanismo institucional que tiende a impedir procesos de la voluntad popular, es mucho más democrático y representativo.⁴⁵

Desde esta línea, que apela a una noción de representación directa, entre un líder y el “pueblo”, mientras mayor sea la concentración de poder del líder, mayor será la inclusión de las masas populares en la política.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, las clásicas obras de Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, y Feyeraben, *En contra del método*.

⁴⁵ Laclau, Ernesto, *Discurso en el marco del ciclo “debates y combates”*, desarrollado en *Teconópolis*, octubre de 2021, recogido en diversos medios, disponible en: <http://www.lavoz.com.ar/opinion/razon-populista>.

La opción hiperpresidencialista es la que más se adecua a esta visión, y ello porque configura un vértice en donde se pone en crisis al institucionalismo mismo. Repárese que las principales críticas a la concentración de poder están dadas por el quiebre al mecanismo de división de poderes y, por ende, a la vigencia misma del constitucionalismo. Se ha dicho, por ejemplo, que un Poder Ejecutivo “desatado” desestabiliza a todo el sistema (Linz) y presenta un posible quiebre total de la institucionalidad. Es decir, la inestabilidad *ad intra* que genera este régimen produce su principal atractivo para las posturas antiinstitucionalistas.

Así, Laclau afirma que

...el populismo se presenta a sí mismo como subversivo del estado de cosas existentes y también como punto de partida de una reconstrucción más o menos radical de un nuevo orden una vez que el anterior se ha debilitado. El sistema institucional debe estar (nuevamente, más o menos) fracturado para que la convocatoria populista sea efectiva.⁴⁶

Si bien es apasionante el debate constitucionalismo-populismo, no es este el espacio para trabajarlo. Sí podemos decir que nosotros partimos de la teoría constitucionalista, que es radicalmente opuesta a la populista, y que destaca la necesidad de la limitación del poder para el aseguramiento de los derechos y garantías de los ciudadanos, y que ellos no estén a merced de un líder que podrá ser virtuoso, pero circunstancialmente, también obrar inadecuadamente. Es más, la idea del institucionalismo y la racionalización del poder es la de mantener una maquinaria que pueda funcionar adecuadamente más allá de las virtudes de los gobernantes. Por ello, desde una plataforma constitucionalista, debemos reflexionar sobre la necesidad

⁴⁶ Laclau, Ernesto, *La razón populista*, México, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 221. Decía Groppo que “Las instituciones, acusa el populismo, sólo funcionan para aquellos que son «representables» (representan a lo representable), es decir, para los que ya están incluidos en el sistema. El sistema ya los contiene y por ello son representados por él. Los excluidos, por el contrario, no tienen posibilidades o canales para incorporarse, pues el «institucionalismo» cristaliza de manera inflexible la situación hegemónica triunfante. Por ello, para romper con el denunciado círculo vicioso, es necesario romper con el *status quo* de manera vertical y movilizar las «demandas insatisfechas», nombrándolas y dándoles, en ese mismo acto, identidad comunitaria. Dicho de otro modo, para la posición populista, la representación es un mecanismo que transforma a las carencias y necesidades desoidas en demandas públicas gracias a la acción del líder que las introduce en el discurso público dándoles forma y sentido”. Groppo, Alejandro, “Representation and Subjectivity in Populist Identification. Some Remarks from a Discourse Analysis Perspective”, trabajo presentado en la *Conference of the European Consortium for Political Research*, 6 al 8 de septiembre de 2001, Canterbury, Universidad de Kent, inédito, p. 8.

de reencauzar a estos “desatados” Ejecutivos en los carriles propiamente institucionalistas.

Entonces, a la primera afirmación, la respuesta es positiva. Los presidencialismos deben limitarse, puesto que no son convincentes los argumentos de las posiciones favorables a este esquema de gobierno. Sí resulta, en cambio, persuasivo que la concentración de poder debe ser evitada para lograr finalidades valiosas en la organización comunitaria, tal como lo ha sostenido el constitucionalismo desde sus orígenes.

III. CÓMO LIMITAR LOS HIPERPRESIDENCIALISMOS

En general, las respuestas a este interrogante han sido de tres clases: 1) se ha señalado que directamente deben reemplazarse los sistemas presidencialistas por modelos parlamentarios; 2) se ha postulado que se debe mixturar el régimen presidencialista con mecanismos parlamentarios (los semipresidencialismos), o 3) se ha propuesto un rediseño del esquema presidencial para evitar su desbocamiento constitucional.

Nosotros nos alineamos con la tercera propuesta, puesto que, como ya hemos afirmado: *a)* no parece adecuada la técnica de los implantes constitucionales (numerosos ejemplos históricos podrían abonar esta posición); *b)* el sistema parlamentario no parece ser superior, en cuanto a la defensa de los valores democráticos, que el esquema presidencialista; *c)* se puede lograr un equilibrio de poderes y un control de poder desde el presidencialismo (los tres poderes enfrentados) más robusto que en el modelo parlamentario (un poder dependiendo del otro); *d)* tal como veremos en el apartado que sigue, existen dificultades estructurales para implementar, directamente, una mutación de un sistema en otro.

En ese sentido, creo que los defectos que se han endilgado como intrínsecos al presidencialismo no son connaturales a este régimen de gobierno (muchos de ellos, sí a su forma distorsionada). Si repasamos las principales críticas que se han esgrimido, podemos concluir que la rigidez en los periodos presidenciales y la supuesta falta de válvulas de escape ante un posible conflicto con el órgano Legislativo son problemáticas que pueden ser subsanadas con mecanismos del propio sistema, otorgándosele, por ejemplo, herramientas al parlamento para controlar robustamente al Ejecutivo (*impeachment*, juicio político, censura a los ministros, *re-call*, etcétera);⁴⁷ la po-

⁴⁷ O, incluso, acortando los mandatos presidenciales, ya que “los periodos breves permitirían una resolución más temprana de los problemas generados por los mandatos fijos”. *Cfr.* Shugart, Matthew Søberg y Mainwaring, Scott, “Presidencialismo y democracia...”, *cit.*, p. 46.

tencial acefalía también puede ser cubierta con un buen diseño normativo para cubrir y contemplar esas situaciones (hasta una nueva elección que, en el fondo, fortalece la vinculación democrática); la legitimidad dual que presentan los presidencialismos no debe ser vista sólo en su aspecto negativo, ya que permite una elección y un control directo del pueblo sobre el presidente (es decir, aumenta el grado de *accountability* de la sociedad sobre sus representantes), con mucha más previsibilidad que la que permite el modelo parlamentario (en donde la constitución del gobierno queda desplazada del proceso eleccionario).

Por último, la dificultad para tomar decisiones consensuadas y los juegos de suma cero no son derivaciones necesariamente estructurales e insalvables dentro de los marcos presidencialistas, sino que pueden resolverse con diseños inteligentes y sin salir de este esquema de gobierno. De hecho, la posibilidad de bloqueo entre poderes, que se asienta precisamente en el diseño de pesos y contrapesos proveniente del sistema norteamericano, es una oportunidad única para buscar mecanismos que fomenten el diálogo y la negociación, bloqueando la posibilidad de que un poder, de manera aislada, imponga verticalmente su decisión sobre el otro. La necesidad de consenso podría, por ejemplo, forzarse con un adecuado diseño que tenga en cuenta el funcionamiento autointeresado de los organismos del Estado.

En este punto me parece muy atractiva la propuesta de recurrir a mecanismos provenientes de la teoría de los juegos.⁴⁸ En términos pragmáticos —reflexiona Riberi—,

...digamos que hay que buscar estímulos selectivos que racionalmente lleven a quienes ocupen funciones políticas en los poderes del Estado a actuar de manera tal que del cálculo estratégico que individualmente puedan ensayar no se desprendan mejores acciones que aquellas que refuercen los valores colectivos, la cooperación y el bien común. Podemos promover objetivos y valores sociales como subproductos de motivaciones privadas.⁴⁹

La idea, es entonces, bloquear, por los resultados autoperjudiciales, los comportamientos individualistas de las ramas orgánicas del Estado, es decir, que los desacuerdos nunca deberían redundar en beneficios para los participantes del juego (poderes). Para Riberi, estos estímulos se traducen en diseñar un conjunto de “amenazas óptimas”, lo que, en definitiva, significa

⁴⁸ Riberi, Pablo, “El presidencialismo exánime...”, *cit.*, *passim*.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 310.

que la cooperación otorgará mayores beneficios a todos los participantes y evitará también los riesgos.⁵⁰

IV. LA DIFICULTAD ESTRUCTURAL PARA LA DEBILITACIÓN DEL HIPERPRESIDENCIALISMO

Como ya hemos señalado, a este planteo teórico lo acompaña indefectiblemente una cuestión de naturaleza práctica, que no por revestir esas características resulta un tema menor en nuestro análisis. Nuestra tesis de partida —que el presidencialismo está desbordado— nos compele a preguntarnos sobre cómo hacer para que los sistemas con presidentes hiperrobustos, que manejan los resortes de casi todo el sistema institucional, tengan los incentivos suficientes como para impulsar o, al menos, no oponerse, a la modificación del sistema, con la finalidad de debilitar su propia concentración de potestades.

La práctica nos demuestra que los sistemas están fuertemente influenciados por las decisiones de los poderes Ejecutivos, y que las reformas constitucionales son, en numerosas oportunidades, impulsadas por los presidentes de turno. De este modo, se blindan el sistema hiperpresidencialista. Los presidentes, que ya son fuertes de por sí, y en virtud de las propias reglas que el sistema prevé, si es que se inclinan por modificar éstas será, seguramente, para concentrar aún más poder. Las diversas reformas motivadas por el espíritu reeleccionista permiten arribar a esta conclusión.⁵¹ Los discursos constituyentes muchas veces esgrimen objetivos loables de fortalecimiento de las instituciones, pero suelen esconder motivos autointeresados como lo es la reelección presidencial y el ensanchamiento de facultades de los órganos Ejecutivos.

En este sentido, ha señalado Gargarella que “tal vez la principal dificultad que enfrenta cualquier proceso de reforma es de carácter estructural, y es el siguiente, muchas de las reformas que se requieren deben ser diseñadas e instrumentadas por los mismos individuos que pueden ser perjudicados por ellas”.⁵²

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 311 y 312.

⁵¹ También se verifican en las reformas mecanismos de concentración de poder, como, por ejemplo, reconocimiento y ampliación de facultades legislativas en los ejecutivos; potestades referentes a los estados de emergencia; competencias para modificar las leyes presupuestarias, entre otros.

⁵² Gargarella, Roberto, “Dificultad, inutilidad y necesidad de la reforma constitucional”, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, p. 524, Gargarella

Entiendo que éste es un argumento más, ahora de tipo pragmático, que aconseja mantenernos en regímenes presidencialistas. De este planteo se deriva, al menos como una disposición estratégica, que la matización del presidencialismo debe realizarse sin grandes “saltos”, es decir, sin intentar mudarnos directamente a otro sistema, como el parlamentario, puesto que ello, sin dudas, generará más resistencia estructural del órgano con mayores competencias y capacidad de reforma. Manteniendo la forma presidencialista debe buscarse, mediante diseños inteligentes, que el sistema se vaya equilibrando gradualmente.

V. CONCLUYENDO

Para terminar, realizaré un repaso de las propuestas que he planteado: *i)* que la temática de los regímenes de gobierno debe abordarse partiendo de una visión pluricausal; esto es, teniendo en cuenta a los múltiples factores que impactan en los éxitos o fracasos de los sistemas; *ii)* que el institucionalismo, en algunas ocasiones, ha simplificado indebidamente la cuestión, analizando los diseños institucionales en abstracto y alcanzando, por ende, conclusiones parcializadas; *iii)* que la crítica habitual a los presidencialismos latinoamericanos incurre en defectos metodológicos, *iv)* que el hiperpresidencialismo no es un régimen aceptable en términos de democracia-constitucional, y *v)* que se debe, sin abandonar la forma presidencialista, limitar a los órganos Ejecutivos volviendo a equilibrar los diseños institucionales.

afirma, desde el plano empírico que “...puestos a operar sobre el esquema constitucional vigente, sus protagonistas se encargaron de bloquear las reformas más importantes destinadas a perjudicarlos, aun cuando ellas guardaban un amplio consenso entre aquellos que más reflexionaban sobre la reforma”, *ibidem*, p. 524.

IV. EL CONTROL DEL PODER REVISITADO

LA TECNOLOGÍA DIGITAL COMO HERRAMIENTA DE CONTROL PARA LOS GOBERNANTES

Jean-Philippe DEROSIER*

SUMARIO: I. *Abierto-moderadamente-controlar*. II. *Estar sujeto al control, definitivamente*.

Sin fin, sin límites, sin fronteras. Tales serían las características de la tecnología digital como herramienta de control para los gobernantes. En primer lugar, esas características se aplican a la tecnología digital: la tecnología digital posibilita ver y estar presente en todo lugar, acceder a toda la información disponible a través de ella sin fin, sin ningún otro límite que las capacidades de conexión y comprensión, y más allá de las fronteras tradicionales entre Estados. En segundo lugar, se aplica al control: para evitar abusos y tiranía, el control debe ser la contraparte de todo poder, ejercido permanentemente y así llevado a cabo sin fin, sin límites y sin fronteras. En tercer lugar, se aplica a los gobernantes: en una democracia ideal, los gobernantes coinciden exactamente con aquellos que son gobernados (*i. e.* el pueblo), es decir, todos sujetos de derecho, y cuando tal ideal es llevado al paroxismo, la democracia se encuentra sin fin, sin límites y sin fronteras, dado que se dirige a todos, concierne todas las reglas y se vuelve universal.

La tecnología digital, el control y los gobernantes nos hacen pensar sin fin, sin límites y sin fronteras. Sin embargo, estas características no pueden asociarse con el derecho, considerado por definición un fenómeno de limitación.¹ El derecho identifica quiénes son los gobernantes y limita sus actos.

* Profesor en la Universidad de Lille, Facultad de Derecho, Universidad Lille, EA 4487 —CRDP (ERDP)— Centre “Droits et perspectives du droit (Équipe de recherche en droit public)”, F-59 000 Lille, France; director científico del ForInCIP, editor científico de la revista *Jurisdoctoria*, autor del blog *La Constitution décodée*.

¹ En efecto, como “orden de la conducta humana”, el derecho limita y enmarca a la última, e incluso la sanciona si excede los límites impuestos por la norma. En consecuencia, todos los límites son estándar, y no es posible considerar que en el derecho positivo hay algo

Permite, garantiza, pero también define el control. El derecho abarca la tecnología digital, o no, al planear mecanismos de acción, lo cual equivale a limitar su uso. El derecho requiere limitar lo ilimitado, circunscribir lo que es universal. ¿En qué se convierte entonces la tecnología digital como una herramienta de control para los gobernantes?

Los gobernantes son distintos de los gobernados, con quienes, sin embargo, se conectan primero legalmente, en general de manera democrática, y posiblemente de manera digital. Encuentran el pueblo que puede dividirse en dos categorías: el pueblo como objeto de la norma, es decir, quienes son los receptores de la norma y deben respetarla, y el pueblo como sujeto de la norma, es decir, aquellos que la decretan y quienes son sus autores. La democracia pura² es la perfecta coincidencia entre el pueblo como objeto y el pueblo como sujeto de la norma, cuando los receptores de la norma son también sus autores. Como tal perfección no puede lograrse, es indispensable la representación. Lleva a la distinción original entre gobernantes y gobernados.

Una vez realizada esta distinción, todavía debe establecerse qué categorías e instituciones abarcan dichos gobernantes. ¿Es sólo el jefe de Estado o también el jefe de gobierno? ¿Sólo lo más alto del Ejecutivo o también incluye el gobierno? ¿Es sólo el Poder Ejecutivo o también el Legislativo? ¿Sólo la esfera política o también incluye la administración? ¿Sólo el nivel nacional o también el local? En una democracia, los gobernantes, entendidos como los creadores de la norma, se asocian con toda autoridad con poder —prescriptivo—, y toda autoridad de poder conlleva, en efecto, el control de dicho poder. Sin embargo, mientras más extendido es el poder, más se espera su control.

El artículo 24 de la Constitución francesa de la Quinta República estipula expresamente que el control es entregado al Parlamento.³ El artículo 24 consagra uno de los roles tradicionales e históricos del Parlamento, además de la representación y la legislación. La última también se menciona en el mismo artículo 24, y hay que lamentar que la representación, a pesar

que es absolutamente ilimitado. Sobre el derecho como orden de la conducta humana, véase Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State* (trans. Anders Wedberg, Cambridge, Harvard University Press, 1946); Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law*, 33 (trad. de la 2a. ed. Max Knight, Berkeley y Los Angeles, University of California Press, 1967).

² Kelsen, Hans, *The Essence and Value of Democracy*, London, Rowman and Littlefields Publishers, 2013 (trad. de Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1929); véase también Aristóteles, “Un ciudadano es quien comparte el gobernar y el ser gobernado”, libro III, *Politics*.

³ Artículo 24, 1 de la Constitución francesa (FC), “El Parlamento promulgará leyes. Controlará la acción del gobierno. Evaluará las políticas públicas”.

de ser el rol primario del Parlamento, no sea mencionada. Además, los artículos 14 y 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (DDHC), del 26 de agosto de 1789, también mencionan la existencia y necesidad de control. Por un lado, el control se considera con respecto al “impuesto público”, el uso del cual “los ciudadanos tienen el derecho... a controlar”.⁴ Por otro lado, el control se concibe con respecto a la administración en general: “La sociedad tiene derecho a pedir explicaciones a un funcionario público”.⁵ Para hacernos eco de Portalis, quien nos recordaba que la justicia es la primera deuda de la soberanía, y siguiendo a Guy Carcassonne, se puede ver que los revolucionarios de 1789 ya implementaron la responsabilidad y, en consecuencia, el control como la primera deuda del poder.⁶

Una democracia moderna, de mayorías, requiere entonces control de los gobernantes, reorganizados a partir de la reconfiguración de la separación de poderes. En realidad, la separación de poderes ya no existe como tal entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, pero sí existe entre la mayoría y la oposición: la mayoría lidera las políticas del gobierno; la oposición controla las políticas implementadas,⁷ y, cuando es apropiado, alerta o pone en marcha los mecanismos que tiene a su disposición. Esto sólo puede ser plenamente efectivo si se le reconocen derechos a la oposición, dado que la última está por definición en minoría y no puede tomar ninguna decisión que requeriría un voto de la mayoría.⁸ Estos derechos se vuelven “herramientas” de control, entre otros.

Ya que “el control de los gobernantes” bajo escrutinio aquí plantea una ambigüedad: ¿hablamos de control sobre los gobernantes o de parte de los gobernantes? El primero tiene una base antigua, en la anteriormente mencionada Declaración de 1789, que habilita a los ciudadanos y a la sociedad a controlar a la administración. El segundo está ahora consagrado en el artículo 24 de la Constitución francesa. Sería un error enfocarse en sólo uno de los dos aspectos, porque los actores clave de la democracia (representan-

⁴ Artículo 14, DDHC.

⁵ Artículo 15, DDHC.

⁶ Carcassonne, Guy, *La Constitution, introduite et commentée*, 11a. ed., París, Seuil, 2013, p. 25.

⁷ Camby, Jean-Pierre “Séparation des pouvoirs, typologie des régimes. Actualité des «régimes parlementaires contemporains» and Céline Vintzel, «La démocratie immédiate et la trilogie des pouvoirs», en Jean-Philippe y Sacriste, Guillaume (dirs.), *L'État, le droit, le politique. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Colliard*, París, Derosier, Dalloz, 2014, pp. 111 et s. et, pp. 123 et s.

⁸ Sobre la oposición y sus derechos, ya en Francia, ya en otros países, véase Derosier, Jean-Philippe (dir.), *L'opposition politique*, París, Lexis-Nexis, Cahiers du ForInCIP, núm. 1, 2016.

tes y ciudadanos) estarían excluidos. Por el contrario, al considerar el control de los gobernantes como control sobre y de parte de los gobernantes, se hará evidente que la tecnología digital refuerza la conexión entre ellos: entre los distintos tipos de controles, así como entre los gobernantes y los gobernados.

La tecnología digital se vuelve una herramienta de control con una dimensión doble. En primer lugar, abre una acción descendiente de transmisión, donde los gobernantes informan sobre las intenciones del gobierno. También permite una acción ascendente de indagación, tomada directamente por los ciudadanos para renovar el control sobre los gobernantes. Por medio de la transmisión digital, los gobernantes se abren al control (I) y los ciudadanos seguramente manejan el control a través de un proceso de indagación que se hace más fácil por la tecnología digital (II).

I. ABIERTO-MODERADAMENTE-CONTROLAR

La tecnología digital es una herramienta de transmisión controlada. Permite a los gobernantes explicar sus acciones (A) y controlar la transmisión de información, dado que conservan la iniciativa de tal transmisión (B).

1. *Una herramienta de transmisión*

La tecnología digital hace más fácil la transmisión (1) y fortalece la transparencia democrática (2).

- 1) La tecnología digital es principalmente una herramienta para transmitir información, ya sea institucional (de los sitios web de las instituciones del Estado) o no institucional (de sitios web de iniciativas privadas, como asociaciones, páginas personales de políticos, etcétera). Esto mejora la transparencia y el acceso a la información gracias a la velocidad de la transmisión, si no su inmediatez. Los sitios web de las instituciones políticas representan una plataforma para la comunicación. Ahora es posible ver en vivo las sesiones públicas del parlamento, acceder a las actas de los debates sólo unas pocas horas después de que tuvieron lugar, leer decisiones del Conseil Constitutionnel o del Conseil d'État sin tener que esperar a que la prensa informe sobre ello. El acceso a todas las leyes y a los debates públicos y políticos se ha vuelto directo e inmediato, y los individuos (no sólo los ciudada-

nos) pueden seguir las acciones de los gobernantes sin importar dónde estén, siempre que tengan una conexión a Internet (por ejemplo, en sus teléfonos inteligentes) y siempre que puedan entender el contenido de tales debates. De manera similar, los gobernantes pueden comunicar sobre su trabajo de manera espontánea e inmediata, lo que les posibilita explicarlo y responder por él. Aunque el contacto humano sigue siendo irremplazable, se ve complementado y fortalecido por la presencia en línea: un apretón de manos en el mercado local siempre se aprecia y espera, pero los votantes también buscan y recurren al acceso directo a la información.

Esto a veces se vuelve espontaneidad, gracias a los foros y a las redes sociales. *Twitter* y aun *Facebook* son lugares de expresión de figuras políticas y públicas, e incluso lugares para la interacción, ya que permiten el intercambio directo con la gente. Hoy en día, el moderno “*Tweet*” ha reemplazado virtualmente al antiguo comunicado de prensa, con personalidades que optan por la comunicación directa a través de este nuevo medio u otros similares, como Snapchat o Youtube. El reciente periodo de elecciones (2016 en Estados Unidos y 2017 en Francia) habla por sí mismo. El convencimiento del votante ya no se lleva a cabo a través de mítines políticos sobre temas seleccionados u otras confrontaciones televisivas, sino a través de *tweets* no intencionales y a veces provocativos (Donald Trump), reuniones simultáneas celebradas a través de hologramas múltiples (Jean-Luc Mélenchon), presencia en Youtube (Jean-Luc Mélenchon, nuevamente) u otras confrontaciones directas con los votantes via Snapchat (Emmanuel Macron). Los periodistas pasan a su vez la información, pero la gente puede ahora tener acceso directo a la fuente primaria, lo cual les permite reaccionar, comentar y contradecir, si es necesario.

- 2) Esta forma de comunicación espontánea apoya una transparencia fortalecida: la comunicación significa ser capaces de decir todo y sentirse irreprochables con respecto a las propias palabras y actos. Naturalmente, lo dicho se aplica a la comunicación institucional, que entonces fortalece la transparencia democrática, pero también a la comunicación personal, que permite que el gobierno se abra al pueblo gobernado y que los políticos se dirijan a sus electores. Indudablemente, esto fortalece a la democracia al acercar a los votantes a sus representantes electos, y viceversa: el ciudadano como espectador de la vida pública se convierte gradualmente en ciudadano como actor de esa vida pública, capaz de expresarse libremente y de

decir lo que piensa sobre las acciones políticas. Entonces, el vínculo entre el pueblo como objeto y el pueblo como sujeto se acorta, se estrecha.

El secreto más leve se vuelve ahora sospechoso, y una democracia cada vez más ejemplar viene junto con una democracia cada vez más transparente.⁹ Aun antes de las leyes francesas sobre Transparencia,¹⁰ consecutivas al famoso *Cahuzacgate*, las instituciones ya habían comenzado a abrirse cada vez más, y el “detrás de puertas cerradas” tendía a desaparecer, porque se volvía un tabú; las comisiones parlamentarias ya celebraban sesiones públicas siempre que era posible. En consecuencia, el trabajo de tales comisiones no estaba previamente abierto al público, con algunas excepciones. En el periodo siguiente a la revisión constitucional del 23 de julio de 2008, se modificó el Reglamento de Procedimiento de la Asamblea Nacional (RAN) para permitir la publicidad del trabajo de las comisiones, y se estipuló que se redactara un informe de los debates. De acuerdo con un deseo de mayor transparencia, los miembros del Parlamento enmendaron nuevamente el Reglamento en 2014; el artículo 46, §1 ahora establece que “el trabajo de las comisiones es ahora público”, con la advertencia, sin embargo, de que el directorio de cada comisión podría romper este principio.¹¹ La publicidad es ahora la regla, y el “detrás de puertas cerradas” la excepción. Sin embargo, el Senado ha mantenido el principio de secreto del trabajo de las comisiones al permitirles decidir sobre su apertura al público. Se redactan actas, aun confidenciales.¹²

A diferencia de la creencia popular, el secreto no fue nunca opuesto a la democracia, y la transparencia de hoy en día no la hace ni más eficiente ni más efectiva; todo lo contrario. Preservados de la vista del público, los MP escapaban de toda presión de los medios (política y pública). Podían involucrarse silenciosamente en negociaciones con el lado opuesto para llegar a un acuerdo satisfactorio para todos.¹³ Aunque éste no era siempre el caso, ni

⁹ Sobre la preservación del secreto en nuestro estado democrático, véase Belorgey, Jean-Michel “L’État entre transparence et secret”, *Pouvoirs*, núm. 97 (*Transparence et secret*, 2001), pp. 25-32; Bredin, Jean-Denis, “Secret, transparence et démocratie”, *ibidem*, pp. 5-15.

¹⁰ Loi Organique núm. 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JORF* du 12 octobre 2013 page 16824 et Loi núm. 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, *JORF* du 12 octobre 2013 page 16829.

¹¹ Artículo 46, al. 2 RAN.

¹² Artículo 16, § 5 à 8 RS.

¹³ Sobre el secreto como garantía de eficiencia, véase la negociación y el acuerdo con respecto a Nueva Caledonia, en 1988, relatado por Guy Carcassonne, “Le trouble de la

mucho menos, podía suceder a menudo. Y esto no era contrario a los principios democráticos o ni siquiera al requisito de transparencia.

La transmisión de esta información a través de la tecnología digital fortalece la naturaleza transparente de la democracia. Pero es proporcionada por las mismas instituciones, y por lo tanto debe ser controlada.

2. *Una transmisión controlada*

De manera similar a cualquier conexión, la democracia conectada tiene su corolario: la democracia desconectada. Hay, entonces, una progresión en la transmisión de la información, que va desde transmisión contenida (1) a transmisión completa (2).

- 1) Así como los gobernantes deciden sobre la conexión, también pueden decidir terminarla, suspenderla o demorarla, lo cual en términos concretos significa que son ellos quienes eligen la información que se transmite, así como sus horarios y medios. Tal información puede luego ser estructurada y organizada o, por el contrario, ofrecida en su totalidad, en cuyo caso los ciudadanos tienen que navegar por ella, lo cual no es siempre una tarea sencilla. La información transmitida por los gobernantes a nivel institucional, entonces, implica que la información sea elegida, luego publicada, posiblemente estructurada.

La elección, publicación y estructuración de la información transmitida puede ser global o parcial. Si es global, se aplicará a todo, y la transparencia será total, sin filtro ni control. Si es parcial, sólo concernirá a una parte de la información, y la transmisión será efectivamente controlada. Esto no significa que la información será alterada porque una transmisión elegida puede llevar a un control orientado. Sin embargo, la elección entre dos alternativas sigue estando en las manos de quienes se supone que están expuestos al control: los gobernantes que transmiten la información o la institución a la cual pertenecen. Esto es, a menos que una institución pueda transmitir información acerca de otra según el mecanismo lógico de separación y control de poder donde, según la fórmula de Montesquieu, “el poder detiene al poder”.

transparence”, *Pouvoirs*, núm. 97 (*Transparence et secret*, 2001), 19-20, y las negociaciones sobre los Acuerdos de Oslo, en 1993, entre israelíes y palestinos.

En primer lugar, hay lugares que permanecen totalmente desconectados, casi literalmente. Sin siquiera mencionar la clásica “defensa clasificada” o “máximo secreto”,¹⁴ uno de los lugares más desconectados resulta también ser uno de los elementos de la República francesa más altos y esenciales para el funcionamiento del Estado: el Conseil des Ministres. Todo es secreto en torno a él; nada se transcribe, a excepción de la declaración oficial preparada por el secretario general de la Presidencia de la República.¹⁵ Lo mismo se aplica a la Conférence des Présidents y al Bureau de las dos Cámaras del Parlamento. Si la primera tiene esencialmente un rol procesal y se limita a poner la agenda, las negociaciones políticas entre el gobierno y la mayoría o entre la mayoría y la oposición podrían sin embargo ser develadas.

En segundo lugar, la disposición a la transparencia de parte de los actores institucionales se ha urgido hasta el paroxismo luego del *Cahuzacgate* con proyectos de ley que establecieron la Alta Autoridad para la Transparencia de la Vida Pública (HATVP). Sin embargo, alguna información permanece disponible sólo en la *Préfecture* y no en Internet (e. g. la situación financiera, los bienes).¹⁶ Afortunadamente, algo queda prohibido para toda forma de publicación, gracias al control del *Conseil constitutionnel*.¹⁷ Esperemos que el *Fillongate* que sacudió la campaña presidencial francesa de 2017 no lleve a un nuevo furor por la transparencia que implicaría que ahora se requiera que los parlamentarios divulguen qué colaboradores llevan a la cama, o, aún peor, quiénes no tienen acceso a ella. La democracia nunca pidió ser indecente.

¹⁴ Aunque los documentos “clasificados” son inaccesibles, no escapan al control: pueden ser desclasificados o controlados por personas autorizadas, o convertidos en accesibles después de un cierto periodo de tiempo. Sobre el secreto de defensa, véase Grasset, Bernard, “Secrets défense”, *Pouvoirs*, núm. 97 (*Transparence et secret*, 2001), pp. 63-66, y Guillaume, Marc, “Parlement et Secret(s)”, *ibidem*, pp. 67-84; sobre la cuestión digital misma, véase Warusfel, Bertrand, “Secret de défense, sécurité nationale et nouvelles technologies”, en Blaizot-Hazard, Catherine, *Les NTIC face aux droits et libertés fondamentaux à travers le prisme du secret*, París, Institut Universitaire Varenne, 2016, pp. 33-44.

¹⁵ Sobre el *Conseil des Ministres* en general y este tema en particular, véase Bonte, Bérengère, *Dans le secret du Conseil des ministres. Enquête dans les coulisses du salon Murat, du général de Gaulle à Nicolas Sarkozy*, París, Éditions du Moment, 2011.

¹⁶ El artículo LO 135-2 del Código Electoral establece que, para los parlamentarios, “las declaraciones de sus bienes, para el solo propósito de consulta, son puestas a disposición de los votantes registrados en las listas electorales”, especialmente en la *Préfecture*.

¹⁷ El *Conseil constitutionnel* ha revocado o restringido el alcance de ciertas disposiciones de la Ley de Transparencia de la Vida Pública, en particular con respecto a representantes electos localmente (cuyas declaraciones financieras no necesitan estar accesibles) y personalidades no electas (cuyas declaraciones tampoco necesitan ser públicas), decisión núm. 2013-676 DC del 9 octubre de 2013, *Loi relative à la transparence de la vie publique*, *Rec.* p. 972.

Finalmente, como dentro del nombre mismo, las “reuniones públicas” del Parlamento exigen publicidad, según el artículo 33 de la Constitución francesa: todo lo que sucede, todo lo que los gobernantes dicen en ellas se registra en imágenes, sonido y taquigrafía para ser transcrito en actas que ahora están disponibles *on line* poco después de la sesión misma. Ésta es la esencia de la democracia representativa, donde los titulares de cualquier periodo pueden ciertamente actuar libremente,¹⁸ pero no pueden actuar en secreto sin responder por sus acciones en todo momento ante sus votantes. Cuando se aprueba una ley y el control se ejerce en nombre del pueblo, ellos se paran delante del pueblo, quien puede en cualquier momento acceder a los debates y a las palabras pronunciadas por sus representantes.¹⁹ Sin embargo, circunstancias contingentes (como asuntos de seguridad nacional) pueden exigir que se “sienten en cámara”, *i. e.* en una sesión secreta, como lo prevé la Constitución, pero sólo por una razón específica y siempre que sea decidida por el cuerpo interesado. Esta situación es extremadamente inusual, y esperemos que así se mantenga: con la excepción del régimen de Vichy durante el cual el Parlamento no sesionó, las últimas sesiones de ese tipo datan de la Tercera República Francesa durante la Primera Guerra Mundial: la última vez fue el 17 de octubre de 1917. El secreto mismo sigue siendo transparente, sin embargo, y no opaco; es decir, la sesión se decide de acuerdo con un procedimiento transparente y establecido, se redacta un informe y luego se revela cuando llega el momento.²⁰

- 2) Cuando la transmisión es total o casi totalmente abierta, el estructurar la cantidad de información favorece, a su vez, su lectura. En nombre de una democracia necesariamente transparente, el voto de los parlamentarios es público (con la excepción de citas personales)²¹ porque votan en nombre del pueblo y éste tiene derecho a conocer las opiniones expresadas y las decisiones tomadas en su nombre. El resultado de un voto público (disponible en el sitio web de la Asamblea Nacional) indica los nombres de los votantes y por lo que votaron, mientras que los une a su partido político y muestra el resultado del voto global en forma de gráfico circular. La presentación

¹⁸ Según el artículo 27 FC, “Ningún miembro será electo con mandato vinculante”.

¹⁹ Sobre la transparencia en el Parlamento, véase Bergougounous, Georges, “Le Parlement et la transparence”, en Mathieu, Bertrand y Verpeaux, Michel (dirs.), *Transparence et vie publique. Neuvième Printemps de droit constitutionnel*, París, Dalloz, 2015, pp. 53-70.

²⁰ The record of the Parliament’s secret sittings for this period is nowadays accessible.

²¹ Article 63 RAN and Article 61 of the Rules of Procedure of the Senate (RS).

más básica en el sitio web del Senado hace más difícil la lectura y el análisis.

De manera similar, la información a veces se transmite sin que el público sea consciente de ello o la posibilidad de leerse fácilmente, por control. Hay dos ejemplos. En primer lugar, al mismo tiempo que el *Fillongate* estaba en los titulares durante la campaña presidencial de 2017, sólo unos pocos sabían y recordaban que el Senado transmite el nombre de todos los socios de los senadores desde hace muchos años (incluso antes de la obligación de transmitir al HATPV). En segundo lugar, mientras que el “fondo parlamentario” se ha visto reducido recientemente al rango de honorario escandaloso,²² el hecho de que había obtenido garantías genuinas de transparencia a través de la publicación en los sitios web de las Cámaras ha sido omitido. Sin embargo, la información no es tan clara: si se mencionan el nombre del MP y el del beneficiario, no se proporciona ninguna otra información (a excepción de la cantidad). Entonces, se requiere algo de investigación para tratar de determinar la identidad del beneficiario, la naturaleza de su relación con el MP y la naturaleza del proyecto financiado por los fondos. Si la voluntad de transparencia no se transcribiera de una manera obvia, se podría mejorar fácilmente sin tener que abolir el fondo, que ha resultado ser muy útil para las autoridades y sociedades locales.

Simultáneamente, ansiosa de abrirse lo más posible a los ciudadanos para ofrecerles todos los medios para llevar a cabo un control directo y para recuperar información de manera inmediata, la administración entra en la así llamada política de “datos abiertos”, o de acceso abierto a los datos, la cual habilita a que se transmitan datos de manera libre. En Francia, la Ley para una República Digital ha establecido un “servicio público para datos de referencia”,²³ regulado ahora por el Código para las Relaciones entre el Público y la Administración.²⁴ El objetivo de este servicio público es por ley “facilitar la reutilización” de tales datos de referencia, tanto por parte de las mismas administraciones como por parte de los ciudadanos. Se completa con un sitio web institucional cuya creación se decidió en 2010,²⁵ y que

²² Article 14 de la Loi organique núm. 2017-1338 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique (*JORF* 16 septembre 2017).

²³ Artículo 14 de la Loi núm. 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *JORF* du 8 octobre 2016.

²⁴ Artículo L. 321-4 et R. 321-5 et s. CRPA.

²⁵ Disponible en: <http://www.data.gouv.fr>. Véase la circular del 26 de mayo de 2011, relativa a la creación de un único portal para la información pública del Senado [data.gouv.fr](http://www.data.gouv.fr) por

enumera la documentación pública oficial del Estado (en su sentido más amplio, ya que abarca autoridades locales, instituciones públicas y servicios públicos). Esta herramienta va aún más allá en el proceso, porque permite a cada “ciudadano”, luego de inscribirse, “producir, mejorar o suplementar estos datos o compartir datos de interés público, ya sea que se refieran a, por ejemplo, el inventario de la biblioteca de una ciudad, el estado de la ruta, la composición nutricional de los productos alimenticios y los antecedentes ambientales de un negocio”.²⁶

El objetivo original es loable: ofrecer datos públicos al mayor número de personas posibles e idealmente, a todo el mundo. Aún más loable es que la apertura es doble: obtener y proporcionar información. Loable a causa de la debida consideración dada a los fallos sobre la protección de los datos personales, fortalecida por la Reglamentación General de Protección de Datos (GDPR) de la Unión Europea²⁷ aplicable a partir del 25 de mayo de 2018. Sin embargo, ¿el resultado es tan palpable como loable es el objetivo? La poca edad de la medida impide que se dé una respuesta final, pero requiere una evaluación ponderada. En primer lugar, la cantidad de fuentes de información pueden matar el acceso a la información. No es tanto la abundancia de información lo que presenta dificultades, porque no se está nunca demasiado informado. Pero la multiplicación de plataformas digitales presenta dificultades al usuario, que no sabe dónde ni qué buscar: los sitios web de las instituciones (por ejemplo, el gobierno, la presidencia, las cámaras del Parlamento, las jurisdicciones), *LégiFrance*, *Service Public.fr*, *Data.gouv.fr*, etcétera. Esto afecta la calidad del acceso a la información. Además, la posibilidad que se ofrece a cada “ciudadano” de publicar información hace posible que cualquiera (sin necesidad de ser un ciudadano en sentido legal, basta ser usuario de Internet con una conexión a Internet y una dirección de correo electrónico... y el mismo individuo puede crear lo que desee) publique cualquier cosa (a excepción de

la misión “Etalab” y la implementación de las cláusulas que establecen el derecho a reutilizar información pública, *JORF* 27 de mayo de 2011. “Etalab” es una misión creada por el Estado con la responsabilidad de diseñar este portal único entre departamentos *data.gouv.fr* y coordinar la acción de las administraciones del Estado en la reutilización de la información pública. Creada por decreto núm. 2011-194 del 21 de febrero de 2011, está bajo la autoridad del primer ministro y conectada con el secretario general del gobierno.

²⁶ “Découvrir l’OpenData en tant que citoyen”, disponible en: <http://www.data.gouv.fr/fr/faq/citizen/> (fecha de consulta: 10 de octubre de 2017).

²⁷ Reglamentación (EU) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo del 27 de abril de 2016 sobre la protección de las personas naturales con respecto al procesamiento de datos personales y al libre movimiento de tales datos, y que revocó la Directiva 95/46/EC (Reglamentación General de la Protección de Datos), OJEU 4 de mayo de 2016, L 119/1.

datos protegidos por ley, debido al reglamento sobre el contenido del sitio web). Esta vez, esto daña la calidad de la información en sí misma. Esta diversidad de información y acceso relacionado es en última instancia frágil para controlar, porque es erróneo creer que el control se fortalece a través de la multiplicación de la información.

Sin embargo, esta transmisión expandida y fortalecida de información es organizada institucionalmente una vez más: las instituciones transmiten y autorizan la transmisión de datos públicos. Ahora sería el momento para transformar la transmisión controlada en una transmisión racionalizada —pero no limitada— para operar un cambio desde una transmisión controlada al control de y sobre la transmisión. La optimización de la transmisión se completaría entonces no a través de su limitación, sino a través de su sistematización, ofreciendo al usuario más pedagogía sobre el acceso a los datos. Para hacer esto, deberá cesar la transmisión y se deberían crear sitios web desde el punto de vista de los transmisores, para ponerse en el lugar del usuario y en el del ciudadano.

El último, entendido como un ciudadano o simplemente un individuo, puede luego tomar control de la información transmitida para someter a los gobernantes a un control garantizado.

II. ESTAR SUJETO AL CONTROL, DEFINITIVAMENTE

La tecnología digital se ha convertido en una herramienta que facilita el control (A), pero necesita ser transmitida para generar efectos positivos (B).

1. *Herramienta para investigaciones*

La tecnología digital es una herramienta para las investigaciones, utilizada directamente por los ciudadanos (1) o indirectamente organizada por colectivos (2).

- 1) Gracias al acceso a la información transmitida por los gobernantes, los gobernados pueden controlar mejor a los primeros llevando a cabo investigaciones sobre ellos: esto dio lugar a las “vigilias de ciudadanos”. Éstas llevan a nuevos mecanismos, tales como “*webocracia* de control”²⁸ o *sous-veillance*, relacionado con *surveillance*.²⁹ Llevada a

²⁸ Berggruen, Nicolas y Gardens, Nathan, *Gouverner au XXIe siècle*, Paris, Fayard, 2013.

²⁹ Este concepto ha sido propuesto por Steve Mann, un no abogado canadiense, profesor de ciencias aplicadas. Véase Mann, Steve *et al.*, “Sousveillance: Inventing and Using

cabo por ciudadanos, la *webocracia* ilustra la verticalidad ascendente de tal mecanismo de control sobre los gobernantes. Según la clásica relación vertical entre el elector y el elegido, el representado y el representante, el gobernado y los gobernantes, los primeros se colocan “debajo” de los últimos. Entonces, vigilan y luego controlan lo que hacen los gobernantes. Ya posible en mecanismos clásicos, esta *sousveillance* se fortalece gracias a la herramienta digital, iniciando el control democrático sin fin, sin límites y sin fronteras que se delineó inicialmente.

En primer lugar, la tecnología digital trasciende los límites tradicionales, al expandir las categorías de los gobernantes vigilados y los gobernados vigilantes. Esto fortalece directamente el control democrático. La relación tradicional entre los ciudadanos y “sus” representantes, a quienes ellos han elegido, está de hecho pasada de moda. Recurrir al control digital a través del acceso y la explotación de la información no requiere caer dentro de la caracterización de un ciudadano: está abierto a cualquiera con acceso a Internet. En consecuencia, no hay necesidad de ser votante, o ciudadano o residente del territorio del distrito en cuestión. Además, tal control puede ejercerse con respecto a cualquier gobernante y no sólo “sus” representantes, es decir, los representantes del distrito donde potencialmente votan —si son electores—.

Además de cruzar fronteras, la herramienta digital promueve un quiebre en los antiguos límites. Anteriormente no era siempre fácil seguir los actos y actividades de los gobernantes: su transmisión digital ahora facilita el monitoreo. Sobre todo, el contacto se ha vuelto más directo, porque ahora está desmaterializado, pero sin necesidad de ser personalizado, dado que nadie sabe quién está detrás de un perfil digital (ya los mismos gobernantes o su equipo). Pero cuando anteriormente se debía escribir una carta o levantar el teléfono, ahora se puede fácilmente enviar un *email* o etiquetar a alguien en una red social. Entonces, los gobernantes son cuestionados o llamados —directa o públicamente— a través de estas redes sociales. Tales intercambios pueden organizarse si los gobernantes deciden interactuar con los usuarios. También pueden ser espontáneos cuando un usuario postea un comentario o raciona. La publicidad que viene con tales comen-

Wearable Computing Devices for Data Collection in Surveillance Environments”, *Surveillance & Society*, [S.l.], v. 1, n. 3, pp. 331-355, sep. 2002, disponible en: [onlinehttps://ojs.library.queensu.ca/index.php/surveillance-and-society/article/view/3344](https://ojs.library.queensu.ca/index.php/surveillance-and-society/article/view/3344) (fecha de consulta: 11 de octubre de 2017).

tarios puede darles un impacto importante, pero también los diluye en las masas, con una tendencia a hacerlos desaparecer y a disipar sus efectos. En consecuencia, es esencial que los comentarios sean vistos, leídos y pasados a otros para que tengan un fin útil. Todo esto permite un aumento en los intercambios o una multiplicación de la correspondencia (el mismo *email* puede dirigirse a múltiples receptores con sólo unos pocos *clicks*, aunque ésta no es el arma de control más efectiva dada la característica privada y bilateral del *email*).

La herramienta digital favorece el desarrollo de un control sin fin debido a que una investigación puede ser (in)útilmente reutilizada. Favorece un control individual ejercido por cada individuo con acceso a Internet, y que puede en consecuencia consultar los sitios web relevantes, especialmente los institucionales.

- 2) Esta *sousveillance* puede luego sufrir una suerte de institucionalización u organización, pasando del control directo e individual al control indirecto y colectivo (debido a que atraviesa la plataforma para la institucionalización). Las plataformas electrónicas emergen luego, impulsadas por colectivos de individuos, sociedades e incluso grupos de presión. Ellos suman la información disponible a partir de los sitios web privados o institucionales de los gobernantes para hacerla más legible y educativa, a riesgo de volverse a su vez demagógicos.

Este fue el caso de WikiLeaks, probablemente el más famoso. Es lo que está haciendo el sitio web francés *RegardsCitoyens.org*, llevando a *nos-deputes.fr* y *nossenateurs.fr*. Estos sitios hacen posible, a través de gráficos y otros datos sistematizados y legibles, detallar y rastrear la acción (o inacción) de los MP. Es fácil, entonces, saber cuáles son los intereses de un parlamentario en particular, su grado de presencia en el Parlamento, el número de preguntas realizadas, las propuestas presentadas, las intervenciones. De manera similar, es posible seguir un proyecto de ley o una sesión, saber cómo se debatió, por cuánto tiempo, qué términos fueron los más o menos repetidos.

Todo esto lleva a datos principalmente estadísticos que los gobernados pueden utilizar para ejercer un control asiduo y seguro de los gobernantes. La sanción de este control puede ser inmediata, por medio de acusaciones que sólo pueden prosperar si tienen un relato, principalmente de parte de los medios. Esto plantea la cuestión del rol de los medios en este proceso de control, tanto en términos de su rol como relator y controlador como su

conexión con los gobernados, quienes emiten una alerta. La sanción también se puede dar en las siguientes elecciones: el elector informado estará probablemente más informado en su elección y, por lo tanto, puede sancionar al elegido que es nuevamente candidato, o, si eso no ocurre, su acción respaldada por su partido político.

Sin embargo, esta carrera por la transparencia y las estadísticas oculta una doble realidad, porque bajo pretexto de hacerla más legible, puede hacerla menos legible y no muestra lo que es invisible. Por un lado, la presencia no es sinónimo de la eficiencia; por el contrario, las estadísticas pueden ser engañosas. La multiplicación de actos tiende a diluirlos, mientras que los actos dirigidos y seleccionados pueden prosperar más. De esta manera, un parlamentario que formula menos preguntas o propone menos proyectos de ley no será menos eficiente que uno que estadísticamente es más eficiente, porque puede desplegar sus esfuerzos para hacerlos prosperar. Pero la simple y cruda estadística no tiene eso en cuenta: bajo el pretexto de hacerlo legible, no detalla los actos y los vuelve en definitiva ilegibles. La herramienta, a pesar de su vocación pedagógica, puede rápidamente resultar demagógica, especialmente si los gobernantes mismos posan como relatos de esta demagogia. En efecto, sabiendo que están “despiertos”, pueden simplemente aumentar extremadamente su actividad y sus movimientos (ayudados por el mágico copiar/pegar), diluidos innecesariamente, en detrimento de actos orientados de manera útil.

Por otro lado, estos estudios sólo pueden confiar en lo que está listado, es decir, oficial e institucional. El trabajo de los parlamentarios, por ejemplo, no tiene lugar exclusivamente en la Cámara, en una comisión o en la propuesta de un proyecto de ley, una enmienda o una pregunta. En primer lugar, hay reuniones de grupo, esenciales para la coordinación, donde nadie de afuera puede saber realmente quién está presente y qué sucede en el interior (a excepción de que se le informe por medio de canales o comunicados de prensa no oficiales; pero esto ya no es información institucionalizada). Luego, está el trabajo en el distrito, ya sea el contacto público con los electores, citas, reuniones, u otras intervenciones que permiten al representante escuchar a sus representados y conceder sus pedidos. Finalmente, también sucede que los gobernantes básicamente trabajan... en su oficina. Si hay algunos que se hacen escribir sus informes, proyectos de ley, enmiendas y discursos por sus asistentes o por administradores, hay otros que despliegan un trabajo realmente sustancial, releyendo, corrigiendo y mejorando sustancialmente el trabajo que se les presenta. Aquí, una vez más, con el pretexto de hacerlo legible, el estudio estadístico basado en datos transparentes esconde lo invisible pero esencial.

2. *Traspaso del control*

La herramienta digital, las plataformas que favorece, y los mecanismos a los que da origen permiten la renovación de las investigaciones llevadas a cabo con respecto a los actos de los gobernantes. También permite la actualización (casi literal cuando se trata de una página de Internet) del control, según lo consagran los artículos 14 y 15 de la Declaración de 1789 en la forma de “control 2.0”. Sin embargo, esto es sólo un traspaso: a través de renovación de control, ahora se enfrenta un control que se transmite de manera dual, por parte de los gobernados (1) y luego por parte de los gobernantes (2).

- 1) El control “actualizado” recurre ahora a la recuperación de mecanismos tradicionales (en consecuencia antiguos) por medios y depositarios modernos. El control de los gobernantes es tradicionalmente manejado por los gobernantes. Al mismo tiempo, está dentro de la esencia de la democracia representativa, la *raison d'être* de los parlamentos, y es consistente con el principio de separación de poderes, a la vez que se desplaza hacia la articulación entre la mayoría y la oposición. La modernidad o la tecnología digital no disputa ninguno de estos dos. El gobierno sigue siendo responsable ante el Parlamento (artículo 20 de la Constitución francesa), el Parlamento continúa controlando los actos del gobierno (artículo 24), la administración siempre debe informar sobre sus actos (artículo 15, DDHC). Los mecanismos tradicionales de control (para nombrar sólo algunos: preguntas orales o por escrito, sesión de preguntas, misiones de investigación, comisiones de evaluación e indagación, control sobre los registros y realizados en el lugar) son más importantes que nunca en un momento en que se está propugnando una democracia ejemplificadora.

En esta misión de control, los ciudadanos pueden, sin embargo, relevar a los gobernantes: este es el primer traspaso. Los ciudadanos pueden alertar, distribuirse o coordinarse para llevar a cabo investigaciones. Si la herramienta digital no es una herramienta indispensable, es un medio indiscutido de aceleración. Facilita el acceso a las fuentes, promueve la coordinación de los actos y fortalece la transmisión de indagaciones. Con respecto a ello, el así llamado fenómeno *fact-checking* es un ejemplo de actualidad. Inicialmente eran los *bloggers* que extraían hechos presentados por los políticos para verificarlos y a menudo refinarlos, o incluso contradecirlos. El proceso fue luego tomado por los medios, y los periódicos

crearon nuevas columnas dedicadas a “descifrar”³⁰ y verificar las declaraciones hechas por los gobernantes. Este fenómeno de *fact-checking* pronto puede transformarse en *fast-checking*, con verificaciones que tienen lugar en tiempo real, sólo a causa de la tecnología digital. La velocidad y disponibilidad de una conexión de Internet, la efectividad de una búsqueda para cualquier información (siempre que sea confiable) hace posible verificar sin demora las palabras de los políticos y reaccionar si es necesario. El control de los gobernantes, que anteriormente estaba exclusivamente en manos de los gobernantes (quienes se controlaban a sí mismos), desciende entonces a manos de los gobernados, quienes ejercen tal control como complemento en vez de como suplemento.

- 2) Este traspaso primario opera una renovación de las investigaciones dentro del marco del control democrático: estrecha el vínculo entre los gobernantes y los gobernados, intenta fortalecer el carácter ejemplificador de los primeros y amplía las fuentes de control. Sin embargo, su alcance sigue siendo limitado si no se transmite a sí mismo, y de ahí la razón de la necesidad del segundo traspaso. Una vez que los individuos (ya sean ciudadanos o no, organizados o no) han llevado a cabo y transmitido su investigación, todavía tienen que alcanzar un objetivo. Y el objetivo final es el/los gobernante/s bajo control. Pero para que el objetivo sufra el impacto, su investigación y control debe ser asumida por otros individuos, los medios u otros gobernantes. Sólo los últimos constituyen un traspaso secundario efectivo con respecto a los efectos del control, porque tales efectos no pueden ser implementados por los gobernados por sí mismos; ésta es la esencia de la complementariedad del control, el cual “ha dejado de ser unilateral para convertirse en bi-dimensional, si no circular”.³¹ El funcionamiento de la democracia sigue estando principalmente basado en la representación, y en consecuencia, es fundamentalmente institucional.

³⁰ Podemos citar, entre otros ejemplos, “Les Décodeurs”, sección del periódico *Le Monde*, que fue originalmente un blog (en 2009). También podemos mencionar *Les Pinocchio de l’Obs*. Este también ha irrigado los canales de radio, *Le vrai du faux* de France Info (Radio) o *Les faux de l’Info* de Europe 1 (Radio). Pero los periodistas no tienen exclusividad: recibamos la iniciativa de un colega, Vincent Couronne, quien lanzó el blog *Les Surligneurs* en enero de 2017, en conexión con el centro de investigaciones de derecho público Versailles Institutions Publiques.

³¹ Piraux, Alexandre, “Les outils numériques et la réinvention du fonctionnement de l’État”, *Pyramides. Revue du Centre d’études et de recherches en administration publique*, 2016, 26/27, § 11.

Entonces, entre la sanción inmediata (relato en los medios y presión) y la sanción demorada (durante el tiempo de elecciones) está la sanción relatada por otros gobernantes. En el sistema francés no hay mecanismos que permitan un control directo de los gobernados (también usuario digital) sobre los gobernantes (la así llamada “revocatoria”). Pero los primeros pueden disparar un mecanismo que deberá ser tomado por otros gobernantes. Al final, la tecnología digital es un herramienta eficiente para el control de los gobernantes; pero es solamente a través del traspaso institucional como se hace efectiva. Luego surge la pregunta de su real efectividad: no es tanto una herramienta de control de los gobernantes, ya sea sobre los gobernantes o por parte de ellos, sino una herramienta al servicio del control de los gobernantes, ya sea al servicio del control sobre los gobernantes o por parte de los gobernantes.

¿REFORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES?

Pedro SALAZAR UGARTE*

Carlos Ernesto ALONSO BELTRÁN**

I.

En enero de 2019, a los pocos días de haber tomado posesión como presidente de México, Andrés Manuel López Obrador anunció la creación de una Guardia Nacional con un mando militar¹ y presentó una iniciativa de reforma constitucional² para materializar la idea. Semanas antes, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana había declarado inconstitucional una Ley de Seguridad Interior (aprobada en diciembre de 2017), que, en lo sustantivo, anticipaba las figuras jurídicas que propondría el presidente de izquierda que había prometido en su campaña regresar a los cuarteles a los militares que llevaban años realizando tareas de seguridad pública.

De esta manera, además de faltar a su palabra, con la constitucionalización de la militarización se buscó blindar a la nueva institución contra los mecanismos de control de constitucionalidad contemplados en el artículo 105 de la Constitución mexicana. Los dilemas de esta decisión tienen muchas aristas políticas, pero también una dimensión jurídica, que merece ser considerada. Este artículo está destinado a esta segunda vertiente del dilema.

* Doctor en filosofía política por la Universidad de Turín, Italia; investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, del cual actualmente es director, y miembro del Sistema Nacional de Investigadores SNI III.

** Egresado de la Facultad de Derecho de la UNAM y asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ Plan Nacional de Paz y Seguridad, disponible en: <https://lopezobrador.org.mx/temas/plan-nacional-de-paz-y-seguridad/>.

² Iniciativa que reforma diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por diputados integrantes del Grupo Parlamentario de Morena, Proyecto de Decreto por el que se reforman los artículos 13, 16, 21, 31, 32, 36, 55, 73, 76, 78, 82, 89 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/64/2018/nov/20181120-II.html#Iniciativa225>.

II.

El trasfondo del tema que abordamos en este texto no es nuevo, pero no por eso deja de ser interesante. Sobre todo si nos concentramos en el paradigma tradicional del Estado constitucional moderno. En un modelo institucional en el que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y, por lo mismo, el parámetro de validez formal y sustantivo de las normas inferiores (Kelsen, *dixit*), ¿es posible que una disposición o una norma contenida en el texto constitucional tenga vicios de inconstitucionalidad? La cuestión nos plantea, por lo menos, las siguientes interrogantes:

- a) ¿La Constitución dota a ciertas disposiciones o normas de una protección o supremacía especial (cláusulas pétreas)?
- b) Aun si no lo hace de manera expresa, ¿es posible inferir que determinada Constitución brinda una protección o supremacía especial a determinadas disposiciones o normas?
- c) Al distinguir entre disposiciones y normas, ¿es posible concluir que las segundas —al ser producto de interpretaciones de las primeras— pueden servir de parámetro de control de validez intraconstitucional?
- d) En ese sentido, ¿es correcto dotar a ciertas disposiciones o normas constitucionales de una primacía axiológica sobre otras?
- e) ¿Existe un modelo constitucional “tipo” que sirva como parámetro para dilucidar las cuestiones anteriores?
- f) ¿Qué papel juega (debe jugar) el derecho convencional?
- g) ¿Cuál es el valor relativo que debe darse a la legitimidad democrática de las instancias facultadas para reformar a la Constitución?

En la teoría y en la práctica constitucionales ha cobrado relevancia la llamada “dificultad contramayoritaria”, que cuestiona la legitimidad de los jueces constitucionales para invalidar normas aprobadas por el legislador democrático. La tensión se potencia cuando las disposiciones o normas de origen democrático tienen rango constitucional que suelen ser aprobadas por mayorías reforzadas. El caso aún puede ser más extremo cuando la disposición o norma con fundamento democrático —sea constitucional o legal— ha sido refrendada por mecanismos de democracia directa y el control de validez proviene de una corte convencional.³

³ Ese fue el caso de una de las decisiones más polémicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Gelman vs Uruguay* (2001).

La problemática que subyace a esta cuestión es la misma, y se refiere a la posibilidad ya enunciada de que existan disposiciones o normas dentro de una Constitución que sean incompatibles con el modelo constitucional que se expresa en la misma. Las reflexiones que siguen abordan estas temáticas desde la perspectiva del debate jurídico mexicano de los años recientes.

III.

La postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante “la SCJN” o “la Corte mexicana”) sobre la posibilidad de realizar un control constitucional de la Constitución se ha delineado en un debate oscilante.

La primera ocasión en que la SCJN se pronunció sobre este tema fue en el amparo en revisión 1334/98,⁴ promovido por Manuel Camacho Solís —quien había sido jefe del Departamento del Distrito Federal y pretendía ser candidato a la misma posición cuando el cargo se volvió electivo bajo la denominación de “Jefe de Gobierno”. Su impugnación pretendía la inconstitucionalidad de la reforma constitucional al artículo 122,⁵ que impedía su candidatura. En realidad, su impugnación iba dirigida al proceso de reforma.

El caso dejó tras de sí dos definiciones relevantes: 1) en primer lugar, la SCJN determinó que —en efecto— el artículo 135 de la Constitución⁶ delimita el procedimiento que debe observarse para llevar a cabo una reforma constitucional, y, por lo mismo, 2) aunque un texto constitucional reformado es inimpugnabile, sí es posible revisar el procedimiento que le dio origen.⁷ Es decir, en esa ocasión la SCJN determinó que las reformas a normas cons-

⁴ SCJN, Amparo en revisión 1334/98. Manuel Camacho Solís, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, noviembre de 1999, p. 489.

⁵ *Diario Oficial de la Federación*, Decreto mediante el cual se declaran reformados diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 22 de agosto de 1996.

⁶ “Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas” (texto vigente del 21 de octubre de 1966 al 29 de enero de 2016).

⁷ Lo anterior quedó plasmado en la tesis con nombre: “Reforma constitucional, amparo contra su proceso de creación. El interés jurídico deriva de la afectación que produce, en la esfera de derechos del quejoso, el contenido de los preceptos modificados”, tesis aislada (constitucional), tesis: P.LXII/99, p. 11, Amparo en revisión 1334/98. Manuel Camacho Solís, 9 de septiembre de 1999.

titucionales no pueden ser objeto de control de constitucionalidad, pero sí podría serlo el procedimiento mediante el cual son aprobadas.

Aunque en dicho asunto la SCJN no concedió la protección constitucional solicitada, el precedente resultó muy relevante para el debate que comenzaba a gestarse. De hecho, poco tiempo después, la Corte mexicana tuvo que pronunciarse de nuevo sobre la revisión constitucional en la controversia constitucional 82/2001,⁸ promovida por Ángel López López, en su calidad de síndico municipal del ayuntamiento de San Pedro Quiatoni, Tlacolula, estado de Oaxaca. En ese caso, se controvertía la validez de la reforma en materia de derechos y cultura indígenas.⁹

En esa segunda ocasión, la SCJN se apartó de su criterio anterior con una postura más conservadora al considerar que el Congreso de la Unión y las legislaturas locales intervinientes en un proceso de reforma constitucional lo hacen en un carácter extraordinario denominado Poder u Órgano Reformador de la Constitución, que no puede ser sometido a la revisión jurisdiccional. Esto es así porque —según la Corte mexicana— la función de ese Órgano Reformador es “soberana [y no está] sujeta a ningún tipo de control externo, porque en la conformación del órgano y en la atribución constitucional de su función se encuentra su propia garantía”.¹⁰ Con tales razonamientos, la SCJN desechó la posibilidad de cualquier control de constitucionalidad sobre las reformas constitucionales. Según esta tesis, el único control sobre las actuaciones del Poder reformador son las que realice

⁸ SCJN, Controversia Constitucional 82/2001, municipio de San Pedro Quiatoni, Tlacolula, estado de Oaxaca, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XVI, octubre de 2002, p. 683.

⁹ *Diario Oficial de la Federación*, Decreto por el que se aprueba el diverso por el que se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 1o., se reforma el artículo 2o., se deroga el párrafo primero del artículo 4o., y se adicionan un sexto párrafo al artículo 18, y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 14 de agosto de 2001. Cabe mencionar que diputados integrantes de la Sexagésima Octava Legislatura del Estado de Michoacán, también controvertieron esta reforma por medio de la acción de inconstitucionalidad 33/2001; sin embargo ésta fue desechada por cuestiones de forma. Pues, de acuerdo con la argumentación de los peticionarios, su inconformidad se centraba en su desacuerdo con el voto mayoritario del Congreso del estado de Michoacán; sin embargo, ello no supone la legitimidad para acudir a una acción de inconstitucionalidad, en tanto que lo que se pretende combatir es un acto (de votación) y no una norma general de la que dicho Congreso no es el órgano emisor. Véase Recurso de reclamación 592/2001-PL, deducido de la acción de inconstitucionalidad 33/2001. Diputados integrantes de la Sexagésima Octava Legislatura del Estado de Michoacán, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XV, marzo de 2002, p. 1004.

¹⁰ Controversia constitucional 82/2001, *op. cit.*

éste sobre él mismo.¹¹ Con ello, la SCJN adoptó una postura deferente con el legislador constitucional.

Posteriormente, tocó a la Corte mexicana analizar la acción de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007,¹² promovidas por los partidos Convergencia y Nueva Alianza en contra de la reforma electoral de 2007. Con esa reforma se redujo el financiamiento público para gasto en campañas electorales; se ajustaron los límites para el financiamiento privado, y se prohibió a los partidos políticos contratar propaganda en radio y televisión¹³ Para ambos partidos esas decisiones contradecían al propio marco constitucional.

Una vez más, la SCJN se apejó al criterio precedente y reiteró que el proceso de reforma constitucional es un acto soberano que no tiene límites externos, y, por lo mismo, no es susceptible de control jurisdiccional. Al respecto, la sentencia menciona:

El artículo 135 constitucional no establece limitación alguna para reformar o adicionar la Constitución, sino solamente los órganos competentes para hacerlo. El control de la regularidad de estos actos no se establece a favor del Poder Judicial de la Federación, sino de las Legislaturas Federal y de los Estados, correspondiendo al Congreso de la Unión o, en su caso, a la Comisión Permanente, emitir la declaratoria de aprobación de tales reformas o adiciones.¹⁴

Si bien es cierto que en la misma sentencia se menciona que sería “de-seable” la existencia de controles externos a las “anomalías” que pudieran suceder en el proceso de una reforma constitucional, se concluye que eso sólo sería posible a través de mecanismos expresos directamente en la Constitución para tal efecto.¹⁵ Y, dado que la Constitución mexicana no contiene lo que en la teoría se conoce como “cláusulas pétreas” ni otra clase de límites sustantivos a las reformas constitucionales, entonces, en el caso mexicano el control no existe ni siquiera en casos anómalos.

¹¹ Lo anterior quedó plasmado en la tesis con nombre: Procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución federal. No es susceptible de control jurisdiccional, jurisprudencia (constitucional), tesis: P./J. 39/2002, tomo XVI, Controversia constitucional 82/2001, *op. cit.*

¹² SCJN, Acción de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007 partidos políticos Convergencia y Nueva Alianza, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXVIII, agosto de 2008, p. 183.

¹³ *Diario Oficial de la Federación*, Decreto que reforma los artículos 6o., 41, 85, 99, 108, 116 y 122; adiciona el artículo 134 y deroga un párrafo al artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 13 de noviembre de 2007.

¹⁴ Acción de inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007, *op. cit.*

¹⁵ *Idem.*

Cabe advertir que la anterior acción de inconstitucionalidad no fue el único intento de controvertir la reforma electoral de 2007. La SCJN también tuvo que analizar la posibilidad del control jurisdiccional de la reforma por vía de tres amparos promovidos por ciudadanos —algunos reconocidos intelectuales y líderes de la opinión pública— que argumentaban que la prohibición para contratar propaganda política lesionaba su libertad de expresión. En este sentido, lo que se advertía era una aporía constitucional, y se pedía la intervención de la SCJN para resolverla.

El primer amparo fue analizado en la ponencia del ministro Cossío Díaz, quien argumentó que: 1) el carácter del poder reformador se encuentra acotado por los *límites implícitos formales* que el artículo 135 constitucional prevé como procedimiento para una reforma constitucional.¹⁶ Lo contrario sería tanto como conceder que el poder reformador es un soberano situado por encima de la Constitución, en quebranto del principio de supremacía constitucional; 2) de forma similar, el principio de soberanía popular y el respeto de los derechos fundamentales representan los *límites implícitos materiales*, los cuales deben ser deducidos mediante la interpretación constitucional correspondiente a la SCJN;¹⁷ 3) en este sentido, los *límites formales implícitos* permiten concluir que “es jurídica y constitucionalmente posible admitir que un Estado Constitucional debe prever medios de control sobre aquéllos actos reformativos que se aparten de las reglas constitucionales”,¹⁸ y 4) por último, la sentencia concluye que “Es posible considerar al Poder Reformador de la Constitución como autoridad responsable en el juicio de amparo, siempre que se impugnen presuntas violaciones al procedimiento de reforma constitucional”.¹⁹

Estos criterios, que retornaban e incluso iban más allá de las primeras posturas respecto de la revisión jurisdiccional de la Constitución, no llegaron muy lejos. Tres días después de aquella resolución, el Pleno resolvió el segundo amparo en contra de la reforma electoral de 2007. Esta vez a cargo de la ponencia de la ministra Sánchez Cordero.²⁰

De forma muy puntual y en dirección opuesta, la Corte mexicana consideró que la Constitución no podía ser sometida a una revisión jurisdic-

¹⁶ SCJN, Amparo en revisión 186/2008, resuelto el 29 de septiembre de 2008, p. 29.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Ibidem*, p. 37. Este punto puede observarse también en la tesis de nombre: Poder reformador de la Constitución. El procedimiento reformativo relativo emanado de este órgano con facultades limitadas, es susceptible de control constitucional, Tesis aislada (constitucional), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 14.

¹⁹ *Ibidem*, p. 39.

²⁰ SCJN, Amparo en revisión, 519/2008, resuelto el 2 de octubre de 2008.

cional, pues al ser el parámetro de regularidad de todo el sistema jurídico, carecería de una norma similar ante la cual contrastar su validez. Tampoco resultaba posible —según esta interpretación— contrastar a la Constitución frente ella misma, porque ello implicaba subordinar entre sí sus contenidos.²¹

Además, en la misma decisión, la SCJN explicó que otro problema (específicamente sobre los efectos del amparo) que se presentaría al declarar la inconstitucionalidad de un precepto constitucional sería quebrantar el principio de relatividad de las sentencias. Ello, en virtud de que

...si la quejosa obtuviera la inaplicabilidad de las disposiciones constitucionales reclamadas, el beneficio tendría que hacerse extensivo absolutamente a todas las demás personas, porque la supremacía de que estaban revestidos tales preceptos quedaría retirada con una sola sentencia, y se produciría la automática invalidez de las demás normas del orden jurídico que encontrarán apoyo en los mismos.²²

Con ello, la Corte reforzaba el decimonónico principio conocido como “Cláusula Otero”.

La última de las tres sentencias emitidas por la SCJN respecto de la reforma antes citada fue la correspondiente al Amparo en revisión 2021/2009.²³ En este caso, la Corte mexicana dispuso que antes de entrar al estudio de fondo del asunto era posible, y en todo caso pertinente, realizar un estudio anticipado de los potenciales efectos del fallo. A partir de dicho estudio, se concluyó que el otorgar la protección constitucional a los quejosos supondría retirar la prohibición constitucional de aportar recursos a las campañas electorales por medio de la contratación de espacios publicitarios en radio y televisión. Ello significaría una ventaja, tanto para las televisoras o radiodifusoras que formaran parte de los contratos como para los partidos políticos a quienes se apoyara con dicha publicidad, razones por las cuales la SCJN concluyó sobreseer el juicio que le había sido sometido.

Como puede observarse, la postura propuesta por el ministro Cossío fue derrotada por la versión más restrictiva de la SCJN en la materia. Pero también por una postura finalista —en la tercera sentencia—, que de alguna manera implicó un análisis de fondo del caso concreto.

²¹ *Ibidem*, p. 25.

²² *Ibidem*, p. 34.

²³ SCJN, Amparo en revisión 2021/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXXIV, septiembre de 2011, p. 1623.

IV.

La imposibilidad de realizar una revisión jurisdiccional de las reformas constitucionales ha servido como incentivo político para añadir en la Constitución figuras que en una norma inferior adolecerían de inconstitucionalidad. Un ejemplo prístino de esta situación fue la incorporación del arraigo penal²⁴ a la Constitución por medio de la reforma del dieciocho de junio de 2008.²⁵

Lo relevante es que antes de dicha reforma la propia Corte mexicana había tenido oportunidad de analizar la figura del arraigo —en ese entonces contenida en la legislación penal— en una contradicción de tesis 3/99.²⁶ Si bien ésta se limita a realizar un estudio de los efectos de la suspensión en los juicios de amparo promovidos contra arraigos penales, la SCJN arribó a la determinación de que el arraigo “constituye una imposición que afecta la libertad personal del agraviado”.²⁷

Ahora bien, aunque la anterior contradicción de tesis no abordó la compatibilidad constitucional del arraigo, los argumentos desarrollados en ella sirvieron de base para la resolución de la acción de inconstitucionalidad 20/2003.²⁸ En ella, la Corte mexicana consideró —sin dejar espacio a dudas— que el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, que contemplaba la figura del arraigo, era incompatible con el orden constitucional:

...un arraigo como medida precautoria mientras el Ministerio Público investiga la presente responsabilidad delictiva del indiciado, en la forma y términos en que la establece la disposición impugnada, es jurídicamente incompatible con las garantías de libertad personal que establece la Constitución Federal en favor de todo gobernado, ya que tratándose de su afectación, restricción o privación, dicho Magno Ordenamiento sólo lo permite

²⁴ Para una lectura de las implicaciones negativas de la práctica del arraigo, véase Toledo, Cecilia, *El uso e impacto del arraigo en México. Otros referentes para pensar el país*, México, Fundar, 2014.

²⁵ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁶ SCJN, Contradicción de tesis 3/99, entre las sustentadas, por una parte, por los tribunales colegiados Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito y Primero del Décimo Octavo Circuito y, por otra, por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo X, noviembre de 1999, p. 55.

²⁷ *Idem*.

²⁸ SCJN, Acción de inconstitucionalidad 20/2003, Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del estado de Chihuahua, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXIII, junio de 2006, p. 813.

mediante la actualización de condiciones específicas y plazos o términos estrictos...²⁹

Ante esa declaración de inconstitucionalidad que la Corte mexicana realizó sobre la figura del arraigo, el trece de marzo de 2017 el Ejecutivo federal (a cargo de Felipe Calderón) envió a la Cámara de Senadores la iniciativa de reforma constitucional³⁰ con la que agregaba dicha figura al artículo 16 de la carta magna.

La justificación —como se cita a continuación— era que las dinámicas de la delincuencia organizada nacional e internacional demandaban del Estado mexicano la implementación de mecanismos legales capaces “del abatimiento de este problema por medio de una reestructuración de fondo de nuestro sistema de justicia”.³¹ Con ello se introdujo un régimen especial para tratar el fenómeno de la delincuencia organizada y se abrió la puerta al derecho penal del enemigo en la Constitución mexicana.

La iniciativa planteaba la incorporación constitucional del arraigo, mediante una interpretación que trastocaba las consideraciones de la SCJN sobre el tema:

Asimismo, se propone la adición de un décimo párrafo al artículo 16 para regular constitucionalmente el arraigo. Al considerar la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la acción de inconstitucionalidad 20/2003, y en virtud de que el arraigo es un acto restrictivo de la libertad personal, debe estar inmerso en el texto constitucional.³²

Los efectos prácticos del arraigo³³ —sobre todo durante el sexenio de Calderón— han sido por demás graves y preocupantes, y ello provocó que la Corte mexicana tuviera que abordar de nueva cuenta el asunto.

²⁹ *Idem.*

³⁰ Secretaría de Gobernación, Oficio con el que remite la siguiente iniciativa: Proyecto de decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Oficio núm. SEL/300/1153/07, 13 de marzo de 2007.

³¹ *Ibidem*, p. 3.

³² *Ibidem*, p. 5.

³³ Para un estudio más detallado, véase Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Juan E. Méndez, *Misión a México*, A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014, párr. 49; Comité contra la Tortura, *Observaciones finales de los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, 49o. periodo de sesiones* (29 de octubre a 23 de noviembre de 2012), párr. 11; *Informe del grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias*, Consejo de Derechos Humanos, 19 periodo de sesiones, A/HRC/19/58/ Add.2, 20 de diciembre de 2011, párrs. 30 y 88; *Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados*, A/HRC/17/30/Add.3., 18 de abril de 2011, párrs.

El origen fueron tres acciones de inconstitucionalidad promovidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (en adelante la “CNDH”).³⁴ En ellas, si bien no se solicitaba realizar un examen de la modificación constitucional, sí se solicitaba que la SCJN declarara la invalidez de las distintas leyes penales de los estados de Aguascalientes,³⁵ Hidalgo³⁶ y Baja California Sur,³⁷ por dos motivos principales: 1) dichas normas eran inconstitucionales, en tanto que la reforma de 2008 había reservado la regulación del arraigo a una materia federal, y 2) la figura resultaba incompatible con los artículos 7o. y 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 9o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como 3o., 9o. y 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Como puede observarse, la CNDH no pretendía que la Corte mexicana se pronunciara sobre la inconstitucionalidad de la figura del arraigo mediante un contraste entre normas constitucionales, sino que se realizara una confrontación con los textos convencionales en materia de derechos humanos de los cuales México es Estado parte. La estrategia era muy interesante, porque alegaba la inconventionalidad de las normas impugnadas, y con ello implícitamente la de la reforma constitucional al artículo 16 de 2008. Ante ello, la SCJN reaccionó con cautela y se limitó a estudiar la problemática desde un aspecto de competencia para legislar el arraigo, evitando pronunciarse sobre la compatibilidad de la figura con los textos convencionales.³⁸

Tiempo después, la SCJN tuvo otra oportunidad de realizar un estudio constitucional de la figura del arraigo. Esta vez en el Amparo directo en revisión 1250/2012³⁹ promovido por el jefe de Seguridad y Vigilancia del Centro de Reinserción Social número Dos, con sede en Gómez Palacio, Durango, con motivo del arraigo ejercido en su contra por su presunta colaboración en la fuga de reos del citado Centro. En el asunto, el quejoso

60-64, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II.Doc., Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015, párrs. 313-323.

³⁴ SCJN, Acción de inconstitucionalidad 29/2012. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 6, mayo de 2014, tomo I, p. 219; Acción de inconstitucionalidad 22/2013, *op. cit.*, p. 179; *Ibidem*, libro 15, febrero de 2015, p. 1140.

³⁵ Artículo 291 de la Legislación Penal para el Estado de Aguascalientes.

³⁶ Artículo 132 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Hidalgo.

³⁷ Artículo 113 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California Sur.

³⁸ En las tres acciones de inconstitucionalidad la Corte mexicana recurrió a la siguiente tesis para negarse a abordar los temas de convencionalidad: Acción de inconstitucionalidad. Estudio innecesario de conceptos de invalidez. Tesis 37/2004, jurisprudencia, Pleno, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIX, junio de 2004, p. 863.

³⁹ SCJN, amparo directo en revisión 1250/2012, resuelto el 14 de abril de 2015.

reclamaba la inconstitucionalidad del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP).

En esa ocasión la Corte fue contundente, al declarar que la coincidencia textual del artículo del CFPP con el artículo 16 de la Constitución federal hacía del arraigo federal una figura completamente constitucional:

121. Por tanto, en principio, la validez constitucional del arraigo depende de su previsión en la Constitución Federal como hipótesis habilitada para que la autoridad proceda a privar a una persona de su libertad si se cumplen ciertos requisitos y bajo ciertas condiciones.

122. Cuando se resolvió la acción de inconstitucionalidad 20/2003 el diecinueve de septiembre de dos mil cinco, la Constitución Federal no establecía la posibilidad de existencia del arraigo, por lo que se declaró violatorio de derechos humanos; sin embargo, este no es el caso después de la reforma constitucional de dos mil ocho.

...

125. Por tanto, al preverse en la norma constitucional al arraigo como una institución apta para restringir la libertad de las personas de forma provisional, ya que fue introducida en el artículo 16 constitucional, por tanto, no cabe declarar su inconstitucionalidad por la simple razón de ser una institución extraña a la Constitución Federal.⁴⁰

Como puede observarse, la SCJN adoptó una postura formalista en extremo y validó la figura a pesar de contradecir al principio de presunción de inocencia y lesionar a la libertad personal, también contenidos en la Constitución. Su razonamiento fue simple: si está en la Constitución, es constitucional. Sin embargo, en la presente sentencia la SCJN sí abordó el debate respecto a la convencionalidad de la norma impugnada. Al respecto, la Corte mexicana consideró que el arraigo representaba una restricción constitucional, por lo que —de acuerdo con los criterios de la contradicción de tesis 293/2011 que arrojó una discutida interpretación sobre la jerarquía normativa establecida en el artículo 1o. constitucional— debía prevalecer la restricción por sobre las normas convencionales. Vale la pena reproducir el argumento:

149. Por tanto, debe concluirse que el arraigo, en términos de lo resuelto en la Contradicción de Tesis 293/2011, es una restricción a los derechos humanos con validez constitucional, porque, debe insistirse, los artículos 16 y décimo primero transitorio de la Constitución Federal establecen al arraigo como una restricción expresa al derecho de libertad, ya que permite que las perso-

⁴⁰ *Ibidem*, párrs. 121-125.

nas sean detenidas y privadas de su libertad domiciliariamente, lo que antes del dos mil ocho no se preveía. En ese momento, ello obligó a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación a concluir la inconstitucionalidad de su introducción a través de legislación secundaria, al no tratarse de una restricción constitucionalmente reconocida.⁴¹

Con esta interpretación —en extremo deferente con el poder reformador de la Constitución—, la Corte mexicana no sólo cerraba las puertas al control constitucional de las reformas constitucionales, sino también a la posibilidad de invalidar normas constitucionales —por más que lesionaran o restringieran derechos humanos— contradictorias con tratados o sentencias internacionales.

V.

Cabe preguntarse si la revisión jurisdiccional de la Constitución podría llevarse a cabo por un tribunal internacional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (En adelante “CorteIDH” o “el Tribunal internacional”). Casos resueltos por ésta anticipan que eso sí es posible.

Desde la resolución de su opinión consultiva 4, la Corte IDH consideró que por “leyes internas”⁴² debe entenderse “toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales”,⁴³ razón por la cual el espectro de normas que pueden ser sometidas a su conocimiento es de carácter sumamente amplio e incluye a las Constituciones y sus reformas.

A pesar de la amplitud de normas capaces de ser sometidas al conocimiento de la Corte IDH, tuvieron que pasar quince años para que se emitiera la primera sentencia en la que se ordenara la modificación de un precepto de una Constitución nacional. En el caso de *Castillo Petruzziy Otros vs. Perú*,

⁴¹ *Ibidem*, párr. 149.

⁴² Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 64.

“1. Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

⁴³ Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, párr. 13.

la Corte IDH determinó que la restricción legal existente en la Constitución peruana vigente al momento de los hechos condicionaba el recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia sólo para aquellos casos de traición a la patria en que se impusiera la pena de muerte. Esto significó que dicho recurso fuera negado a las víctimas del caso, impidiendo su acceso a la justicia.⁴⁴ Por lo anterior, la Corte IDH consideró que tal restricción vulneraba las disposiciones de la CADH.⁴⁵

Después de ese caso peruano, la Corte IDH emitió su sentencia más famosa sobre el control jurisdiccional de la Constitución: “La Última Tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile. En dicho caso se sometió a revisión el artículo 19, número 12, de la Constitución Política de Chile, que había servido de fundamento para actos de censura que impidieron la difusión de la película “La Última Tentación de Cristo”. Al respecto, el tribunal internacional determinó lo siguiente:

85. La Corte ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2o. de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.

87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2o. de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de

⁴⁴ Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de mayo de 1999, serie C, núm. 52, párr. 160.

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 161.

adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2o. y 1.1 de la Convención⁴⁶

Tiempo después, en los casos de *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*,⁴⁷ y *Caesar vs. Trinidad y Tobago*,⁴⁸ la Corte IDH se pronunció sobre las normas conocidas como “cláusulas de exclusión”, las cuales operan —tal cual su nombre lo indica— como normas que impiden que los tribunales nacionales conozcan sobre alguna ley nacional. En concreto, la sección 6 de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago —que data de 1976— establece que ninguna norma anterior a la entrada en vigencia de la misma Constitución puede ser objeto de impugnación constitucional. Con ello se validaban la Ley de Delitos contra la Persona y Ley de Penas Corporales, en las que entre otras figuras altamente graves se regulaba la pena de muerte. El tribunal internacional consideró que Trinidad y Tobago, al ser parte de la Convención en el momento de los hechos, no podía invocar las disposiciones de su derecho interno —como las cláusulas de exclusión— para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales, así que también ordenó la modificación constitucional.⁴⁹

Como puede observarse, la jurisprudencia interamericana no respalda la tesis de que las reformas constitucionales están exceptuadas de un control de validez material. Con ello respaldan la tesis de que una parte del texto constitucional —el que recoge a los derechos humanos— sí debe servir como parámetro de control frente a las normas que los restringen o vulneran. Si bien el asidero que sirve para sustentar esta tesis es de origen convencional, el parámetro son normas también contenidas en las Constituciones nacionales.

VI.

No es fácil anticipar qué sucedería si una reforma como la que se pretende aprobar en México para crear la Guardia Nacional fuera impugnada ante la

⁴⁶ Corte IDH, caso “La Última Tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73.

⁴⁷ Corte IDH, caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 21 de junio de 2002, serie C, núm. 94.

⁴⁸ Corte IDH, caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 11 de marzo de 2005, serie C, núm. 123.

⁴⁹ Corte IDH, caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *op. cit.*, párrs. 152. c., y caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, *op. cit.*, párrs. 133.

SCJN. Con el marco constitucional vigente —en particular con la reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos— y con el precedente de la Ley de Seguridad Interior sería posible que la Corte mexicana reabriera el debate para reconsiderar sus criterios sobre los alcances del control de constitucionalidad ante reformas constitucionales.

Lo que resulta más previsible es anticipar lo que sucedería si la SCJN no aceptara conocer el fondo del asunto o mantuviera firme la lógica con la que valoró las acciones y controversias en el caso del arraigo y el asunto llegara a la Corte IDH. En ese supuesto, es altamente probable que el tribunal internacional declarara la inconveniencia del mando militar permanente de la guardia nacional. Esto es así porque en diversos casos precedentes ya se ha pronunciado al respecto.⁵⁰

⁵⁰ Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párrs. 77-89, y Corte IDH, caso *Avarado Espinoza y otros vs. México*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2018, serie C, núm. 370, párrs. 177-182.

DEL ACTIVISMO JUDICIAL A LA SUMISIÓN —EL DETERIORO DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN HUNGRÍA—

Zoltán SZENTE*

SUMARIO: I. *El establecimiento del Tribunal Constitucional húngaro y las primeras dos décadas de su funcionamiento.* II. *Los cambios institucionales antes de 2010.* III. *Jurisprudencia cambiante.* IV. *Explicación de los cambios en la jurisprudencia.* V. *Epílogo.*

Para un observador externo, la historia relativamente breve del Tribunal Constitucional húngaro podría ser un verdadero enigma. Poco después de su establecimiento, el Tribunal se convirtió en uno de los tribunales constitucionales más poderosos, al menos en Europa. Tuvo una gran influencia en el desarrollo constitucional del país, y su logro fue reconocido ampliamente, no sólo en Hungría, sino también a nivel internacional. Sin embargo, hoy, este cuerpo parece ser un aliado maleable del gobierno, ya que el activismo que alguna vez tuvo ha sido reemplazado por sumisión judicial, proporcionando con buena disposición legitimidad constitucional a casi todas las acciones legislativas. El camino que va desde ser anteriormente un campeón de la supremacía judicial a ser un cuerpo servil y políticamente leal puede ser en sí mismo interesante e instructivo aun para quienes no han seguido la transformación del sistema constitucional y político húngaro en años recientes.

* Zoltán Szente es profesor de derecho en la Universidad Nacional de Servicios Públicos, y en la cátedra de Investigación de la Academia Húngara de Ciencias, Instituto de Estudios Legales, Budapest, Hungría.

I. EL ESTABLECIMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL HÚNGARO Y LAS PRIMERAS DOS DÉCADAS DE SU FUNCIONAMIENTO

1. *La génesis y los años de formación*

Durante los años del así llamado “cambio de sistema”, es decir, el periodo de transición en Europa central y del Este en 1989-1990, por medio del cual los regímenes comunistas fueron derrotados en estos países, y se establecieron sistemas políticos pluralistas y democracias constitucionales, Hungría fue el único país poscomunista donde no se adoptó una nueva Constitución. En cambio, el programa político de la transición democrática desde un régimen autoritario de partido único de tipo soviético hacia una democracia parlamentaria de tipo occidental se institucionalizó por medio de una revisión general de la Constitución de 1949 en octubre de 1989.¹ Se cambiaron casi todas las partes importantes de la ley básica hasta tal punto que muchos se refieren a ella como “una constitución realmente nueva”.² Esta revisión general creó los fundamentos constitucionales del “cambio de sistema”,³ y estableció nuevas instituciones y procedimientos o transformó profundamente algunos de los antiguos.

Uno de estos nuevos organismos fue el Tribunal Constitucional. Antes de 1990 no había tradición de revisión constitucional en Hungría. Aunque en 1983 se estableció un así llamado Concejo de Derecho Constitucional, éste no tenía poder para anular los decretos inconstitucionales. Sin embargo, la situación política en 1988-1990 era extremadamente ventajosa para el nacimiento de este cuerpo. La transición democrática fue el resultado de un proceso de negociación pacífica durante 1988 y 1989, cuando los representantes del antiguo partido comunista y los movimientos de la oposición se pusieron de acuerdo no sólo sobre las condiciones políticas del cambio de régimen, sino también sobre sus circunstancias constitucionales. En efecto, la desconfianza política mutua existente entre las partes negociantes llevó

¹ Act No. XXXI, de 1989 sobre la enmienda de la Constitución de 1949.

² Jakab, András, “The Republic of Hungary. Commentary”, en Wolfrum, Rüdiger y Grote, Rainer (eds.), *Constitutions of the Countries of the World*, Nueva York, Oceana, 2008, p. 8.

³ Paczolay, Péter, “The New Hungarian Constitutional State: Challenges and Perspectives”, en Howard, A. E. Dick (ed.), *Constitution Making in Eastern Europe*, Washington, D. C., The Woodrow Wilson Center Press, 1993, pp. 21-55; Pogány, István, “Constitutional Reform in Central and Eastern Europe: Hungary’s Transition to Democracy”, 42, *International and Comparative Law Quarterly*, 1993, p. 332.

a que se estableciera una posición muy fuerte del tribunal constitucional recientemente creado, dado que tanto los antiguos comunistas como los nuevos líderes de la oposición veían a dicho cuerpo como un contrapeso del poder potencial de la otra parte después de las primeras elecciones democráticas en 1990.

Cuando se diseñó esta nueva institución, se siguió más o menos el modelo del *Bundesverfassungsgericht* alemán, estableciendo un modelo de revisión constitucional centralizado, “europeo” o “kelseniano” con las responsabilidades habituales.⁴ Entonces, la tarea principal del tribunal constitucional era la revisión judicial *ex post* de reglas jurídicas. La reglamentación abría el camino para que todos alojaran cualquier caso en el Tribunal, porque todas las peticiones se presentaban sin ningún interés personal o límite de tiempo (*actio popularis*). Debido a este acceso ilimitado al Tribunal, tarde o temprano virtualmente todas las leyes importantes cayeron en ese cuerpo. En ciertas áreas, el examen *ex ante* de la constitucionalidad de ciertos instrumentos jurídicos (*e. g.* los tratados internacionales) también recayó dentro de la competencia del Tribunal, al cual también se le otorgó poder para investigar conflictos entre los tratados internacionales y la ley nacional. La así llamada interpretación constitucional abstracta también era una competencia específica del Tribunal, por medio de la cual el cuerpo podía, a propuesta del jefe de Estado o del gobierno, explicar *erga omnes* en detalle el significado y los requisitos constitucionales de cualquier disposición de la ley básica. El Tribunal decidía en disputas de competencia entre autoridades públicas, y también las quejas constitucionales individuales; pero de hecho lo último era una revisión judicial indirecta de los estatutos sobre los que se basaban las decisiones judiciales individuales. De manera similar, cualquier tribunal ordinario podía recurrir al Tribunal Constitucional, e iniciar una revisión constitucional concreta de las reglas jurídicas relevantes al caso que tenía ante sí.

EL Tribunal se estableció como un organismo cuasijudicial; aunque tenía ciertas características de los tribunales judiciales (como la independencia estructural o la condición inamovible de los jueces), en el procedimiento faltaban otros principios y garantías judiciales clásicos (no había procedimiento contradictorio ni ningún recurso judicial al fallo del Tribunal, etcétera).⁵

⁴ Tóth, Gábor Attila y Kovács, Kriszta, “Aufstieg und Krise: Wirkung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit auf Ungarn”, en Wrase, Michael y Boulanger, Christian (eds.), *Die Politik des Verfassungsrechts: interdisziplinäre und vergleichende Perspektiven auf die Rolle und Funktion von Verfassungsgerichten*, Baden-Baden, Nomos, 2013, p. 8.

⁵ Sólyom, László, “Az alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon” [*The Beginnings of Constitutional Review in Hungary*], Budapest, Osiris, 2001, pp. 114 y 115.

EL Tribunal comenzó a funcionar el 1o. de enero de 1990. A partir de esa fecha, el Tribunal Constitucional desarrolló una jurisprudencia rica y extensiva. Virtualmente, ha tratado casi todos los temas clásicos, como es común en aquellos países occidentales que tienen tradiciones constitucionales más largas. Especialmente en los primeros cuatro años de trabajo, el Tribunal tomó una serie de decisiones trascendentales en casos tan duros como la inconstitucionalidad de la pena de muerte y legislación criminal retroactiva, la prohibición de referéndum sobre enmiendas constitucionales, los requisitos constitucionales del derecho de la dignidad humana o la protección de datos personales. El Tribunal ejerció sus poderes de manera valiente en asuntos políticos actuales y controvertidos, como rechazar la reprivatización de propiedades nacionalizadas durante la era comunista, negar el castigo retrospectivo de delitos cometidos durante la revolución húngara de 1956, o al circunscribir el poder del jefe de Estado. Sin lugar a dudas, el Tribunal alcanzó una posición preeminente en el sistema constitucional húngaro, y tuvo un gran logro al elaborar y estandarizar el derecho constitucional viviente.

2. *La práctica interpretativa de un tribunal activista*

Los académicos comparten la visión de que en sus primeros nueve años de trabajo (periodo en el cual al tribunal se lo llama Tribunal Sólyom, por su primer presidente), el Tribunal siguió una práctica fuertemente “activista”. Debido a que entre 1990 y 2011 todos los intentos para redactar una nueva Constitución fallaron, y la relación hostil entre los partidos paralizó al Parlamento en temas constitucionales, el Tribunal era la única institución con poder suficiente para solucionar los grandes conflictos constitucionales (y, a menudo, políticos). El Tribunal no dudó en cumplir su rol, y consideró a la Constitución como una unidad holística de principios y reglas sobre la base de la cual pueden decidirse todas las controversias constitucionales.⁶ En efecto, hubo un activismo doble en la década de 1990; tanto el así llamado “activismo jurisdiccional” (los esfuerzos del Tribunal por extender su poder más allá de sus competencias reglamentarias) como el “activismo interpretativo” (la práctica que confía en fuentes extraconstitucionales en el razonamiento constitucional) caracterizaron el funcionamiento del Tribunal.⁷

⁶ Szente, Zoltán, “The Interpretive Practice of the Hungarian Constitutional Court: A Critical View”, 14 *German Law Journal* 8, 2013, p. 1596.

⁷ Sólyom, László, “Az Alkotmánybíróság önértelmezése [The Self-Identity of the Constitutional Court]”, 47 *Jogtudományi Közlöny* 6, 1992, pp. 274 y 275; Halmi, Gábor, “The

Aunque el cuerpo fue criticado frecuentemente por esta percepción de su rol, esta visión fue pronto ampliamente aceptada por varias y diversas razones. En primer lugar, todos los actores políticos creían que incluso la Constitución considerablemente revisada sólo sería transitoria, porque su preámbulo decía, “para facilitar una transición política pacífica hacia un Estado constitucional”, el Parlamento formuló el nuevo texto de la ley básica, “hasta que se adopte la nueva Constitución del país”. Entonces, como dije anteriormente, debido a sus tensas relaciones, los partidos políticos, con raras excepciones, no fueron capaces de alcanzar las reformas constitucionales necesarias, y, en esta situación, sólo el Tribunal podía subsanar esto y asumir ese rol. Además, en el contexto húngaro, no evolucionó ninguna “doctrina de cuestión política” que pudiera haber mantenido al Tribunal lejos de decidir los casos duros. Por último, pero no menos importante, los fallos del Tribunal Constitucional fueron decisiones definitivas, inapelables.

La conducta del Tribunal estuvo básicamente influenciada por el punto de vista de resolución de disputas de la revisión constitucional, compartido por la mayoría del primer Tribunal. Según este punto de vista, el Tribunal debería decidir sobre todas las controversias constitucionales que se le presentaran, en vez de escapar de la responsabilidad de la decisión final. La autoidentidad de la mayoría del Tribunal en los noventa se caracteriza a veces por la tesis de la así llamada “Constitución invisible”, aun cuando este enfoque nunca se volvió el método oficialmente interpretativo del Tribunal. Este punto de vista, que apareció en 1990 en una opinión coincidente de László Sólyom, el presidente del Tribunal, argumentaba que

...las decisiones del Tribunal crearían un sistema coherente que sirve como estandard seguro de constitucionalidad, como una constitución invisible por encima de la Constitución en vigencia que todavía está sujeta a modificaciones dictadas por el interés político diario. El Tribunal Constitucional goza de libertad en este proceso siempre que se mantenga dentro de los límites de la constitucionalidad.⁸

Según este punto de vista, la tarea del tribunal no es sólo descubrir el significado de la Constitución, sino, en cambio, precisar sus principios en su totalidad. Aunque este enfoque no excluye el uso de fuentes extraconstitu-

Hungarian Approach to Constitutional Review: The End of Activism? The First Decade of the Hungarian Constitutional Court”, en Sadurski, Wojciech (ed.), *Constitutional Justice, East and West. Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, Londres-Nueva York, The Hague, Kluwer Law International, 2002, pp. 195-208.

⁸ 23/1990 (X. 31.), AB határozat.

cionales, rechaza la acusación de la interpretación arbitraria insistiendo en que la Constitución invisible no es una colección de valores morales personales de los jueces, sino que es un sistema coherente de principios básicos de la democracia constitucional. Aun más, el Tribunal se consideró a sí mismo “el depositario de la Revolución «*Rechtsstaat*»”.⁹ En cierto sentido, esta empresa fue la reacción a los desafíos de la postransición al principio de Estado de derecho, a medida que los reclamos e iniciativas políticas a favor del castigo retrospectivo a los delitos “comunistas”, la purificación, u otras medidas punitivas como mecanismos legales para manejar la herencia de cuarenta años de dictadura llevaron a una legislación extensiva en los comienzos de la década de 1990.

Se advierte que en la era post-Sólyom, el Tribunal comenzó a cambiar su activismo inicial y tomó una dirección autolimitante. Esta imagen de conducta judicial moderada tomó fuerza a medida que se agotaron las decisiones trascendentales, y el Tribunal a menudo buscó soluciones a mitad de camino en los restantes casos duros. Pero el cuerpo, aunque de manera silenciosa, continuó con su práctica interpretativa ecléctica, y en su gran mayoría basó su jurisprudencia en decisiones anteriores. Y aun cuando el Tribunal cambió su práctica; por ejemplo, cuando abandonó su antiguo camino liberal en casos de libertad de expresión, lo hizo de manera no menos no interpretivista, como lo había hecho antes.

Caracterizando la revisión constitucional de Hungría, según su evolución entre 1990 y 2010, la discrepancia entre la Constitución flexible y el activismo judicial es sorprendente. La antigua Constitución era fácilmente enmendable. El Parlamento, con dos tercios de votos en mayoría de miembros, era en sí mismo el poder que redactaba la Constitución. Entre la revisión general de la Constitución de 1949 en 1989 y las elecciones generales en 2010, la Constitución se modificó más de veinte veces. La única explicación plausible para esta salvedad es la incapacidad de los partidos políticos principales para llegar a acuerdos sobre asuntos constitucionales importantes, como he dicho anteriormente.

Otro antagonismo en la revisión constitucional era que, aunque Hungría tiene un sistema jurídico codificado, basado en tradiciones de derecho civil, el cual no reconoce el principio de *stare decisis*, el Tribunal Constitucional se desarrolló en su derecho de casos desde el mismo comienzo de sus funciones. Esta práctica ha incrementado inevitablemente el rol de la ley hecha por el juez en el sistema constitucional. A pesar de la falta de reconocimiento del rol formal de los precedentes, el Tribunal se refería frecuen-

⁹ 11/1992 (111.5.), AB határozat.

temente a sus propias decisiones anteriores como fuente de justificación de su sentencia. De esta manera, algunas de las decisiones básicas del Tribunal a comienzos de los noventa incrementaron gradualmente a un rango cuasiconstitucional, o incluso sustituyeron las estipulaciones textuales de la Constitución.

Dado que la Constitución de 1949-1989 no contenía un método autorizado de interpretación constitucional ni ninguna instrucción sobre cómo leer el texto de la Constitución, el Tribunal no estaba obligado a utilizar ningún método de sentencia, y debía inventar cómo aplicar las leyes y los principios generales de la Constitución a casos particulares. Notablemente, este activismo controvertido no se basó en una teoría interpretativa específica, y el Tribunal no elaboró una práctica o enfoque interpretativo de principios. Aplicó distintas metodologías interpretativas incluso a casos de naturaleza igual o similar, sin ninguna filosofía jurídica coherente o política jurídica consistente. La jurisprudencia del Tribunal descansaba en una práctica interpretativa ecléctica, siempre cambiante, que a menudo utilizaba fuentes no jurídicas de interpretación constitucional.¹⁰

Como parte de este eclecticismo, el Tribunal Constitucional húngaro, especialmente a comienzos de la década de 1990, aplicó una interpretación finalista o teleológica cuando extraía de manera sistemática la estructura total de los principios constitucionales básicos, como el Estado de derecho o la dignidad humana, y añadía cada vez más requisitos a los mismos principios fundamentales, estableciendo una estructura multicapas de ellos. La interpretación finalista se usó, por ejemplo, en los casos de separación de poderes, porque el Tribunal se refirió con frecuencia a los objetivos del gobierno parlamentario, a la efectividad del proceso legislativo de toma de decisiones, o del gobierno efectivo y estable.¹¹

Al igual que el *Bundesverfassungsgericht* alemán en su primera fase,¹² el Tribunal Constitucional húngaro también fue tentado por la justicia del derecho natural en los primeros años después de su establecimiento. La decisión

¹⁰ Para un análisis sistemático de la práctica interpretativa del Tribunal Constitucional, véase Jakab, András y Fröhlich, Johanna, “The Constitutional Court of Hungary”, en Jakab, András *et al.* (eds.), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 394-437; Sente, Zoltán, “The Interpretive Practice of the Hungarian Constitutional Court: A Critical View”, *German Law Journal*, 1609.

¹¹ Véase, por ejemplo, 3/1991 (II. 7.), ABH 1991, 15, 17, y 31/2001. (VII. 11), ABH 2001, 258.

¹² Cole, Taylor, “Three Constitutional Courts: A Comparison”, en Lijphart, Arend (ed.), *Politics in Europe. Comparisons and Interpretations*, Englewood Cliffs, N. J. Prentice-Hall, 1969, p. 246; Kommers, Donald P. y Miller, Russell A., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham-Londres, Duke University Press, 2012, pp. 308-312.

más famosa fue el caso de la *Pena de Muerte* en 1990, cuando el Tribunal basó su argumentación en valores morales y creencias.¹³ El razonamiento fue particularmente interesante, porque el Tribunal asumió una justificación abiertamente no textual, cuando declaró a la pena de muerte inconstitucional, a pesar de que el texto constitucional —bajo procedimiento legítimo— permitía el uso de la pena capital. Siguiendo el punto de vista del *Bundesverfassungsgericht* alemán, el Tribunal expuso muy al comienzo su convicción de que el valor inherente de la dignidad humana, la autonomía personal, tiene un núcleo que está exento de cualquier intervención de la ley.¹⁴

El Tribunal húngaro también utilizó el derecho constitucional comparado por varias razones y con varios objetivos.¹⁵ Como ya lo he mencionado, en el primer periodo de su funcionamiento, el Tribunal Constitucional húngaro tanto en su autodeterminación como en su jurisprudencia, se basó mucho en la práctica del Tribunal Constitucional Federal alemán, y en menor medida en la Corte Suprema de Estados Unidos. No es sorprendente en un país que se había convertido en un Estado democrático hacía no mucho tiempo, y donde no había tradición de revisión constitucional. Además, el Tribunal tomó prestadas del extranjero construcciones interpretativas enteras, como la doctrina de “el derecho viviente” de Italia, el concepto de “el derecho de la persona general”, o el “derecho madre” de Alemania.¹⁶ Esta “importación de derecho” se extendió no sólo a formas y doctrinas interpretativas, sino también al alcance material de la ley, como sucedió en el caso de la dignidad humana.¹⁷ Pero a medida que la jurisprudencia del Tribunal se desarrolló de manera gradual, la completa adopción de construcciones jurídicas extranjeras comenzó a declinar. En el periodo de 1999-2008 no ocurrió ninguna de tales adaptaciones. Desde comienzos de la década de 2000, el Tribunal comenzó a referirse más comúnmente a la práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque estas referencias eran en su mayoría elementos decorativos

¹³ Szente, Zoltán, “The Interpretive Practice...”, *op. cit.*, 1599.

¹⁴ 23/1990 (X. 31.), ABH 1990, 88, 103. El Tribunal no ha esclarecido nunca cuál es el contenido “irrestringible” del derecho a la dignidad humana. Notablemente, todos los derechos no enumerados derivados de él pueden ser limitados por ley.

¹⁵ Szente, Zoltán, “Unsystematic and incoherent borrowing of law. The use of foreign judicial precedents in the jurisprudence of Hungarian Constitutional Court, 1999-2010”, en Groppi, Tania y Ponthoreau, Marie-Claire (eds.), *Constitutional Cross-fertilization. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart Publishing, 2013.

¹⁶ Szente, Zoltán, “The Interpretive Practice...”, *op. cit.*, p. 1601.

¹⁷ Dupré, Catherine, “Importing Human Dignity from German Constitutional Case Law”, en Halmai, Gábor (ed.), *The Constitution Found? The First Nine Years of the Hungarian Constitutional Review on Fundamental Rights*, Budapest, Indok, 2000, pp. 215-221.

cuando coincidían con las propias ideas del Tribunal o las consecuencias deseadas.

El Tribunal Constitucional húngaro nunca ha adoptado una postura originalista. En realidad, un propósito original no fue una opción cuando se debían interpretar aquellas disposiciones que se habían originado en el texto de 1949. Pero el Tribunal siempre había desconfiado del propósito original de los redactores, incluyendo también a los actores de la Mesa Redonda Nacional de 1989, porque sus motivos y creencias estaban ligados a las circunstancias políticas del periodo de la transición hacia la democracia. Entonces, el Tribunal se refirió a estas intenciones sólo pocas veces, cuando la intención original presumida era paralela a la suya propia.

El Tribunal apoyó de manera entusiasta la suposición de la idea de que el significado de la totalidad del texto es más que la suma de sus partes. Con este espíritu, el Tribunal fue altamente creativo al encontrar conexiones entre las diversas disposiciones de la Constitución, interpretándolas en forma conjunta, y llegando a conclusiones decisivas. La interpretación sistemática fue utilizada eficientemente también para disputas constitucionales con respecto al poder público; por ejemplo, para fortalecer la independencia judicial,¹⁸ o para declarar que “la Constitución húngara se basa en el principio de la separación de poderes”.¹⁹

Sin embargo, el Tribunal Constitucional generalmente intentó buscar una base textual para su decisión. Al hacer esto, el Tribunal se concentró en el significado gramatical y lógico del texto. Más precisamente, se relaciona con el textualismo no originalista, el cual prefiere el significado simple de un texto, en el sentido de que una disposición constitucional significa lo que dice hoy, en vez de lo que los redactores quisieron decir o lo que las palabras significaban cuando la Constitución fue promulgada, cuando ratificaron la Constitución o los efectos que se les atribuyeron. En ciertos casos, el Tribunal, más allá del significado del lenguaje común, utilizó el entendimiento jurídico de las palabras de la Constitución, pero esta práctica se basó en un amplio consenso.

En realidad, es una gran parte de la jurisprudencia del Tribunal cuando la decisión no se basó en ningún método interpretativo reconocible. Presumiblemente, el Tribunal consideró las posibles consecuencias de varias alternativas de decisión en vez de insistir en una forma de sentencia definida. Considerando la formulación general de la Constitución, este pragmatismo era probablemente inevitable para el Tribunal, una vez que tuvo la inten-

¹⁸ 38/1993 (VI. 11.), AB határozat.

¹⁹ 55/1994 (XI. 10.), AB határozat.

ción de decidir los méritos de todas las controversias constitucionales.²⁰ En el contexto húngaro, el pragmatismo tiene al menos dos formas distintas. Este punto de vista surgió primero en los noventa, cuando el Tribunal declaró que las circunstancias especiales del cambio de régimen, o el periodo de transición hacia la democracia, pueden tener relevancia en la interpretación constitucional. En los así llamados *Casos de Compensación*, el Tribunal dijo que la situación histórica había producido condiciones especiales que merecían soluciones especiales o extraordinarias. Una situación de tal naturaleza vino del legado del pasado comunista; por ejemplo: el gran volumen de propiedades estatales, que justificaba, entre otros, la libre distribución de bienes entre los miembros de las cooperativas de propiedad estatal.²¹ Las referencias a las circunstancias históricas especiales ocurrieron también en la década de 2000 por razones pragmáticas; por ejemplo, para defender la ley que castigaba el uso público de símbolos totalitarios.²² Hay otra forma de pragmatismo cuando el Tribunal sopesa las consecuencias directas y prácticas de sus decisiones. Por razones prácticas, también, el Tribunal utilizó de manera flexible su poder discrecional para determinar cuándo el efecto de una anulación se hacía efectivo, aplicando los efectos *ex nunc*, *ex tunc* o *pro futuro*.

II. LOS CAMBIOS INSTITUCIONALES ANTES DE 2010

Las elecciones generales de 2010 trajeron una victoria aplastante de los partidos conservadores que habían sido oposición durante los ocho años anteriores, y debido al sistema electoral desproporcionado ganaron una mayoría parlamentaria de dos tercios. Era una mayoría suficiente para redactar una Constitución, y el nuevo gobierno anunció que su victoria electoral le daba el mandato adecuado para reorganizar todo el Estado. Al hacerlo, la mayoría parlamentaria prácticamente eliminó las funciones de control del Tribunal. Básicamente, esto fue el resultado de distintos procesos paralelos que proporcionaron las herramientas para dismantelar una institución constitucional que era anteriormente importante y efectiva.

La antigua Constitución fue reemplazada por una nueva en la primavera de 2011. La nueva ley fundamental ha sufrido el defecto grande e irremedia-

²⁰ Sin embargo, en algunos casos políticamente difíciles, el Tribunal demoró mucho su decisión, como en el caso del Acta de la Policía de 1994 [47/2003 (X. 27.), AB határozat, 905/B/2003. AB határozat] o la ley de medios de 1996 [46/2007 (VI. 27.), AB határozat].

²¹ 16/1991 (IV. 20.) and 28/1991 (VI. 3.), AB határozat.

²² 14/2000 (V.12.), AB határozat.

ble de ser una Constitución partidaria, en el sentido de que las reglas básicas del juego fueron impuestas unilateralmente por la mayoría gobernante. Las circunstancias del proceso de redacción de la Constitución podrían plantear el tema de la legitimidad, aun cuando la ley fundamental fue aprobada por la mayoría de dos tercios de la Asamblea Nacional, según lo requería la antigua Constitución.²³ Sin embargo, la función original de la Constitución de dicho requisito de mayoría, es decir, imponer un acuerdo entre el gobierno y la oposición del momento, no pudieron prevalecer, porque los mismos partidos fueron capaces de dar la mayoría formalmente necesaria.²⁴

Aparte de los problemas de legitimidad, el contenido de la ley fundamental también generó grandes conflictos en la política interna y fuertes críticas en foros internacionales. Una de las primeras características de la nueva reglamentación constitucional es que sólo se produjeron cambios menores en el sistema de organización estatal. La forma republicana de Estado y el gobierno parlamentario han permanecido sin cambios, aun cuando aparezcan nuevos tonos y perspectivas en el texto escrito. Sin embargo, es una paradoja curiosa de la nueva reglamentación constitucional del poder público que mientras el sistema de organización estatal ha cambiado sólo de forma moderada, ha tenido un significativo impacto político en la práctica. En general, puede afirmarse que los límites institucionales se han debilitado considerablemente. Algunos de ellos han perdido su independencia, o algo de sus poderes de control.

²³ Para una descripción más detallada de este proceso y un análisis de la nueva Constitución, véase Kovács, Kriszta y Tóth, Gábor Attila, “Hungary’s Constitutional Transformation”, 7, *European Constitutional Law Review*, 2011; Jakab, András y Sonnevend, Pál, “Kontinuität mit Mängeln: Das neue ungarische Grundgesetz”, 72, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2012; Bánkuti, Miklós *et al.*, “Disabling the Constitution”, 23, *Journal of Democracy*, 2012; Bánkuti, Miklós *et al.*, “From Separation of Powers to a Government without Checks: Hungary’s Old and New Constitutions”, en Tóth, Gábor Attila (ed.), *Constitution for a Disunited Nation. On Hungary’s 2011 Fundamental Law*, Budapest, Central European University Press, 2012, pp. 237-268; Pogány, István, “The Crisis of Democracy in East Central Europe: The «New Constitutionalism»”, *European Public Law*, 19, Hungary, 2013; Sonnevend, Pál *et al.*, “The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politic”, en Bogdandy, Armin von y Sonnevend, Pál (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford, Hart Publishing, 2015, pp. 44-49.

Para presentaciones apologeticas de la nueva ley fundamental, véase Csink, Lóránt *et al.* (eds.), *The Basic Law of Hungary. A First Commentary*, Dublin-Budapest, Clarus Press, National Institute of Public Administration, 2012; Trócsányi, László, *The Dilemmas of Drafting the Hungarian Fundamental Law—Constitutional identity and European integration*, Passau, Schenk Verlag, 2016.

²⁴ Debe también notarse que los partidos de la oposición, con la excepción de la extrema derecha *Jobbik*, boicotearon los debates parlamentarios del nuevo texto constitucional, argumentando que no quieren contribuir al proceso de reversión de la democracia constitucional.

Ambos se relacionan con el Tribunal Constitucional, que fue durante dos décadas el contrapeso más efectivo y poderoso para el Ejecutivo. Sólo unos meses después de su formación, el nuevo gobierno, basado en su mayoría parlamentaria de dos tercios, cambió la forma de nominar a los jueces del Tribunal Constitucional, introduciendo prácticamente una elección partidaria de los miembros el Tribunal. Hasta la nueva reglamentación, la mayoría y la minoría parlamentarias habían sido obligadas a llegar a un acuerdo sobre los nuevos miembros del Tribunal, porque la composición del comité parlamentario a cargo de la nominación de los jueces del Tribunal Constitucional se había basado en la paridad entre los partidos del gobierno y de la oposición; entonces, cada candidato tenía que ganarse el apoyo de ambos lados. Según las nuevas reglas, los candidatos son propuestos por un comité parlamentario compuesto en proporción a los miembros de los partidos representados en el Parlamento y son elegidos por el Parlamento con una mayoría calificada de dos tercios. De esta manera, el gobierno de Fidesz, después de gozar tal mayoría parlamentaria en el otoño de 2010, pudo designar su propia gente en el Tribunal Constitucional.

Además, el número de jueces constitucionales se incrementó de once a quince. Aunque la explicación a esta medida fue para ayudar al Tribunal a abordar su trabajo, que, como era esperado, crecía en paralelo con su nueva función de reclamos constitucionales, en realidad era un “abarrotar el Tribunal”, porque la mayoría del gobierno explotaba la posibilidad de elegir por sí misma los nuevos jueces.²⁵ Así, los miembros del Parlamento del partido gobernante eligieron dos nuevos jueces en 2010 y cinco más en la primavera de 2011, ignorando la protesta de los partidos de la oposición.²⁶ De esta manera, el gobierno logró colocar a sus fieles seguidores en el organismo y alcanzar una mayoría estable. En realidad, todos los nuevos jefes elegidos desde 2010 fueron elegidos por la mayoría gobernante. Esto fue posible porque la ley sobre el Tribunal Constitucional contiene un “periodo de enfriamiento” de cuatro años, sólo para funcionarios líderes de partidos políticos, así como miembros del gobierno, antes de que puedan ser elegidos como jueces del Tribunal Constitucional. Pero esta regla de incompatibilidad no se extiende a la membresía en un partido o a un mandato parlamentario, lo que significa que aun los políticos partidarios

²⁵ Vincze, Attila, “Wrestling with Constitutionalism: the Supermajority and the Hungarian Constitutional Court”, 8, *Vienna Journal on International Constitutional Law* 1, 2014, p. 92.

²⁶ Una de las razones para las protestas fue que algunos nominados no cumplían con las condiciones impuestas por la ley.

líderes o los miembros ordinarios del Parlamento no pueden ser dejados fuera del Tribunal.²⁷

El control personal del Tribunal se extendió por medio de la nueva ley fundamental, que dio poder al Parlamento para elegir a la cabeza del Tribunal (antes era elegido por los mismos jueces). El presidente del tribunal constitucional es elegido por el Parlamento también en algunos otros países, como Alemania. Sin embargo, esta idea era extraña en el contexto húngaro, donde los partidos gobernantes pueden decidir ellos mismos quién presidirá el organismo sin ninguna compulsión de acuerdo con la oposición.

Todos estos cambios violaban la independencia del Tribunal Constitucional, porque el objetivo del método especial de selección de jueces es sólo garantizar la neutralidad política y la legitimidad del Tribunal. Por el contrario, la nueva reglamentación proporciona una influencia unilateral e injustificada sobre la composición del Tribunal Constitucional para el Ejecutivo. Desde un punto de vista constitucional, es una autocontradicción, dado que una de las principales funciones del Tribunal debería ser el control y contrapeso del Ejecutivo. El único cambio positivo fue la abolición de la posibilidad de reelección de los jueces del Tribunal Constitucional, y la simultánea extensión de mandato de nueve a doce años.

Aparte de estas medidas, cuando el Tribunal Constitucional había declarado inconstitucional y anulado una ley que imponía un impuesto del 98 por ciento sobre la indemnización por despido con efecto retroactivo,²⁸ la mayoría del gobierno inmediatamente restringió su poder más importante: el de revisión constitucional. Desde entonces, el Tribunal sólo ha podido revisar y anular las leyes presupuestarias, las leyes sobre impuestos, jubilaciones, aduanas o cualquier clase de contribuciones financieras al Estado si violan el derecho a la vida y la dignidad humana, el derecho a la protección de datos personales, la libertad de pensamiento, conciencia o culto, y los derechos relacionados con la ciudadanía húngara. En teoría, esta limitación ha sido sólo provisoria, porque cesaría cuando el nivel de la deuda del Estado llegue por debajo del 50% del PBI. En realidad, desde la introducción de esta limitación, el Tribunal Constitucional no ha revisado las leyes de finanzas públicas. A primera vista, esta restricción de los poderes del Tribunal era sólo una revancha política por una decisión no favorable, pero resultó ser una estrategia a largo plazo, que neutralizó el rol controlador del Tribunal. Uno de los principales instrumentos del programa de recuperación finan-

²⁷ Szente, Zoltán, “The Political Orientation of the Members of the Hungarian Constitutional Court between 2010 and 2014”, *Constitutional Studies I*, 2016, p. 131.

²⁸ 184/2010 (X. 28.) and 37/2011 (V. 10.), AB határozat.

ciera de la coalición de gobierno fue nacionalizar los fondos de pensión privados, expropiando también los ahorros de sus miembros. Supuestamente, si esta medida era revocada como inconstitucional (que hubiera sido una posibilidad en circunstancias normales), el déficit presupuestario saltaría a un siete por ciento en vez de al tres por ciento al que Hungría se comprometió para mantenerse como miembro de la UE.²⁹

Además, el así llamado *actio popularis* (es decir, el derecho de todos de recurrir al Tribunal para revisar la constitucionalidad de una ley sin intereses personales) fue abolido, aunque había sido durante mucho tiempo la herramienta más efectiva para lanzar un procedimiento de revisión jurídica en casos constitucionalmente controvertidos.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha sido compensado hasta un cierto grado por la pérdida de su poder fundamental; la nueva Constitución, sobre el modelo alemán, introdujo la institución neutral de demanda constitucional individual. La consecuencia duradera de este cambio procesal fue que el foco de la actividad del Tribunal se movió de la revisión constitucional de legislación al control del Poder Judicial.³⁰

La cuarta enmienda a la ley fundamental en marzo de 2013 le dio el último golpe a la independencia del Tribunal al revocar todos los fallos que se dieron antes de la entrada en vigencia de la nueva ley fundamental.³¹ Esta enmienda constitucional anuló muchas decisiones del Tribunal, e incorporó dentro del texto constitucional muchas cosas que habían sido objetadas por el Tribunal en sus fallos anteriores. La práctica de la supermayoría parlamentaria para rechazar las decisiones desfavorables del Tribunal incorporando las disposiciones en disputa dentro del texto constitucional seguramente ha debilitado el prestigio del Tribunal Constitucional, y ha demostrado los límites y la ineficacia de la sentencia constitucional bajo tan aplastante mayoría parlamentaria.

La pregunta fue por un tiempo si estos cambios institucionales podrían alcanzar su objetivo, que es neutralizar al Tribunal Constitucional como contrapeso al Poder Ejecutivo, o aun más, hacer del organismo un leal defensor de las intenciones y objetivos del gobierno.

²⁹ Szente, Zoltán, “Breaking and Making Constitutional Rules: The Constitutional Effects of the Financial Crisis in Hungary”, en Contiades, Xenophon (ed.), *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Farnham, Ashgate, 2013, p. 257.

³⁰ Gárdos-Orosz, Fruzsina, “The Hungarian Constitutional Court in Transition—from action popularism to constitutional complaint”, 53, *Acta Juridica Hungarica, Hungarian Journal of Legal Studies* 4, 2012.

³¹ Para un análisis detallado, véase Vörös, Imre, “The Constitutional Landscape After the Fourth and Fifth Amendments of Hungarian Fundamental Law”, 55, *Acta Juridica Hungarica, Hungarian Journal of Legal Studies* 1, 2014.

III. JURISPRUDENCIA CAMBIANTE

Cuando estudiamos si la práctica del Tribunal Constitucional cambió como resultado de los cambios institucionales y jurisdiccionales mencionados anteriormente, debe tenerse en cuenta que el texto constitucional en sí mismo también ha cambiado. Sin embargo, como se dijo anteriormente, sólo hubo pequeños cambios en la reglamentación constitucional de la estructura del Estado. En lo que se refiere a derechos básicos, la continuidad con el antiguo texto constitucional es más importante que los cambios. El capítulo relevante está fermentado por una filosofía social conservadora, que conecta la justificación de los derechos fundamentales con la realización de las obligaciones civiles, y hay límites más claros entre los derechos humanos y las libertades básicas, los derechos reservados a los ciudadanos, y algunos derechos sociales y de bienestar, los cuales son considerados como objetivos del Estado sin ningún derecho o privilegio exigible por ley.

Para la sentencia constitucional, el cambio más significativo en la ley fundamental en comparación con la Constitución anterior es que la nueva ley básica define los métodos principales de interpretación judicial. Los lineamientos generales están esparcidos por todo el texto constitucional sin ninguna jerarquía de los distintos principios interpretativos. El artículo N), párrafo (1) declara que Hungría hace cumplir el “principio de manejo equilibrado, transparente y sustentable del presupuesto”, mientras que el párrafo (3) hace que el Tribunal Constitucional —entre otros— tenga la obligación de respetar este principio. Según el artículo R, párrafo (3), las disposiciones de la ley fundamental deben interpretarse *a)* “de acuerdo con sus propósitos”, *b)* “con la Declaración de Fe Nacional”, y “con los logros de nuestra histórica constitución”. Mientras que la primera referencia se relaciona con el objetivo método teleológico (o de intencionalidad) de interpretación constitucional, la última se refiere al preámbulo de la ley fundamental, y las tradiciones de la histórica, no escrita, Constitución húngara (que existía antes de la Segunda Guerra Mundial). Finalmente, el artículo 28 de la ley fundamental dice que en el curso de la interpretación constitucional debe presumirse que sus disposiciones “tienen intenciones morales y económicas que están de acuerdo con el sentido común y el bien público”.

Además, hubo otras dos circunstancias extrajurídicas o políticas que influyeron en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En primer término, desde 2010 hasta 2015, la coalición de gobierno tuvo de manera continua una mayoría parlamentaria de dos tercios (para redactar la Constitución), lo cual le permitió a la mayoría parlamentaria derogar las

decisiones del Tribunal Constitucional en forma de enmiendas constitucionales. Los partidos gobernantes utilizaron este poder de manera inescrupulosa; a partir de las elecciones parlamentarias de 2010 hasta que entró en vigencia la nueva ley fundamental el 1o. de enero de 2012, la antigua Constitución fue modificada no menos de doce veces. Incluso la nueva Constitución fue enmendada cinco veces en los primeros dos años de su existencia; de hecho, hubo un proceso continuo de redacción de Constitución entre 2010 y 2013.

Es interesante notar que después de la aplastante victoria de los partidos conservadores en 2010, la práctica interpretativa del Tribunal Constitucional cambió más o menos paralelamente a los cambios en su propia jurisdicción y reglas de funcionamiento. Pero todas las señales muestran que el cambio en la composición del organismo fue la razón verdadera para la nueva postura del Tribunal. Aunque la nueva mayoría sacó ventaja sin escrúpulos de que ahora podía reemplazar a los jueces salientes por su propia gente, siempre que los nuevos miembros no tuvieran mayoría dentro del organismo, el Tribunal había intentado continuar con sus propias tradiciones y preservar sus bien embebidas construcciones judiciales, y revocó algunas leyes obviamente inconstitucionales. Sin embargo, pronto comenzaron cambios significativos, y en muchas áreas la jurisprudencia del Tribunal tomó una nueva dirección.

Hungría se ha visto profundamente afectada por la crisis económica mundial. La crisis causó una depresión económica grave casi inmediatamente después de su comienzo en el otoño de 2008, e incrementó en gran medida los riesgos financieros del país. En respuesta a los crecientes riesgos financieros, después de 2010 el gobierno de Orbán discontinuó las líneas de política del gobierno anterior, y ha comenzado una política económica llamada “no ortodoxa” en vez de los instrumentos tradicionales y aceptados para la recuperación económica. Esto significó la aplicación de medidas inesperadas e inusuales, como extender el rol económico del Estado y limitar la competencia del mercado, centralizar los recursos económicos del Estado, mantener las “empresas estratégicas” en manos del gobierno y ampliar el rango de la actividad económica exclusiva del Estado (por ejemplo, estableciendo nuevos monopolios), reestructurar las relaciones de propiedad en una serie de áreas de la economía de mercado (aumentando la influencia de “dueños nacionales”), seguir una política económica proteccionista (por ejemplo, prefiriendo empresas húngaras en adquisiciones públicas), imponer impuestos sectoriales especiales (en bancos, telecomunicaciones, energía y sectores minoristas), reorganizar las relaciones de comercio exterior (“abriéndose al este”), o lanzar intensivos proyectos de obra pública (persi-

guiendo el empleo total). Muchas partes de esta política han tenido implicancia constitucional.³²

Uno de los cambios más importantes en la jurisprudencia constitucional fue la reducción del nivel de protección de los derechos de propiedad. En 2012, por ejemplo, el gobierno decidió adquirir un banco de ahorros privado que tenía redes afiliadas en toda la nación y muchos pequeños accionistas. Sin embargo, cuando los otros accionistas se negaron a que el gobierno tuviera el control total del banco, la mayoría del gobierno promulgó una legislación especial que efectivamente traspasaba el control de este banco al gobierno nacional. Esta ley cambió las proporciones de propiedad y limitó los derechos de los accionistas. Las demandas constitucionales presentadas por muchos accionistas fueron rechazadas por el Tribunal Constitucional.³³ El Tribunal argumentó que las medidas disputadas se habían tomado para beneficio de los dueños anteriores, porque fortalecían la posición de mercado de la red de bancos. Comparado con los estándares de protección de los derechos de propiedad desarrollados en la década de 1990, este fue un gran cambio de jurisprudencia, porque fueron quitados los derechos de propiedad de los accionistas del banco, lo cual llevó a la cuasinacionalización del banco.³⁴

El Tribunal Constitucional también ha reducido el nivel de protección de los derechos de propiedad en otras decisiones. Fue un cambio espectacular en su jurisprudencia, porque en el periodo post-transición, al comienzo de la década de 1990, el Tribunal extendió la protección del derecho de propiedad a ahorros financieros privados, concesiones, licencias y derechos similares (que representan intereses pecuniarios) sobre la base de que esos derechos tienen la misma función que la propiedad (proporcionar “la base material de la autonomía personal”).³⁵ Sin embargo, después de 2010, mucha gente fue privada de la misma protección y perdieron sus derechos “conferidos” en una serie de esferas y ramas económicas (como el mercado minorista del tabaco, arrendamiento de tierras de propiedad estatal, juego, etcétera),

³² Chronowski, Nóra y Varju, Márton, “Two Eras of Hungarian Constitutionalism: From the Rule of Law to Rule by Law”, 8, *Hague Journal on the Rule of Law* 2, 2016.

³³ 20/2014 (VII. 3.), AB határozat.

³⁴ Szente, Zoltán y Gárdos-Orosz, Fruzsina, “Judicial Deference or Political Loyalty? The Hungarian Court’s Role in Tackling Crisis Situations”, en Szente, Zoltán y Gárdos-Orosz Fruzsina (eds.), *New Challenges to Constitutional Adjudication in Europe—A Comparative Perspective*, Londres-Nueva York, Routledge, 2018, p. 94.

³⁵ 17/1992 (III. 30.), AB határozat, 64/1993 (VI. 3.), AB határozat, 1138/B/1995. AB határozat, 51/2001 (IX. 15.), AB határozat, 109/2008 (IX. 26.), AB határozat, 867/B/1997. AB határozat.

cuando el gobierno quitó las concesiones públicas a los antiguos beneficiarios y las redistribuyó entre los nuevos.

La protección en contra de los efectos negativos de la crisis económica surgió como una nueva base estándar para la cambiante jurisprudencia constitucional. La crisis económica de 2008, y especialmente la rápida depreciación de la tasa de cambio del forint húngaro con respecto a otras monedas extranjeras, tuvo como resultado una situación significativamente peor para los deudores, quienes tomaron créditos en francos suizos o euros. Se adoptaron algunas leyes con objeto de ayudar a la situación. Dichos actos legislativos y muchas decisiones judiciales relacionadas fueron revisados por el Tribunal Constitucional. Al hacerlo, nacieron nuevas ideas constitucionales, medidas constitucionales no convencionales y nuevas soluciones doctrinales en las decisiones relacionadas con los créditos en moneda extranjera. Por ejemplo, mientras que el Tribunal Constitucional reconocía en una decisión³⁶ que el número de medidas restringía algunos derechos fundamentales, como la libertad de contratar, el derecho a la propiedad, el derecho a un juicio justo, y algunos actos legislativos habían tenido efecto retroactivo, decidió que las medidas controvertidas eran proporcionales al objetivo de proteger a los ciudadanos en situaciones financieras desesperadas. Dar prioridad a la justicia sustantiva antes que a la justicia procesal es un fenómeno nuevo en la jurisprudencia constitucional húngara.³⁷ En otro fallo, el Tribunal confirmó que la protección de las personas privadas, y el compartir el riesgo *ex post* superaba los valores constitucionales mencionados anteriormente.³⁸ El cambiante punto de vista del Tribunal está bien caracterizado por otra decisión, en la cual declaraba que

En la situación de emergencia de finanza pública profundizada por la situación económica así como la crisis económica y financiera, era inevitable fijar como objetivo a largo plazo del gobierno la reducción de la deuda pública. Un número de exigencias y esfuerzos justos y legítimos debían estar sujetos a este objetivo.³⁹

La nueva perspectiva guiada por la crisis se utilizó hasta tal punto que justificó inclusive normas jurídicas restrictivas con efecto retroactivo. Así, cuando el Tribunal defendió la abolición legislativa de la jubilación temprana

³⁶ 34/2014 (XI. 14.), AB határozat.

³⁷ Szente, Zoltán y Gárdos-Orosz, Fruzsina, “Judicial Deference or Political Loyalty?...”, *op. cit.*, p. 95.

³⁸ 2/2015 (II. 2.), AB határozat.

³⁹ 23/2013 (IX. 25.), AB határozat.

na para ciertos empleados del Estado (como policías o miembros del ejército), argumentó de manera muy general que

En la situación de emergencia de finanza pública profundizada por la situación económica así como la crisis económica y financiera, era inevitable fijar como objetivo a largo plazo del gobierno la reducción de la deuda pública. Un número de exigencias y esfuerzos justos y legítimos debían estar sujetos a este objetivo.⁴⁰

Los cambios sustanciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no se limitaron a asuntos relacionados con la economía o las finanzas. La reacción del Tribunal a los esfuerzos políticos del gobierno por (re)definir la identidad cultural del país muestra otro ejemplo del quiebre con la práctica anterior. El trasfondo político de este cambio en la jurisprudencia fue la intensa campaña antimigrantes de los partidos gobernantes desde 2015, cuando Hungría se vio profundamente afectada por el flujo migratorio hacia Europa. El gobierno húngaro tuvo una dura postura antiinmigración desde el mismo comienzo de la crisis migratoria y criticó duramente a las instituciones de la UE por la manera de manejar la crisis migratoria europea. Inició un referéndum nacional contra el controvertido sistema de cupo propuesto por la UE para el reasentamiento de migrantes entre los Estados miembros.⁴¹ Luego de que el referéndum resultó ser inválido, el gobierno comenzó batallas legales en contra de la política migratoria de la UE. En primer lugar, presentó (junto con Eslovaquia) un caso en la Corte Europea de Justicia argumentando que las instituciones de la UE no tienen poder para obligar a los Estados miembros a que permitan que los migrantes se instalen en su territorio.⁴² Luego, el presidente de los Derechos Fundamentales, obviamente alentado por el gobierno, presentó una petición al Tribunal solicitando una interpretación constitucional abstracta de dos disposiciones de la ley fundamental, preguntando si la disposición constitucional que prohíbe “la expulsión colectiva” de cualquier húngaro del territorio de Hungría es también válida si otro Estado expulsa gente de manera colectiva. Aparentemente, la consideración de fondo de esta cuestión era declarar inconstitucional la política de desplazamiento de la UE. Otro tema era si las

⁴⁰ 23/2013 (IX. 25.), AB határozat.

⁴¹ Decisión del Concejo (UE) 2015/1601 del 22 de septiembre de 2015.

⁴² La Corte Europea de Justicia rechazó este reclamo. Véase *Slovak Republic and Hungary v Council of the European Union*, Judgment of the Court (Grand Chamber) del 6 de septiembre de 2017. C-643/15; C-647/15.

autoridades húngaras están obligadas a ejecutar las medidas de la UE que sean contrarias a las disposiciones de la ley fundamental húngara, y si así no fuera, qué institución húngara puede declararlo. Esta cuestión sugería que las instituciones húngaras no están obligadas constitucionalmente a obedecer las reglamentaciones *ultra vires* de la UE y es inconstitucional cuando la UE ejerce una competencia yendo más allá del “alcance necesario” de las competencias conferidas a la Unión.⁴³

En su fallo, el Tribunal Constitucional declaró que el ejercicio conjunto de cualquier competencia de parte de las autoridades nacionales y las instituciones de la UE puede no violar la soberanía de Hungría, y, por otro lado, no puede llevar a la violación de la “identidad constitucional”.⁴⁴ El Tribunal remarcó que con la adhesión a la UE, Hungría “no ha entregado su soberanía”, y la soberanía nacional “debe presumirse cuando se juzga sobre el ejercicio conjunto de otras competencias adicionales a los derechos y obligaciones previstos en los Tratados Fundantes de la Unión Europea”. Además de esto, el Tribunal declaró que se reserva el derecho de interpretar “el concepto de identidad constitucional como la auto-identidad de Hungría y despliega el contenido de dicho concepto dependiendo del caso”. Aunque el Tribunal Constitucional subrayó que no “comenta sobre la validez, invalidez o primacía de la aplicación” de los actos jurídicos de la UE, esta decisión muestra un fuerte contraste con la jurisprudencia anterior del Tribunal, que nunca antes había reclamado el poder de revisar si los actos jurídicos de la UE están en armonía con la soberanía nacional y la identidad constitucional de Hungría. En cambio, el Tribunal siempre respetó la división del poder de revisión entre la Corte Europea de Justicia y sí mismo y la primacía y aplicabilidad directa de la ley de la UE.⁴⁵ Según el enfoque que regía anteriormente y la práctica continua de interpretación constitucional —basada en un texto constitucional más o menos idéntico—, el Tribunal Constitucional no tiene competencia para revisar la legalidad de las normas jurídicas de la UE.⁴⁶

La jurisprudencia del Tribunal se volvió más favorable al Poder Ejecutivo que antes también en otros casos. Así, cuando en 2011 una nueva ley

⁴³ Szente, Zoltán y Gárdos-Orosz, Fruzsina, “Judicial Deference or Political Loyalty?...”, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁴ 22/2016 (XII. 5.), AB határozat.

⁴⁵ 1053/E/2004. AB határozat; 72/2006 (XII. 15.), AB határozat; 9/2007 (III. 7.), AB határozat; 143/2010 (VII. 14.), AB határozat, 32/2008 (III. 12.), AB határozat.

⁴⁶ 61/B/2005. AB határozat; 66/2006 (XI. 29.), AB határozat; 87/2008 (VI. 18.), AB határozat.

autorizó al ministro de justicia a aprobar la aplicación de recolección de información secreta (como interceptación o vigilancia) al Centro Contra el Terrorismo, el Tribunal rechazó las demandas constitucionales correspondientes, y defendió la nueva legislación.⁴⁷ Al hacerlo, el Tribunal aceptó el argumento de que la prevención de riesgos a la seguridad nacional necesita una decisión política que justifica el empoderamiento del ministro de Justicia para permitir la recolección de información secreta. Sin embargo, esta postura era un cambio total con respecto al derecho de casos anterior, en el cual el Tribunal siempre insistía en salvaguardar la revisión judicial en tales casos, considerando el alcance de la restricción del derecho a la privacidad.⁴⁸ Debe añadirse que el caso terminó en Estrasburgo, donde la Corte Europea de Derechos Humanos declaró que el artículo 8o. de la Convención Europea de Derechos Humanos era violado por la legislación húngara, y que el Tribunal Constitucional húngaro no proporcionaba una solución suficiente para el caso.⁴⁹

IV. EXPLICACIÓN DE LOS CAMBIOS EN LA JURISPRUDENCIA

Si se analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional húngaro desde 2010, se puede sugerir que todos los cambios presentados anteriormente pueden explicarse de manera obvia por la adopción de la ley fundamental en 2011, la cual reemplazó a la antigua Constitución. Aparte de esta explicación bastante natural, las variables explicativas más importantes de los cambios mencionados anteriormente pueden ser los desafíos globales que el país ha tenido que enfrentar en los últimos años. La depresión económica, la migración masiva o los riesgos a la seguridad interna pueden haber causado cambios considerables en la práctica del Tribunal.

Sin embargo, mi afirmación es que estos factores no proporcionan suficiente explicación para los profundos y amplios cambios que han tenido lugar en la jurisprudencia constitucional desde 2010, o, peor aún, éstas no fueron las causas reales del curso nuevo y sin precedentes del Tribunal Constitucional.

En primer lugar, en la mayoría de los casos los cambios significativos no pueden atribuirse al nuevo texto constitucional. Como lo han apuntado muchos estudiosos,⁵⁰ el texto —especialmente en los temas constitucionales

⁴⁷ 32/2013 (XI. 22.), AB határozat.

⁴⁸ 36/2005 (X. 5.), AB határozat, 2/2007 (I. 24.), AB határozat.

⁴⁹ *Visny and Szabo v. Hungary* (Application núm. 37138/14).

⁵⁰ Jakab, András y Sonnevend, Pál, “Kontinuität mit Mängeln...”, *cit.*

más controvertidos— no ha cambiado hasta el punto de justificar las nuevas direcciones de la práctica interpretativa del Tribunal. El mismo Tribunal confirmó que se va a referir al anterior derecho de casos cuando el texto constitucional relevante no haya cambiado con la adopción de la ley fundamental, y si se justifica.⁵¹

Luego, un análisis más profundo del pasado reciente de la revisión constitucional muestra que no hay conexión entre la transformación del derecho de casos del Tribunal Constitucional y la necesidad real de dar respuesta a los desafíos del presente.⁵² Estas circunstancias no tuvieron un rol importante en los procesos legislativos, a excepción del caso de las nuevas disposiciones jurídicas y constitucionales que se relacionan con nuevos órdenes jurídicos especiales. Así, por ejemplo, el gobierno húngaro declaró a principios de la década de 2010 que Hungría se recuperaba de la depresión económica, y cuando en 2013 se abolió el procedimiento de déficit excesivo en contra del país, fue presentado por parte del gobierno como clara evidencia de que Hungría había superado la crisis. En la práctica, el Tribunal Constitucional, al razonar sus propias decisiones, se refirió sólo en raras ocasiones a las restricciones que surgían de las situaciones de crisis.

Además, la jurisprudencia del Tribunal ha cambiado profundamente en algunas áreas del derecho que no habían sido afectadas ni por la crisis económica ni por la migración, u otros desafíos. El Tribunal Constitucional redujo drásticamente los niveles de protección de derechos en el caso de algunas otras libertades civiles, dado que el Tribunal no pudo impedir que las garantías del Estado de derecho se debilitaran, o en algunos casos, fueran minadas. En resumen, los cambios en el derecho de casos del Tribunal estuvieron lejos de estar confinados a las áreas jurídicas afectadas por crisis o desafíos importantes.⁵³

Los cambios incuestionables sólo pueden entenderse teniendo en cuenta su contexto más amplio y los acontecimientos que los formaron. El deterioro de la sentencia constitucional tuvo lugar dentro del marco de la transformación autoritaria que sistemáticamente ha desmantelado la división de poderes y el Estado de derecho desde 2010.⁵⁴ La mayoría de los cambios

⁵¹ 22/2012. (V. 11.), AB határozat; 13/2013. (VI. 17.), AB határozat.

⁵² Chronowski, Nóra y Gárdos-Orosz, Fruzsina, “The Hungarian Constitutional Court and the Financial Crisis”, 58, *Acta Juridica Hungarica, Hungarian Journal of Legal Studies* 2, 2017, p. 151.

⁵³ Szente, Zoltán y Gárdos-Orosz, Fruzsina, “Judicial Deference or Political Loyalty?...”, *op. cit.*, p. 104.

⁵⁴ Para este proceso, véase Scheppele, Kim Lane, “Understanding Hungary’s Constitutional Revolution”, en Bogdandy, Armin von y Sonnevend, Pál (eds.), *Constitutional Crisis in*

en la jurisprudencia constitucional han sido causados por las tendencias incuestionablemente autoritarias que han construido una así llamada “democracia intolerante”, que rechaza todos los contrapesos institucionales en contra del Poder Ejecutivo. Como el Tribunal Constitucional había sido desde sus mismos orígenes un poderoso contrapeso para el Poder Ejecutivo, no es sorprendente que este organismo se involucrara en los cambios constitucionales considerables, y fue una de las primeras víctimas de esta nueva transición. En teoría, la idea de fondo era que una revisión constitucional independiente y fuerte no puede ser compatible con la supremacía parlamentaria⁵⁵ en un país donde los partidos gobernantes gozan de enorme apoyo popular y de una mayoría en el Parlamento suficiente para crear una Constitución.

El Tribunal Constitucional, en su nueva composición, no desilusionó a aquellos que habían diseñado y logrado los cambios en el escenario institucional y la membresía del Tribunal. Las investigaciones cualitativas⁵⁶ y cuantitativas⁵⁷ disponibles muestran que en temas políticos controvertidos, el Tribunal generalmente decide a favor del gobierno, y los nuevos jueces siguen más o menos sus propias orientaciones políticas. En su composición actual, todos los miembros del Tribunal Constitucional fueron seleccionados y elegidos por la mayoría gobernante, y el organismo se ha convertido en un grupo de defensores fieles del poder gubernamental.

V. EPÍLOGO

El deterioro del Tribunal Constitucional húngaro brinda una evidencia realmente fuerte a favor de la importancia de las garantías para la independencia judicial. La eliminación de estas custodias fácilmente puede llevar a la remo-

the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania, Oxford, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2015; Pap, András L., *Democratic Decline in Hungary*, Londres-Nueva York, Routledge, 2018.

⁵⁵ Sólyom, László, “The Rise and Decline of Constitutional Culture in Hungary”, en Bogdandy, Armin von y Sonnevend, Pál (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Oxford, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2015, p. 22.

⁵⁶ Halmi, Gábor, “In memoriam magyar alkotmánybíráskodás. A pártos alkotmánybíráskodás első éve [In memoriam Hungarian constitutional adjudication]”, 18, *Fundamentum* 1-2, 2014.

⁵⁷ Szente, Zoltán, “The Political Orientation of the Members of the Hungarian Constitutional Court between 2010 and 2014”, *op. cit.*

ción de este mismísimo control institucional. Otra lección de este caso es que las garantías formales en sí mismas no dan una protección efectiva para la independencia judicial. La sobrepolitización de las instituciones originariamente neutras, como el abarrotamiento del tribunal, pueden hacer de estos controles y contrapesos meros sirvientes de la voluntad política, aun cuando algunas garantías formales (procesales y estructurales) queden sin tocar.

EL PAPEL DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA PROMOCIÓN DE LA DEMOCRACIA EN EUROPA CENTRAL Y DEL ESTE

Čarna PišTAN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El modelo de justicia constitucional dominante en todo el mundo postsoviético*. III. *Un éxito inesperado: la historia de la evolución de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Europa central y del este (ECE)*. IV. *Una historia sin éxito: la historia del resto de los tribunales postsoviéticos*. V. *Comentarios finales*.

I. INTRODUCCIÓN

La rápida proliferación de justicia constitucional en la ex-Unión Soviética a comienzos de los años 1990 ha sido reconocida generalmente por los observadores como una de las innovaciones más radicales de la transición desde el socialismo hacia la democracia. Siguiendo la tradición del constitucionalismo occidental, países sin ninguna tradición previa de revisión constitucional —o que, al menos, hubieran experimentado algunas formas limitadas de justicia constitucional en el pasado— establecieron de golpe un moderno control de constitucionalidad como instrumento indispensable para salvaguardar los valores fundamentales de su nuevo sistema democrático.¹ Por consiguiente,

* Universidad de Udine.

¹ Algunas formas limitadas de revisión constitucional en muy pocos países de Europa Central y del Este datan del periodo entreguerras o, mejor dicho, del pasado comunista de dichos países. Durante el periodo previo a la Segunda Guerra Mundial, el país que llevó a cabo la primera revisión constitucional concreta de la región fue Rumania: entre 1912 y 1923, en ausencia de toda cláusula constitucional específica, algunos tribunales nacionales, incluyendo la Corte de Casación y de Justicia, rechazaron aplicar a los casos bajo examen ninguna ley contraria a la Constitución de 1866. La Constitución de 1923 formalizó dicha práctica, aun cuando el poder de revisión *ex post* sólo le cupo a la Corte de Casación, mientras que el Concejo de Estado fue autorizado a realizar una revisión *ex ante* en la forma de

en la actualidad, más de dos décadas después de la caída del comunismo, la situación indica que en casi todas las nuevas democracias postsoviéticas los tribunales constitucionales (u organismos similares) forman parte permanente del escenario político y jurídico de los países.

Quizá más llamativo que el simple surgimiento de los tribunales constitucionales en Europa central y del este (de aquí en más “ECE”) y en la exUnión Soviética ha sido el crecientemente protagonismo activo que algunos de estos tribunales ha cobrado en la formación del nuevo orden constitucional. Como lo señaló Christian Boulanger, al momento de su creación, los tribunales constitucionales apenas si tenían la intención principal de re-

opiniones consultivas sobre la constitucionalidad de los actos previo a la promulgación de la norma. El caso rumano sigue siendo, *prima facie* curioso, toda vez que la revisión constitucional se introdujo durante un periodo, en el cual, la idea de emular al sistema estadounidense de control de constitucionalidad había sido cuestionada en muy pocos países de Europa Occidental, como Alemania y Francia. En efecto, al final del siglo XIX, el concepto de revisión judicial todavía era considerado por la mayoría de los académicos y políticos como contradictorio con el principio de supremacía legislativa. Sin embargo, la experiencia rumana puede explicarse por la continua conexión del país a la evolución del pensamiento jurídico francés. La solución adoptada por la Constitución de 1923 no fue nada menos que una transposición de una propuesta presentada en la Tercera República Francesa (1870-1940), que había reservado el poder de realizar una revisión *ex post* a la Corte de Casación y una revisión *ex ante* el *Conseil d'Etat* (un organismo asociado al Ejecutivo en el gobierno). La propuesta fue bloqueada en Francia y finalmente realizada en Rumania. Sin embargo, el precedente más importante de revisión judicial de leyes en los países de Europa central y del este se da en la Constitución checoslovaca de 1920, que estableció un Tribunal Constitucional siguiendo el modelo de la revisión abstracta *ex post* elaborada por el teórico jurídico Hans Kelsen para la Constitución austríaca de 1920. Véase Pistan, C. (2011) “I sistemi di giustizia costituzionale nei paesi dell'Europa centro-orientale e dell'area post-sovietica”, en Mezzetti, L., *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, vol. II, Padova, Cedam, p. 182. Por otro lado, bajo el comunismo, hubo un rechazo general a la revisión judicial de la legislación debido a la incompatibilidad fundamental de ésta con los principios básicos del sistema jurídico socialista. De hecho, principios como la unidad de poder, el centralismo democrático y la supremacía del organismo representativo nacional implicaban que una revisión constitucional no podía ser llevada a cabo por un organismo extraparlamentario. En consecuencia, el único organismo habilitado para controlar la constitucionalidad de la legislación era el Poder Legislativo. Se dio una excepción, sin embargo, en la anterior Federación Yugoslava, la cual, a pesar de los principios socialistas mencionados, ha seguido el modelo kelseniano de revisión judicial, al establecer los tribunales constitucionales en el nivel federal y republicano en la Constitución de 1963. Sobre el ejemplo de Yugoslavia, en 1968 se (re)introdujo en Checoslovaquia el control de constitucionalidad (aun cuando el mismo no se activó en la práctica), en Polonia en 1982 y en Hungría en 1983. Aunque existía en ciertas formas, en todos estos casos la revisión constitucional de leyes, la misma era limitada, porque, según el principio socialista de soberanía del parlamento, las legislaturas nacionales conservaban el poder de anular las decisiones de los tribunales constitucionales. Véase De Vergottini, G. (2004), *Diritto costituzionale comparato*, vol. II, Padova, Cedam, p. 56.

solver problemas jurídico-constitucionales, y sólo de manera secundaria atinaban a proteger los derechos humanos de los ciudadanos. Por supuesto, se suponía que los protagonistas de la transformación social, económica y política eran los partidos políticos tanto por medio de aquellos recién elegidos parlamentos como por gobiernos del día o por los presidentes elegidos de forma directa. Sin embargo, en algunos casos, más allá de las hostilidades de parte de otras ramas del gobierno, los tribunales constitucionales se transformaron en los actores centrales del proceso de construcción de la democracia.² Estos nuevos tribunales no sólo sobrevivieron los ataques de los políticos en el orden nacional, sino que a veces éstos dejaron marcadas sus visiones del nuevo orden constitucional en abierto desafío a las legislaturas nacionales. Y, así, aun habiendo decisiones que fueron criticadas, éstas fueron empero implementadas. Por otro lado, los nuevos tribunales han demostrado capacidad para retransformarse. Lo hicieron asumiendo nuevos e influyentes roles durante los siguientes procesos de consolidación democrática y, en los casos pertinentes, robusteciendo el proceso de integración a la Unión Europea. Por cierto, está claro que no todos los tribunales nacionales han cumplido con las expectativas. Además de las historias exitosas, hay también otros relatos que dan cuenta de tribunales que no sobrevivieron los ataques de parte de los políticos nacionales, o de tribunales que no han logrado todavía consolidarse como poderes realmente independientes.

El presente trabajo intenta debatir la relación entre los tribunales constitucionales postcomunistas frente a las diferentes ramas de gobierno. El análisis se concentra en la evolución de la jurisprudencia de dichos tribunales durante las primeras dos décadas de actividad. Con ese propósito, de tal suerte, el trabajo se estructura de la siguiente manera: en primer lugar, analizaré brevemente el modelo dominante de justicia constitucional en el mundo postsoviético, con el argumento de que el fuerte activismo jurídico ejercido por los tribunales de algunas regiones, en gran medida, dependía de la amplitud de sus poderes formales. En segundo lugar, exploraré la evolución de la jurisprudencia de estos tribunales; lo haré distinguiendo dos etapas: un primer periodo, que va desde 1990 (o desde su creación) hasta 2000. El mismo comprende el tiempo cuando, muy fundamentalmente, los tribunales se dedicaban a solucionar problemas referidos a temas de transición o conflictos políticos. Y un segundo periodo, que se inaugura con el

² Boulanger, C. (2006), "Europeanization Through Judicial Activism? The Hungarian Constitutional Court's Legitimacy and the «Return to Europe»", en Sadurski, W. *et al.*, *Spreading Democracy and the Rule of Law? The Impact of EU Enlargement on the Rule of Law, Democracy and Constitutionalism in Post-Communist Legal Orders*, Dordrecht, Springer, p. 264.

nuevo milenio. Este es el momento en que las actividades de los tribunales tienen como objetivo principal la protección de los derechos humanos, y, asimismo, cuando fuera atinente, el proceso de integración de la Unión Europea (UE). El análisis del desarrollo de la jurisprudencia me permitirá verificar la orientación asumida por los distintos tribunales en contra de las ramas del gobierno. Por otro lado, me permitirá esclarecer cómo fueron los planteos asumidos por los políticos nacionales respecto a los tribunales constitucionales. En particular, mi argumento es que los cambios producidos en esta relación han definido lo que yo llamo “la naturaleza camaleónica” de los tribunales constitucionales. En otras palabras, éstos han definido la capacidad de los tribunales de transformarse y retransformarse una y otra vez para cumplir roles múltiples, según la evolución política, económica y social de los países donde ejercen sus competencias. El argumento principal del trabajo, en síntesis, es que los tribunales constitucionales de la región —TCE— se caracterizan muy elementalmente por su naturaleza camaleónica. De todos modos, no todos los órganos de adjudicación constitucional en la era post-Unión Soviética se comportan de igual manera. Sobre todo si se tienen en cuenta las características particulares de cada uno de los sistemas de control de constitucionalidad y la limitada jurisprudencia de estos tribunales.

II. EL MODELO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DOMINANTE EN TODO EL MUNDO POSTSOVIÉTICO

La transformación luego del régimen comunista se caracterizó por la imitación de modelos e instituciones políticos y económicos pertenecientes a la tradición jurídica occidental, los cuales fueron rápidamente trasplantados a lo largo de todo el mundo postsoviético durante el proceso de redacción constitucional de la década de 1990.³ Como era de esperarse, se siguió el mismo camino en materia de adjudicación constitucional. Como resultado de ello, todos, menos dos (en la actualidad tres) países prefirieron el modelo europeo de jus-

³ Aun cuando las nuevas Constituciones democráticas se adoptaron generalmente al comienzo de una transición, en algunos países como Polonia y Hungría, se tomó la decisión de enmendar sustancialmente las Constituciones existentes —que fueron sustituidas por documentos totalmente nuevos en 1997 y 2012, respectivamente—. Además, en países donde se promulgaron nuevas Constituciones democráticas durante los primeros años de la década de 1990, éstas fueron poco a poco enmendadas (Eslovaquia, 1998; Croacia, 2000; Rumania, 2003) o sustituidas por documentos constitucionales recientemente integrados (Kazajstán, 1995; Armenia, 2005; Kirguistán, 2010).

ticia constitucional. Me refiero a aquel encarnado por el *Verfassungsgerichtshof* austriaco de 1920, luego replicado en toda Europa occidental al terminar la Segunda Guerra Mundial. De manera que el modelo dominante de revisión constitucional en la región postcomunista es el de un sistema de revisión centralizado (o concentrado), ejercido por un organismo especializado, llamado generalmente tribunal o corte constitucional, el que se encuentra separado del sistema judicial ordinario. Trátase de la institucionalización de cuerpos formados por jueces, que son nombrados por las ramas políticas del gobierno para que desempeñen sus tareas por un periodo de tiempo limitado.⁴

⁴ Las razones de la amplia adopción del modelo europeo de justicia constitucional en oposición a la revisión judicial al estilo estadounidense han sido explicadas por diversos autores, y se relacionan en general con factores internacionales y domésticos. Según Laszlo Sólyom, la elección postcomunista de un modelo concentrado de revisión judicial y el consiguiente crecimiento de los tribunales constitucionales en todas naciones del bloque de la ex-Unión Soviética fue una consecuencia directa del hecho de que estos países acababan de emerger de un periodo de gobierno autoritario. Como lo demuestran las anteriores olas de justicia constitucional en Europa occidental, los tribunales constitucionales aparecen históricamente después de experiencias de regímenes autoritarios y durante la creación de un nuevo orden democrático. Las naciones postcomunistas siguieron este camino, estableciendo tribunales constitucionales durante la fase inicial de la transición democrática como parte de reformas antiautoritarias aun en países como Polonia, Hungría y las repúblicas de la ex-Yugoslavia, donde los organismos de adjudicación constitucional (si bien con poderes limitados) fueron establecidos bajo el comunismo. En consecuencia, la creación general de nuevos tribunales constitucionales en la región postcomunista representó un quiebre claro con los arreglos políticos del pasado y sirvió como “marca registrada” o “prueba” del carácter democrático del país. Véase Sólyom, L. (2003), “The Role of Constitutional Courts in the Transition to Democracy, with Special Reference to Hungary”, *International Sociology* (18), p. 135. Otro argumento que explica la victoria de la revisión centralizada y la consiguiente hostilidad hacia la revisión descentralizada en las nuevas democracias postcomunistas fue propuesto por John Ferejohn y Pasquale Pasquino, quienes la relacionaron con la desconfianza generalizada al Poder Judicial ordinario que se percibía durante el régimen anterior. El mismo era visto como servidor obediente de las autoridades comunistas. Véase Ferejohn, J. y Pasquino, P. (2002), “Deliberative Institutions”, en Sadurski, W., *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, Nueva York, Kluwer Law International, p. 22. Además, según Herman Schwartz, era muy natural que los países postcomunistas optaran por el modelo europeo de revisión concentrada. Después de todo, tienen las mismas tradiciones de derecho civil que los países de Europa occidental y, por tanto, poca familiaridad con el sistema estadounidense de revisión judicial. Véase Schwartz, H. (2000), *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, Chicago, University of Chicago Press, p. 24. Una última razón para la creación de tribunales constitucionales en el mundo postsoviético fue propuesta por Bruce Ackerman, quien la relacionó con el deseo, especialmente de las naciones de la ECE, de aliarse con el resto de Europa cumpliendo criterios democráticos —que facilitarían su acceso en primer lugar al Consejo Europeo y luego a la Unión Europea—. Véase Ackerman, B. (1997), “The Rise of World Constitutionalism”, *Virginia Law Review* (83), p. 776. Wojciech Sadurski criticó este argumento como insostenible y resaltó que la idea de crear tribunales constitucionales,

El único país que estuvo en algún grado influenciado por el modelo difuso (o disperso) de control de constitucionalidad estadounidense fue Estonia. En este país, todos los tribunales nacionales pueden decidir la constitucionalidad de la legislación y la inaplicabilidad de toda cláusula jurídica que, en opinión fundada, merzca ser tachada de inconstitucional. Sin embargo, el único organismo con competencia para derogar leyes en disputa es la Cámara de Revisión Constitucional, la cual, estructuralmente, forma parte de la Corte Suprema de la nación. Con un diseño similar a la variante estonia de control de constitucionalidad, reemplazando al antiguo Tribunal Constitucional que fue creado por la Constitución de 1993; por otro lado, la Constitución de Kirguistán (2010) ha imitado recientemente esta alternativa. Dado que ejerce todos los poderes atribuidos normalmente a un tribunal constitucional concentrado, en ambos casos, empero, la Cámara de Revisión Constitucional puede ser de algún modo vista como los primeros. Finalmente, el único país de la región sin un tribunal constitucional es Turkmenistán. La Constitución de 1992 (enmendada en 2008) todavía mantiene el principio comunista de revisión política de normas ejercido por el organismo legislativo nacional.

En el resto de las nuevas democracias postsoviéticas, los redactores de las nuevas Constituciones estuvieron fuertemente influenciados por la primera generación de tribunales —específicamente los tribunales constitucionales italiano y alemán—, creados a comienzos de la década de 1950, y también por los tribunales constitucionales español y portugués (de segunda generación), creados durante la década de 1970. Además, algunos países utilizaron como modelo el Conseil Constitutionnel francés. Sea como fuere, los tribunales constitucionales postcomunistas —a menudo reconocidos como tribunales postautoritarios de tercera generación—, difieren de todos modos de sus prototipos en Europa occidental. Éstos, a diferencia de sus

aun cuando fueran apoyados y alentados por el Consejo Europeo, no ha sido de particular importancia durante las negociaciones por el acceso a la Unión Europea. Según el autor, una de las principales razones para la creación de tribunales constitucionales ha sido la confianza limitada de los creadores de las Constituciones hacia las instituciones políticas. Véase Sadurski, W. (2001), “Postcommunist Constitutional Courts in Search of Political Legitimacy”, *European University Institute Law Working Paper No. 2001/11*, Florencia, Department of Law, European University Institute. Sin embargo, debe mencionarse que la creación de tribunales especiales para realizar la revisión constitucional estuvo lejos de estar libre de controversia. Por ejemplo, en Rumania, desde 1990 a 1991, la Corte Suprema dirigió la revisión constitucional, asemejándose así al precedente histórico del país, aunque la Constitución de 1991 eligió crear un tribunal Constitucional especial. Mientras tanto, en Bulgaria, una pегueña facción dentro del anterior partido comunista (renombrado Partido Socialista Búlgaro) se opuso a la creación de un Tribunal constitucional argumentando que la revisión de la constitucionalidad debía ser ejercida por la Corte Suprema nacional.

predecesores, tienen aún más facultades y son todavía accesibles para un amplio número de actores políticos. La mayoría de dichas facultades fueron copiadas de sus equivalentes en Europa occidental; algunas provienen de tradiciones nacionales, mientras que otras facultades, de alguna manera, pueden verse como realmente innovadoras. En efecto, ello es así porque las mismas no pueden ser atribuidas ni a los sistemas europeos occidentales de justicia constitucional ni a los escasos sistemas de control de constitucionalidad cuya experiencia se ha dado en muy pocos países de la ECE. En síntesis, las facultades de los tribunales constitucionales de tercera generación pueden dividirse fácilmente en tres grupos.

En concreto, el modelo europeo de revisión judicial se importó ampliamente a lo largo de la región postcomunista: los nuevos tribunales constitucionales ejercen todas las variantes de atribuciones de los tribunales constitucionales de Europa occidental. Y en este sentido, la facultad más significativa de estos nuevos tribunales es aquella que consagra la revisión abstracta *a posteriori* (es decir, la revisión de leyes ya promulgadas). Esta opción se caracteriza por la apertura a un amplio rango de figuras políticas, las cuales están autorizadas para dar inicio al procedimiento. El control abstracto de constitucionalidad de normas es típicamente iniciado tanto por el presidente como el gobierno (el primer ministro o incluso ministros individuales), o por un grupo (un número o un porcentaje establecido) de parlamentarios. En muchos casos, el poder de iniciativa se extiende a otros organismos, tales como el *ombudsman*,⁵ el fiscal general,⁶ el ministro de Justicia,⁷ los gobiernos locales,⁸ los sindicatos o por organizaciones religiosas.⁹ Ciertamente, las mayorías legislativas no tendrían un verdadero incentivo para desafiar su propio trabajo ante este tipo de tribunales, aunque sí lo tienen los presidentes y los miembros de la oposición en minoría en el Poder Legislativo. Ellos suelen tener potestades que les permiten desafiar la constitucionalidad de las leyes, lo cual constituye un claro incentivo para que los adversarios políticos concurren al Tribunal para resolver sus disputas.¹⁰

En los países que siguieron la influencia de la variante francesa de control de constitucionalidad, los tribunales constitucionales realizan una revisión abstracta *a priori* (es decir, antes de la promulgación de las leyes), lo cual

⁵ Por ejemplo, en la República Checa, Polonia, Croacia, Georgia y Tajikistán.

⁶ Por ejemplo, Polonia, Hungría, Bulgaria, la Federación Rusa (RF), Letonia, Moldavia, Azerbaijón y Uzbekistán.

⁷ En Estonia.

⁸ En Polonia, Letonia, Estonia, Eslovenia, Croacia, Serbia y Montenegro.

⁹ Por ejemplo, Polonia y Serbia.

¹⁰ Schwartz, 2000, in n. 4, p. 19.

provoca el involucramiento inmediato de los tribunales en las negociaciones legislativas concomitantes al proceso legislativo. El principal ejemplo de esto es Rumania, donde, de hecho, el Tribunal Constitucional sólo lleva a cabo una revisión abstracta *ex ante* acerca de la constitucionalidad de las normas. Ésta tiene lugar después de que la legislación ha sido adoptada, pero antes de que sea promulgada. El caso rumano ha sido luego imitado por la Constitución de Kazajistán de 1995, la cual reemplazó al anterior Tribunal Constitucional (creado por la Constitución de 1993) por el referido Consejo Constitucional. A contramano de ello, los tribunales de otros países de la región suelen ejercer tanto una revisión abstracta *ex post* de la legislación —junto a otros actos infraconstitucionales— como una revisión abstracta *ex ante* de leyes¹¹ y/o de tratados internacionales previo a su ratificación.¹² Resulta obvio, cuando los tribunales rechazan una ley aun antes de que entre en vigencia, muy a menudo lo hacen especificando indicaciones al organismo Legislativo sobre cómo ésta debe ser revisada. En tanto tal, el control preventivo de la norma fácilmente puede transformarse en una batalla política entre los poderes Legislativo y Ejecutivo.

Con la excepción de Uzbekistán, la revisión abstracta ha sido generalmente acompañada por una revisión concreta, que es habitualmente introducida por todos los tribunales ordinarios. Esto sucede cuando estos últimos dudan acerca de la constitucionalidad de una cláusula jurídica que debe aplicarse en un caso individual bajo examen. Más allá de ello, esta opción es todavía limitada, pues ésta sólo se da en aquellos sistemas donde los tribunales ordinarios o los tribunales de alzada (caso Bulgaria), o donde las cortes supremas nacionales (caso de Moldavia o Ucrania) reconocen la facultad de remitir cuestiones constitucionales a los tribunales constitucionales.¹³ No obstante contar con un tribunal constitucional, el único país que copió —aunque sea

¹¹ Por ejemplo, en Serbia, Bosnia-Herzegovina y Moldavia.

¹² En Polonia, Hungría, Estonia, Bielorrusia and Tajikistán desde 2008, Kirguistán/ República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Bulgaria, Albania, la FR, Armenia, Lituania, Latvia y Azerbaiján.

¹³ Este tipo de revisión concreta limitada se concibió también en Polonia y Croacia, y podemos encontrar su antecedente en la Constitución de Austria de 1920 (enmendada en 1929), cuando las partes privadas eran autorizadas de manera indirecta a presentar pedidos de revisión concreta al Tribunal Constitucional si en un procedimiento jurídico había surgido una cuestión constitucional sobre una cláusula jurídica aplicable. En tal caso, los jueces ordinarios podían remitir la cuestión no directamente al Tribunal Constitucional, sino a los tribunales nacionales más altos, puesto que sólo los últimos tenían el poder de solicitar una intervención del Tribunal Constitucional. El mismo mecanismo surgió en la ex-Yugoslavia y Polonia durante el régimen comunista; se mantuvo en Polonia hasta la adopción de la Constitución de 1997 y en Croacia hasta el cambio constitucional de 1999, cuando se intro-

parcialmente el modelo disperso de control concreto de constitucionalidad al estilo estadounidense — ha sido la anterior República Yugoslava de Macedonia (FYRM). En ese país, en procesos ordinarios, todos los tribunales ordinarios pueden decidir directamente en disputas concretas sobre la inconstitucionalidad y la inaplicabilidad de leyes. Sólo cuando no pueden aplicarse directamente las cláusulas de la Constitución, los tribunales ordinarios están obligados a remitir la cuestión al Tribunal Constitucional.

Por otro lado, respecto a la concreta revisión indirecta por medio de organismos de adjudicación constitucional, la mayoría de las Constituciones establecen mecanismos de queja constitucional en favor de sus ciudadanos. En efecto, éstos pueden concurrir ante el tribunal constitucional cuestionando la constitucionalidad de las cláusulas jurídicas sólo cuando han logrado agotar todos los recursos jurídicos previstos en el orden jurídico nacional. Casi todos los países de ECE —con la excepción de Rumania y Bulgaria— han consagrado mecanismos individuales de queja, mientras que, en las repúblicas de la anterior Unión Soviética, generalmente se omitió esta alternativa. Más allá de ello, este tipo de instancia fue originariamente introducida por la FR (Federación Rusa), siendo también correcto notar que posteriores enmiendas constitucionales en países de la región extendieron este proceso a otros sistemas entre las naciones postsoviéticas.

De suerte que, en consonancia con anteriores procesos de reforma en materia de justicia constitucional, casi todos los países de la ECE presentan sistemas mixtos de control de constitucionalidad. Estos tribunales, por lo tanto, proponen una doble función: la revisión constitucional de leyes y normas, amén de la protección de los derechos humanos. Una excepción es Bulgaria, que prefirió quedarse con el modelo tradicional kelseniano de revisión abstracta, que desde sus orígenes no contemplaba ni el control concreto de constitucionalidad de la norma ni ningún mecanismo de queja constitucional para los individuos. Éste, de paso, fue también el caso en la mayoría de las repúblicas ex soviéticas. Ello fue así aun cuando ha habido transformaciones y reformas ulteriores que finalmente han terminado confiriendo atribuciones a sus tribunales nacionales tanto para la revisión concreta como para consagrar mecanismos de reclamo constitucional en la cabeza de los agraviados.¹⁴

dujo en ambos casos una revisión concreta, que podía ser iniciada por todos los tribunales ordinarios.

¹⁴ Tanto el control concreto de la norma como el mecanismo de reclamo constitucional fueron concebidos en Letonia en 2000, en Azerbaijón y Georgia en 2002, en Armenia desde 2005, y en Tajikistán desde 2008. Finalmente, la Constitución de Kazajstán de 2010 contemplaba un mecanismo de reclamo constitucional. Entre dichas experiencias, Azerbai-

Es más, al igual que sus equivalentes en Europa occidental, la tercera generación de tribunales constitucionales cuentan con una amplia gama de facultades. Por ejemplo, éstos pueden decidir sobre disputas jurisdiccionales entre las instituciones más altas del Estado y/o entre las autoridades locales y centrales.¹⁵ Asimismo, le corresponde a estos tribunales decidir en materia de partidos políticos;¹⁶ sobre “juicio político” cuando el acusado es el presidente¹⁷ u otros funcionarios del Poder Ejecutivo.¹⁸ Por último, son también sus atribuciones aquellas que conciernen el ejercicio de la iniciativa legislativa de parte de los ciudadanos;¹⁹ o la que se refiere a la eventual incapacidad permanente o temporaria del presidente,²⁰ o aquella que versa sobre la constitucionalidad de las elecciones parlamentarias;²¹ elecciones presidenciales,²² y/o sobre los referéndums nacionales.²³

Por otro lado, el modelo europeo de revisión constitucional también se extendió ampliamente, porque los tribunales constitucionales de tercera generación muestran una cantidad de competencias que derivan de antecedentes históricos en materia de adjudicación constitucional en esos países. En conexión con ello, algunos tribunales pueden examinar no sólo la constitucionalidad de la legislación nacional, sino también la legalidad de otros actos normativos,²⁴ o incluso, respecto a actos administrativos.²⁵ Luego, los tribunales poseen a menudo competencias para intervenir sobre la base de

ján es el único país que introdujo un control concreto limitado, dado que los jueces tienen la facultad de remitir los asuntos constitucionales al Tribunal, pidiendo sólo una correcta interpretación de las leyes que se refieren a las libertades fundamentales de los ciudadanos.

¹⁵ Por ejemplo, en la República Checa, Eslovaquia, Rumania, Polonia, Hungría, Eslovenia, Croacia, Bulgaria, Serbia, Montenegro, la FR, Azerbaiján, Georgia y Tajikistán.

¹⁶ En la República Checa, Eslovaquia, Rumania, Polonia, Eslovenia, Croacia, Serbia, Montenegro, Macedonia, Bulgaria, Albania, Estonia, Armenia y Azerbaiján.

¹⁷ En la República Checa, Eslovaquia, Rumania, Hungría, Eslovenia, Serbia, Montenegro, la FYRM, Letonia, Moldavia, Ucrania, Armenia, Georgia, Kazajstán, Bielorrusia y Tajikistán.

¹⁸ Por ejemplo, Croacia y Eslovenia.

¹⁹ En Rumania.

²⁰ En Polonia, Rumania, Eslovaquia, Bulgaria, Albania, Lituania, Moldavia, Armenia, Kazajstán y Azerbaiján.

²¹ En Bulgaria, Eslovaquia, Albania, Croacia y Estonia.

²² En Rumania, Bulgaria, Croacia, Albania, Lituania, Moldavia, Armenia, Georgia, Kazajstán y Azerbaiján.

²³ En Eslovaquia, Croacia, Rumania, Eslovenia, Hungría, la FR, Moldavia, Armenia, Kazajstán y Georgia.

²⁴ Por ejemplo, la República Checa, Eslovaquia, Polonia, Hungría, Eslovenia, Croacia, Serbia, Montenegro, la FYRM, Lituania, Letonia, Azerbaiján, Bielorrusia y Uzbekistán.

²⁵ En Eslovenia y la República Checa.

sus propias mociones;²⁶ decidir *ultra petita*;²⁷ proporcionar interpretaciones vinculantes de la Constitución;²⁸ monitorear la ejecución de la constitucionalidad y la legalidad, e informar al parlamento nacional sobre cualquier clase de inconstitucionalidad e ilegalidad que hubiera sido advertida.²⁹ Quizá lo más significativo sea el poder de los tribunales para decidir sobre la *actio popularis* —el proceso abstracto de reclamo constitucional, desindividualizado—, proceso éste según el cual toda persona (incluso los extranjeros) puede recurrir al Tribunal para que, bajo el argumento de que violan la Constitución, las leyes puedan ser invalidadas.³⁰ Lo cierto es que todas estas competencias asoman como una suerte de continuidad de las históricas y limitadas formas de revisión judicial existentes en la medida en que las mismas facultades eran ejercidas por los mismos organismos de adjudicación constitucional creados durante el periodo comunista en la anterior Federación Yugoslava, Polonia y Hungría. Notablemente, estos tipos de facultades se preservaron no sólo en los países en los que originariamente fueron creados, sino que fueron también exportados al entonces espacio postsoviético al comienzo de la transición democrática.

Además, algunos tribunales regionales extendieron sus facultades a otras áreas. Lo hicieron en tanto ejercitaron algunas competencias adicionales desconocidas tanto para los sistemas de justicia constitucional de Europa occidental como incompatibles con los antecedentes históricos de revisión judicial de esos países. Según estas competencias adicionales, los tribunales pueden declarar la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas;³¹ ejercer iniciativas legislativas;³² dar una interpretación vinculante a los decretos y a los edictos presidenciales que refieran a derechos constitucionales, libertades y deberes de los ciudadanos;³³ y, finalmente, pueden dar opinión sobre la interpretación de la Constitución en su intersección con la ley de la Unión Europea.³⁴ Sin embargo, la competencia más innovadora y valiente

²⁶ En Croacia, la FYRM, Serbia, Eslovenia, Montenegro, Hungría, Tajikistán y Uzbekistán.

²⁷ En Eslovenia, la FYRM, Croacia, Serbia, Montenegro.

²⁸ Por ejemplo, en Bulgaria, Hungría, la FR, Ucrania, Moldavia, Kazajistán y Azerbaijón.

²⁹ Por ejemplo, en Croacia, Montenegro y Polonia hasta la Constitución de 1997.

³⁰ En Croacia, Eslovenia, Serbia, Montenegro, la FYRM y Eslovaquia hasta las enmiendas constitucionales de 2011, y Hungría hasta la Constitución de 2012.

³¹ Mientras que en Hungría y Estonia esta competencia se concibe por medio de cláusulas constitucionales o legislativas, en Bulgaria la misma competencia surgió de la jurisprudencia del Tribunal. Véase más en Schwartz, 2000, núm. 4, p. 176.

³² Por ejemplo, en la FR, Uzbekistán y Azerbaijón.

³³ En Bielorusia desde 2008.

³⁴ En Estonia desde 2002.

es la facultad concedida a los tribunales para controlar la conformidad de los actos normativos nacionales con los tratados internacionales.³⁵

Las decisiones en materia de inconstitucionalidad de leyes y sobre la legalidad de otros actos normativos traen efectos definitivos en todo lugar y los anulan desde el momento en que se da a conocer su contenido. Hasta 2003, en Rumania, los fallos del Tribunal Constitucional que efectuaran un control abstracto de constitucionalidad de una norma antes de su promulgación podían ser revertidos por una mayoría de dos tercios de ambas cámaras del Parlamento. En Polonia existía una alternativa similar bajo la llamada “Pequeña Constitución” de 1992, aunque de todos modos la Constitución de 1997 reintrodujo el carácter definitivo de todas las decisiones del Tribunal Constitucional. Los desafíos regionales más apremiantes con respecto al carácter definitivo de los fallos de los tribunales son, sin duda, los de las Constituciones de Eslovaquia y, especialmente, la de Kazajstán. En Eslovaquia, las autoridades políticas que promulgaron leyes u otros actos normativos considerados inconstitucionales por el Tribunal se encuentran obligadas a adaptar dicha legislación a la Constitución en un lapso no mayor a los seis meses después de conocer la sentencia. Si eso no sucediera, los actos jurídicos dejarán de tener efecto seis meses después de la decisión del Tribunal Constitucional. En Kazajstán, el presidente de la República puede objetar, en todo o en parte, las decisiones inconstitucionales. Si ello sucede, éstas serán entonces remitidas al Concejo Constitucional. En la hipótesis, las objeciones pueden ser derogadas por dos tercios de los votos del número total de miembros del Concejo Constitucional. Para el caso en que las objeciones del presidente no fueran revocadas, de todos modos, la decisión del Tribunal Constitucional no tendrá vigencia.

Es pleno, asimismo, tal como lo demuestra la Constitución de Kazajstán, notar cómo los organismos de adjudicación constitucional de algunas naciones postsoviéticas sólo cuentan con facultades limitadas. Sin embargo, una mirada general de las competencias de los tribunales constitucionales revela claramente cómo, en el ámbito postcomunista, los actores políticos han preferido dotar a los organismos de adjudicación constitucional con amplia jurisdicción. Ciertamente, es evidente que esta tendencia general a crear tribunales constitucionales potencialmente poderosos resulta en prin-

³⁵ Mientras que en la mayoría de los casos —como Polonia, Hungría, Eslovenia, Albania, Bulgaria, Eslovaquia, Serbia, Montenegro, Bosnia-Herzegovina y Latvia— la competencia de estos tribunales fue directamente estipulada por las Constituciones nacionales, en otros casos —como la República Checa, Croacia, Estonia, Lituania, la FR y Moldavia— aun cuando no fue concebida por ninguna cláusula jurídica, surgió de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales.

cipio algo incomprensible. En efecto, cabría esperar que durante el periodo de gran transformación y reconstrucción del régimen político las nuevas legislaturas democráticas intentaran preservar sus facultades legislativas. A contramano de ello, en cambio, los políticos dotaron a los tribunales de un amplio rango de facultades. Dicha situación hizo que el uso activo de las mismas facultades tuviera un fuerte impacto sobre las distintas ramas de gobierno. Sin duda, en la ausencia de una tradición cultural que apoyara el control de constitucionalidad, algunos actores políticos podrían no haber comprendido el alcance real que traía consigo dotar de semejante poder a los tribunales. Claramente, no todos desearon que tales instituciones se volvieran tan poderosas. Como lo señaló Carla Thorson, el objetivo principal de los jugadores políticos no era otro que utilizar al Tribunal Constitucional como institución clave para preservar sus propios intereses.³⁶ Como resultado de ello, los tribunales constitucionales fueron concebidos para participar en las relaciones políticas intrapoderes antes bien que para posicionarlos por fuera de ellos. De modo que, lejos de ser vistos de considerar su intervención como algo extraordinario, en esa inteligencia, los tribunales han sido pensados para tener un papel central en la toma de decisiones políticas. A diferencia de los deseos de muchos políticos, empero, estos nuevos tribunales han sido capaces de ejercer un activismo judicial extraordinario, a menudo anulando las acciones de cada rama del gobierno y arriesgando con ello una suerte de sobreexposición política. La última tendencia se ve bien reflejada en su jurisprudencia.

III. UN ÉXITO INESPERADO: LA HISTORIA DE LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE EUROPA CENTRAL Y DEL ESTE (ECE)

Si se analizan las primeras dos décadas de actividad de los tribunales constitucionales de tercera generación, puede describirse su jurisprudencia como un proceso evolutivo cuyo cambio gradual puede reconocerse en dos fases distintas. La primera data del comienzo de la década de 1990 y se extiende hasta los primeros años de la década de 2000. Tras ese segmento de tiempo, hasta la actualidad comenzó la segunda fase. Durante la primera fase de vida institucional, los tribunales constitucionales se avocaron a la reforma estructural de gran escala a resultas de la transición. Su tarea tuvo que ver con la transformación política, económica y social. Además, esta fase inicial de actividades de

³⁶ Thorson, C. (2004), "Why Politicians Want Constitutional Courts: the Russian Case", *Communist and Post-Communist Studies* (37), p. 189.

los tribunales se caracterizó también por la excesiva intervención de éstos en la resolución de conflictos políticos entre las distintas ramas de gobierno. Sin embargo, desde el comienzo del nuevo milenio, la jurisprudencia de los tribunales ha ido cambiando de manera gradual. De hecho, los tribunales constitucionales han dejado atrás de forma progresiva el periodo de transición para concentrar sus actividades en la protección de los derechos humanos. A caballo de ello, luego del acceso de algunos países de ECE a la UE, está claro que los tribunales constitucionales han sabido convertirse en actores importantes del proceso de “europeización” de esos países.

La naturaleza de los tribunales constitucionales de tercera generación se ve entonces bien reflejada en los asuntos que tratan. La misma, por lo tanto, puede definirse como una “naturaleza camaleónica”. Ello es así en tanto y en cuanto estos tribunales han sabido transformarse y retransformarse para asumir nuevos y variados roles de acuerdo con el desarrollo de sus sistemas políticos y jurídicos. Por consiguiente, durante la primera fase de sus actividades, los tribunales habían asumido un doble papel; se convirtieron al mismo tiempo en activos jugadores políticos y en árbitros de los conflictos políticos también. Durante la segunda fase, en cambio, se reconstituyeron para asumir nuevos desafíos. En efecto, estos tribunales se convirtieron en protectores de los derechos humanos, y lograron convertirse en importantes actores dentro del proceso de integración europea.

Debe advertirse, dicho sea de paso, que este intento de ordenar la evolución de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de tercera generación en dos fases distintas es válido no sólo para los países de ECE en particular, sino que incluye también a los países bálticos. Aunque sólo es parcialmente relevante con respecto a la Federación Rusa, Ucrania y Moldavia, a continuación ofreceré las razones que son pertinentes respecto al resto de las repúblicas ex-soviéticas.

1. *La primera década de actividad. Los tribunales constitucionales como jugadores políticos activos*

La aparición de organismos de adjudicación constitucional en el escenario postcomunista durante los años del proceso de construcción de la democracia, sin duda volvió necesaria la intervención efectiva de los tribunales en asuntos altamente polémicos relacionados con la transición política, económica y social. Algunos ejemplos de asuntos típicos de transición que los tribunales trataron en simultáneo fueron los siguientes: el desmantelamiento de las leyes de la era comunista; la revisión de la constitucionalidad de las

leyes más recientes que habían tenido impacto en asuntos que iban desde la restitución de la propiedad hasta políticas económicas y sociales; asimismo, otras leyes que referían a injusticias pasadas y/o que versaban sobre delitos políticos para los comunistas. En efecto, dado que el acceso a los tribunales era muy fácil (casi todos los países abrieron la competencia para impugnar actos legislativos a una amplia variedad de actores políticos, entre los cuales se encontraban las minorías parlamentarias o incluso a “cualquier sujeto” si había admitido la *actio popularis* en el orden legal de referencia); sucedió entonces que todos los problemas políticos y jurídicos de la transición terminaron por resolverse en los tribunales. En consecuencia, las nacientes democracias de Europa del Este no tuvieron más remedio que superar un gran número de casos “abstractos” de revisión judicial de constitucionalidad.

Los tribunales constitucionales respondieron a estos desafíos demostrando desde sus comienzos un activismo judicial extraordinario. A menudo derogaron no sólo legislación controvertida, sino también muchas leyes nuevas promulgadas por los parlamentos elegidos más recientemente. Se atrevieron a hacerlo aun cuando la adopción de la ley pudo haber significado un instrumento vital para la rama ejecutiva del gobierno. Se invalidaron cláusulas de leyes en materia de aborto; sobre pena de muerte; sobre la depuración y la persecución penal a ex funcionarios responsables de violaciones a los derechos humanos durante el periodo comunista. Asimismo, afectaron medidas de austeridad económica, política fiscal, y también respecto a la actualización de haberes jubilatorios.³⁷ Más precisamente, en

³⁷ La pena de muerte fue declarada inconstitucional por tribunales constitucionales en Lituania, Albania, Ucrania y Hungría (por ejemplo, la decisión 23/1990 del Tribunal Constitucional húngaro del 31 de octubre de 1990), mientras que aspectos importantes de la ley de aborto han sido abolidos por los tribunales constitucionales polaco y húngaro (véase la decisión K. 26/96 del Tribunal Constitucional polaco del 28 de mayo de 1997 y la decisión 64/1991 del Tribunal Constitucional húngaro del 17 de diciembre de 1991). En otro grupo de casos relacionados con la transición económica, el Tribunal polaco invalidó de inmediato la ley de jubilaciones recientemente adoptada, la cual restringía los beneficios de discapacidad y de ancianidad para jubilados, enfatizando que las jubilaciones y los derechos de seguridad social merecen una protección fuerte e igual (véase la decisión K. 14/91 del Tribunal Constitucional polaco del 11 de febrero de 1991). Luego, el mismo tribunal falló que una ley de 1995 supendía la indexación de las jubilaciones en el cuarto trimestre de 1996. Lo hizo sosteniendo que era inconstitucional (véase la decisión K. 8/96 del Tribunal Constitucional polaco del 17 de julio de 1996), mientras que en otra decisión anuló una serie de cláusulas de la ley de impuestos de 1991 (véase las decisiones K. 8/97 del Tribunal Constitucional polaco del 16 de diciembre de 1997 y la K 8/96 del 17 de julio de 1996). De manera similar, el Tribunal Constitucional croata invalidó en 1998 una cláusula del Código de 1993 sobre la equiparación de ingresos por jubilaciones sobre la base de que el Código exigía que las jubilaciones se incrementaran en relación con los cambios en el costo de vida, en vez de con relación al incremento de los ingresos promedio. En Bulgaria, el Tribunal evitó con éxito una acción del go-

Polonia entre 1990 y 1997, de aproximadamente 52 leyes revisadas por el Tribunal, 40 de ellas llegaron a ser declaradas inconstitucionales.³⁸ El Tribunal húngaro fue aun más agresivo: entre 1990 y 1995 declaró inconstitucionales 273 leyes nacionales y, en general, durante el periodo de transición, el máximo tribunal llegó a invalidar casi una de cada tres leyes cuyo examen de constitucionalidad llegaron a sus estrados. Por otra parte, el mismo Tribunal, a menudo, utilizó sus competencias sustanciales para instar al Parlamento a promulgar nuevas leyes sobre una amplia variedad de temas relevantes.³⁹ Atento lo expuesto, es que algunos comentaristas expertos llegaron a describir al Tribunal Constitucional húngaro como uno de los tribunales más “activistas” y poderosos del mundo. A la política húngara de los 1990, luego, puede definírsela como política centrada en un tribunal, y al sistema político húngaro de esos primeros años de transición, en consecuencia, puede bien denominársele como una suerte de “tribunocracia”.⁴⁰

bierno apoyada por la mayoría absoluta en el parlamento para elevar impuestos por decreto (véase la decisión 17/95 del Tribunal Constitucional búlgaro del 3 de octubre de 1995). Al fallar en casos similares, el Tribunal Constitucional húngaro derogó aspectos importantes de una serie de leyes que tenían la intención de constituir un paquete de medidas de austeridad introducidas por el gobierno en 1995. En una de sus decisiones más controvertidas, el Tribunal derogó 26 cláusulas distintas del Proyecto de ley de Paquete de Austeridad aprobado por el parlamento para reducir la creciente carga fiscal del estado de bienestar (véase la decisión 43/1995, sobre los beneficios de la seguridad social del Tribunal Constitucional húngaro del 30 de junio de 1995). Al tratar con asuntos de privatización, el mismo Tribunal sostuvo que varias partes de la ley de compensación que regulaba la reprivatización (es decir, compensación) por propiedades anteriormente confiscadas, eran inconstitucionales. En cambio, el Tribunal sostuvo que la reprivatización o compensación por propiedades previamente nacionalizadas debía involucrar a todos los antiguos dueños tratándolos de manera idéntica, porque no podía permitirse la discriminación entre antiguos dueños y no dueños de tierra a menos que pueda probarse que con el trato preferencial de los antiguos dueños, la distribución de la propiedad del estado tendría un resultado social general más favorable que con el trato igualitario. La mayoría de los fallos de los tribunales han tenido graves consecuencias financieras y de presupuesto, pero, aunque criticados, fueron todos seguidos y respetados.

Véase más sobre el tema en Sadurski, 2001, núm. 4, p. 3; Bugaric, B. (2001), “Courts as Policy-Makers: Lessons from Transition”, *Harvard International Law Journal* (42), pp. 247-88.

³⁸ Schwartz, Herman, “The Struggle for Constitutional Justice”, *Post-Communist Europe* 49, University of Chicago Press, 2000, núm. 4, p. 49.

³⁹ Scheppele, K. L. (2003), “Post-Soviet Europe Constitutional Negotiations: Political Contexts of Judicial Activism in Post-Soviet Europe”, *International Sociology* (18), p. 223.

⁴⁰ Scheppele, K. L. (2001), “Democracy by Judiciary (Or Why Courts Can Sometimes Be More Democratic Than Parliaments)”. Trabajo preparado para la conferencia sobre tribunales Conatitucionales, Washington University, 1-3, noviembre de 2001. Véase Zifcak, S. (1996), “Hungary’s Remarkable, Radical, Constitutional Court”, *Journal of Constitutional Law in Eastern and Central Europe* (3), p. 26.

El fuerte activismo judicial ejercido por los tribunales constitucionales de tercera generación, de tal suerte, ha merecido muchos comentarios de especialistas. Éstos han sido tanto a favor como en contra. Según Wojciech Sadurski, quienes han exaltado el rol activista de estos tribunales sin la menor hesitación suelen ser reconocidos como “abanderados del Estado de Derecho y de la fe constitucional en esas emergentes democracias del este Europeo”. Asimismo, suelen vérselos como “promotores y defensores de los valores del constitucionalismo, el estado de derecho y los derechos humanos en ambientes políticos y jurídicos que estaban contaminados por el nihilismo jurídico; en ambientes donde el olvido de los derechos individuales y la falta de tradición de *Rechtsstaat* era patente”.⁴¹ Por el contrario, otros autores han sabido criticar las actividades de los “excesivamente prestigiosos” tribunales de ECE. Por ejemplo, Stephen Holmes advirtió cómo el exceso de confianza de los tribunales constitucionales pudo disminuir el poder y prestigio de las legislaturas,⁴² en tanto Bojan Bugarcic remarcó otro aspecto capital. Este autor cuestionó la aptitud de los tribunales para decidir problemas jurídicos y políticos complejos invocando principios constitucionales abstractos (por ejemplo, como igualdad, libertad, justicia, el Estado de derecho, la no retroactividad o los derechos conferidos). Este autor llamó la atención, por otro lado, sobre las consecuencias económicas que tenían sus decisiones.⁴³ Por ejemplo, el Tribunal húngaro no sólo decidió sobre principios generales que se encuentran en la Constitución, sino que incluso llegó a elaborar una doctrina que daba cuenta de una supuesta “Constitución invisible”, descrita por Schwartz como

...un sistema de dogmas, principios, y metodología extraído del pensamiento constitucional moderno en destacados tribunales nacionales e internacionales en todo el mundo —incluyendo la Corte Suprema de los Estados Unidos—. Y en la misma línea, incorporaron el concepto de “*living constitution*” —constitución viviente— que había aceptado el Tribunal Constitucional Italiano. Tal mecanismo interpretativo permitía al Juez Constitucional no solo a revisar el lenguaje de la ley sino a dotar al mismo de un nuevo significado; el cual debía ser consistente con una práctica interpretativa unitaria.⁴⁴

⁴¹ Sadurski, 2001, núm. 4, p. 7.

⁴² Holmes, S. (1993), “Back to the Drawing Board”, *East European Constitutional Review* (3), p. 21.

⁴³ Bugarcic, 2001, núm. 37, p. 256.

⁴⁴ Schwartz, Herman, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe* 82, (University of Chicago Press, 2000), núm. 4, p. 82.

No todos los tribunales constitucionales de estos países, sin embargo, han tratado la legislación nacional de manera contraria a los deseos de las mayorías parlamentarias gobernantes. No todos lo han hecho desafiando agresivamente al legislador. En efecto, no ha sido así, por ejemplo, el caso de las decisiones del Tribunal Constitucional checo, que muy a menudo se mantuvo en línea con los sentimientos que sostenían las mayorías parlamentarias y los gobiernos de turno. En algunos casos, los tribunales mantuvieron una actitud de “autorrestricción” o *self-restrain* prefiriendo no interferir respecto a las decisiones y las elecciones que hicieran las otras ramas políticas del gobierno.

A. Juzgar el pasado

Estas actitudes divergentes de los tribunales constitucionales hacia los asuntos transicionales marcaron la jurisprudencia con respecto a dos aspectos básicos de la llamada “justicia de transición”: la depuración y el castigo a delitos políticos del régimen pasado (que trajeron el problema de la legislación penal retroactiva).

Como es bien sabido, el término “depuración” se refiere a la política de limitar la participación de excomunistas —especialmente los informantes de la policía secreta comunista—, en los cuadros de gobiernos sucesivos o, inclusive en el empleo público.⁴⁵ Se adoptaron medidas de depuración en muchos países de ECE, y éstas deben ser vistas como parte de una campaña más amplia de *descomunización*.⁴⁶ Sin embargo, en países como Hungría, Polonia, Bulgaria, Albania, como así también la anterior República Yugoslava de Macedonia (FYRM), las leyes de depuración fueron derogadas (o severamente debilitadas) por los tribunales constitucionales.⁴⁷ El único tribunal de la región que convalidó la constitucionalidad de la depuración fue el Tribunal Constitucional checo.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, Stewart D. W y Stewart C. V., “Lustration in Poland and the Former Czechoslovakia: a Study in Decommunization”, *International Journal of Public Administration*, (18), p. 879.

⁴⁶ Por ejemplo, en la República Checoslovaca, Lituania, Letonia, Estonia, Bulgaria, Hungría, Albania, Polonia, Rumania, Serbia, y, recientemente, en Macedonia.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, las decisiones del Tribunal Constitucional polaco K39/1997; K24/1998; K7/2001; K44/2002; K31/2004 y la más reciente decisión K2/2007 del 12 de mayo de 2007; la decisión del Tribunal Constitucional búlgaro 8 del 8 de julio de 1992; la decisión del Tribunal Constitucional de Albania del 21 de mayo de 1993; la decisión del Tribunal Constitucional de FYRM del 24 de marzo de 2010.

Es interesante comparar las orientaciones adoptadas por los tribunales húngaro y checo sobre las medidas de depuración, dado que ambos tribunales propusieron soluciones completamente opuestas. En la experiencia checa, se adoptó una versión radical de la ley de depuración durante el nuevo régimen checoslovaco en 1991. La misma ley se aplicó subsiguientemente en la República Checa (pero no en Eslovaquia) luego de producida la división del Estado checoslovaco en 1993. Tanto el Tribunal checoslovaco como el Tribunal checo declararon con posterioridad la constitucionalidad de la depuración.⁴⁸ En el caso *Depuración I*, el Tribunal checoslovaco consideró aceptable todo el proceso de depuración, principalmente porque la misma era temporaria y transitoria. Luego, en 2001, el proceso de depuración se extendió. De todos modos, en el caso *Depuración II*, el Tribunal checo volvió a considerar la ley constitucional. En particular, el Tribunal checo basó sus argumentos de admisibilidad sosteniendo el principio de que vivían en “una democracia capaz de defenderse a sí misma”. Esta noción, dicho sea de paso, fue tomada de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ECtHR). Desde el punto de vista del Tribunal, el estado constitucional no podía permanecer indiferente con respecto al pasado totalitario. Si ello era así, en consecuencia, la depuración debía entenderse como constitucional, toda vez que ésta constituye una medida para impedir el retorno al totalitarismo.

Por el contrario, el Tribunal húngaro consideró inconstitucional la Ley de Depuración (aprobada por el Parlamento a comienzos de 1994). Lo hizo sobre la base de varias razones. Entre otras, sostuvo que una transición exitosa hacia un sistema democrático no necesitaba un cambio en el personal de la administración pública. En efecto, el Tribunal dejó en claro que la legitimidad de la Ley de Depuración no debería ser juzgada en referencia a las circunstancias inusuales de la transición, sino, más bien, en función de los principios aplicables a un Estado democrático basado en el Estado de derecho.⁴⁹ Para cumplir con la decisión del Tribunal, el parlamento reescribió la ley en 1996, y la nueva ley redujo en gran medida el alcance de la depuración.

Esta diferencia en las decisiones de los tribunales constitucionales sobre las leyes de depuración refleja las actitudes que cada tribunal tuvo respecto al régimen anterior. Así, en la República Checa, el enfoque del Tribunal

⁴⁸ Véase la decisión del Tribunal Constitucional de Checoslovaquia 14/1992 y la decisión del Tribunal Constitucional checo 9/2001 del 5 de diciembre de 2001.

⁴⁹ Véase la decisión del Tribunal Constitucional húngaro 60/1994 del 22 de diciembre de 1994. Véase Sadurski, 2001, núm. 4, p. 18.

sobre la depuración estaba estrictamente relacionado con las orientaciones adoptadas desde sus más tempranas decisiones, tal el caso de *Ilegalidad*. En este decisorio se declaró la constitucionalidad de la ley de 1993, que planteaba la ilegalidad del régimen comunista admitiendo la resistencia a éste.⁵⁰ La ley describía al régimen comunista existente entre 1948 y 1989 como “criminal, ilegítimo y censurable”, y llamaba al Partido Comunista de la República Socialista de Checoslovaquia como una organización “criminal y aberrante”, mientras que la resistencia a dicho régimen era considerada “legítima, justa y honorable”. Además, la ley suspendía la prescripción de los delitos cometidos desde 1948 a 1989, los cuales todavía no habían sido sustanciados por razones políticas. En su decisión, el tribunal recordó e implementó la llamada “teoría de valores”, que ya había sido introducida por el Tribunal checoslovaco en el caso *Depuración I*. En este sentido, el Tribunal checo se apartó del principio de legalidad formal, recordando la experiencia de la República de Weimar mientras enfatizaba la ilegalidad flagrante del régimen comunista. Según la opinión del Tribunal, aun cuando hay una continuidad de “viejas leyes”, hay también una discontinuidad de valores entre el régimen comunista y el nuevo Estado democrático.⁵¹

Por el contrario, desde el comienzo de sus actividades, el Tribunal húngaro introdujo la llamada teoría de una “revolución bajo el Estado de derecho” según la cual, en gran medida, el Estado de derecho ha de ser visto como una consistente de certeza jurídica. Por consiguiente, desde el punto de vista del Tribunal, la revolución en Hungría se vio anclada en su propia naturaleza jurídica, puesto que la misma se logró sin que fueran disueltas las viejas relaciones jurídicas. Por el contrario, se preservó la continuidad del orden de normas del régimen anterior.⁵²

En resumen, mientras que en la República Checa se dio prioridad a la justicia sustantiva, lo cual permitió que el Tribunal declarara tanto la ilegalidad del régimen comunista como la constitucionalidad de las medidas de depuración, en Hungría, en cambio, se estableció el principio de certeza jurídica, y de ahí se sigue que la continuidad jurídica con el pasado fue más importante que las demandas de justicia subjetiva. En otras palabras, al contrario que su equivalente checo, el Tribunal húngaro decidió enfatizar el aspecto formal del Estado de derecho —es decir, la legalidad del cambio

⁵⁰ Véase la decisión del Tribunal Constitucional checo núm. Pl. US 19/93 del 21 de diciembre de 1993.

⁵¹ Para mayor información, véase Ellis, M. S. (1996), “Purging the Past: The Current State of Lustration Laws in the Former Communist Bloc”, *Law and Contemporary Problems* (59), pp. 181-196.

⁵² Sólyom, 2003, núm. 4, p. 138.

de régimen— antes bien que la necesidad de un quiebre o discontinuidad jurídica con su precedente. Al invocar estos principios, el Tribunal húngaro no sólo declaró inconstitucional a la depuración, sino que, en una de sus primeras sentencias, abolió prontamente la ley Zetenyi-Takacs de 1992. Cabe notar que esta ley, en sintonía con el caso checo, extendía la prescripción de todos los delitos no procesados por razones políticas en la era soviética.⁵³

A su turno, el primer Tribunal Constitucional ruso respondió de manera diferente sobre asuntos de justicia transicional cuando, en el periodo inicial de su breve existencia, fue llamado a resolver tanto la constitucionalidad del Partido Comunista de la Unión Soviética (CPSU) como la del Partido Comunista Ruso (RSFSR). Con el caso del Partido Comunista, la sociedad rusa esperaba dos cosas del Tribunal. En primer lugar, un proceso “a lo Nuremberg”, pero ruso para la descomunización del país. En segundo término, la afirmación de los principios de la democracia y del derecho. Aun cuando ésta fue la primera de muchas decisiones ampliamente aplaudidas del Tribunal ruso, al final del día, este Tribunal rehusó declarar la naturaleza delictiva de las actividades del partido. En lugar de ello prefirió asumir una postura autorrestrictiva en la materia. Sin duda, rápidamente advirtió que estaba involucrada en medio de debates y polémicas políticas. Y así, el Tribunal rechazó el caso sobre la base de que el CPSU dejó de existir en 1991.⁵⁴ A pesar de esta postura, empero, tal como otros tribunales constitucionales de ECE, el primer Tribunal ruso también se atrevió a ejercer un activismo judicial fuerte. Lo hizo, en particular, cuando fue convocado a resolver conflictos entre las ramas del gobierno.

B. *Tratar conflictos políticos sin intervenir*

La primera década de la vida institucional de los tribunales constitucionales se caracterizó además por su intervención excesiva en la resolución de conflictos relacionados con la distribución del poder político entre las distintas ramas del gobierno. Con frecuencia hubo conflictos dentro del Ejecutivo y también entre el Ejecutivo y el Legislativo. Esto sucedió en casi todos los países cuya transición —en gran medida— se sostuvo con base en textos

⁵³ Véase la decisión del Tribunal Constitucional húngaro 11/1992 del 5 de marzo de 1992.

⁵⁴ Para mayor información al respecto, véase Feofanov, Y. (1993), “The Establishment of the Constitutional Court in Russia and the Communist Party Case”, *Review of Central and East European Law* (19), p. 24; Barry, D. D. (1996), “The Trial of the CPSU and the Principles of Nuremberg”, *Review of Central and East European Law* (22), p. 255.

constitucionales que exhibían redacciones ambiguas respecto a las competencias de los presidentes y los gobiernos. En otras palabras, la vaguedad de las cláusulas constitucionales que regulaban las relaciones entre el presidente y los gabinetes, sin duda fue terreno fértil para que los políticos en ejercicio del poder redoblaran esfuerzos por expandir y definir su influencia tanto en el sistema de gobierno del tipo semipresidencial (que rápidamente proliferaron entre los países postcomunistas) como al interior de sistemas de gobierno parlamentarios (por ejemplo, los casos de Hungría, República Checa y Eslovaquia).⁵⁵ En todas estas experiencias, los presidentes intentaron ampliar el alcance de sus facultades en muchas áreas de la política, tales como defensa, seguridad interna, y en las relaciones internacionales. Lo hicieron por medio de una interpretación generosa de sus atribuciones, lo que a menudo produjo tensiones con los gabinetes y con los primeros ministros que acusaron a los presidentes de estar transgrediendo los límites de su autoridad constitucional.⁵⁶

Equipados con amplias facultades jurisdiccionales, y especialmente, dotados de competencias generales para formular interpretaciones vinculantes respecto de las Constituciones, los tribunales constitucionales ejercieron un control político efectivo sobre otras ramas del gobierno. Ello fue así incluso ante los conflictos más encarnizados de las ramas de los poderes superiores del Estado. En términos políticos concretos, los tribunales se vieron obli-

⁵⁵ Como lo señaló Thomas Sedelius, podría esperarse razonablemente que el impacto de las luchas de poder en las democracias parlamentarias fuera significativamente diferente al de las que ocurren en los sistemas presidencialistas. Después de todo, en el sistema parlamentario, al jefe de Estado se le confieren poderes principalmente simbólicos, dado que el poder político y la responsabilidad de llevar a cabo políticas le son conferidos al primer ministro y al gobierno. Cada vez que un jefe de gobierno de un sistema parlamentario intenta interferir en la esfera gubernamental, está constitucionalmente condenado a ser un perdedor en la esfera política. Por lo tanto, es bastante improbable que un conflicto entre el presidente y el primer ministro termine dañando severamente el sistema político parlamentario. Por el contrario, el sistema semipresidencialista se caracteriza por un Ejecutivo doble, y, así se espera que los dos líderes ejecutivos —el presidente y el primer ministro— coexistan y ejerzan competencias parcialmente superpuestas. Cualquier conflicto en esta coexistencia puede entonces ser considerado una amenaza potencial a la efectividad y la estabilidad política. Ello es así, muy especialmente en las democracias que todavía son frágiles. Sin embargo, entre los países postcomunistas, las luchas por las prerrogativas de poder entre los presidentes y los gabinetes tuvieron lugar no sólo al interior de los sistemas semipresidencialistas, sino que existen también numerosos ejemplos de graves luchas de poder al interior de los sistemas parlamentarios. Para más información, véase Sedelius, T. (2008), *The Tug-of-War between Presidents and Prime Ministers: Semi-Presidentialism in Central and Eastern Europe*, Saarbrücken, VDM Verlag, p. 19.

⁵⁶ De Raadt, J. (2009), “Contestable Constitutions: Ambiguity, Conflict, and Change in East Central European dual Executive Systems”, *Communist and Post-Communist Studies* (42), p. 84.

gados a tener que sobrevivir los ataques de las otras ramas del gobierno mientras que, al mismo tiempo, tenían que controlar activamente las transgresiones competenciales de parte de los otros poderes.⁵⁷ En consecuencia, el principal desafío para los tribunales constitucionales fue cumplir con sus responsabilidades como árbitros de disputas políticas, sin que ello significara que el ámbito judicial pasara a ser un escenario alternativo para maniobras políticas. Obviamente, en este sentido, una de las mayores amenazas, precisamente fue el riesgo de que las decisiones de los tribunales terminaran siendo politizadas por diferentes actores.

Entre otros sistemas parlamentarios de ECE, la intervención del Tribunal en disputas políticas fue particularmente notable en Hungría y Eslovaquia.⁵⁸ A pesar de que Hungría introdujo uno de los pocos sistemas “parlamentarios puros” en la Europa postcomunista,⁵⁹ al comienzo de la década de 1990 surgió una forma de Ejecutivo doble. Esto se nota principalmente en las ambigüedades que presenta la Constitución al delinear la relación entre el presidente y el primer ministro en las áreas de defensa y relaciones exteriores. Como resultado de ello, tales ambigüedades fueron interpretadas expansivamente por el primer presidente postcomunista, Arpad Goncz, poniendo a prueba los auténticos límites constitucionales a sus

⁵⁷ Sedelius, 2008, núm. 54, p. 212.

⁵⁸ Una excepción es la República Checa, porque en este caso, las luchas de poder no sucedieron durante la primera década de las actividades del Tribunal Constitucional. Aquí, la nueva elite democrática había emprendido de manera inmediata y con amplio consenso público, reformas políticas y económicas ambiciosas para alcanzar rápidamente estándares europeos que permitieran la integración a la Unión Europea. Después de un periodo inicial en el cual el Tribunal checo tuvo que tratar con asuntos relacionados con injusticias pasadas, lo cierto es que el mismo se enfocó en la protección de los derechos humanos. Sin embargo —tal como lo han señalado Kasia Lach y Wojciech Sadurski—, la situación se volvió particularmente complicada para el Tribunal checo en la segunda década de sus actividades. En particular, en 2003, cuando Vaclav Klaus fue elegido presidente de la República. En efecto, el recientemente elegido presidente fue reconocido por su crítica al activismo del Tribunal Constitucional. Luego, teniendo en cuenta que en el mismo periodo había expirado el mandato de nueve jueces constitucionales, el nombrado aprovechó la oportunidad de proponer candidatos nuevos a la cámara alta del Parlamento. La reticencia del Senado hacia los candidatos presidenciales desató las hostilidades entre Klaus y la cámara alta del Parlamento checo. Esta situación, a su vez, trajo una parálisis del Tribunal Constitucional debido al número insuficiente de jueces que componían el cuerpo. El Tribunal finalmente pudo recién reanudar sus actividades en 2005. Lo hizo cuando las nuevas elecciones le dieron la mayoría al partido del presidente en el Senado. Para más información, véase Leich, K. y Sadurski, W. (2008), “Constitutional Courts of Central and Eastern Europe: Between Adolescence and Maturity”, *Journal of Comparative Law* (3), p. 227.

⁵⁹ Stepan, A. y Skach, C. (1993), “Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: Parliamentarianism Versus Presidentialism”, *World Politics* (46), p. 4.

facultades. La batalla entre el presidente y el primer ministro, Jozsef Antall, fue particularmente intensa durante 1991, cuando el presidente sostuvo repetidamente ante el Tribunal Constitucional que él era parte del Poder Ejecutivo y reclamaba decidir en conjunto con el primer ministro sobre todos los asuntos administrativos. Sin embargo, en dos decisiones importantes, el Tribunal claramente definió las facultades limitadas del presidente de acuerdo con la Constitución de tipo parlamentario de Hungría. Y está claro que dichas decisiones nunca fueron disputadas ni por Goncz ni por sus sucesores. En ambos fallos, el Tribunal justificó sus orientaciones utilizando argumentos jurídicos y no políticos. En particular, basó su postura en un sistema coherente de principios, lo cual tornó difícil que los actores políticos pudieran argumentar que el Tribunal había decidido los casos políticamente.⁶⁰

El rol asumido por el Tribunal Constitucional al resolver disputas políticas importantes entre el presidente y el primer ministro se presentó muy diferente en Eslovaquia. Aquí, el Tribunal Constitucional se colocó en el centro de las luchas de poder entre el presidente Kovac y el primer ministro Meciar. Desde 1994 hasta 1998 el Tribunal falló dieciséis veces en contra del gobierno de Primer Meciar. Por sus fundamentos, el Tribunal utilizó varios argumentos que no conformaban con el sistema parlamentario de gobierno. En particular, afirmó no sólo la supremacía del presidente sobre el gabinete, sino que le confirió asimismo el Poder Ejecutivo al jefe de Estado. Posturas similares del Tribunal estuvieron probablemente inspiradas en la concentración de poder en el primer ministro que el régimen parlamentario eslovaco supo exhibir. Sea como fuere, es por ello que el Tribunal falló en varias ocasiones en contra del gabinete y a favor del presidente. El gobierno respondió criticando al Tribunal y lo describió como el “elemento enfermo” de la escena política de Eslovaquia.⁶¹ En general, para minar su independencia, las decisiones desfavorables al partido gobernante fueron seguidas de intentos de debilitamiento sobre el prestigio del Tribunal. De todos modos, aun cuando el gobierno intentara atacar al Tribunal de diversas maneras, lo cierto es que siempre terminó cumpliendo sus fallos. Luego de esta experiencia negativa, la verdad es que Eslovaquia terminó enmendando su Constitución en 1998. A resultas de esta enmienda, la reforma consagró la elección popular del presidente.

⁶⁰ Véase, por ejemplo, la decisión 48 del Tribunal Constitucional húngaro del 26 de septiembre de 1991.

⁶¹ Haughton, T. (2005), *Constraints and Opportunities of Leadership in Post-Communist Europe*, Londres, Ashgate Publishing, p. 95.

Las interacciones entre la presidencia, el gabinete y la legislatura ocuparon el centro de la escena política, especialmente en los regímenes semi-presidencialistas, donde la competencia política por el control del Ejecutivo fue de carácter particularmente crítico e intenso. En Polonia, la “Pequeña Constitución” fue particularmente incapaz de definir los límites de la intervención presidencial en asuntos ejecutivos. De tal suerte, bajo la presidencia de Lech Walesa, se produjeron varios casos de luchas tanto intraejecutivas como ejecutivo-legislativas. En efecto, Walesa nunca tuvo intención de ser sólo una figura pasiva con responsabilidades simbólicas. Por el contrario, se autopercebía en el centro de la escena como el principal actor político definiendo políticas y formando gobiernos. De manera que, durante sus mandatos, los enfrentamientos entre el presidente y los primeros ministros (que a menudo involucraban al Parlamento) fueron la regla más que la excepción. Aun cuando Walesa intentó usar el Tribunal Constitucional como instrumento para sus tácticas, el Tribunal conservó un papel importante. Más allá de sus limitadas competencias, ello sucedió en tanto se encargó de mediar en las disputas políticas durante la primera mitad de la década de 1990.⁶² Las luchas por el poder político disminuyeron sólo a partir de la adopción

⁶² Uno de los conflictos más importantes en Polonia se dio por la lucha de Walesa con el Parlamento con respecto al despido del director del Consejo Nacional de Comunicaciones (NBC). Integrantes del parlamento comparecieron ante el Tribunal cuestionando la constitucionalidad de la acción del presidente. La demanda se basaba en que no había normas legales ni constitucionales explícitas que dieran al presidente competencia alguna para remover a miembros del NBC. El presidente sostuvo ante el Tribunal que la cláusula que le autorizaba a nombrar a un director era la misma que implícitamente le autorizaba a despedirlo. Lo cierto es que el Tribunal falló en línea con la postura del Parlamento. Sin embargo, luego de las decisiones del Tribunal, no quedó claro si el fallo era retroactivo o si se lo debía considerar como una interpretación de la ley a aplicarse en el futuro. Como el director de NBC nunca fue reincorporado, se puede llegar a la conclusión de que Walesa ganó este enfrentamiento a pesar de la decisión del Tribunal. Además, en 1995 el Tribunal fue llevado al centro de un conflicto entre Walesa y el gobierno de Pawlak. El conflicto se intensificó cuando el presidente amenazó con no suscribir el nuevo presupuesto, lo cual representaba asumir la facultad constitucional de disolver el Parlamento. En efecto, en esta interpretación constitucional se entendía que el presupuesto debía ser aprobado y entrar en vigencia dentro de los tres meses posteriores a su presentación. Al argumentar que necesitaría treinta días más para estudiar el contenido del presupuesto, Walesa afirmaba que el Parlamento había excedido el límite legítimo de tiempo establecido. Obviamente, el Parlamento no estuvo de acuerdo con la lectura presidencial de la Constitución. El presidente, por lo tanto, presentó la ley de presupuesto al Tribunal, que en su intervención asumió que las cláusulas constitucionales debían ser leídas en línea con los argumentos parlamentarios. Walesa aceptó el presupuesto de 1995, aunque lo hizo con condiciones. Walesa solicitó un voto de “censura” en contra del primer ministro Pawlak, quien terminó siendo aceptado. Para más información véase Sedelius, 2008, núm. 54, p. 133.

de la Constitución de 1997. A partir de ésta, el rol del presidente no sólo se vio limitado. A partir de este evento, atento algunas activas interpretaciones del citado Tribunal, quedó claramente delineado el perfil del semipresidencialismo polaco. Ciertamente, además, desde 1997, el Tribunal asumió una fuerte dirección judicialista para transformarse en un agresivo revisor de la constitucionalidad de todos los actos jurídicos.

En Rumania, a su turno, el Tribunal intervino en una confrontación constitucional directa con el parlamento nacional, cuando en 1994 invalidó un número importante de reglamentos parlamentarios. Aun cuando la reacción del comité judicial del Parlamento fue la de invitar al Legislativo a evitar seguir la decisión del Tribunal, ambas cámaras rechazaron la posición del comité y enmendaron sus reglamentos para dar cumplimiento a las objeciones del Tribunal.⁶³ El Tribunal fue, empero, más ambiguo cuando su intervención debió resolver sobre las facultades presidenciales. En este caso, prácticamente aprobó sin cuestionar todo lo que hacía el presidente. De manera similar, el Tribunal de Albania aceptó las órdenes del presidente sin ejercer con independencia sus facultades de recisión.⁶⁴

Por otro lado, Bulgaria representa otro caso en el cual el Tribunal Constitucional jugó un papel importante en los procesos políticos de ese tiempo. Aquí, el Tribunal Constitucional definió la autoridad de los gobiernos interinos, y delimitó el alcance de las prerrogativas presidenciales, y, como en el caso rumano, ordenó al Parlamento reescribir sus reglamen-

⁶³ Véase la decisión 87 del Tribunal Constitucional rumano del 30 de septiembre de 1994. Los presidentes de la Cámara de Diputados y del Senado solicitaron una revisión de la constitucionalidad de los reglamentos parlamentarios. En su decisión, el Tribunal estableció claramente que la cláusula constitucional que permitía la facultad legislativa de prevalecer ante las decisiones del Tribunal no se aplicaba en el caso de los reglamentos parlamentario. Y así, de tal suerte, el Tribunal forzó al Parlamento a reformar las partes de los reglamentos que habían sido considerados inconstitucionales. En efecto, los reglamentos en cuestión permitían a ambas cámaras del Parlamento anular —con dos tercios de los votos— las decisiones del Tribunal sobre ley o regla cualquiera que circunscribiera de manera significativa la autoridad del Tribunal. En consecuencia, el Tribunal sostuvo textualmente que la autoridad del Parlamento para anular decisiones del Tribunal si sólo se aplicaba a leyes no se aplicaba a los reglamentos parlamentarios. Además, el Tribunal aprovechó la oportunidad para delinear el rol del jefe de Estado en el régimen semipresidencialista rumano. En la especie, argumentó que los comités parlamentarios no podían controlar las actividades del presidente o solicitar que el presidente compareciera ante ellos sin violar el marco de competencias establecidos por la Constitución entre el presidente y el Parlamento. En resumen, el fallo demuestra cómo el Tribunal se ha tomado en serio su papel, tomando decisiones que no están inspiradas en argumentos de tipo políticos.

⁶⁴ Schwartz, H. (1998), “Eastern Europe’s Constitutional Courts”, *Journal of Democracy* (9), p. 113.

to.⁶⁵ Además, teniendo en cuenta que la presidencia en Bulgaria gozaba de poderes más limitados que sus equivalentes en otros regímenes semi-presidencialistas dentro de la ECE, el Tribunal ha sido una institución importante para respaldar a los presidentes de turno. En efecto, el presidente Zhelyu Zhelev confió mucho en la capacidad de mediación del tribunal frente a los litigios que pudieron en duda la autonomía de la presidencia dentro del Ejecutivo.⁶⁶ Sorprendentemente, el Tribunal pudo resolver todas las luchas de poder sin verse obligado a intervenir en disputas con otras ramas políticas. Desde 1994, aun cuando el Partido Socialista Búlgaro (BSP) recuperó absoluta mayoría en el Parlamento intentando reiteradamente limitar la influencia de éste, lo cierto fue que todos los partidos con representación parlamentarios supieron expresar unánimemente que los conflictos entre instituciones importantes debían ser resueltos por el organismo con capacidad de adjudicación constitucional.⁶⁷

En la Federación Rusa, empero, ocurrieron acontecimientos totalmente diferentes. Allí, las intensas luchas políticas de poder entre el presidente Boris Yeltsin y el Parlamento terminaron por enredar decididamente al primer Tribunal Constitucional y, en particular, a su primer presidente, Valery Zorkin. En opinión de Yeltsin, el Tribunal fallaba consistentemente en contra de sus reformas y a favor del Parlamento. Más allá de esta opinión, en los casos de 1993 del partido comunista, el Tribunal resolvió por lo menos veinte fallos que involucraban a los poderes Legislativo y Ejecutivo. En ese regis-

⁶⁵ Véase, por ejemplo, la decisión 4/1995 del Tribunal Constitucional búlgaro.

⁶⁶ Aun cuando se involucrara a alguien que no fuera parte o estuviera directamente involucrado en el caso; puesto que el Tribunal Constitucional tiene derecho a pedir informes y opiniones, lo cierto es que llamó de forma frecuente al presidente. Por ejemplo, durante la lucha entre Zhelev y el gobierno de Videnov en 1995, el Tribunal pidió 19 informes al presidente. La alianza estratégica entre la presidencia relativamente débil y el Tribunal búlgaro se pudo confirmar aún más por el hecho de que en dos ocasiones, cuando se demandó que se revisara la constitucionalidad de los decretos presidenciales, el Tribunal siempre falló a favor del presidente y en contra de los accionantes. En otros casos, las interpretaciones del Tribunal fueron favorables a la presidencia. En particular, se puede notar la sentencia donde se estableció que el presidente tiene derecho a expresar su opinión política durante las campañas electorales. Que podía hacerlo aun cuando su accionar pudiera entrar en conflicto con su deber de encarnar la unidad de la nación. El Tribunal Constitucional también ha fallado en contra de algunos esfuerzos por limitar las facultades presidenciales. Por ejemplo, falló en contra de una declaración del Parlamento que establecía que todos los decretos presidenciales debían estar refrendados con la firma ministerial. Deben verse resultados similares a la luz de la campaña del gobierno en contra del Tribunal Constitucional, que culminó en repetidos intentos por disminuir la influencia del Tribunal en la política búlgara. Para más información sobre el tema, véase Ganev, V. I. (2003), "The Bulgarian Constitutional Court, 1991-1997: A Success Story in Context", *Europe-Asia Studies* (55), p. 603.

⁶⁷ Sedelius, 2008, núm. 54, p. 142.

tro se anularon diez actos del Parlamento y otros diez decretos ejecutivos.⁶⁸ Durante este periodo, la popularidad nacional del Tribunal fue muy alta, y su presidente hizo apariciones públicas convirtiéndose en una figura pública reconocida. Más allá de ello, los problemas del primer Tribunal Constitucional ruso comenzaron cuando Yeltsin emitió un decreto concediéndose a sí mismo facultades de emergencia al tiempo que anunciaba un referéndum adicional que decidiría finalmente sobre las facultades presidenciales. El Tribunal respondió con una sesión que duró toda la noche. Ésta culminó decidiendo la inconstitucionalidad del decreto de Yeltsin. La crisis, luego, se intensificó con otro decreto de Yeltsin. El decreto disolvía el Parlamento mientras que convocaba a nuevas elecciones. Una vez más, durante una sesión de emergencia, el Tribunal declaró inconstitucional el decreto no sin dejar de llamar al juicio político de Yeltsin. El conflicto terminó con un ataque armado de Yeltsin al Parlamento. Asimismo, el presidente decretó la suspensión del Tribunal Constitucional. Según Yeltsin, el Tribunal pasó de ser un órgano de justicia constitucional para transformarse en un instrumento de la lucha política, todo lo cual representaba un peligro extremo para el país. Además, en opinión de Yeltsin, el Tribunal, por medio de sus apresuradas intervenciones, empujó dos veces a Rusia al borde de la guerra civil. Durante 1993, cuando el riesgo de guerra se volvió real —en opinión de Boris Yeltsin—, el Tribunal no hizo nada. Como resultado de ello, la Constitución de 1993 creó el segundo Tribunal Constitucional ruso, aunque en esta oportunidad se limitaron sus facultades. El recientemente reformado Tribunal reanudó sus actividades recién en 1995. Aprendiendo las lecciones que le dejó su alianza con el partido perdedor (en 1993), el segundo tribunal entonces optó por mantenerse leal al Ejecutivo sin siquiera fallar un solo caso que pudiera incomodar al presidente ruso.⁶⁹

Para evitar ataques políticos similares en otras experiencias nacionales (tales como los Estados bálticos), los tribunales constitucionales atinaron homogéneamente a ejercer su control judicial de los actos de gobierno sin intervenir en conflictos políticos. Una estrategia similar adoptó el Tribunal Constitucional de Ucrania que, en general, supo ser más equilibrado en sus decisiones: algunas veces sus fallos acompañaron al Parlamento; otras, al presidente. No obstante lo dicho, es también evidente que ese Tribunal no pudo convertirse en el árbitro independiente que pudiera resolver las disputas interinstitucionales.⁷⁰

⁶⁸ Schwartz, 1998, núm. 63, p. 108.

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ Brown, T. L. y Wise, C. R. (2004), “Constitutional Courts and Legislative-Executive Relations: The Case of Ukraine”, *Political Science Quarterly* (119), p. 162. La incapacidad del

Estas luchas de poder a lo largo de las nuevas democracias, de todos modos, fueron disminuyendo con el advenimiento del nuevo milenio. En Polonia y Albania, las nuevas Constituciones adoptadas en 1997 y 1998, respectivamente, por caso, exhiben limitadas facultades presidenciales limitadas con relación al gobierno y al Parlamento. En 2000, tanto Croacia como Moldavia también enmendaron sus Constituciones para moderar su forma de gobierno hacia un modelo de corte parlamentario. Por el contrario, la enmienda de 1999 de la Constitución eslovaca introdujo elecciones presidenciales directas. El propósito de este cambio, claramente, es evitar la concentración excesiva de poder en el primer ministro. Los citados conflictos ejecutivos-legislativos en Rusia, por último, hicieron que la Constitución de 1993 inclinara el balance de poderes hacia el presidente.

2. *La segunda década de actividad: los tribunales constitucionales como promotores de los derechos humanos*

Con el comienzo de la segunda década en sus respectivas actividades, los tribunales constitucionales de ECE, junto al ruso, al ucraniano y al moldavo, cambiaron su rol de forma gradual: de ser legisladores activos y árbitros de conflictos políticos, se transformaron en protectores de derechos y libertades fundamentales. Desde luego, ello no significa que durante la primera fase de su vida institucional los tribunales no emitieran decisiones

Tribunal ucraniano para establecerse como árbitro en las disputas políticas y su deseo de evitar los casos políticamente sensibles fue particularmente notable en 2007. Esto fue definitivamente así luego de la Revolución Naranja. No obstante el pedido, el mencionado Tribunal ya no pudo revisar la constitucionalidad del decreto del presidente Yushchenko que disolvía el Parlamento. Como resultado, el conflicto ejecutivo-legislativo un acuerdo político permitió llegar a nuevas elecciones. El caso continúa siendo de particular importancia, porque demuestra la incapacidad del Tribunal para surgir como un órgano independiente y protagonista en conflictos donde está involucrado el Poder Ejecutivo. En efecto, los acontecimientos de 2007 demostraron con claridad la vulnerabilidad del Tribunal frente a la fuerte presión política recibida. En esos avatares, los jueces constitucionales denunciaron presión de parte de los poderes políticos; inclusive varios jueces denunciaron amenazas. Más aún, aun cuando el Parlamento acusó al presidente de estar presionando a los jueces, el presidente del Tribunal presentó su renuncia inmediatamente después de promulgado el decreto presidencial. Yushchenko, a su turno, utilizó su facultad constitucional para despedir a otros tres jueces que eran considerados leales al Poder Legislativo. Por supuesto, el Parlamento respondió usando su poder formal para despedir a algunos miembros propresidenciales del cuerpo. Para más información sobre el tema, véase Mazmanyán, A. (2010), "Constrained, Pragmatic Pro-Democratic Appraising Constitutional Review Courts in Post-Soviet Politics?", *Communist Post-Communist Studies* (43), p. 413.

sobre la protección de los derechos humanos. Tal como lo demuestra la evolución de su jurisprudencia, los tribunales fueron forjando muchas decisiones, que dieron forma a reformas económicas y políticas durante la década de 1990. En muchos casos, lo hicieron fallando casos referidos a derechos sociales y económicos. No fueron, sin embargo, muchos los casos referidos a derechos políticos y civiles clásicos. Lo concreto es que desde comienzos de la década de 2000 no sólo resolvieron controversias y disputas políticas en torno a la transición, sino que prontamente mudaron su jurisprudencia hacia la protección de los derechos humanos. Luego, no cabe duda, los asuntos políticos y de derechos civiles presentados por ciudadanos individuales se han ido convirtiendo en partes centrales en las listas de casos de esos tribunales constitucionales.

La creciente intervención de los tribunales constitucionales en asuntos de derechos humanos fue posible debido a que casi todos los países permitieron a los ciudadanos un acceso directo o indirecto a los tribunales. En efecto, los organismos de adjudicación constitucional pueden llevar a cabo un control estricto de la norma y, aun más importante, pueden fallar sobre demandas individuales presentadas por ciudadanos que creen que sus derechos constitucionales han sido agraviados por una decisión legislativa, judicial y/o administrativa. Sumado a ello, en muchos casos, los tribunales pueden revisar la conformidad de la legislación nacional con las convenciones internacionales sobre derechos humanos. Por consiguiente, la jurisprudencia de los tribunales sobre los derechos humanos a menudo alude a estos documentos internacionales, especialmente a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y a la jurisprudencia del ECtHR.

Sin embargo, debe aquí notarse que la transformación de los tribunales constitucionales en promotores de los derechos humanos se desarrolló y fue consolidándose en las nuevas democracias recorriendo dos caminos diferentes. En ECE, la jurisprudencia de los tribunales, así como la adopción de las nuevas Constituciones (o enmiendas a las Constituciones existentes) han contribuido a hacer más estables sus respectivos sistemas políticos. Como es obvio, en esta dirección, los tribunales pudieron fácilmente dejar atrás los asuntos de transición para concentrar sus actividades en la protección de los derechos y las libertades fundamentales. Tanto el segundo Tribunal ruso como el ucraniano, prefirieron fallar sobre casos que no versaran sobre controversias entre actores políticos. Ellos optaron por intervenir en áreas como los derechos humanos, ahí donde los asuntos parecen ser políticamente más seguros para sus respectivas tareas. En resumidas cuentas, en los últimos casos, la transformación de los tribunales para presentarse como protectores

de los derechos humanos no ha sido otra cosa que una “estrategia de supervivencia”; vale decir, ha sido la única manera que los tribunales encontraron para poder resistir los ataques políticos de las otras ramas.⁷¹

3. *Una nueva esfera de actividad: los tribunales constitucionales como agentes de la “europeización”*

Después de la mencionada transformación del régimen en la década de 1990, el segundo desafío importante enfrentado por Europa central y del este ha sido lograr la “europeización”.⁷² El proceso de integración europea afectó y cambió profundamente el marco legal e institucional de los países de ECE. Ello fue así porque en el periodo de preadhesión se les requirió una armonización gradual de sus sistemas jurídicos con los de Europa para así, de tal modo, lograr luego la ampliación de la Unión Europea hacia Europa central y del este. En este sentido, la aplicabilidad directa y la primacía incondicional de la ley de la UE sobre la legislación nacional era un requisito insoslayable. Aun cuando los países de ECE adaptaron sus Constituciones nacionales para ser miembros de la UE —por medio de las llamadas “euroenmiendas”—, lo cierto es que estos países no solucionaron completamente los problemas emergentes entre los sistemas jurídicos europeos y nacionales y, en particular, no alcanzó para armonizar las relaciones entre la legislación nacional y las leyes de la UE. Además, se fueron introduciendo de manera imprecisa cláusulas europeas, las cuales, a menudo, colisionaban con nociones de soberanía que, se suponía, debían coexistir con documentos constitucionales que garantizaban un alto nivel de protección a los principios de soberanía y supremacía de las Constituciones nacionales.

El proceso de ampliación de la UE, entonces, creó en Europa central y del este una realidad totalmente nueva, dentro de la cual los tribunales constitucionales se reservaron para sí mismos un rol nuevo e importante. Este novedoso papel es responsable de la transformación de sus tareas: dejaron estos de ser tribunales postcomunistas para convertirse en tribunales europeos con un rol activo en la resolución de conflictos respecto a la relación entre los sistemas constitucionales nacionales y, en particular,

⁷¹ En este sentido, véase también Epstein, L. *et al.* (2001), “The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government”, *Law and Society Review* (35), p. 117.

⁷² Kuhn, Z. (2005), “The Application of European Law in the New Member States: Several (Early) Predictions”, *German Law Review* (06), p. 563.

respecto a las relaciones entre la legislación local y el cuerpo de leyes de la UE —el *acquis communautaire*—. Más precisamente, los tribunales constitucionales asumieron un rol fundamental en las fases previas y posteriores a la integración; ellos actuaron en una doble función: como motores y frenos de la europeización.

Durante la fase previa a la adhesión, los tribunales constitucionales, en general, habían evidenciado un carácter muy proeuropeo. Fundamentalmente, lo hicieron al referirse tanto al *acquis communautaire* como a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia (ECJ), aunque en este periodo la ley de la UE no tenía aún fuerza vinculante en los países de ECE.⁷³ Quizá el principal ejemplo de esta actitud favorable a Europa es la que nos dejó el Tribunal Constitucional polaco, el cual expresamente señaló que el proceso de integración europea obligaba a Polonia a asegurar que la futura legislación doméstica debía ser compatible con la legislación de la Comunidad. Esta obligación, según el Tribunal, también implicaba el deber de interpretar la legislación nacional existente con el mayor grado posible de compatibilidad. En otras palabras, aunque la ley de la UE no tenía fuerza vinculante en aquel momento en Polonia, este Tribunal estableció claramente la necesidad de interpretar la ley nacional en conformidad con el *acquis communautaire*.⁷⁴

Por el contrario, el Tribunal Constitucional húngaro, en el contexto anterior a la adhesión, prefirió optar por un enfoque más agresivo hacia la ley de la UE. En su decisión *Europe Agreement*, el Tribunal entendió que la aplica-

⁷³ Véase, por ejemplo, el tribunal Constitucional de Lituania, el caso de *Telecomunicaciones*, sentencia del 6 de octubre de 1999.

⁷⁴ Véase la decisión K 15/97 del Tribunal Constitucional polaco. De la misma manera, en el caso *Škoda Auto*, el Tribunal Constitucional checo puso énfasis en que tanto el Tratado de Roma como el Tratado de la UE proceden de los mismos valores y principios que la ley constitucional checa, de tal modo que la interpretación de la ley de la UE de parte de organismos europeos guarda un valor para la interpretación de las reglas checas correspondientes. Además, en el caso *Milka Quota*, el mismo Tribunal rechazó la idea de que la ley de la UE pudiera no ser aplicada porque no era vinculante en ese momento. El tribunal argumentó que el derecho primario de la comunidad no era una ley extranjera para el Tribunal Constitucional, sino que en gran medida, la misma impregnaba la toma de decisiones del Tribunal —particularmente en la forma de principios generales de la ley de la UE—. Véase el caso *Škoda Auto* del Tribunal Constitucional checo; sentencia US 31/97-35, del 29 de mayo de 1977 y el caso *Milka Quota*, sentencia PI ÚS 5/01, del 16 de octubre de 2001.

La necesidad de considerar los principios generales de la UE o de evaluar los actos jurídicos domésticos a la luz de la ley de la UE, fue luego enfatizada por el Tribunal Constitucional letón y la Cámara de Revisión de Estonia. Véase, por ejemplo, la decisión 200-03-01 del Tribunal Constitucional letón y la decisión III-4/A-5/94 de la Cámara de Revisión de Estonia.

bilidad directa de la ley secundaria de la UE, calificada como ley extranjera, representaba una violación de las cláusulas constitucionales que protegen la soberanía nacional. Y en ese sentido, advirtió que tal alternativa requeriría una enmienda constitucional que lo autorizara. Además, el Tribunal dejó un claro mensaje a la legislatura nacional, recordándole que la Constitución sólo puede enmendarse según el procedimiento prescrito. El Parlamento, está claro, no tenía poder ilimitado, sino que sólo podía actuar dentro de los límites determinados en la Constitución.⁷⁵

Luego de la ampliación de la UE hacia Europa central y del este en 2004 y 2007, los tribunales constitucionales de ECE, por lo tanto, debieron enfrentar los mismos desafíos que se les habían anteriormente presentado a los tribunales constitucionales de los primeros Estados miembros de la UE. Esto es, debieron lidiar con la primacía incondicional de la ley de la UE sobre la legislación nacional. Inspirados en sus equivalentes occidentales, que no habían aceptado de manera incondicional la visión del ECJ —otorgándole primacía absoluta a la ley de la Comunidad—, siguieron por caso, la doctrina de dos casos fundamentales del Tribunal Constitucional federal de Alemania (las decisiones *Solange II* y *Maastricht*). De tal suerte, los tribunales de ECE cambiaron su primera actitud proeuropea por un enfoque más hostil o incluso antieuropeo. Al no aceptar que ninguna clase de ley pudiera prevalecer sobre la Constitución nacional, estos tribunales fueron tallando una serie de reservas en contra de una primacía absoluta de la ley de la UE. En esta tendencia, se intentó salvaguardar la superioridad de sus valores constitucionales nacionales.

La primera decisión postadhesión fue pronunciada por el Tribunal Constitucional húngaro. En el caso *Surplus Act*, el Tribunal declaró retroactiva y por lo tanto inconstitucional una ley nacional que implementaba reglamentaciones de la UE sobre el *stock* excedente de azúcar de productos agrícolas. Esto fue así aun cuando las cláusulas de la Ley Surplus, adoptada por el Parlamento húngaro, habían sido idénticas a las reglamentaciones de la UE. Por consiguiente, el Tribunal húngaro atacó indirectamente las reglamentaciones de la UE. Lo hizo al ignorar que la obligación era el resultado de la membresía de Hungría en la UE. En lugar de ello, presentó el litigio dentro un un contexto exclusivamente nacional. Asimismo, en la visión del tribunal húngaro, los principios constitucionales podían prevalecer por sobre las obligaciones de Hungría, las cuales surgían por defecto de la

⁷⁵ Véase Tribunal Constitucional húngaro, caso *Europe Agreement*, sentencia 30/1998 (VI 25) AB.

membresía del país como integrante de la UE. Ello fue así interpretado aun a riesgo de operar como límite al proceso de integración europea.⁷⁶

El Tribunal Constitucional polaco, a su turno, contribuyó con otros importantes aportes con respecto a las relaciones entre los sistemas jurídicos nacionales y de la UE. Lo hizo en dos famosas decisiones: el caso *European Arrest Warrant* y el caso *Treaty Accession*. En el fallo *European Arrest Warrant* (EAW), en primer término, el máximo tribunal polaco hizo notar que una ley nacional que implementaba la decisión de la UE sobre el EAW era incompatible con el artículo 55 de la Constitución —el que, por aquel entonces, impedía la extradición de los ciudadanos polacos—. Lo cierto es que, posteriormente, éste implícitamente aceptó la supremacía de la ley de la UE sobre las normas constitucionales. Lo hizo sugiriendo que la única manera de resolver el conflicto era la adopción de una enmienda constitucional por parte del Parlamento para así lograr modificar el citado artículo 55.⁷⁷ Sin embargo, es importante mencionar que en su fallo *European Arrest Warrant*, el Tribunal Constitucional checo optó por resolver el caso de manera diferente —es decir—, sobre la base del principio de interpretación consistente entre la legislación nacional y la de la UE.⁷⁸

En el caso *Treaty Accession*, el Tribunal polaco aprovechó la oportunidad para clarificar aún más su posición anterior hacia la ley de la UE. El Tribunal cimero fue terminante en excluir la supremacía definitiva de las normas de la UE por sobre las normas constitucionales. En la opinión del Tribunal, la adhesión de Polonia a la UE no debilitaba la supremacía de la Constitución por sobre todo el sistema jurídico en el contexto de la soberanía de la República de Polonia. Las normas de la Constitución —acto supremo que es la expresión de la voluntad de la nación— no podían perder su fuerza vinculante ni podían cambiar de contenido por una simple inconsistencia

⁷⁶ El Tribunal Constitucional húngaro, en el caso *Surplus Act*, sentencia 17/2004 (V.25.) AB. Una vez más es posible detectar resultados similares en la República Checa. En el caso *Sugar Quotas*, el Tribunal checo reconoció que la UE tiene un orden jurídico autónomo que es aplicable en la República Checa, un orden que prevalece sobre todas las cláusulas del orden jurídico checo, con la excepción de los elementos fundamentales del estado de derecho y las bases de la soberanía nacional de la República Checa. Según el Tribunal, la aceptación de los principios de la UE no es incondicional y, por lo tanto, era posible reservarse para sí misma la autoridad de decidir en situaciones donde las normas de la UE podrían estar en conflicto con el núcleo fundamental de la Constitución. Véase el caso *Sugar Quotas* del Tribunal Constitucional checo, sentencia Pl. US 50/04, del 8 de marzo de 2000.

⁷⁷ Tribunal Constitucional polaco, caso *European Arrest Warrant*, sentencia 1/05, del 27 de abril de 2005.

⁷⁸ Tribunal Constitucional checo, caso *European Arrest Warrant*, sentencia Pl. US 66/04, del 3 de mayo de 2006.

irreconciliable entre tales normas y cualquier cláusula de la Comunidad. Además, el Tribunal aprovechó la ocasión para añadir que, en caso de conflicto entre la ley de la UE y las normas constitucionales, la nación, que es soberana, debía en todo caso tomar una decisión compleja. Ésta debía decidir si enmendaba la Constitución; si instaba modificaciones dentro de la normativa de la Comunidad, o, por último, si Polonia se retiraba de la UE. Sea como fuere, el Tribunal se apresuró en proponer que todos los conflictos entre las leyes de la UE y las normas locales debían estar situados en el marco del principio general de la interpretación consistente entre la ley nacional y la de la UE.⁷⁹

Por el contrario, la Cámara de Revisión de Estonia y el Tribunal Constitucional lituano prefirieron mantener un enfoque abiertamente proeuropeo, aun en el periodo de postadhesión. En el caso de Estonia, la Cámara de Revisión Constitucional aceptó claramente la supremacía máxima de la ley de la UE. Según la Cámara, la Constitución es aplicable sólo cuando está de acuerdo con la ley de la UE o cuando regula las relaciones que no son regidas por la ley de la UE. Aquellas cláusulas constitucionales que no son compatibles con la ley de la UE deben considerarse inaplicables y hasta suspenderse.⁸⁰ Por otro lado, el Tribunal Constitucional lituano fue el tercer tribunal europeo en recurrir a un fallo preliminar sobre la base del artículo 267 del Tratado sobre el Funcionamiento de la UE. De tal suerte, entonces, hizo referencia a un caso cuyo avocamiento por parte del ECJ fue aludido para poner en cuestión la interpretación hecha sobre la ley de la UE.⁸¹

Los tribunales constitucionales letón y checo se pronunciaron en otras decisiones significativas que incumbían la relación existente entre los sistemas jurídicos nacionales y los de la UE cuando se les convocó para resolver la constitucionalidad del Tratado de Lisboa (2007) antes de su ratificación. El Tribunal letón no encontró al Tratado de Lisboa en conflicto con el principio constitucional de soberanía nacional. Al no haber norma alguna que indicara que la UE pudiera convertirse en un Estado federal, entendió que el nuevo tratado promovía el respeto a la identidad y la soberanía de los Estados miembros.⁸² A pesar de ello, la verdad es que en el caso checo, la saga que sigue en Lisboa merece mayor atención. En efecto, los fallos que involucraron al Tratado de Lisboa han representado

⁷⁹ Tribunal Constitucional polaco, caso *Treaty Accession*, sentencia K 18/04, del 11 de mayo de 2005.

⁸⁰ Cámara de Revisión Constitucional estonia, opinión 3-4-1-3-06, del 11 de mayo de 2006.

⁸¹ Tribunal Constitucional lituano, decisión del 8 de marzo de 2007.

⁸² Tribunal Constitucional letón, decisión 2008-35-01, del 7 de abril de 2009.

sin duda los mayores y más difíciles desafíos que ha tenido que enfrentar el Tribunal checo. En efecto, el Tribunal falló dos veces sobre la constitucionalidad del Tratado de Lisboa, y ambos fallos tuvieron serias implicancias en toda la UE.

En el caso *Lisbon Treaty I*, el Tribunal checo interpretó que las partes cuestionadas por parte del Senado respecto del Tratado de Lisboa estaban de hecho en consonancia con el orden constitucional checo. El tribunal demostró un enfoque muy proeuropeo, acentuando la necesidad de la integración de la UE en el mundo globalizado, así como la necesidad de cooperación estrecha en miras a una mayor integración. Asimismo, observó que la transferencia de ciertas competencias del Estado provienen de la voluntad libre del soberano, y siguen siendo ejercidas con la participación del soberano de manera previamente acordada. De tal modo, dicha certeza indica que no es un debilitamiento conceptual de la soberanía de un Estado, sino que, por el contrario, esta circunstancia allana el camino para recurrir a un nuevo concepto: el de “soberanía en común”. Sin embargo, el tribunal dejó en claro que debía prohibirse cualquier transferencia que privara a la República Checa de su condición de Estado soberano. Así, según el Tribunal, la transferencia de poderes soberanos bajo la Constitución es condicional en dos niveles: el nivel formal, como lo describe el artículo 1o. de la Constitución, que protege los fundamentos de la soberanía del estado de la República Checa, y el nivel sustancial, que se refleja a través del núcleo fundamental que caracteriza a la Constitución. Luego, el tribunal se inspiró en las decisiones *Solange II* y *Maastricht* del *Bundesverfassungsgericht* alemán, añadiendo que el concepto de soberanía, interpretado en el contexto de los artículos 1o. y 10 de la Constitución, claramente nos permite saber que existen ciertos límites a la transferencia de la soberanía, aun cuando dichos límites deben reservarse principalmente a la legislatura. Claramente, ello es así porque se trata *a priori* de una cuestión política. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional debe interferir sólo en casos excepcionales, en los cuales podría funcionar como una *ultima ratio*. Sólo podría intervenir para revisar un acto en la hipótesis de que la Unión hubiera excedido los límites de las facultades transferidas a ella por parte de la República Checa. Finalmente, el Tribunal concluyó que el Tratado de Lisboa no importaba tales consecuencias, porque el mismo Tribunal confirmaba que la *Kompetenz-Kompetenz* constitucional —es decir, la facultad de enmendar la ley primaria— permanece en los Estados miembros, los cuales en cualquier momento pueden retirarse de la Unión. En consecuencia, según el Tribunal, aun después de que el Tratado de Lisboa entre en vigencia, la UE no llegaba a adquirir la fa-

cultad de crear sus nuevas propias competencias, y los Estados miembros seguirán siendo los “Amos de los Tratados”.⁸³

Es plausible que en su primera decisión sobre el Tratado de Lisboa, el Tribunal Constitucional checo usó al *Bundesverfassungsgericht* como su guía. Por supuesto, el Tribunal sólo podía citar las decisiones *Solange II* y *Maas-tricht*, toda vez que el Tribunal Constitucional alemán no había adoptado todavía su famosa decisión *Lissabon-Urteil*. Por consiguiente, la característica más interesante de la decisión *Lisbon Treaty II* es la manera en que el tribunal checo se distanció del *Lissabon-Urteil* del *Bundesverfassungsgericht*. En particular, en su segunda decisión sobre el Tratado de Lisboa, el Tribunal reforzó la idea de que la República Checa había optado por una noción de soberanía que puede ser compartida entre los Estados. Dejó en claro que tal determinación no implicaba una pérdida, sino que, por el contrario, la pérdida reforzaba el concepto de soberanía. Por otro lado, rehusó definir “autoritativamente” la noción de “los límites sustanciales a las transferencias de competencias”. No obstante haber sido solicitado por la demanda (un grupo de senadores), tampoco quiso definir una lista de competencias cuya transferencia fuera imposible. A contramano de ello, el Tribunal aclaró que con relación a “estos límites, es el Poder Legislativo quien debe determinarlos”. Asimismo, el Tribunal criticó al demandante por haberse inspirado en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán, el cual había precisado la lista de competencias en su decisión. Y en ese sentido, con todo, el Tribunal dejó en claro que aun interviniendo como *ultima ratio*, el mismo tribunal estaba presto a transformarse en árbitro en asuntos sobre si la UE excede sus competencias o no.⁸⁴

IV. UNA HISTORIA SIN ÉXITO: LA HISTORIA DEL RESTO DE LOS TRIBUNALES POSTSOVIÉTICOS

La evolución de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de tercera generación sin dudas revela que en una gran cantidad de democracias nuevas (en casi todos los países de ECE, los Estados bálticos y algunas otras repúbli-

⁸³ Tribunal Constitucional checo, caso *Lisbon Treaty I*, sentencia núm. Pl. ÚS 19/08 del 26 de noviembre de 2008.

⁸⁴ Tribunal Constitucional checo, caso *Lisbon Treaty II*, sentencia núm. Pl. ÚS 29/09 del 3 de noviembre de 2009. Véase más sobre el tema en Briza, P. (2009), “The Czech Republic: The Constitutional Court on the Lisbon Treaty”, *European Constitutional Law Review* (5), p. 143; Komarek, J. (2009), “The Czech Constitutional Court’s Second Decision on the Lisbon Treaty of 3 November 2009”, *European Constitutional Law Review* (5), p. 345.

cas postsoviéticas), los organismos de adjudicación constitucional estuvieron bien posicionados para contribuir al proceso de democratización, y en la mayoría de los países de ECE fueron sostenedores de los procesos subsiguientes de consolidación democrática y europeización de los mismos. Sin embargo, lejos se está de detectar resultados similares en el resto de los países de la post-Unión Soviética. No fue así ni en Bielorrusia ni en las naciones caucásicas de Asia central. La verdad es que en todas estas experiencias los tribunales constitucionales han sido demasiado débiles como para poder tener una influencia significativa en el proceso de democratización. ¿Por qué? Ello fue así por varios factores.

En primer lugar, como lo demuestra el análisis general de facultades de los tribunales constitucionales en la mayoría de los países postsoviéticos, a tales organismos se les otorgaron facultades limitadas. Sus sistemas de revisión constitucional se modelaron básicamente sobre la experiencia rusa y, por tal motivo, sólo de manera indirecta apelaron al modelo europeo de revisión judicial. Además, estos sistemas de justicia constitucional son más “abstractos” que “concretos”. Por lo tanto, son contados los casos donde las competencias concedidas a dichos tribunales hubieron permitido el acceso a los tribunales de los ciudadanos. El control concreto de la norma y/o los reclamos individuales fueron introducidos ocasionalmente. En todos los casos, eso sucedió de manera reciente.

En segundo lugar, el proceso de construcción de la democracia transitó distintas vías en la región. Mientras que la mayoría de los países de ECE, así como los Estados balcánicos, experimentaron un exitoso proceso de transición democrática que culminó en la consolidación democrática y la integración a la UE, entre las naciones exsoviéticas, en cambio, la situación fue muy diferente. Hay países como la Federación Rusa, Ucrania y Moldavia, que todavía experimentan lo que se conoce como una “transición sin fin”. En efecto, en dichos países la consolidación democrática todavía no ha sido superada. Por otro lado, hay países como Bielorrusia y las naciones caucásicas y de Asia central que ya dejaron su transición hacia la democracia. Se puede notar aquí que el régimen autoritario comunista fue definitivamente reemplazado, lamentablemente, por otro tipo de régimen autoritario.⁸⁵ Lo cierto es que aun cuando durante la fase inicial de transición, países como estos adoptaron unánimemente nuevas Constituciones liberales al estilo occidental, estos impulsos democráticos iniciales, empero, fueron recapturados por presidentes que fueron virando hacia formas de gobierno más o menos

⁸⁵ Carothers, T. (2002), “The End of the Transition Paradigm”, *Journal of Democracy* (13), p. 5.

autoritarias. En estos casos, se consolidaron sistemas de poder altamente personalizados, mientras que, frente a sus decisiones, los demás órganos políticos terminaron convirtiéndose en meros sellos de goma. En pocas palabras, los textos escritos de las Constituciones de estos países tienen poca relación con sus respectivas realidades. Más acá en el tiempo (1994-1996), las enmiendas constitucionales fueron proporcionando la base jurídica que legitimó la extensión informal de sus ampliadas atribuciones ejecutivas.

Como producto de esta situación, los organismos de adjudicación constitucional fueron llamados a actuar de acuerdo con competencias limitadas. El papel de estos tribunales se encuentra determinado en función de las exigencias políticas de presidentes que ejercen un máximo rango de influencia, y que, de ser necesario, suprimen sistemáticamente los derechos humanos y las libertades fundamentales. En estos contextos, los tribunales quedaron sin oportunidades concretas de aplicar genuinamente los nuevos valores constitucionales. Tampoco pudieron, en general, cumplir su misión; no lograron transformarse en un control independiente sobre el gobierno. No obstante, esto no significa que en tales ambientes políticos, todos los tribunales constitucionales se hubieran resignado. La verdad es que algunos intentaron reservar para sí mismos un rol más activo; hubo otros que han exhibido características a favor de la democracia en sus orientaciones. Con todo, así como en ECE, el ingreso de los tribunales constitucionales estuvo por lo general caracterizado por un claro y sincero activismo democrático, lo cierto es que a comienzo de las década de 1990 la consolidación de los Ejecutivos impactó directamente sobre los vigentes patrones de gobernanza, y, a partir de ese momento, ello trajo consigo encarnizados ataques hacia los tribunales constitucionales. Quizá los ejemplos más ilustrativos de esta práctica nos los ofrece la actuación de los tribunales constitucionales de Kazajstán y Bielorrusia.

En Kazajstán, por caso, el Tribunal Constitucional creado en 1993 supo apoyar al presidente autocrático Nursultan Nazarbayev cuando éste decidió disolver el Parlamento (en 1994). Sin embargo, cuando más tarde el Tribunal decidió anular varios decretos presidenciales mientras dejaba patente varios comentarios desfavorables respecto a la nueva Constitución propuesta por el presidente, sucedió lo inevitable. Pasó que el mismo fue removido en pleno al tiempo que un nuevo Concejo Constitucional más débil, que aún está en pie, fue creado para sustituir a la institución anterior (1995).

En Bielorrusia, el Tribunal Constitucional fue creado en 1994. A poco de andar, para 1996, éste sancionó casi veinte actos del presidente autoritario, Alexander Lukashenka, como inconstitucionales. Lukashenka, luego, no sólo ignoró las decisiones del Tribunal, sino que logró forzar la renuncia

de los jueces constitucionales (1996). Aun cuando el Tribunal reanudó sus actividades (en 1998), lo concreto es que el presidente de todos modos logró una vez más suspender las actividades del Tribunal. Por último, cabe notar que (en 2007), nuevamente y hasta el año siguiente, el Tribunal suspendió sus actividades, que se vieron restablecidas por medio de un decreto presidencial que autorizaba el ejercicio de un control preliminar obligatorio de constitucionalidad de todas las leyes sancionadas por el Parlamento nacional. Claro, no debe sorprender que los edictos y decretos adoptados por el presidente escapaban a dicho control.

Por consiguiente, al contrario de las prácticas que surgieron en los países de ECE, pero similar a la experiencia del primer Tribunal Constitucional ruso, los casos de Kazajstán y Bielorrusia dejaron en claro cómo los tribunales constitucionales activistas no han tenido oportunidades de sobrevivir cuando se atrevieron a ignorar los intereses de los actores políticos principales en esos regímenes de tipo hiperpresidencialistas. Quizá por eso, tal como en la Federación Rusa, tanto el Tribunal de Kazajstán como el de Bielorrusia, luego de una fase inicial de activismo, terminaron por ser leales al Ejecutivo. Lo hicieron para preservar su existencia. Por el contrario, empero, el Tribunal Constitucional armenio optó estratégicamente por criticar sutilmente las violaciones del Ejecutivo a la Constitución. Lo hizo adoptando declaraciones deliberadamente ambiguas de naturaleza prodemocrática en las partes “no vinculantes” de sus sentencias.⁸⁶

Más aún, ni las recientes revoluciones de color (2000-2004), que se extendieron por la ex-Unión Soviética, han logrado ciertamente promover una nueva ola de democratización en esta región. A excepción de Georgia, Kirguistán y Ucrania, estos movimientos no han impactado en los demás Estados. Sin lugar a dudas, un entorno hostil impide mayores grados de democratización. Lo que es aun más lamentable, como reacción a las revoluciones de color, una reacción autoritaria se ha intensificado en todos los Estados postsoviéticos desde 2005.⁸⁷

Con todo y a pesar de lo señalado, se pueden detectar algunos recientes acontecimientos positivos en países como Georgia y Kirguistán. En Georgia, la Revolución Rosa de 2003 permitió la adopción de las enmiendas constitucionales de 2004 y 2010. Estas reformas posibilitaron una disminución y transferencia significativa de las atribuciones del presidente en favor

⁸⁶ Mazmanyán, 2010, núm. 69, p. 416.

⁸⁷ Silitski, V. (2010), “«Survival of the fittest»: Domestic and international dimensions of the authoritarian reaction in the former Soviet Union following the colored revolutions”, *Communist and Post-Communist Studies* (43), p. 339.

del gobierno y del primer ministro. En Kirguistán, la Revolución de los Tulipanes de 2005 —seguida por la Revolución de Abril de 2010— fue causante de la nueva Constitución de 2010. Al mudar el sistema hacia uno de tipo parlamentario, la reforma alteró considerablemente muchas competencias presidenciales. No obstante ello, el Tribunal Constitucional de Kirguistán asumió un rol ambiguo durante el proceso de reformas constitucionales. En efecto y por caso, inmediatamente después de la Revolución de los Tulipanes de 2005, el Parlamento nacional aprobó una enmienda constitucional que impactaba en gran medida en la disminución de las facultades presidenciales. Tal propósito, empero, no se concretó, porque el tribunal anuló la reforma de 2007. Lo hizo bajo el argumento de que el legislador había excedido los límites competenciales, toda vez que tales reformas constitucionales sólo podían concretarse por medio de un referéndum. La decisión del Tribunal fue muy favorable a los intereses del recientemente elegido presidente Kurmanbek Bakiyev, quien prestamente no tuvo problemas en cumplir con el fallo del Tribunal. Vale decir, el nuevo presidente sometió a referéndum su propio proyecto de reforma constitucional (de 2007), que en última instancia pronunció la dominación presidencial con relación a las otras ramas del gobierno. El sistema parlamentario, finalmente, pudo ser establecido recién por la Constitución de 2010, hija directa de la Revolución de Abril de 2010. Sea como fuere, lo cierto es que en la Constitución de 2010, el rol ambiguo asumido por el Tribunal Constitucional después de la Revolución de los Tulipanes, haya finalmente terminado precipitando al Parlamento a decidirse por sustituir dicho Tribunal por una cámara de revisión constitucional.

V. COMENTARIOS FINALES

El veloz incremento de la justicia constitucional en todo el mundo postsoviético se caracterizó por el surgimiento y consolidación de tribunales constitucionales poderosos en la mayoría de los países postcomunistas. Desde el comienzo de sus actividades, estos tribunales, dotados de una amplia jurisdicción, ejercieron un activismo judicial extraordinario. Sin embargo, en ECE y en los países postsoviéticos, el fuerte activismo judicial terminó corriendo suertes muy dispares.

A lo largo de los países de ECE, se advierte que los tribunales constitucionales demuestran por lo general una “naturaleza camaleónica”. Vale decir, ellos exhiben una capacidad de transformarse y retransformarse, asumiendo nuevos y múltiples roles, según los avatares de sus respectivos siste-

mas jurídicos y políticos. En efecto, así por caso, desde los primeros años de la transición democrática, tribunales constitucionales dinámicos y activistas prestamente se transformaron en actores políticos. Lo hicieron desafiando decidida y agresivamente a los protagonistas políticos. Lo hicieron atevándose a revocar la legislación sancionada sobre cualquier materia política, económica y social. Al mismo tiempo, varias luchas de poder entre los principales actores políticos crearon también la oportunidad para que los tribunales desempeñaran un rol preponderante en la mediación de conflictos interórganos. Con todo, al trasladar las luchas de poder a claves jurídicas, los tribunales lograron aclarar el rango de acción de cada rama del gobierno —limitando así los efectos negativos de esas disputas de naturaleza políticas—. Lo que es más importante, su intervención al interior de las luchas de poder fue un factor clave para la estabilidad de las relaciones entre las ramas del Estado.

Una vez que terminó la revolución constitucional y los países de ECE experimentaron la consolidación democrática, lo cierto es que los modos fuertes del activismo judicial dejaron de ser necesarios. En esa instancia, entonces, las relaciones de los tribunales con los principales actores políticos cambiaron definitivamente. Como resultado de ello, en el comienzo del nuevo milenio, los tribunales pasaron a concentrar sus actividades en aspectos cotidianos de la política y, en particular, se avocaron a la protección de los derechos humanos. Más allá de ello, es posible notar que en esta nueva era el rol más o menos activo de los organismos de adjudicación constitucional es todavía plausible. Como lo señaló Alec Stone Sweet, “cuando el tribunal anula un proyecto de ley por medio de argumentos jurídicos, en verdad está imponiendo su propia lectura del derecho y de los objetivos de las políticas públicas por encima del que tuviere la mayoría parlamentaria”.⁸⁸ Por otro lado, el proceso de integración de la UE requirió también una mayor intervención activa del Tribunal para resolver conflictos derivados de la relación entre el sistema jurídico nacional y el de la UE.

De manera que la “naturaleza camaleónica” de los tribunales constitucionales de ECE se ve bien reflejada, en la evolución de su jurisprudencia: en su infancia, al tiempo que sus sistemas jurídicos se caracterizaban por la incertidumbre y la inestabilidad; cuando sus instituciones políticas eran frágiles, los tribunales constitucionales se convirtieron en activos jugadores políticos y árbitros de conflictos políticos. Luego, en su adolescencia, cuando los sistemas nacionales se volvieron más maduros y estables, los tribunales

⁸⁸ Stone Sweet, A. (2000), *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, p. 105.

constitucionales se transformaron en protectores de los derechos humanos. Finalmente, en su madurez, cuando sus países experimentaron el desafío de la integración de la UE, los tribunales constitucionales se reconfiguraron en importantes actores del proceso de “europeización”.

Desde luego, durante la primera fase de sus actividades, los tribunales constitucionales de ECE fueron criticados y hostigados por los parlamentos y los representantes del gobierno. Más allá de ello, sus decisiones fueron en general aceptadas aun cuando hubo no pocos intentos para hacer lo contrario. Con todo, sus facultades no fueron limitadas como en los países de la ex-Unión Soviética. En Hungría, en concreto, los políticos eran de la opinión de que un tribunal constitucional fuerte era una característica común al constitucionalismo europeo. Dado que Europa era considerada como la cuna del liberalismo constitucional, establecer un tribunal poderoso era una parte necesaria de ese devenir “europeo”. De modo que, atento lo dicho, atacar al tribunal estaba fuera de discusión. Hacerlo implicaba asumir un papel antieuropeo, y eso era algo no deseado.⁸⁹ De todos modos, es muy importante comprender que la nueva mayoría gobernante pareció haber cambiado la imagen nacional del tribunal. Ello es así toda vez que la Constitución húngara de 2012 redujo sus facultades. En efecto, por caso, ésta ya no contempló dos importantes atribuciones condedidas previamente. Por un lado, la *actio popularis* (que, entre otras cosas, permitía la rápida eliminación de leyes inconstitucionales y el desmantelamiento de las leyes de la era comunista). Por otro lado, tampoco conservó la facultad de revisión de constitucionalidad de la legislación en materia presupuestaria e impositiva. La verdad es que el objetivo probable de los actores políticos húngaros era evitar cualquier forma de activismo judicial. Si esto fuera correcto, es evidente que ellos pretendían eliminar el riesgo de que el Tribunal pudiera desplazar a las instituciones políticas en el proceso de toma de decisiones del país.

En el mundo postsoviético, la transformación de los tribunales en Ucrania y Rusia tuvo la siguiente característica. En una tendencia opuesta: pasaron de ser activos actores políticos a ser promotores de los derechos humanos siguió una tendencia opuesta. Quizá el legendario activismo anti-presidencialista del Tribunal ruso demuestra esta diferencia: en las disputas políticas entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, el Tribunal finalmente optó apoyar al Parlamento. Y perdió. Posteriormente, el segundo Tribunal ruso fue reconocido tanto por su deferencia hacia el Poder Ejecutivo que estuviera en el poder como por convertirse en un decidido protector de los

⁸⁹ Scheppele, Kim L. (1996), *Imagined Europe*, trabajo presentado en la Conferencia Plenaria, Conferencia de la Asociación de Derecho y Sociedad, julio, Glasgow, Scotland.

derechos y libertades fundamentales. En efecto, dado que la dimensión de los derechos humanos parecía un ámbito seguro para su intervención, en esta esfera, el tribunal adoptó orientaciones tanto objetivas como de carácter liberal.

En el resto de las repúblicas postsoviéticas, por lo general, los tribunales no fueron protagonistas del cambio político. Por caso, Bielorrusia y las naciones de Asia central y caucásicas son buenos ejemplos de países todavía gobernados por presidentes autoritarios. En tales contextos, el activismo antipresidencialista inicial fue seguido por ataques y suspensiones a las actividades de esos tribunales. Además, la mayoría de sus decisiones fueron ignoradas por los Ejecutivos de turno. Y si para muestra basta un botón, Kazajstán, por ejemplo, vio cómo el Tribunal Constitucional fue directamente borrado de la Constitución. Para sobrevivir, estos tribunales, luego, tuvieron que convertirse en operadores leales de los actores políticos. Sea como fuere, parece reduccionista definir a estos tribunales constitucionales como simples agentes, sirvientes o esclavos de sus respectivos regímenes autoritarios. Por eso, a pesar de todo, es posible advertir que aun en esta región ha habido algunos cambios positivos. Es posible destacar cómo la introducción de facultades que permiten a los ciudadanos acceso directo e indirecto a los organismos de adjudicación constitucional es un hecho que merece reconocimiento. La transformación de estos tribunales que dejaron de ser actores políticos activos a ser promotores de los derechos humanos es un hecho promisorio en la región.

Como lo han remarcado T. L. Brown y C. R. Wise, estas sociedades le han otorgado un voto de confianza a sus tribunales constitucionales.⁹⁰ En los países de ECE, sin duda, ésta ha sido una inversión que valió la pena. En efecto, todos los tribunales constitucionales están narrando una sorprendente historia de éxitos.⁹¹ Ahora, sólo nos resta ver si es posible una evolución similar en el resto de los países de la ex-Unión Soviética.

⁹⁰ Brown, T. L. y Wise, C. R. (2004), "Constitutional Courts and Legislative-Executive Relations: The Case of Ukraine", *Political Science Quarterly* (119), p. 158.

⁹¹ Schwartz, H. (1999), "Surprising Success: The New East European Constitutional Courts", en Schedler, A. *et al.*, *The Self Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Boulder, Lynne Rienner, p. 158.

V. LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y LOS PROBLEMAS DE COORDINACIÓN A NIVEL SUBNACIONAL

EL MISTERIOSO ÉXITO DE UNA DEMOCRACIA FEDERAL

James A. GARDNER*

SUMARIO: I. *Antecedentes históricos.* II. *Conflictos conceptuales y metodológicos.* III. *Enredos operacionales.* IV. *Diseño constitucional híbrido.* V. *¿Funciona la hibridación?* VI. *Conclusión.*

En la actualidad, la mayoría de la población libre del mundo vive en Estados que son democracias federales.¹ De acuerdo con el modo de organización, cuando digo “democracia federal” estoy aludiendo a un Estado que es democrático y libre en sus decisiones políticas; un Estado federal cuyos líderes son electos en elecciones donde el poder del Estado está dividido en dos niveles de gobierno que gozan de cierto grado de autonomía mutua. La mayoría de los Estados libres más grandes del mundo se adaptan a esta descripción, incluyendo India, Estados Unidos, Brasil, Alemania, Sudáfrica, Argentina y Canadá, así como otros Estados más pequeños, como Australia, Suiza, Austria, entre tantos otros.

La ubicuidad de la democracia federal en el mundo moderno, en consonancia con el éxito comparativo que tienen los Estados que la utilizan, puede crear la impresión de que ninguna forma de organización estatal podría ser más natural. En efecto, mientras con frecuencia se observa que el federalismo está histórica y característicamente asociado con la

* Profesor de la Facultad de Derecho en la Universidad de Buffalo, Nueva York.

¹ Según mi propio cálculo aproximado, 79% de la población libre del mundo vive en Estados federales. Para realizar este cálculo utilicé la lista de Estados federales proporcionada por Watts, Ronald L., *Comparing Federal Systems* (3a. ed., 2008), tabla 2, en 12; la lista de los Estados considerados libres en Freedom House, *Freedom in the World 2017*, disponible en: https://freedomhouse.org/sites/default/files/FH_FIW_2017_Report_Final.pdf, en 20-24, y cifras de población de los países disponibles en: Worldometers.info, <http://www.worldometers.info/world-population/population-by-country/>. Para declaraciones similares véase Bednar, Jenna, *The Robust Federation: Principles of Design*, Cambridge, 2009, p. 2; Hueglin, Thomas O. and Fenna, Alan, *Comparative Federalism: A Systematic Inquiry*, University of Toronto, 2015, pp. 1 y 69.

democracia,² algunos autores han ido más allá afirmando que la democracia y el federalismo están indisolublemente unidos en cuanto que la primera es una condición necesaria para el éxito del segundo.³ Más allá de ello, de muchas maneras, estas dos formas de organización estatal (democracia y federalismo) han resultado ser en sí mismas inconmensurables, funcionando a menudo con objetivos contradictorios. Las dos formas de gobierno surgieron de raíces históricas diferentes. Se asientan en concepciones de la política esencialmente divergentes, razón por la cual ambas se encuentran en severa tensión. Aun cuando tanto la democracia como el federalismo pudieran proporcionar mecanismos sociales y políticas de resolución de disputas, la verdad es que ambos se valen de métodos muy distintos. Luego, teniendo en cuenta que sus respectivos métodos son tan diferentes, es también evidente que la imbricación de ambos termina muy a menudo minando la eficacia operativa de ambos sistemas.

Si la misma idea de una democracia federal presenta una contradicción interna, ¿cómo es entonces que tales Estados perduran y prosperan? En este ensayo ofrezco una explicación de democracia federal, que permite entender su éxito. Éste acontece por su formato pragmáticamente útil, dando cuenta de dos mecanismos muy diferentes de resolución de disputa social y política, los cuales se ven activados ante diversas clases de problemas. La democracia federal, luego, incorpora dos características complementarias que en su consecución permiten obtener otros beneficios que exceden con claridad los costos que mutuamente se dispensan por la habilitación de ambos términos opuestos. En este orden explicativo, la democracia federal emerge como producto de un diseño constitucional sólido, aunque, de algún modo, teóricamente desprolijo. Sin embargo, más allá de ello, también presento una advertencia práctica. El éxito de la democracia federal parece estar anclado en su aptitud para determinar exitosamente los problemas que el foro democrático o el federalismo específico pueden mejor tratar. Esta función

² Elazar, Daniel J., "Federalism: An Overview", p. 13 (*Human Sciences Research Council*, 1995). Véase también Saunders, Cheryl, *Constitutional Arrangements of Federal Systems*, 25(2) *Publius*, pp. 61 y 77 (1995); Stepan, Alfred, "Federalism and Democracy: Beyond the U. S. Model", 10(4), *Journal of Democracy* 19 (1999). Otros, por supuesto, niegan esto enfáticamente. Véase e. g., Neumann, Franz L., "Federalism and Freedom: A Critique", in *Federalism, Mature and Emergent*, p. 52 (Arthur W. MacMahon ed., 1955).

³ Stepan, Alfred, *Arguing Comparative Politics*, pp. 318 y 319 (Oxford, 2001); Kahn, Jeffrey, *Federalism, Democratization, and the Rule of Law in Russia*, p. 45 (Oxford, 2002); Filippov, Mikhail and Shvetsova, Olga, "Federalism, Democracy, and Democratization", in *Federal Dynamics: Continuity, Change, and the Varieties of Federalism*, p. 167 (Arthur Benz and Jörg Broschek (eds.), 2013); Hueglin, Thomas O. and Fenna, Alan, *Comparative Federalism: A Systematic Inquiry*, p. 24 (University of Toronto, 2015).

de asignación, por lo tanto, en general, es mejor determinada por la Constitución del Estado federal. Sea como fuere, dado que las circunstancias se muestran a menudo cambiantes, es lógico, el foro más (o nivel de decisión) apto para resolver problemas comunes también puede estar sometido a cambios. En resumidas cuentas, las democracias federales, por lo general, no parecen haber concebido ningún método particularmente efectivo o sistemático que permita adaptar la asignación constitucional de problemas a un foro u otro. Como resultado de ello, las discordancias entre los problemas y los foros a los cuales éstos son asignados, en definitiva, parecen estar condenadas a ser resueltas en el escarpado terreno de la política constitucional, lugar éste donde las soluciones sólidas y duraderas que la estabilidad del Estado requieren no parecen fluir con naturalidad.

La presente argumentación se desarrolla de la siguiente manera: la parte 1 explora las distintas raíces de la democracia y el federalismo. Aludiendo a su inconmensurabilidad fundamental, la parte 2 examina las bases y métodos conceptuales de la democracia y el federalismo. La parte 3 analiza cómo estas contradicciones internas crean costos en forma de “enredos operativos” que afectan la eficacia de ambos sistemas. La parte 4 ofrece una explicación de diseño constitucional híbrido para ayudar a explicar por qué la democracia federal ha probado ser una forma de gobierno exitosa a pesar de estas contradicciones internas y más allá de los citados impedimentos operativos. La parte 5 evalúa esta explicación a la luz de algunas características y actividades específicas de los Estados federales, concluyendo que tal entendimiento no logra echar luz sobre el misterioso éxito de la democracia federal, sino que, por el contrario, apenas si permita redefinir el misterio sobre cómo ha sido posible que los Estados federales hayan podido sobrevivir en el tiempo.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Tanto el federalismo como la democracia tienen raíces antiguas. De todos modos, con el propósito de resolver problemas diferentes, ambos aparecieron en la escena histórica en circunstancias distintas. Dicho de manera simple, la diferencia se resume en lo siguiente: el federalismo apareció como forma de organización de grupos autónomos, mientras que la democracia surgió a manera de organización pública para individuos autónomos.

Generalmente se dice que las raíces del federalismo moderno se asientan en antiguas alianzas y ligas. Entre las primeras expresiones de una forma de organización de corte federal, los expertos en federalismo re-

conocen, por ejemplo, la Liga Amfitiónica y la Liga Aquea de la antigua Grecia; las Doce Tribus del Israel bíblico; la Confederación de los aborígenes iroqueses, y las alianzas de las tribus beduinas.⁴ Éstas eran alianzas laxas que, en general, tenían un solo propósito. Eran alianzas formadas con objetivos militares, y en algunos casos, con propósitos económicos o religiosos. La acción conjunta requería por lo tanto un acuerdo mutuo de sus miembros.

Hacia el final de la Edad Media, aparecieron otras formas de organización en cierto modo más elaboradas. Tratábase de organizaciones que asumían un amplio ámbito de cooperación y delegación de algunas funciones, como la defensa, la recaudación de ingresos públicos; con algunas formas de gastos que denotaban la existencia de un gobierno central rudimentario. Los expertos reputan como tales organizaciones a confederaciones, entre las que suelen incluir por caso a la Liga Lombarda, la Liga Hanseática, la Confederación Suiza, las Provincias Unidas de los Países Bajos, y a los Estados Unidos bajo los Artículos de la Confederación.⁵ Independientemente de la forma, sin embargo, la característica común de estas primeras confederaciones es que refieren a organizaciones compuestas de Estados o comunidades independientes y autónomas. No importan individuos, razón por la cual su existencia se justifica en aras de objetivos comunes de los grupos integrados.

A contramano de ello, la democracia siempre se ha caracterizado por el modo en que los individuos se relacionan con el Estado. Las concepciones antiguas de democracia se asientan en nociones de ciudadanía elaboradas en función de la organización política del Estado. Como escribió Aristóteles: ser ciudadanos es compartir un Estado.⁶ La clave, por lo tanto, es la noción de organización política del Estado, y así, las organizaciones profederales no fueron entendidas como tales. De tal suerte, al no contar con ciudadanos, la idea de democracia se volvió irrelevante. Luego, al desconocer el concepto de ciudadanía, tal como sucede hoy con la NATO o el NAFTA, no nos molestamos en preguntar si las antiguas alianzas militares

⁴ Palermo, Franceso and Kössler, Karl, *Comparative Federalism: Constitutional Arrangements and Case Law* (Hart Publishing, 2017); Watts, Ronald L., *Comparing Federal Systems* 3 (Institute of Intergovernmental Relations, 2008); Davis, S. Rufus, *The Federal Principle: A Journey through Time in Quest of a Meaning* (University of California Press, 1978).

⁵ Davis, S. Rufus, *The Federal Principle: A Journey through Time in Quest of a Meaning* (University of California Press, 1978); Palermo, Franceso and Kössler, Karl, *Comparative Federalism: Constitutional Arrangements and Case Law* (Hart Publishing, 2017); Watts, Ronald L., *Comparing Federal Systems*, p. 3 (Institute of Intergovernmental Relations, 2008).

⁶ Aristotle, *The Politics*, bk. II, ch. 1 (Ernest Barker, ed. & trans. 1978).

o si las ligas comerciales fueron democráticas. El concepto simplemente no es aplicable.

Aunque las concepciones de democracia han evolucionado considerablemente desde los tiempos antiguos y medievales, las concepciones de democracia que siguieron al ‘iluminismo’ no han alterado la noción fundamental de la democracia. Esa noción se sostiene sobre la relación directa entre los ciudadanos y el Estado. La teoría del contrato social, en particular, trata a todos los gobiernos como la creación razonada y decidida de una sociedad civil que es, en sí misma, una asociación voluntaria donde individuos libres e iguales se reúnen con el propósito de dar existencia al Estado.⁷

Lejos de rechazar el unitarismo estatal, los conceptos de democracia del iluminismo emergieron como una resistencia ideológica a una forma particular de unitarismo: la autocracia. El objetivo político y conceptual de la teoría política del iluminismo, entonces, no era cuestionar al unitarismo, sino simplemente sustituir un soberano absoluto (real o divino) por la soberanía *popular*. Conceptualmente, de tal suerte, la democracia se desarrolló como respuesta a esos esfuerzos: no por oponerse al unitarismo, sino por refundarlo.

El federalismo y la democracia se fusionaron en circunstancias inusuales en Estados Unidos a fines del siglo diecinueve. Ninguno de los dos despertaba gran entusiasmo entre los fundadores. La Confederación había sido menoscabada por la pobre actuación de Estados Unidos bajo los artículos de la Confederación. Esta circunstancia, en rigor de verdad, fue lo que llevó a muchos fundadores a presionar para lograr un Estado considerablemente más centralizado.⁸ Los fundadores, por otro lado, tampoco tenían estima por la democracia. Siguiendo la enseñanza de los antiguos, interpretaban que ella permitía una suerte de gobierno del populacho. Madison notaba que las democracias eran proclives a inclinarse sobre la pasión, y podían caer en la tiranía de la mayoría. Madison llamaba a esto espectáculos de “turbulencia y contienda” incompatibles con garantías a la seguridad personal.⁹ Con todo, los redactores de la Constitución acordaron sobre bases pragmáticas que alguna forma de organización federal era indispensable para asegurarse el acuerdo de todas las antiguas colonias.

⁷ Por ejemplo, véase Locke, John, *The Second Treatise of Government* 4, pp. 87 y 89 (Thomas P. Peardon (ed.), Bobbs-Merrill 1952) (1690); Hobbes, Thomas, *Leviathan*, ch. 1:13 (Bobbs-Merrill 1958) (1651).

⁸ Entre los principales propulsores de este punto de vista estaban los tres autores de *The Federalist Papers*, James Madison, Alexander Hamilton, y John Jay, conocidos colectivamente como Publius.

⁹ *The Federalist*, núm. 10 (Madison).

En miras de la ratificación popular de la Constitución propuesta, se tornaba imprescindible atender a algún grado de voz popular al interior del gobierno propuesto y del nuevo Estado en ciernes.

Al momento de la fundación de Estados Unidos, democracia y federalismo no presentaban ninguna incompatibilidad ostensible. En su forma primitiva, lo que hoy llamamos democracia significaba solamente soberanía popular, algo así como el gobierno del pueblo por medio de la delegación del poder a agentes debidamente elegidos.¹⁰ La soberanía popular, por lo tanto, era compatible con cualquier forma de gobierno, incluyendo la monarquía, siempre que el pueblo lo deseara, claro está. Locke, después de todo, desarrolló su teoría para justificar la monarquía constitucional, mientras que, para Hobbes, la soberanía popular sólo podía dar fundamento a la monarquía absoluta. En este tiempo, la democracia era vista bajo un manto de sospecha por parte de las elites establecidas. En Estados Unidos, cualquier tufillo a democracia en la primera estructura constitucional tuvo que ser moderado en gran medida por medio del diseño institucional. Publius, de hecho, se jactaba de la absoluta exclusión del pueblo en su capacidad colectiva respecto a participar dentro del gobierno.¹¹ Esta exclusión se consolidó por medio de acuerdos institucionales, como el Colegio Electoral,¹² que vino a secuestrar la elección del presidente del *demos* para dejarla en las manos de elites virtuosas y sabias.¹³ Lo mismo sucedió con la elección indirecta de los senadores a través de designación hecha por parte de las legislaturas estatales.¹⁴ De modo que, después de las primeras palabras de la Constitución con la fórmula “Nosotros el Pueblo”, la organización política nacional no tuvo ninguna otra irrupción en esa capacidad en la escena política. Las instituciones constitucionales fracturaron la organización política por medio del Estado, y después de 1842, la ley federal se dividió aún más por medio de distritos electorales congresionales.¹⁵ Hasta el presente, no existe en Estados Unidos un instrumento de gobierno capaz de habilitar la consulta o de agregar directamente la voluntad única del orden

¹⁰ Declaración de la Independencia (U. S. 1776), § 2.

¹¹ *The Federalist*, núm. 63 (Hamilton or Madison).

¹² Constitución EEUU, artículo II, 1.

¹³ *The Federalist*, núm. 68 (Hamilton).

¹⁴ Constitución EEUU, artículo I, 3.

¹⁵ Acta de Distribución de 1842, 5 Stat. 491 (1842). Ackerman ha aseverado que el sistema gubernamental nacional todavía opera subrepticamente e impone su voluntad sobre el contenido de la Constitución por medios informales. Bruce Ackerman, *We the People* (Foundations 1991).

político nacional gubernamental de Estados Unidos. No hay un vehículo para celebrar un referéndum a nivel nacional.

Si la democracia y el federalismo comenzaron como formas compatibles para la organización estatal, la evolución en las concepciones públicas de la democracia hizo que luego se separaran. En Estados Unidos, después de la Revolución, las ideas públicas sobre la democracia evolucionaron con rapidez, especialmente durante el periodo de Jackson de las décadas de 1820 y 1830. Durante este lapso, la democracia comenzó a asociarse más y más en el imaginario público con el plebiscitarianismo. Vale decir, se la asoció con el control directo del electorado sobre la identidad de los líderes; con el dominio sobre el contenido de las políticas públicas, sin que hubiera mediación alguna de parte de elites o de instituciones que sustituyera el juicio original del pueblo.¹⁶ La contribución más importante de Andrew Jackson a la comprensión pública del gobierno de Estados Unidos tuvo que ver con el anuncio de una doctrina singular. Ésta sostenía que el presidente de Estados Unidos, en virtud de ser el único funcionario del gobierno elegido por toda la nación, representa y, en efecto, encarna físicamente, la totalidad del sistema de gobierno nacional.¹⁷

Esta evolución en las ideas, prontamente, produjo una considerable tensión entre las pertinentes concepciones públicas de autogobierno popular y la estructura heredada de las instituciones de gobierno estadounidenses. Esta tensión, en cierta medida, se vio luego aliviada por cambios sustanciales en las instituciones gubernamentales, que se vieron plenamente alineadas con el crecimiento de demandas a favor de la democracia plebiscitaria. A nivel nacional, al Colegio Electoral se le descartó en un principio en favor de un sistema pensado para imitar de la mejor manera posible la elección directa, plebiscitaria del presidente.¹⁸ A partir de 1917, la Constitución había sido enmendada para permitir la elección popular directa de los senadores.¹⁹ A nivel subnacional, por otro lado, el número de funcionarios electivos se multiplicó rápidamente. Este crecimiento incluyó la elección de jueces, sin soslayar la irrupción de institutos de democracia semidirecta en

¹⁶ Wood, Gordon S., *The Radicalism of the American Revolution* (Vintage 1992); Morone, James A., *The Democratic Wish: Popular Participation and the Limits of American Government* (Yale University Press rev. ed. 1998); Wiebe, Robert H., *Self-Rule: A Cultural History of American Democracy* (University of Chicago Press 1995).

¹⁷ Dahl, Robert A., *Myth of the Presidential Mandate*, *Political Science Quarterly*, vol. 105(3), pp. 355-372 (1990).

¹⁸ Diamond, Martin, *The Electoral College and the American Idea of Democracy* (AEI Press 1977).

¹⁹ Constitución EEUU, enmienda XVII.

una gran variedad de formas. Así, se puede notar la aparición de referendums locales sobre impuestos y sobre medidas financieras, sin dejar de lado la habilitación de legislación popular directa y la posibilidad de enmiendas constitucionales subnacionales.

A medida que el federalismo fue considerado un obstáculo para la evolución de nociones plebiscitarias de democracia, lo cierto es que las concepciones públicas acerca de la correcta distribución del poder del Estado también fueron susceptibles de cambios. En este punto, la guerra civil en Estados Unidos marcó un importante punto de inflexión. Para sostener el apoyo popular del Norte a una intervención militar centralizada, los formadores de opinión empezaron a difundir, por primera vez, con mucho énfasis, la idea de que Estados Unidos era una nación unificada,²⁰ una nación con un *demos* nacional irrompible.²¹ La exitosa prosecución de la guerra civil por parte del gobierno nacional, junto con la promulgación de las enmiendas de reconstrucción de la Constitución de Estados Unidos,²² robustecieron las concepciones públicas acerca de las apropiadas funciones del gobierno nacional. Éstas remarcaron la pertinencia, y aun la necesidad, de que hubiera políticas nacionales uniformes en algunos territorios. En cambio, al otro lado de la frontera norte del país, en Canadá, el federalismo estadounidense fue estigmatizado como un factor negativo que contribuyó a la guerra. A partir de 1867, este entendimiento hizo que los canadienses diseñaran para sí mismos una federación mucho más centralizada. De todos modos, a pesar de ello, la verdad es que en definitiva el federalismo canadiense evolucionó precisamente en la dirección opuesta.²³ En el siglo veinte, el éxito del gobierno nacional de Estados Unidos es notorio luego de su participación en las dos guerras mundiales. Ello permitió sacar a la nación de la Gran Depresión, y, eventualmente, el movimiento de los derechos humanos protegido a nivel federal fue responsable de tomar medidas decisivas en contra de la segregación racial. En este proceso, la reputación del federalismo se vio deteriorada, en tanto el mismo implicaba una rémora para un gobierno efectivo y racional. Hacia la mitad del siglo veinte, intelectuales importantes como

²⁰ Nagel, Paul C., *One Nation Indivisible: The Union in American Thought 1776-1861* (Oxford University Press 1964); Stampp, Kenneth M., "The Concept of a Perpetual Union", *Journal of American History*, vol. 65(1): pp. 5-33 (1978).

²¹ *Texas v. White*, 74 U.S. 700 (1869).

²² Estas son las enmiendas número trece, catorce y quince de la Constitución de los EEUU.

²³ McWhinney, Edward, *Comparative Federalism: States' Rights and National Power*, p. 16 (University of Toronto Press 1962); Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5.3(a), (b), (c) (Thomson Carswell 2007).

Harold Laski y William Riker, habían condenado al federalismo como una noción institucionalmente obsoleta y políticamente regresiva.²⁴

II. CONFLICTOS CONCEPTUALES Y METODOLÓGICOS

En un lugar aparte de su evolución histórica, las nociones modernas de federalismo y democracia se encuentran en severo desacuerdo. Ello es así tanto conceptual como metodológicamente.

En primer lugar, la democracia y el federalismo difieren en el respectivo orden de sus justificaciones. La democracia se basa en el principio de que la mayoría de los ciudadanos están habilitados para gobernar, es decir, para determinar las políticas bajo las cuales vivirá el *demos*. El federalismo, por el contrario, niega que una mayoría deba gobernar, y debilita esa posibilidad al negar a las mayorías nacionales la autoridad para adoptar e imponer políticas a lo largo de la nación, al menos en algunos dominios de la vida pública, y a menudo en muchos de los aludidos dominios.²⁵ Las únicas ocasiones en las cuales estos dos órdenes de justificaciones convergen es cuando el consenso popular es tan extendido que el principio de la mayoría no opera significativamente.

En segundo lugar, la democracia y el federalismo se asientan en concepciones de igualdad que se manifiestan en conflicto. La democracia se basa en un principio de igualdad de los ciudadanos vistos individualmente. El federalismo se basa en un principio de igualdad de grupos, en particular, de las comunidades territoriales. Estas dos formas de igualdad son incompatibles en todas las circunstancias, a excepción de las más inusuales, según lo observaba el teórico político estadounidense Robert Dahl. En general, a menos que todas las organizaciones tuvieran un mismo número de integrantes, la igualdad entre todas las organizaciones impide aplicar el principio de la igualdad de voto a los individuos. Dado que para él este era una exigencia ineludible en los sistemas federales, ello no podía ser de otro modo.²⁶ En efecto, el federalismo produce a menudo distribuciones de poder y de influencia, que causan violaciones ofensivas de la concepción de igualdad de la ciudadanía nacional. Esto ocurre más comúnmente con las desigual-

²⁴ Laski, Harold *The Obsolescence of Federalism* (Palgrave MacMillan 1939); Riker, William, *Federalism: Origin, Operation, Significance*, p. 155 (Little, Brown and Company 1964).

²⁵ Vile, M. J. C., *The Structure of American Federalism*, p. 30 (Oxford University Press 1961); Dahl, Robert A., *Democracy and its Critics*, pp. 197-204 (Yale University Press 1989).

²⁶ Dahl, Robert A., *Dilemmas of Pluralist Democracy: Autonomy vs. Control*, p. 83 (Yale University Press 1982).

dades de representación en la legislatura nacional, especialmente —aunque no exclusivamente— en una segunda cámara o senado, institución ésta que se la entiende como característica de las verdaderas federaciones.²⁷ Estas desigualdades en la población pueden ser serias: en la legislatura nacional de Brasil, por ejemplo, el compromiso con el principio de igualdad regional produce disparidades de población entre las regiones que llegan hasta 140 o 150 a uno, en Argentina, hasta 85-1, y en Estados Unidos hasta 66-1.²⁸

En tercer lugar, la democracia y el federalismo difieren en la relación que establecen entre los ciudadanos y el Estado. La democracia crea una relación directa entre los ciudadanos y un gobierno; el gobierno del Estado al cual ellos pertenecen, en palabras de Jefferson. Se trata, entonces, del derecho del pueblo a instituir su gobierno, fundándolo en tales principios. Se trata del derecho del pueblo a organizar sus poderes de la manera que ellos entiendan es la mejor para realizar la seguridad y la felicidad comunes.²⁹ En consecuencia, el vínculo creado entre el pueblo y su gobierno constituye la ruta principal por la cual los ciudadanos influyen en la conducta del Estado.³⁰

En gran medida, el federalismo complica esta relación. Lo hace de la manera más obvia, al establecer relaciones directas entre los ciudadanos y dos Estados: uno nacional y otro subnacional. Esta circunstancia crea un conflicto inmediato, extraño y a veces misterioso respecto a las exigencias de lealtad al ciudadano, que, según Rousseau, está negando la *bona fides* democrática del gobierno nacional. De acuerdo con este punto de vista, la voluntad de estas sociedades particulares (subnacionales) siempre exhiben dos aspectos: en lo que atañe a los miembros de la asociación, trátase de una voluntad general; pero en lo que respecta a la sociedad más grande, es una una voluntad particular. Lo cierto es que usualmente sólo se encuentra esta voluntad en el primer caso, mientras que asoma viciada en el segundo.³¹ Es decir, la volun-

²⁷ Por ejemplo, véase Davis, Rufus, *The Federal Principle: A Journey through Time in Quest of a Meaning*, p. 142 (University of California Press, 1978); Watts, Ronald L., *Comparing Federal Systems*, p. 9 (Institute of Intergovernmental Relations, 2008). Otros, sin embargo, niegan cualquier asociación necesaria entre el federalismo y el bicameralismo. Véase, por ejemplo, King, Preston, *Federalism and Federation*, p. 95 (Johns Hopkins University Press 1982); Duchacek, Ivo D., *Comparative Federalism: The Territorial Dimension of Politics*, pp. 202, 207, 244-252 (Holt, Rinehart and Winston 1970).

²⁸ Stepan, Alfred, “Federalism and Democracy: Beyond the U. S. model”, *Journal of Democracy* 10 (4), pp. 24-27 (1999).

²⁹ Declaration of Independence (U. S. 1776), § 2.

³⁰ Downs, Anthony, *An Economic Theory of Democracy* (Harper and Row 1957).

³¹ Rousseau, Jean-Jacques, *Discours sur l'économie politique*, p. 10 (1755), disponible en: http://classiques.uqac.ca/classiques/Rousseau_jj/discours_economie_politique/discours_eco_pol.pdf (tra-

tad democrática en Estados divididos opera como una adecuada voluntad, democráticamente legítima. Esto es, la misma funciona como la voluntad general respecto a las unidades menores, aunque de todos modos es también una voluntad particular, instrumental; una voluntad en efecto viciada respecto de la sociedad más grande. En este sentido, la misma está mancillando la legitimidad democrática.

Aun dejando de lado esta dificultad teórica, lo cierto es que el federalismo también complica la relación entre el ciudadano y el Estado en términos prácticos. Específicamente, ello sucede al estar creando una relación directa entre los ciudadanos y las unidades subnacionales. A partir de esta instancia, el federalismo propone una relación adicional indirecta entre los ciudadanos y el gobierno nacional. En los sistemas federales, una de las misiones principales de los gobiernos subnacionales es hacer avanzar los intereses de sus ciudadanos en los ámbitos donde las políticas nacionales son concebidas.³² Vale decir, el gobierno subnacional viene muy a menudo a comportarse como intermediario de las relaciones con el Estado central, tal cual lo había anticipado Rousseau, en el sentido de que, al defender los intereses de sus propios ciudadanos en los diversos foros nacionales, potencialmente, puede estar conspirando contra los intereses del sistema político superior.³³ Los vínculos de tal suerte establecidos —entre el gobierno nacional y los subnacionales—, no resultan mecánicos ni pueden estar sujetos a reglas fijas. Por el contrario, son indeterminados, a menudo fluctuantes, y por lo general operan a través de medios diplomáticos o políticos. En rigor de verdad, las relaciones transparentes o fijadas constitucionalmente no siempre dominan estos vínculos.³⁴ Luego, los ciudadanos cuentan de manera simultánea con dos avenidas muy diferentes por las cuales pueden llegar a influenciar al gobierno nacional: una directa, plebiscitaria, sujeta a reglas de procedimientos democráticos predecibles y transparentes, y otra indirecta, mayormente diplomática, que opera de manera opaca e impredecible. Esta última relación es altamente antidemocrática.

ducción propia). En el original: “A la volonté de ces sociétés particulières a toujours deux relations; pour les membres de l’association, c’est une volonté générale; pour la grande société, c’est une volonté particulière, qui très souvent se trouve droite au premier regard, et vicieuse au second”.

³² Gardner, James A., *Interpreting State Constitutions: A Jurisprudence of Function in a Federal System*, pp. 88-98 (University of Chicago Press 1995).

³³ Poirier, Johanne, Saunders, Cheryl and Kincaid, John (eds.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems: Comparative Structures and Dynamics* (Oxford University Press 2015).

³⁴ Simeon, Richard, *Federal-Provincial Diplomacy: The Making of Recent Policy in Canada* (University of Toronto Press 1972).

En cuarto lugar, la democracia y el federalismo difieren en los métodos por medio de los cuales persiguen sus respectivos objetivos. El poder se distribuye de manera diferente en los dos sistemas: la democracia empodera a las mayorías; el federalismo empodera a las minorías (definidas territorialmente). La democracia fabrica la unidad a partir de la diversidad; no llega a acuerdos con la diversidad, sino que intenta eliminarla o, al menos, intenta hacer que los efectos de ella sean irrelevantes para la toma de decisiones. Como observó astutamente el sociólogo de vanguardia alemán Georg Simmel, en la democracia mayoritaria, la voz de la mayoría [no es] la voz del mayor poder dentro del grupo. Se trata más bien de una señal indicativa de una voluntad homogénea dentro del grupo que ha tomado una decisión a favor de ese lado. Todo conflicto entre la voluntad de la mayoría y la de la minoría se resuelve asumiendo que la mayoría sabe o representa mejor esta voluntad que la minoría. Ahora bien, la minoría, por principio, no queda excluida, sino que se está incluida mientras la mayoría actúa, no sólo en nombre de su propio poder mayor, sino que lo hace en nombre de la unidad y sobre una totalidad ideal. Sólo en este sentido —hablando a través de la voz de la mayoría— es que la minoría acepta subordinarse.³⁵

El federalismo, por el contrario, es en sí mismo un arreglo entre la unidad y la diversidad. Trátase de un acuerdo que deja a la diversidad relativamente intacta *después* de que sea ha decidido un curso de acción. La democracia, por lo tanto, resuelve las disputas. El federalismo, mientras tanto, deja abiertas y sin resolución tales disputas. La democracia hace esto posible a través de un ejercicio crudo del poder de los números. El federalismo, a contramano, ha sido diseñado para evitar la dominación a través de ese crudo ejercicio del poder. El federalismo necesita diplomacia; la democracia sólo necesita los números convenientes.

Además, en ambos sistemas, el principal sitio de resolución de conflictos es distinto. Para la democracia, el lugar de resolución de conflictos es la legislatura elegida democráticamente. La diversidad de opinión se ve reflejada en los acuerdos de los representantes electos, quienes están llamados a resolver sus diferencias a través de la deliberación y las negociaciones. Para el federalismo, en cambio, los conflictos se resuelven en la esfera de la disputa intergubernamental. Vale decir, para el federalismo cada nivel de gobierno puede promover sus intereses de todas las maneras posibles. Ésta es la razón por la cual los conflictos en este nivel son resueltos por medio de la

³⁵ Simmel, Georg, *The Phenomenon of Outvoting* (1917).

diplomacia intergubernamental.³⁶ Reglas claras y bien establecidas, por lo tanto, guían la resolución del desacuerdo en la legislatura. En la esfera del conflicto intergubernamental, en cambio, no hay reglas de decisión claras y concluyentes por las cuales es posible reconocer una manera confiable de resolución de conflictos. En la democracia, de manera sistemática, las preferencias de políticas públicas se proyectan a nivel nacional sumando las preferencias individuales.³⁷ Lejos de ello, en el federalismo, las preferencias de políticas públicas a nivel nacional están proyectadas de manera oportunista por medio de la negociación y la disputa.³⁸ Los contenidos, luego, se nos presentan, de tal suerte, muy diferentes.

Finalmente, la democracia y el federalismo mantienen sus diferencias por sus resultados. En un sistema democrático, las mayorías nacionales controlan las políticas nacionales. Bajo el federalismo, eso sólo es cierto cuando las mayorías subnacionales se alinean con aquellas nacionales. En otras palabras, ello sucede sólo cuando las estructuras federales no interfieren con el plebiscitarianismo nacional. Como lo ha remarcado Stepan, la democracia es habilitante del *demos*, mientras que el federalismo es limitante del *demos*.³⁹ En los Estados federales, entonces, las segundas cámaras de representación subnacional obligan a las mayorías nacionales a postergar sus respectivos principios y preferencias. El grado de acuerdo, de tal suerte, se ve exacerbado tanto en función de la desigualdad poblacional como por el alcance de los poderes formales asignados a la segunda cámara. Por ejemplo, el senado de Estados Unidos es altamente limitante del *demos*. En efecto, claramente el poder de bloqueo es imperturbable aun en los casos de un abrumador apoyo mayoritario concentrado en la cámara baja. Como ejemplo contrario, cabe notar el caso del Concejo Federal austriaco, donde sólo existe la posibilidad de un “veto suspensivo”. Esto es, en este modelo el senado tiene un poder considerablemente menor, que apenas le permite limitar temporalmente la implementación de las preferencias de políticas de las mayorías nacionales.

³⁶ Simeon, Richard, *Federal-Provincial Diplomacy: The Making of Recent Policy in Canada* (University of Toronto Press 1972); Gardner, James A., *Interpreting State Constitutions* (University of Chicago Press 2005); Gardner, James A. and Abad i Ninet, Antoni, “Sustainable Decentralization: Power, Extraconstitutional Influence, and Subnational Symmetry in the United States and Spain”, *The American Journal of Comparative Law* 59 (2), p. 491 (2011).

³⁷ Shapiro, Ian, *The State of Democratic Theory* (Princeton University Press 2003).

³⁸ Gardner, James A. and Abad i Ninet, Antoni, “Sustainable Decentralization: Power, Extraconstitutional Influence, and Subnational Symmetry in the United States and Spain”, *The American Journal of Comparative Law* 59 (2), p. 491 (2011); Gardner, James A., “Canadian Federalism in Design and Practice: The Mechanics of a Permanently Provisional Constitution”, *9 Perspectives on Federalism*, núm. 3 (2017).

³⁹ Stepan, Alfred, *Arguing Comparative Politics*, pp. 333-337 (Oxford University Press 2001).

La asignación constitucional de competencias a unidades subnacionales en las federaciones, por otro lado, es también otro modo de limitar la aptitud de las mayorías nacionales para decidir las políticas nacionales. Cuando ciertas competencias están alojadas a nivel subnacional, es evidente que la ley y las políticas en sus dominios relevantes dejarán de ser uniformes. Una unidad hecha con retazos.⁴⁰

Por las mencionadas razones es que se piensa que el federalismo está en tensión con la democracia, entendida como una forma de plebiscitarianismo.⁴¹ En efecto, mucho de la teoría democrática moderna, especialmente la teoría generada por la ciencia política empírica, ha arraigado la sospecha sobre *todas* las estructuras institucionales que pueden obstaculizar el autogobierno plebiscitario.⁴² Esta desconfianza alcanza no sólo al federalismo, sino que impacta también a la separación horizontal de poderes. Más aún, ésta se da sobre las reglas tradicionales que gobiernan la antigüedad legislativa, sobre las reglas que regulan los límites de permanencia en los cargos. Asimismo, impactan sobre la disparidad poblacional, entre otros factores. La democracia plebiscitaria, en resumidas cuentas, es el fundamento de un concepto totalizante. Tal noción trae consigo un *telos*, que sólo puede ser realizado cuando un crudo mayoritarismo gobierna sin impedimentos.

El federalismo y la democracia, en consecuencia, son dos formas sociopolíticas de resolución de conflictos diferentes entre sí. Ambas se asientan en principios contrarios; proponen justificaciones diversas y se valen de métodos dramáticamente antagónicos.

III. ENREDOS OPERACIONALES

La incompatibilidad de la democracia y el federalismo no limita al ámbito conceptual. Está lejos de toda obviedad que la introducción de dos mecanismos inconmensurables dentro de la misma máquina pueda permitir el funcionamiento correcto de ambos. De hecho, la evidencia sugiere que la

⁴⁰ O al menos puede ser. En la práctica, fuerzas sociales y políticas poderosas con frecuencia inducen un proceso de isoformismo institucional. Véase Gardner, James A., "Autonomy and Isomorphism: The Unfulfilled Promise of Structural Autonomy in American State Constitutions", 60 *Wayne Law Review* 31 (2014).

⁴¹ Dahl, Robert A., *Dilemmas of Pluralist Democracy: Autonomy vs. Control*, p. 83 (Yale University Press 1982); Vile, M. J. C., *The Structure of American Federalism*, p. 29 (Oxford University Press 1961).

⁴² Sabl, Andrew, "The Two Cultures of Democratic Theory: Responsiveness, Democratic Quality, and the Empirical-Normative Divide", *Perspectives on Politics*, vol. 13(2), p. 345.

democracia y el federalismo interactúan entre sí de manera que la efectividad de cada uno parece dañar al otro. En particular, el federalismo tiende a distorsionar la toma de decisiones democráticas, menoscabando la posibilidad de transmitir correctamente el sentimiento popular, y la democracia plebiscitaria, por otro lado, tiende a deslegitimar al federalismo, mancillando su utilidad.

La principal distorsión democrática que propicia el federalismo se expresa de dos maneras, operando sobre su propia complejidad. En primer lugar, la cruda complejidad del sistema puede dejar a los votantes confundidos acerca de las precisas responsabilidades de cada nivel de gobierno, y de cada uno de los funcionarios que sirven en esos gobiernos.⁴³ Es tarea esencial de la democracia poder someter a los gobernantes a la responsabilidad electoral.⁴⁴ Si el electorado está confundido acerca de quién merece ser premiado o castigado por los actos de gobierno que el mismo aprueba o desaprueba, las elecciones pierden su aptitud para servir como instrumentos de responsabilidad electoral.

En segundo lugar, la complejidad de la forma de Estado federal a menudo presenta el bien comprobado fenómeno de las elecciones de segundo orden.⁴⁵ Aludo con esta designación a aquellas elecciones en donde temas destacados de un nivel de gobierno pasan a permear y guiar las preferencias de voto en otro nivel. Esto ocurre con bastante frecuencia en elecciones a nivel subnacional. Por ejemplo, los votantes pueden abandonar a un gobernador (a nivel subnacional) o votar en contra del partido que controla una legislatura no porque estén descontentos con la actuación de aquellos funcionarios, sino que lo hacen porque están descontentos con la actuación del presidente o del primer ministro. A veces esta conducta resulta de la confusión de los votantes acerca de las competencias, responsabilidades o funciones de los distintos niveles de gobierno, aunque no siempre es así. A menudo, el mal uso deliberado e instrumental de los procesos democráti-

⁴³ El potencial para la confusión subyace la doctrina antirrequisante de la Suprema Corte de EEUU, que prohíbe al gobierno federal, dirigir acciones involuntarias de los gobiernos estatales. *New York vs. United States*, 505 U. S. 144 (1992); *Printz vs. United States*, 521 U. S. 898 (1997). Por supuesto, en las federaciones integradas, como Alemania y Austria, donde los gobiernos subnacionales implementan políticas creadas a nivel nacional, no se cree que esta clase de enredos, entre otros de gobierno, creen ninguna clase de confusión inapropiada.

⁴⁴ Schumpeter, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy* (Harper Perennial Modern Classics, 3a. ed., 1950).

⁴⁵ Schleicher, David, "Federalism and State Democracy", 95 *Texas Law Review* 763 (2017). Véase también, Gardner, James A., "The Myth of State Autonomy: Federalism, Political Parties, and the National Colonization of State Politics", 29 *Journal of Law and Politics* 1 (2013).

cos en un nivel es precipitado intencionalmente, con el propósito de enviar un mensaje elíptico a los funcionarios en un nivel distinto.⁴⁶ Tal conducta no sólo mina los mecanismos electorales de la democracia para adjudicar responsabilidades a los funcionarios por lo que efectivamente hicieron. La verdad es que, al distorsionar la estructura de incentivos dispuestos para los funcionarios, tal circunstancia interfiere también con el normal funcionamiento del gobierno.

Si el federalismo y la democracia interactúan debilitando la democracia, es pleno que ambos pueden intercatuar también debilitando al federalismo. Más notoriamente, el desalojo de concepciones más antiguas y flexibles de la democracia por otras más modernas y plebiscitarias ha venido debilitando y dañando la legitimidad del federalismo. A diferencia de sus predecesores, la consideración plebiscitaria de la democracia propone no sólo que el pueblo debe tener los líderes que desea, sino que el contenido de las políticas públicas debe estar lo más posible alineado con la suma de las preferencias que exprese el electorado.⁴⁷ Naturalmente, entonces, las características institucionales que producen esta consonancia son reputadas como deseables, mientras que aquellas que impiden tal concordancia son entendidas como defectos estructurales. El federalismo, luego, está dentro de esta última categoría. En efecto, éste divide al electorado; reconstruye las preferencias de política nacional por medio de unidades subnacionales (no lo hace en forma directa, “nacionalmente”), y distorsiona la traducción de las políticas públicas en función de las preferencias de los votantes recreadas por el Poder Legislativo nacional. Cuando un senado en un estado federal

⁴⁶ A veces, aun las elecciones *locales* pueden tratarse como un referéndum sobre la política nacional. Véase, por ejemplo, Foderaro, Lisa W., “In New York Suburbs, Democrats Flip Two County Executive Seats”, *New York Times*, Nov. 8, 2017 (“Los demócratas en los condados de Westchester y Nassau se aseguraron victorias el martes, en carreras disputadas amargamente para ejecutivos del condado, disputas que fueron vistas por algunos como referéndums suburbanos sobre la presidencia de Donald J. Trump”).

⁴⁷ Sabl, Andrew, “The Two Cultures of Democratic Theory”, *Perspectives on Politics*, p. 13 (2) (2015). Véanse ejemplos en Downs, Anthony, “An Economic Theory of Democracy”, *Journal of Political Economy*, p. 65 (2) (1957); Stephanopoulos, Nicholas “Elections and Alignment”, p. 114, *Columbia Law Review* 283 (2014). Un ejemplo fascinante de este fenómeno es Lax, Jeffrey R. and Phillips, Justin H., “The Democratic Deficit in the States”, *American Journal of Political Science*, vol. 56(1), pp. 148-166 (2012). En este artículo, muy alabado por los especialistas en ciencias políticas, los autores revelan lo que ellos consideran claramente un déficit democrático llamativo, basándose en sus descubrimientos de que la política es congruente con la voluntad de la mayoría sólo la mitad de las veces. Al llegar a este juicio normativo, parecen ser completamente inconscientes de que la falta de alineamiento entre la voluntad de la mayoría y la política del gobierno podría ser la consecuencia deliberada de los acuerdos institucionales diseñados para moderar la fuerza del mayoritarismo institucional crudo.

bloquea la aprobación de políticas deseadas por la cámara baja, son inevitables y rutinarias las quejas en contra del federalismo. En algunos Estados federales, como Alemania y Austria, la sospecha pública en contra del federalismo suele verse desatada por la mera disparidad de políticas públicas no uniformes entre un *Land* que las adopta y otro que no lo hace.⁴⁸ Cabe asimismo notar que tal condición suele a menudo ser entendida como una muestra del éxito del sistema federal; no como un defecto.

Este tipo de escepticismo público en contra del federalismo puede repercutir en una falta de disposición de los funcionarios subnacionales para explotar los beneficios del sistema. El federalismo es más útil y goza de mejor justificación cuando el sistema permite que algunas minorías nacionales adopten las políticas que prefieren. Vale decir, cuando sabiendo que ciertas políticas públicas serían rechazadas a nivel nacional, tales políticas pueden ser de todos modos implementadas. Pero si a partir de una perspectiva plebiscitaria el federalismo es deslegitimado en la consideración pública como una negación de la democracia, los funcionarios subnacionales pueden restringir sus libertades y desperdiciar la oportunidad de satisfacer preferencias locales alternativas. Esto, claramente, disminuye las expectativas de satisfacción local al tiempo que estaría robusteciendo la crítica autosuficiente de los detractores del federalismo: si no se aprovechan las oportunidades que ofrece el federalismo para la satisfacción de preferencias locales, entonces, va de suyo, no hay razón suficiente que justifique la distorsión que provoca el federalismo alterando los procesos democráticos nacionales que ordenan las preferencias y las políticas públicas decididas a nivel nacional.

IV. DISEÑO CONSTITUCIONAL HÍBRIDO

A pesar del conjunto inconmensurable de estructuras de gobierno y de la interferencia de cada una de ellas con la eficacia del otro, la democracia federal se ha vuelto en nuestros tiempos, quizá, la forma más exitosa de gobierno libre en el mundo. ¿Por qué?

Ello es así hasta el punto de reputarse como formas de gobierno exitosas en el mundo moderno. De todos modos, la democracia y el federalismo

⁴⁸ Petersen, Thieß, Scheller, Henrik and Wintermann, Ole, “Public Attitudes Towards German Federalism: A Point of Departure for a Reform of German (Fiscal) Federalism? Differences between Public Opinion and the Political Debate”, *German Politics*, vol. 17(4), pp. 559-586 (2008); Bußjäger, Peter, “Federalism without Federal Values? Austrian Citizens: Attitudes towards Federalism and Their Effects on Political Culture”, *Federal Governance*, vol. 9(1), pp. 9-26 (2012).

tienen éxito por razones muy distintas. La democracia apela fuertemente a ideales profundos de igualdad individual y de autogobierno colectivo. La misma acompaña la intuición ampliamente compartida de que las mayorías tienen derecho a hacer lo que les place. Aunque, por otro lado, presupone y afirma también de manera performativa la identidad colectiva nacional de que la mayoría de los ciudadanos encuentran relevante para su propia autocomprensión. La democracia promueve la transformación satisfactoria de un inquietante desacuerdo y de una diversidad social en una placentera apariencia de unidad. La democracia, de tal suerte, al apelar a los ideales universales de autogobierno armonioso del pueblo, se nos revela como un instrumento exitoso.

El federalismo, por el contrario, resulta exitoso por razones muy distintas. El federalismo divide al sistema gubernamental nacional. Anticipa el conflicto de un modo particularmente inexplicable. Para apaciguar y contener el conflicto, entonces, nos proporciona un modo de reconocimiento a las minorías organizadas territorialmente de manera muy peculiar. El federalismo distingue identidades regionales. Y para hacerlo, les concede a tales minorías un cierto grado de autonomía y poder suficientes para gobernarse a sí mismas en dominios que son entendidos como importantes. El federalismo concede a las minorías regionales, herramientas variadas y a veces poderosas para influir en el desarrollo de políticas nacionales. El éxito del federalismo, por lo tanto, no se asienta sobre valores universales. El éxito del federalismo, en cambio, emerge a expensas de la unidad nacional; se consolida sobre la base de concesiones particulares y sobre el reconocimiento del derecho a ser diferente de algunos grupos. Es decir, el éxito es la resultante de concesiones cuya existencia refleja la compleja realidad y pluralidad de la vida pública en los Estados modernos.

¿Cómo es posible que estas dos fórmulas exitosas, mayormente inconmensurables, puedan convivir dentro de un único sistema? Es conveniente analizar el problema como propio del diseño constitucional. Para empezar: asumamos como premisa que un sistema político moderno de cualquier tamaño tiene la tendencia a albergar cierta heterogeneidad de opinión pública en su interior. Más allá de ello, aun cuando sea posible predecir con seguridad que ello va a ser así, que más tarde o más temprano la opinión política habrá de dividirse, es de todos modos difícil predecir con la misma certeza cuáles serán los problemas en concreto que precipitarán la división en la opinión; qué brechas sociales emergerán; sobre qué y con cuánta intensidad o ductilidad reinará el desacuerdo.

Esta incertidumbre aconseja incluir dentro de la estructura de gobierno más de un método de resolución de disputas. Probablemente varios. El fe-

deralismo resulta atractivo en estas circunstancias. Ello es evidente, en tanto éste se anticipa para que algunas de las disputas más fuertes y menos manejables puedan ser manejadas dentro de espacios regionales. En un mismo sentido, si los autores del diseño constitucional anticipan divisiones religiosas o tribales insondables, es posible que un tribunal religioso o tribal pueda ser erigido como un foro para contener y resolver las divergencias emergentes. Por otro lado, allí donde la división y el conflicto político no puedan verosimilmente anticiparse, o si ello fuera posible, pero aun así la intensidad y la persistencia de las disputas fueran bajas, el diseño constitucional podría lógicamente inclinarse a favor de procesos democráticos de resolución de conflictos. La democracia tiende a adaptarse y a resolver eficientemente las diferencias de baja o mediana intensidad. El toma y daca de la política democrática, además, permite que las minorías comprometidas con temas en particular puedan estar organizadas y luchar por sus propios objetivos, mientras que todos aquellos que no se encuentren atraídos con estos objetivos puedan de todos modos acompañar el proceso de toma de decisiones que haga la mayoría. Ciertamente, además, las minorías cuya militancia se concentra en un problema específico suelen ser efímeras. La verdad es que la atención y los deseos de estos colectivos tienden a aumentar o decrecer en la medida en que la agenda pública contextualmente acompañe la irrupción del problema.

Asimismo, cada foro de resolución de disputas tiene características que pueden hacerlo más apropiado para la resolución de algunas diferencias con relación a otros. En la democracia, las controversias se resuelven generalmente en una legislatura elegida democráticamente. Tales instituciones tienden a ser inclusivas, al menos cuando son relativamente representativas. Las legislaturas exhiben la tendencia a mostrarse públicas, formales, igualitarias, deliberativas, y por lo general son también transparentes. Se trata de una entidad que, atento tales características, está equipada para producir resultados con un alto grado de legitimidad. Por el contrario, la resolución de disputas en las federaciones, en general, tiende a resolverse dentro del ámbito de la contienda y la diplomacia intergubernamentales.⁴⁹ En términos generales, la diplomacia intergubernamental no suele ser inclusiva. Por el contrario, los procesos suelen ser más bien oscuros. Y ello es así porque ésta utiliza la negociación en vez de la deliberación. Sin embargo, en un contexto donde la igualdad de las regiones sea una nota evidente, estas cualidades pueden en algunas circunstancias permitirle alcanzar resultados

⁴⁹ Poirier, Johanne *et al.*, *Intergovernmental Relations in Federal Systems. Comparative Structures and Dynamics* (2015).

mejores, más satisfactorios sino más legítimos que los que se pudieran haber logrado a través de un procedimiento rígidamente mayoritario dentro de una estructura legislativa.

Una democracia federal, de tal manera, es una forma de organización gubernamental cuyo sistema está diseñado para anticiparse a un régimen ocasional de disputas de alta intensidad. Este diseño interpreta que tales disputas pueden resolverse por medio de líneas regionales en combinación con otro conjunto impredecible de disputas de variada intensidad, cuya solución le corresponde a otras líneas de división, que son más bien cambiantes y no permanentes. Visto desde esta perspectiva, la dualidad del sistema constituye una fortaleza, y no una debilidad. Por otro lado, cualquier interferencia de funcionamiento entre los dos subsistemas puede verse minimizado en tanto y en cuanto cada sistema está pensado para operar dentro de circunstancias claramente diferentes, en respuesta a la aparición de problemas sociales cuya naturaleza también es divergente.

En este sentido, en vez de negarse o confrontar la democracia y el federalismo en una democracia federal, bien pueden entrar en combinación para complementarse. A modo de analogía, piénsese en los nuevos automóviles híbridos, que pueden funcionar tanto con nafta como con electricidad. En un automóvil híbrido, cada sistema se activa sólo en aquellas circunstancias en las que es más eficiente; utiliza electricidad cuando está parado o empieza a funcionar, y utiliza combustible cuando va a velocidad crucero. Para resolver las inevitables disputas, de manera similar, una democracia federal con un diseño adecuado habrá de activar los mecanismos de la democracia o los mecanismos del federalismo en las circunstancias que permitan obtener las respuestas más apropiadas. La democracia federal, entonces, no es exitosa por apelar a universales ideales democráticos, ni lo es por el mero reconocimiento de las diferencias dentro de un sistema político que, de otra forma, parecería unificado; ella es exitosa porque combina ambas fortalezas, en distintos momentos, según lo requiera la ocasión.

V. ¿FUNCIONA LA HIBRIDACIÓN?

En pocas palabras, ése es el caso teórico. Pero ¿es exacta esta explicación? Según la hipótesis de diseño híbrido expuesta anteriormente: el valor del modelo dual para los ciudadanos, junto a la razón que induce a tolerar las contradicciones e ineficiencias internas antes descritas, está afincada en la capacidad con que cuenta el sistema para poder direccionar con éxito los

problemas que requieren resolución del foro de la democracia o del federalismo, según sea más conveniente. Pero ¿la democracia federal puede hacer esto? Y si así fuera, ¿cómo lo hace?

Claramente, una función central en este aspecto está dada por las Constituciones. La Constitución de cada federación contiene cláusulas que asignan algunas áreas competenciales al gobierno nacional, es decir, que algunos asuntos deben ser resueltos por las mayorías democráticas nacionales, mientras que otros deben serlo a nivel subnacional, donde domina el toma y daca de la política intergubernamental. Como hemos visto, en una democracia federal ninguno de ambos procesos opera de manera pura: los procesos democráticos nacionales están sujetos a muchos tipos de influencias subnacionales, y, por ello, suelen estar bajo la influencia de las minorías. Los procesos subnacionales de formación de políticas, asimismo, a menudo ejercen influencia sobre los intereses nacionales. Sin embargo, en un Estado que sea tanto federal como democrático, los dos métodos de resolución de disputas por definición deben de todos modos encontrarse claramente diferenciados según su naturaleza y funcionamiento para que cada uno —según su estructura y dinámica— pueda ser capaz de actuar alternativamente de modo dominante. De modo que la distribución constitucional de áreas de competencias a nivel nacional puede ser entendida como la decisión de diseño que persigue lograr la resolución de cierto rango de problemas por medio de procesos mayormente democráticos, mientras que la asignación de un área de competencias a nivel subnacional, a contramano de lo anterior, puede ser entendida como un modo de apartar cierto rango de problemas para incentivar procesos de decisión predominantemente subnacionales e intergubernamentales.

La dificultad que entraña esta explicación, sin embargo, es que dividir los problemas constitucionales entre ambos foros propone un conjunto de respuestas inherentemente inestables. En primer lugar, la prioridad política de los problemas en las diversas poblaciones varía en el tiempo. Noticias, nuevas circunstancias o el cambio dentro del contexto político y social pueden alterar de manera repentina e inesperada la atención de problemas que habían sido previamente asignados sin controversia a un foro u otro. Por ejemplo, en Estados Unidos, la regulación de las elecciones estatales y locales ha sido considerada, a lo largo de toda la historia de la nación, como un tema manejado a nivel subnacional dentro del dominio del federalismo.⁵⁰ Las revelaciones acerca de la interferencia de Rusia durante la elección de

⁵⁰ Ewald, Alec, *The Way We Vote: The Local Dimension of American Suffrage* (Vanderbilt University Press 2009).

2016, por ejemplo, han convertido este tema en uno de los más acuciantes para la seguridad nacional.⁵¹ Vale decir, dadas estas circunstancias, una reasignación —al menos parcial de tales competencias— puede llegar a ser un asunto cuya resolución podría ocupar a las mayorías nacionales.

En segundo lugar, las preferencias populares por métodos y formas particulares de resolución de disputas también están sometidas a cambios. A menudo, éstas responden a presiones que llevan a centralizar la autoridad sobre temas particulares. Un fenómeno claramente actual parece ser la aparición —aun en Estados federales de larga tradición— de una creciente intolerancia hacia la divergencia regional en ciertos dominios de la política pública. Por ejemplo, parece una tendencia consolidada en las federaciones comprometidas con el estado de bienestar moderno, las respuestas que exhiben una marcada preferencia pública por la uniformidad en el nivel y la disponibilidad de los servicios sociales. Ello es así, no obstante reconocerse la capacidad con que cuenta el federalismo para que las unidades subnacionales puedan tomar sus propias decisiones en esta materia.⁵² Otras veces, pueden también irrumpir presiones compensatorias hacia la descentralización; por ejemplo, con un aumento en los sentimientos nacionales de etnonacionalismo. Este puede ser el caso de los recientes intentos de Cataluña por declarar su independencia de España.

En efecto, cuando los ciudadanos de los Estados federales expresan frustración con el federalismo, la verdad es que dicha queja raramente impugna al federalismo, porque éste está permitiendo que *algunos* asuntos puedan ser resueltos a nivel subnacional. Por el contrario, esa frustración verosímelmente suele desprenderse del hecho de que el federalismo, desde su punto de vista, está permitiendo que asuntos *equivocados* puedan estar mal distribuidos.⁵³ Esta frustración, en resumidas cuentas, se traduce en una demanda para la reasignación de asuntos específicos que deberán ser uniformemente tratados por el foro de la democracia, por una mayoría que represente la comunidad política nacional. De modo que cuando las poblaciones subna-

⁵¹ El Departamento de Seguridad Interna de Estados Unidos designó, recientemente, los sistemas de elecciones subnacionales como parte de la infraestructura crítica de la nación, determinación que lo pone dentro del alcance de la regulación federal, disponible en: <https://www.eac.gov/election-officials/elections-critical-infrastructure/>.

⁵² Obinger, Herbert; Leibfried, Stephan and Castles, Francis G. (eds.), *Federalism and the Welfare State: New World and European Experiences* (Cambridge University Press 2005).

⁵³ McDonald ha demostrado persuasivamente que las posiciones que favorecen la centralización o la descentralización del poder en Estados Unidos han sido a lo largo de la historia de ese país paritarias sobre las preferencias por resultados sustanciales. Forrest McDonald, *States' Rights and the Union* (Universtiy Press of Kansas 2000).

cionales expresan frustración con relación al federalismo, es porque ellas no están objetando la asignación de *cualquier* materia a la discreción de mayorías democráticas nacionales. No es así. Cuando ello sucede, más bien, es porque los asuntos equivocados han sido asignados en dicho foro. En todos casos, la objeción no es ni contra el federalismo ni contra la democracia, ni siquiera contra una democracia federal —como *modus vivendi*—. Cuando ello acontece es porque se percibe que los mecanismos institucionales que determinan la precisa y responsable asignación de áreas de competencias a uno u otro foro están fallando.

Todas las federaciones, por supuesto, han desarrollado mecanismos para manejar este tipo de disparidades alterando la asignación constitucional inicial de ámbitos competenciales. Un método universalmente utilizado es la enmienda formal de la Constitución. El proceso de enmienda formal permite que los asuntos que han sido mal asignados a un foro de resolución de conflictos puedan ser reasignados para que se adecuen a las condiciones presentes. Por otro lado, en este contexto, una dificultad inherente a la enmienda constitucional formal es que tales enmiendas puedan ser adoptadas por parte de las mayorías a través de procesos típicamente democráticos a nivel nacional.⁵⁴ Cuando las mayorías nacionales, dentro de su foro, tienen la facultad de tomar decisiones acerca de la conveniencia de hacerse cargo de un asunto políticamente prominente —o si éste debe ser tratado en el foro del federalismo—, no resulta sorprendente que ellas se postulen como el ámbito más apto y mejor calificado para resolverlo. En efecto, entre las federaciones existentes, las tendencias en enmiendas constitucionales parecen mostrar que la centralización de la autoridad en la toma de decisiones es más frecuente que la descentralización.⁵⁵ Vale decir, es claro que existe

⁵⁴ En su mayoría, esto ocurre indirectamente, a través de la adopción de enmiendas constitucionales por parte de la legislatura nacional sin necesidad de una ratificación popular subsiguiente. Sin embargo, se requiere, generalmente, que las enmiendas constitucionales sean promulgadas por supermayorías en ambas cámaras, mitigando en cierta medida el mayoritarismo crudo del procedimiento. Véase *e. g.*, German Basic Law, artículo 79; Const. of Austria, artículo 44; Const. of Spain, artículo 167. En Estados Unidos y Canadá, las enmiendas constitucionales en general deben ser aprobadas por unidades subnacionales, en vez de las poblaciones nacionales representadas en la legislatura nacional. U. S. Const. artículo V; Const. of Canada, Pt. V.

⁵⁵ Por ejemplo, en Austria, una larga serie de enmiendas constitucionales han transferido muchos poderes a nivel nacional. Gamper, Anna, “The Austrian Constitutional Convention: Continuing the Path to Reform the Federal State?”, p. 2, *Revista d’estudis autonòmics i federals* 9 (2006); Bußjäger, Peter, “Sub-National Constitutions and the Federal Constitution in Austria”, in *Constitutional Dynamics in Federal Systems: Sub-National Perspectives* (Michael Burgess and G. Alan Tarr (eds.), 2012). Una importante reforma constitucional en Alemania en 2006

una preferencia por la resolución de asuntos por parte de las mayorías democráticas nacionales.

En las federaciones democráticas, una segunda manera en la cual se puede resolver el incorrecto alojamiento de ámbitos de competencia entre ambos foros es un cambio constitucional informal. Esto es, la transformación puede derivarse desde una reinterpretación judicial de la Constitución,⁵⁶ o desprenderse de una alteración unilateral de las reales prácticas de gobernanza por parte de funcionarios del gobierno.⁵⁷ Estas clases de acciones, en general, tienen una clara ventaja y son más fáciles de lograr que una enmienda constitucional formal. En realidad, se entiende que la demanda de métodos informales de cambio constitucional resulta ser una circunstancia impulsada por —y que es proporcional a— la dificultad que ofrezca la enmienda formal.⁵⁸

Un contexto importante en el cual a menudo se dice que ocurre el cambio constitucional informal en las federaciones, precisamente, tiene que ver con el reajuste de competencias entre el gobierno nacional y los gobiernos subnacionales. Los expertos dicen que los sistemas federales están permanentemente en movimiento.⁵⁹ En efecto, de tal suerte, éstos se encuentran experimentando un proceso de evolución y de adaptación perpetuos.⁶⁰ Y

limitó significativamente el poder de veto del *Bundesrat* sobre la legislación federal, aunque pretendió delegar poderes adicionales al *Länder* a modo de compensación. Gunlicks, Arthur B., “Legislative Competences, Budgetary Constraints, and the Reform of Federalism in Germany from the Top Down and the Bottom Up”, in *Constitutional Dynamics in Federal Systems* (Michael Burgess and G. Alan Tarr (eds.), 2012). Ha habido mucha centralización a través de procesos de enmienda constitucional informal, particularmente a través de las decisiones de centralización de tribunales constitucionales. Este ha sido mayoritariamente el caso en Argentina, Australia, Austria, España y Estados Unidos, por ejemplo. Véase Aroney, Nicholas and Kincaid, John (eds.), *Courts in Federal Countries: Federalists or Unitarists?* (University of Toronto Press, 2017).

⁵⁶ Quizá la explicación más conocida de la reinterpretación judicial como fuente de cambio constitucional es Ackerman, Bruce, *We the People: Foundations* (Harvard University Press 1993).

⁵⁷ Gardner, James A., “Practice-Driven Changes to Constitutional Structures of Governance”, 68 *Arkansas Law Review* (2016).

⁵⁸ Véase *e. g.*, Gerken, Heather K., “The Hydraulics of Constitutional Reform: A Skeptical Response to Our Undemocratic Constitution”, 55 *Drake Law Review*, pp. 925-933 (2007). Véase Marshfield, Jonathan, “Courts and Informal Constitutional Change in the States”, *New England Law Review* (forthcoming 2018).

⁵⁹ Benz, Arthur and Broschek, Jörg, “Federal Dynamics: Introduction”, in *Federal Dynamics: Continuity, Change, and the Varieties of Federalism*, p. 2 (Arthur Benz and Jörg Broschek, eds., 2013), y véase *idem.* at 7.

⁶⁰ Brouillet, Eugénie “Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should We Open Pandora’s Box?”, 54 *S.C.L.R.* (2d), pp. 601 y 606 (2011).

así, de tal manera, lo que está en esporádico movimiento dentro de un ambiente inherentemente dinámico al interior de un sistema federal no es otra cosa que la expresión más básica, característica y definitoria de cualquier sistema federal: me refiero al constante movimiento de competencias en más de una dirección.⁶¹ En consecuencia, los procesos de cambio constitucional informal pueden operar como válvulas de seguridad que permiten readaptar la asignación constitucional de asuntos a foros más apropiados para su resolución más efectiva y legítima.

Más allá de lo dicho, la confiabilidad del cambio constitucional —sea formal o informal—, como mecanismo principal para conducir la asignación de asuntos al subsistema constitucional apropiado, parece de dudosa eficacia. En general, el cambio constitucional es por definición algo que sólo ocasionalmente sucede sobre una base *ad hoc* y en respuesta a problemas que ya se habrían manifestado con suficiente urgencia como para habilitar el remedio más drástico de la readaptación de la ley fundamental. Por otro lado, las exigencias de cambio constitucional tienden a surgir cuando los mecanismos constitucionales existentes han demostrado ser inadecuados para las circunstancias que ya exhiben un notorio cambio. En otras palabras, ante un contexto alterado donde se aprecia una alta exposición de la contienda política, las condiciones operantes ya no conducen al logro de las mejores soluciones.

Si el cambio constitucional es el único mecanismo disponible para que las democracias federales puedan resolver sus diferencias sobre las materias asignadas y los foros establecidos para tratarlos, parece muy probable que las democracias federales sobrevivirán a los tumbos pasando de una crisis a otra. Quizá lo hagan conforme a estos números: 27 de las 44 federaciones formadas en los últimos doscientos años han fracasado, ya sea desmoronándose o colapsando para devenir en formas de Estado unitarias.⁶²

Finalmente, puede ser que el rompecabezas con el que comenzamos el acertijo sobre las causas que permiten explicar el éxito sorprendente de la democracia federal bien puede quedar condensada en una pregunta bastante más general. Diría ¿cómo es posible que *cualquier* federación pueda

⁶¹ Resnik, Judith, “Federalism(s) Forms and Norms: Contesting Rights, De-essentializing Jurisdictional Divides, and Temporizing Accommodations”, *Nomos LV: Federalism and Subsidiarity*, p. 368 (James E. Fleming and Jacob T. Levy (eds.), 2014). Véase también Davis, S. Rufus, *The Federal Principle*, pp. 146 y 147 (University of California Press 1978) (“aunque el poder se divide en un sistema político... el hecho de la asociación genera inevitablemente relaciones tanto planeadas como no planeadas... [Es imposible] aislar... una división de poderes en contra de interacciones no planeadas”).

⁶² Lemco, Jonathan, *Political Stability in Federal Governments*, p. 1 (Praeger, 1991).

lograr sobrevida? Tal vez, pueda tratarse de la tendencia de las federaciones modernas a intentar, riesgosamente, poner un pie en cada una de las dos formas de gobierno —democrática y federal—, es decir, precisamente, de aquello que las hace inherentemente inestables. Todavía nadie parece haber ofrecido una explicación plausible que permita saber por qué dichos organismos son capaces de mantenerse juntos de manera indefinida. Pareciera, en pocas palabras, que ello sólo es posible a través del manejo exitoso de una serie sin fin de luchas acaecidas por defecto de cambios impredecibles, que tienen impacto tanto en las condiciones externas como en la política interna. Es probable, me atrevo a decir, que todo se resume en preservar lo que necesariamente constituye la única fórmula esencial que garantiza la sobrevida exitosa de cualquier forma de gobierno —sea ésta federal o no—. Esta fórmula indica que es necesario sobrevivir a las crisis inevitables; de una en una, con todos los medios que se tengan a mano.

VI. CONCLUSIÓN

La democracia federal es una forma de gobierno altamente exitosa en el mundo contemporáneo. De todos modos, está claro que aquella combina dos formas de organización gubernamentales que no son fácilmente reconciliables. El federalismo y la democracia tienen distintas raíces históricas; fueron diseñados para resolver distintas clases de problemas sociales, y, por último, responden a justificaciones y principios profundamente inconmensurables. La inclusión de ambos sistemas dentro de la misma estructura de gobierno crea desencuentros operativos que alteran la eficacia de ambos.

Una explicación sensata sobre las razones que explican el éxito de un sistema de gobierno que contiene estas clases de contradicciones internas puede encontrársela en la solidez del diseño constitucional. El federalismo y la democracia reflejan distintos procesos, que permiten apropiadamente resolver disputas políticas en distintas circunstancias. De tal suerte, mientras una forma política de organización es propensa a experimentar desacuerdo persistente y de alta intensidad que se reparten a lo largo de límites regionales —sin soslayar con ello que existen otras formas de desacuerdo que no quedan restringidas a tales divisiones o que las mismas se manifiestan con menor intensidad—, una democracia federal, en cambio, proporciona las herramientas para resolver ambas clases de problemas, siempre que el foro más apropiado pueda hacerse cargo de resolver satisfactoriamente los problemas que le corresponden.

En la práctica, el reparto inicial de competencias constitucionales —y de problemas— entre un foro y el otro, por diversas y cambiantes circunstancias, puede verse sometido a presión. La preponderancia política que pudieran tener los asuntos a resolver para distintos segmentos de la comunidad política, inevitablemente, se encuentran en un proceso constante de evolución. En consecuencia, ello explica las razones por las cuales las demandas de reasignación de competencias y materias como propias del federalismo o de la democracia pueden fluctuar de un extremo a otro. En algunas situaciones, las democracias federales tienen herramientas efectivas que permiten actualizar las demandas cruzadas de reasignación. En resumen, los beneficios potenciales que un sistema híbrido de democracia federal pudiera ofrecer es bien posible que, eventualmente, puedan verse erosionados por la creciente disparidad existente entre la magnitud de tales problemas y la estructura constitucional que debe direccionar las decisiones y soluciones necesarias.

PODER CONSTITUYENTE Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA EN UNA RELACION FEDERAL. REFLEXIONES DESDE UNA PERSPECTIVA ARGENTINA

Guillermo E. BARRERA BUTELER

SUMARIO: I. *Algunas precisiones conceptuales previas.* II. *El poder constituyente y la Constitución como fenómeno jurídico multidimensional.* III. *El poder constituyente en una federación.* IV. *Manifestaciones formales del carácter compartido del poder constituyente en las federaciones.* V. *El carácter compartido del poder constituyente en una federación desde el punto de vista sustancial.* VI. *Conclusiones.*

I. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES PREVIAS

Reflexionar sobre el vínculo que hay entre democracia y Constitución en una federación supone una previa precisión respecto de qué entendemos por cada uno de estos términos, porque, seguramente, las conclusiones que se obtengan de una primera aproximación como la que se pretende hacer en este trabajo no sean las mismas si consideramos a la federación sólo como un sistema de descentralización territorial del poder, que si la vemos como un modo de relación entre comunidades. Probablemente también difieran según que concibamos a la Constitución como algo pura y exclusivamente normativo o como un fenómeno que incluye además otras dimensiones, en especial la social y cultural.

En cuanto a lo primero, partimos de la noción de federación como un modo de relacionarse entre sí que adoptan dos o más comunidades, fundado en los principios de solidaridad, subsidiariedad y participación. De tal manera, la federación se nos muestra no sólo como un sistema de poder descentralizado territorialmente, sino —sobre todo— como una relación federal, como una comunidad de comunidades.¹

¹ Francisco Pi y Margall define a la federación como “un sistema con el cual los diversos grupos humanos, sin perder su autonomía en lo que les es peculiar y propio, se asocian y

En cuanto a lo segundo, la idea de Constitución como norma suprema del sistema normativo que condiciona la validez formal de todas las demás no parece abarcar en su integralidad ese fenómeno jurídico, que sin duda incluye también otras dimensiones. El trialismo jurídico, entre cuyos sostenedores más destacados en Argentina podemos mencionar a Werner Goldschmidt² y a Germán Bidart Campos,³ hizo grandes aportes para proporcionar un modelo jurídico más abarcador (norma, realidad y valor); pero la aproximación que nos proponemos en estas reflexiones la haremos desde la noción de Constitución como fenómeno jurídico multidimensional, fundada en la propuesta de Fernando Martínez Paz.⁴

Desde esta perspectiva, la Constitución se nos muestra como un fenómeno jurídico integrado por diversas dimensiones, una de las cuales es el derecho, que comprende tanto a las normas constitucionales positivas como a los principios ético-jurídicos, como así también la dimensión antropológica, que para el Estado constitucional tiene su centro en la dignidad inherente a la persona humana, la dimensión social porque la sociedad es el ámbito natural y necesario de la humanización y la dimensión cultural.

Sobre esta última habremos de poner especialmente el acento, porque la noción misma de Constitución como modo de ser de una comunidad se encuentra íntimamente relacionada con los principios, creencias y valores de su cultura que conforman el “núcleo no negociable”⁵ de ésta. Por eso podemos decir, con Häberle, que “la constitución no es sólo un texto jurídico o una normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas”.⁶

En cuanto a la palabra “democracia”, de la que se ha dicho que es probablemente la más empleada en el lenguaje político de los dos últimos

subordinan al conjunto de los de su especie para todos los fines que les son comunes” (*Las nacionalidades*, 3a. ed., Madrid, imprenta de Enrique Rubiños, 1882, p. 116), Carl Friedrich, por su parte, la define como “la vinculación de una serie de sistemas de relación” (*El hombre y el gobierno*, Madrid, Tecnos, 1968, p. 639).

² Goldschmidt, Werner, *Introducción al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y su horizonte*, Buenos Aires, Depalma, 1967.

³ Bidart Campos, Germán, *Filosofía del derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1969.

⁴ Martínez Paz, Fernando, *La enseñanza del derecho. Modelos jurídico-didácticos*, Instituto de Educación de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 1995; Martínez Paz, F. y Carrera, Daniel P., *El mundo jurídico multidimensional*, Córdoba, Advocatus, 1996.

⁵ Martínez Paz, Fernando, *Política educacional, fundamentos y dimensiones*, Buenos Aires, Academia Nacional de Educación, 1998, p. 25.

⁶ Häberle, Peter, “El Estado constitucional europeo”, *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Lima, Palestra Editores, 2004, p. 157.

siglos y con mayor cantidad de significados distintos, a veces al margen del vocablo mismo,⁷ la utilizaremos aquí simplemente para hacer referencia a la organización institucional fundada en el principio según el cual el poder reside en el pueblo (*demos*), de manera que la voluntad de éste se erige en la única fuente de legitimidad política.

II. EL PODER CONSTITUYENTE Y LA CONSTITUCIÓN COMO FENÓMENO JURÍDICO MULTIDIMENSIONAL

La noción de poder constituyente propuesta por Emmanuel Sieyès a fines del siglo XVIII⁸ considera a las leyes constitucionales como directamente fundadas en la voluntad de la nación, es decir, del pueblo, mientras que a las demás, como emanadas de un poder delegado a un cuerpo representativo, que “no puede cambiar en nada las condiciones de su delegación”. Ello aporta desde la teoría un sólido fundamento democrático al Estado constitucional.

En efecto, al identificar al poder constituyente con la voluntad misma del pueblo, coloca a ésta como fuente de legitimidad política y jurídica del Estado constitucional y, en consecuencia, de las limitaciones que la Constitución establece al poder democrático,⁹ lo que permite superar la tensión que se plantea entre Constitución y democracia.¹⁰ Si la Constitución es expresión de la voluntad del pueblo soberano, del *demos*, las limitaciones que aquélla le impone a los representantes del pueblo son legítimas desde el punto de vista democrático, porque forman parte de las condiciones en que les fue delegado el ejercicio de la porción de poder que les fue confiada. También, desde esa perspectiva, deberíamos coincidir en que el poder constituyente, cuando actúa originariamente, no reconoce límites, porque es expresión de la soberanía popular.

⁷ López, Mario Justo, *Introducción a los estudios políticos. Formas y fuerzas políticas*, vol. II, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 147.

⁸ Sieyès, Emmanuel Joseph, *¿Qué es el tercer Estado?*, introd. trad. y notas de Francisco Ayala, Madrid, Aguilar, 1973. La referencia a este autor y obra, no importan desconocer que con anterioridad la idea había sido ya esbozada por Alexander Hamilton en *El federalista*, como así también por sir Edward Coke y otros doctrinarios liberales franceses.

⁹ Hayek, Friedrich A., *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1960, pp. 176-192.

¹⁰ Aguilera Portales, Rafael Enrique, “El poder constituyente, la legitimidad democrática y el pacto constitucional en la teoría política contemporánea”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 11/2011, segunda época, España, Universidad de Jaén. Versión electrónica: *rej.ujae.es*, p. 11.

Ahora bien, si consideramos que el acto constituyente —originario o derivado— es únicamente el producto de las deliberaciones del Congreso o convención constituyente, toda esta teoría sigue reposando sobre la idea de representación política, que nos permite atribuirle al pueblo la voluntad expresada por la mayoría de los miembros de ese cuerpo. Eso nos coloca frente al dilema sobre la representación política: ¿es una realidad o es una ficción jurídica?¹¹ ¿Es un mito superador del viejo régimen estamental y corporativo,¹² es una ficción general¹³ o un misterio?¹⁴ ¿No se trata en realidad de una idea producto de una concepción ingenua?

Entrar en esa discusión nos puede conducir a un callejón sin salida, que podría hacernos concluir que la democracia constitucional es un régimen político de imposible realización práctica.

Pero si, como hemos propuesto, concebimos a la Constitución —producto del poder constituyente— como un fenómeno jurídico multidimensional, se nos abren otras perspectivas, que nos llevarán a concluir que ni los poderes del órgano constituyente (congreso, convención, etcétera) son absolutos e ilimitados ni el ejercicio del poder constituyente se agota en el acto de sanción que aquél hace de la Constitución escrita.

En efecto, aunque desde Sieyès se predica que el congreso constituyente es soberano, este mismo autor advierte que aunque la voluntad de la nación —que es el poder constituyente mismo— es la ley misma, “antes que ella y por encima de ella sólo existe el derecho natural”,¹⁵ lo que equivale a decir que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”,¹⁶ o “la dignidad inherente a la persona humana”,¹⁷ lo que implica que allí hay un concreto límite al poder constituyente, incluso si

¹¹ Bidart Campos, Germán, *Lecciones elementales de política*, Buenos Aires, Ediar, 1997, p. 252.

¹² Pérez Guilhou, Dardo, “Representación y participación política. Disertación con motivo de su incorporación como miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas el 14 de junio de 2000”, p. 15, disponible en: http://www.ancmyb.org.ar/user/files/Representacion_y_participacion-Dardo_Perez_Guilhou-2000.pdf.

¹³ Riberi, Pablo, *Representación política y crisis del Estado finisecular*, tesis doctoral, Facultad de Derecho y C. Sociales U. N. Córdoba, p. 371.

¹⁴ Vanossi, Jorge R., *El misterio de la representación política: los orígenes del Consejo Económico y Social*, Buenos Aires, América Actual, 1972.

¹⁵ Sieyès, *op. cit.*

¹⁶ Preámbulo, párrafo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁷ Preámbulo, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

es originario, porque cualquier Constitución, para ser legítima, debe respetar y tutelar la dignidad de la persona.

Pero el poder constituyente también se halla limitado por la realidad social y cultural de la comunidad a la que esa Constitución que nos ocupa está destinada a regir.¹⁸ Ya decía Juan Bautista Alberdi, en la obra que sentó las bases fundacionales de la Constitución argentina, que

...los hechos, la realidad, que son obra de Dios y existen por la acción del tiempo y de la historia anterior de nuestro país, serán los que deban imponer la constitución que la República Argentina reciba de manos de sus legisladores constituyentes. Esos hechos, esos elementos naturales de la Constitución normal, que ya tiene la República por obra del tiempo y de Dios, deberán ser objeto del estudio de los legisladores, y bases y fundamento de su obra de simple estudio y redacción, digámoslo así y no de creación.¹⁹

Ahora bien, si acordamos en que —además de las limitaciones que surgen de la dignidad inherente a la persona humana— el poder constituyente se encuentra limitado por la realidad social y cultural, debemos admitir también que su ejercicio no se agota ni se perfecciona con el acto de sanción de la Constitución escrita, que sería sólo un aspecto formal. Por el contrario, para que aquél se complete y se perfeccione incorporando las demás dimensiones que conforman a la Constitución como fenómeno jurídico, es necesario además el aspecto material o sustancial; esto es, que la comunidad asuma la Constitución sancionada y la haga suya viviéndola día a día en un proceso que tiene continuidad permanente en el tiempo, a través de la interpretación que hacen de ella, en su aplicación y puesta en práctica cotidiana, todos los integrantes de la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”.²⁰ Esta idea nos acerca a la concepción de Rudolf Smend de Constitución como “proceso de integración” que está “confor-

¹⁸ La historia constitucional argentina nos muestra circunstancias concretas que apoyan esa conclusión, ya que dos Constituciones sancionadas por congresos constituyentes (la de 1819 y la de 1826) no llegaron a adquirir vigencia nunca, porque al adoptar la forma de Estado unitaria contrariaban al federalismo, que es uno de los contenidos esenciales del núcleo no negociable de principios creencias y valores de la cultura de la comunidad. Véase Sánchez Viamonte, C., *Historia institucional argentina*, Buenos Aires, FCE, 1957, p. 154, y López Rosas, José, *Historia constitucional argentina*, Buenos Aires, Astrea, 1996, p. 337.

¹⁹ Alberdi, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República argentina*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1980.

²⁰ Häberle, Peter, “Normatividad y reformabilidad de la Constitución desde la perspectiva de las ciencias de la cultura”, *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Lima, Palestra Editores, 2004, p. 185.

mada por valores vivenciales”,²¹ como así también a la de Häberle cuando dice que “la Constitución es cultura”.²² En la misma línea de pensamiento, Valadés sostiene que “el pueblo no es precisamente una majestad unitaria que emana sólo el día de las elecciones. El pueblo como majestad pluralista no es menos presente y legitimador para las interpretaciones del proceso constitucional”.²³

Desde esta perspectiva, parece más realista y menos ingenuo atribuir al pueblo la voluntad creadora de la Constitución, en la medida en que la noción de acto constituyente de alguna manera incorpora también al proceso a través del cual cada pueblo construye su propia cultura, día a día y generación tras generación, con todo lo que ello trae aparejado de tradición e innovación a la vez.

III. EL PODER CONSTITUYENTE EN UNA FEDERACIÓN

Si queremos aplicar las nociones a que hemos aludido antes, al poder constituyente en una federación, entendida —según dijimos— como comunidad de comunidades, es imprescindible tener en cuenta que nos hallamos frente a un fenómeno jurídico y político complejo, ya que no hay en este caso un *demos*, sino varios vinculados entre sí. No podemos decir entonces que el titular del poder constituyente es el pueblo, sino que lo son *los pueblos*.

La historia argentina nos muestra claramente que en el proceso de emancipación de la Corona española, a partir de 1810, los pueblos tuvieron un papel protagónico como sujetos políticos. En el cabildo abierto del 22 de mayo de 1810 se consideró que la soberanía había retrovertido hacia ellos ante el cautiverio del rey de España; a ellos les pidió la junta de gobierno que se formó para superar la emergencia el reconocimiento y el envío de diputados para sumarse a su integración, y a ellos también se les requirió que enviaran representantes para conformar la Asamblea Constituyente de

²¹ Smend, Rudolf, *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán*, México, UNAM, 2005, cit. por Aguilera Portales, Rafael, “El poder constituyente, la legitimidad democrática y el pacto constitucional en la teoría política contemporánea”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 11/2011, segunda época, España, Universidad de Jaén. Versión electrónica: *rej.ujaen.es*.

²² Dice este autor que “la Constitución no es sólo un texto jurídico o una obra normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de auto representación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas”. Häberle, Peter, *El Estado constitucional europeo*, op. cit., p. 157.

²³ Valadés, Diego; “Estudio introductorio”, en Häberle, P., *El Estado constitucional*, México, UNAM.

1813.²⁴ Además, el propio preámbulo de la Constitución argentina pone de manifiesto el reconocimiento de esta titularidad compartida del poder constituyente entre los distintos pueblos que componen la federación, porque si bien comienza invocando la representación del “pueblo de la Nación Argentina” cual si fuera una unidad monolítica, a renglón seguido sustenta la legitimidad de esa representación en la “voluntad y elección de las provincias que lo componen”, así como en los “pactos preexistentes” que esas provincias (o pueblos) habían celebrado con anterioridad y que imponían necesariamente la federación como forma de organización del Estado que se habría de crear. Es decir, que la voluntad constituyente originaria había sido ya expresada de manera vinculante en aquellos pactos.

Si asumimos con Häberle que la Constitución expresa la identidad cultural de un pueblo, y que una federación incluye una pluralidad de pueblos, si es una comunidad de comunidades, debemos concluir que la Constitución de una federación es el resultado de la confluencia de diversas identidades culturales que hallan un común denominador en una concepción compartida que les sirve de marco de convivencia, sobre la naturaleza del hombre, de la sociedad y del poder legítimo. En él coexisten y se armonizan un núcleo no negociable de principios, creencias y valores compartidos (dignidad del hombre, república y democracia en el Estado constitucional), con el respeto a la diversidad y pluralidad cultural. Habrá mayor o menor diversidad cultural según la concreta realidad histórica de cada federación, pero siempre la habrá en algún grado, porque esa diversidad es la que explica la adopción del federalismo como forma de organización institucional.

Hay federaciones con multilingüismo y marcada diversidad cultural, como Suiza, Canadá, India, Malasia y Bélgica, pero también hay otras como Estados Unidos, Alemania, Austria y las federaciones latinoamericanas, entre ellas la argentina, que exhiben una mayor homogeneidad cultural, aunque no exenta de matices que se traducen en cierto nivel de diversidad de identidades culturales internas, que merecen ser preservadas y respetadas, porque ese es —en esencia— el mandato básico de toda Constitución federal. Por eso se ha dicho que “la función de las federaciones no es eliminar las diferencias internas, sino más bien preservar las identidades regionales dentro de un marco de unidad”,²⁵ ya que es una verdad indiscutible que

²⁴ Puede hallarse un mayor desarrollo de la noción de “los pueblos” como sujetos políticos e históricos en Barrera Buteler, G. E., *Provincias y nación*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996, pp. 79 y ss.

²⁵ Watts, Ronald, *Sistemas federales comparados*, trad. e introd. de Esther Seijas Villadangos, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 237.

en la mayoría de los casos existe diversidad de identidades hacia el interior de cada Estado.²⁶

Este poder constituyente cuya titularidad es compartida entre diversos pueblos, como rasgo característico de las federaciones, se manifiesta en el aspecto formal y en el sustancial. En cuanto al primero (aspecto formal), se exterioriza en la participación que tienen las comunidades federadas en el acto constituyente de la federación —sea originario o derivado—, así como en el ejercicio por parte de aquéllas de su poder constituyente local. En cuanto a lo segundo (aspecto sustancial), lo hace en la interpretación, no exenta de matices, que le dan a las normas fundamentales escritas los distintos integrantes de la sociedad abierta de intérpretes constitucionales desde los niveles federal y locales.

IV. MANIFESTACIONES FORMALES DEL CARÁCTER COMPARTIDO DEL PODER CONSTITUYENTE EN LAS FEDERACIONES

La exteriorización formal de esa titularidad compartida se advierte en que todas las federaciones, con distintas modalidades, grados y alcances, les dan intervención necesaria a las comunidades federadas en el acto constituyente de la federación, de manera tal que podemos sostener como regla, que la Constitución escrita de una federación no debe ser reformable de manera unilateral por un solo nivel de gobierno, al menos en lo que se refiere al reparto de competencias. Se ha dicho en este sentido que la participación de las comunidades federadas en el procedimiento de reforma es uno de los elementos calificadores de las Constituciones federales, que

...nacen como pactos entre comunidades territorialmente individualizadas, con la finalidad de organizar, a través de una instancia unitaria, la convivencia de sujetos portadores de identidades distintas: pactos puestos a salvo de modificaciones unilaterales, por obra de algún componente individual, a través de fórmulas de modificación que requieren el consenso de mayorías calificadas de esos componentes, expresado por el voto popular o por deliberación de asambleas representativas.²⁷

²⁶ Häberle, Peter, “Aspectos constitucionales de la identidad cultural”, *Derechos y Libertades*, época II, núm. 14, enero de 2006, pp. 89-102.

²⁷ Groppi, Tania, *La reforma constitucional en los Estados federales entre pluralismo territorial y no territorial*, trad. de Miguel Carbonell, disponible en: <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bju/libros/1/348/10.pdf>.

En la mayoría de los casos esa participación se exterioriza en la necesidad de aprobación por los órganos legislativos de las comunidades federadas; en algunos, por la mayoría simple de ellas (México e India) y en otros, por mayorías agravadas (Rusia, Canadá,²⁸ Estados Unidos²⁹). Suiza (artículos 118-123) y Australia requieren que la aprobación de los pueblos sea exteriorizada de manera directa, mediante un referéndum de doble mayoría, que necesita obtener resultado positivo en la mayoría de las comunidades federadas y, además, reunir la mayoría del total de la población de la federación.

Otras federaciones se limitan a dar una participación indirecta a las comunidades federadas, a través de su representación en la segunda cámara federal o senado. Así es el caso de Alemania, en donde la reforma constitucional es aprobada por mayoría agravada de dos terceras partes de los miembros de ambas cámaras del Parlamento federal, pero la particular composición del *Bundesrat*, cuyos miembros son verdaderos delegados de los gobiernos de los *Länder* con mandato imperativo, hace que con esta sola exigencia quede suficientemente satisfecha la participación de las comunidades locales en la reforma.

Distinto es el caso argentino, en el que no se han establecido instrumentos formales que garanticen suficientemente la efectiva participación de las provincias en el proceso de reforma, salvo en la etapa de iniciativa o preconstituyente³⁰ de declaración de necesidad de la reforma. El artículo 30 de la Constitución Nacional Argentina se limita a disponer que, una vez hecha la declaración, la reforma se efectuará por una “convención convocada al efecto”; pero nada dice acerca de su composición, que en consecuencia debe ser determinada por la ley del Congreso federal en cada caso, sin que se hayan establecido reglas que garanticen formalmente que la integración que se disponga respete los principios federativos.

²⁸ En Canadá, cuando se trata de reformas que afectan la relación federal, se requiere, además de la aprobación de ambas cámaras del Congreso federal, la de los órganos legislativos de la unanimidad en algunos casos y en otros de las dos terceras partes de los estados que, a la vez, representen al menos la mitad de la población de la federación. Cuando la reforma afecte sólo a una provincia, se requiere un procedimiento bilateral, y en otros se exige reforma de las Constituciones locales aprobadas por los legislativos provinciales. Sólo las reformas que no afecten a las provincias pueden ser aprobadas unilateralmente por el parlamento federal. Véase Watts, Ronald L., *op. cit.*, pp. 225 y 226.

²⁹ En Estados Unidos, las enmiendas constitucionales requieren para entrar en vigencia, haber sido aprobadas por las tres cuartas partes de los estados, a través de sus poderes legislativos o de convenciones convocadas al efecto, según cuál haya sido el procedimiento escogido por el Congreso federal para llevarla a cabo (artículo 5o. constitucional, E.U.).

³⁰ Véase Groppi, Tania, *op. cit.*, p. 199.

Esa sola circunstancia pone de manifiesto la debilidad de la participación que la Constitución argentina les da a las provincias en el procedimiento de reforma constitucional; pero esa deficiencia se hace más patente aún si se le añade que, como decía Pedro J. Frías hace ya décadas, “el Senado es el órgano de las autonomías por su origen, pero no por su conducta”,³¹ porque es muy difícil, si no imposible, encontrar casos en que los senadores se pronuncien en forma independiente a la de su filiación partidaria o con base en una alineación fundada en intereses regionales o locales concurrentes. De hecho, los senadores representan al partido que los ha postulado para el cargo, antes que a la provincia. Eso implica que el Senado se ha desvirtuado en su rol de representación de los sujetos de la relación federal, defecto que se ha profundizado con la integración que le ha dado a este cuerpo la reforma constitucional de 1994.³²

No puedo dejar de mencionar, como una singular y fuerte exteriorización de la titularidad compartida del poder constituyente entre las comunidades federadas, la terminante prohibición explícita que rige en Alemania de introducir cualquier modificación “que afecte la organización de la Federación en *Länder* o el principio de la participación de los *Länder* en la legislación”.³³

Desde el punto de vista doctrinario, muy caracterizados autores consideran que en Argentina, aun sin que exista una cláusula constitucional expresa en esos términos, sí existiría una prohibición implícita de reemplazar la forma federal de Estado por otra, ya que se considera que el federalismo es uno de los “contenidos pétreos” de la Constitución.³⁴

Ahora bien, como toda relación federal importa un tipo de organización institucional complejo, nos encontramos allí con un orden constitucional conformado por una pluralidad de instrumentos constitucionales: *a*) una Constitución federal, que expresa ese “núcleo no negociable” que conforma el marco de convivencia entre las comunidades federadas, y *b*) un conjunto de Constituciones locales que expresan, cada una de ellas, las identidades culturales de sus respectivas comunidades.

³¹ Frías, Pedro J., *El federalismo argentino. Introducción al derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 96.

³² En el sistema hoy vigente la Cámara de Senadores está integrada “por tres senadores por cada provincia y tres por la Ciudad de Buenos Aires... correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga el mayor número de votos y la restante al partido político que le siga en número de votos” (artículo 54, C. N., Argentina).

³³ Ley Fundamental de la República Federal alemana, artículo 79, 3.

³⁴ Bidart Campos, Germán, *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1979, p. 82.

El poder constituyente en una relación federal se ejerce entonces, tanto a nivel federal como local, y aunque este último se halla condicionado a ajustarse al marco general que fija el primero (en Argentina a través de los artículos 5o. y 123 C.N.), queda claramente un ámbito de autonomía local para su ejercicio.

Joaquín V. González decía, respecto de la relación en materia de derechos fundamentales entre las Constituciones provinciales y la Constitución Nacional, que ésta

...no exige, ni puede exigir que sean idénticas... porque la constitución de una provincia es un código que condensa, ordena y da fuerza imperativa a todo el derecho natural que la comunidad social posee para gobernarse, a toda la suma originaria de soberanía inherente, no cedida para los propósitos más amplios y más extensos de fundar la Nación. Luego, dentro del molde del código de derechos y poderes de ésta, cabe la más grande variedad, toda la que pueda nacer de la diversidad de caracteres físicos, sociales, e históricos de cada región o provincia o de sus particulares anhelos o aptitudes colectivos.³⁵

Arturo M. Bas, aunque considera innecesario reiterar en las Constituciones provinciales las declaraciones, derechos y garantías ya contenidos en la Constitución nacional, advierte que “las conveniencias o particularidades de cada provincia pueden reclamar reconocimiento de derechos y garantías especiales, no incluidos en el estatuto nacional y que concordantes con el mismo, no pueden ser siquiera conceptuados como consecuencia de los que el último establece”.³⁶

Ese rol que cumplen los poderes constituyentes locales de complementación y contextualización en la realidad social y cultural local de las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución federal es también una manifestación de un poder constituyente compartido entre los pueblos federados, si asumimos que la complejidad inherente a toda relación federal hace que su orden constitucional esté conformado por un conjunto de instrumentos constitucionales.

³⁵ González, Joaquín V., “Manual de la Constitución argentina”, *Obras completas*, vol. III, Buenos Aires, Universidad Nacional de La Plata, 1935, p. 574.

³⁶ Bas, Arturo M., *El derecho federal argentino. Nación y provincias*, Buenos Aires, V. Abeledo, 1927, pp. 69 y 70.

V. EL CARÁCTER COMPARTIDO DEL PODER CONSTITUYENTE EN UNA FEDERACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA SUSTANCIAL

Si aceptamos la idea de un poder constituyente que no se agota en el acto fundacional y sus modificaciones ulteriores, sino que incluye el proceso a través del cual los miembros de la sociedad abierta de intérpretes constitucionales la interpretan para su aplicación cotidiana, es forzoso comprobar que también en este aspecto se refleja la unión en la diversidad que caracteriza a las relaciones federales.

En efecto, parece claro que para guardar fidelidad con la voluntad de los pueblos federados, fuente de la legitimidad democrática, la interpretación de la Constitución federal, sea quien fuere el que la haga, debe necesariamente conjugarse con el contexto social y cultural, y esos contextos son diversos en cada provincia, varían de una a otra en algunos aspectos.

Rudolf Smend dice que “si dos constituciones dicen la misma cosa, no debe entenderse necesariamente lo mismo”,³⁷ y ese razonamiento, aplicado al ámbito interno de una federación, puede llevar a aceptar —sin que ello provoque un escándalo jurídico— que la interpretación de una misma norma de la Constitución federal admita matices diferenciadores en función del contexto de cada comunidad local. Eso ocurre muy especialmente cuando las particularidades de ese contexto cultural tienen un grado de relevancia tal que han tenido recepción explícita en las Constituciones provinciales. No tengo duda que en esos supuestos la interpretación de la Constitución federal, para su aplicación en el ámbito de esa provincia, debe forzosamente pasar por el prisma de la Constitución local para armonizarlos, en tanto los contenidos de ésta no vulneren el núcleo no negociable que conforma el marco de convivencia general de la federación.

Todo esto nos lleva a dar una contundente respuesta afirmativa al segundo interrogante que se formulaba Montesquieu cuando se cuestionaba si la uniformidad es siempre conveniente o, por el contrario, “no sería más propio de la naturaleza del genio el saber en qué casos se necesita la uniformidad y en cuáles ofrecen más ventajas las diferencias”.³⁸

No se respeta la legitimidad democrática del poder constituyente en una federación si no se contextualizan los principios y reglas de la Constitución

³⁷ Smend, Rudolf, *cit.* por Häberle, Peter, *La Constitución como cultura*, trad. del texto italiano por Francisco Ferndil y Segeda, disponible en: <http://www.joseluisariasrey.com/doc/concul/.pdf>, p. 195.

³⁸ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, vertido al castellano con notas y observaciones por Siro García del Mazo, libro XXIX, t. II, cap. XVIII, Madrid, Librería General de Victoria-no Suárez, 1906, p. 376, disponible en: <2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT2.pdf>.

federal en las realidades sociales y culturales de cada comunidad federada, y ésta es una tarea también compartida entre todos los intérpretes constitucionales, en especial los órganos judiciales federales y provinciales y, entre ellos, les cabe una función decisiva a los tribunales superiores y cortes de cada sistema judicial.

Como la interpretación de la Constitución es presupuesto de su aplicación cotidiana y de su vigencia efectiva, el aspecto sustancial de aquella titularidad compartida se exterioriza en las interpretaciones, no siempre iguales, sino más bien plenas de matices, que caracterizan las identidades locales, que los distintos integrantes de la sociedad abierta de intérpretes constitucionales, desde los niveles federal y locales, le dan a las normas de la Constitución federal y de las Constituciones locales con las que deben armonizarse.

Esto adquiere especial relevancia y significación cuando, como ocurre en el caso argentino, la federación ha adoptado un sistema de control de constitucionalidad judicial difuso y, además, con jurisprudencia no vinculante. En efecto, eso hace que una pluralidad de voces, tanto del sistema judicial federal como de los de las provincias, se expidan sobre la interpretación constitucional, en la medida en que estos últimos ejercen también el control de constitucionalidad federal, además del local.

Es verdad que, tratándose de una cuestión de constitucionalidad federal, siempre habrá una vía que permita llevar el caso ante la Corte Suprema Federal, que sigue siendo el último intérprete de la Constitución Nacional. Pero si es cierto que la Corte federal es el “último intérprete”, no lo es menos que no es el único. En consecuencia, aquello no le resta importancia al rol que asumen los tribunales provinciales en esta función de cointérpretes: *1o.* porque la pluralidad de voces enriquece el debate, y no es imposible que el máximo tribunal de la federación comparta el criterio del tribunal provincial, y *2o.* porque, aunque eso no ocurriera, los pronunciamientos de los tribunales superiores de provincia sobre una determinada inteligencia de algún punto de la Constitución Nacional les hacen tomar parte activa en el “diálogo de Cortes”,³⁹ que no tiene por qué reservarse de manera exclusiva a los sistemas supranacionales de protección de los derechos humanos. En el ámbito interno de una federación la imposición jerárquica de interpre-

³⁹ Esta idea ha sido desarrollada por García Roca, quien lo define como “una conversación entre varios sujetos, preferentemente jurisdiccionales, que se comunican usando un mismo código o lenguaje y buscan la avenencia en una exégesis interpretativa de unos derechos comunes”. García Roca, Javier, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, p. 192.

taciones únicas, despegadas de la diversa realidad social y cultural de cada provincia, tampoco se aviene con el pluralismo que debe caracterizar al federalismo e incluso al mismo Estado constitucional.

¿Existe dentro de las federaciones un margen de apreciación provincial?

En el orden de los sistemas internacionales de tutela de los derechos humanos, en particular en el europeo, se ha elaborado la doctrina del margen de apreciación nacional, que constituye una deferencia de los tribunales supranacionales hacia la interpretación de los derechos fundamentales que hacen los Estados, en aquellos casos en los que no existe consenso internacional sobre temas sensibles.

Núñez Poblete dice, con relación a este tema, que

El margen de apreciación, del mismo modo en que obra la subsidiariedad dentro de las organizaciones federales, viene a ser un estupendo instrumento que evita los negativos efectos que producen las fuerzas centrípetas una vez que éstas son desatadas. Dicho de otro modo, la doctrina del margen de apreciación, el más notable ejemplo del impacto del principio de subsidiariedad, dentro de las federaciones es la que mejor permite manejar las tensiones propias de la dialéctica entre lo universal y particular.⁴⁰

La pregunta es si resulta trasladable este concepto al ámbito interno de una federación, en particular, de la Argentina.

En lo que se refiere al derecho común, creo que debemos contestar categóricamente que sí. La Constitución ha reservado de manera explícita, en el artículo 75, inciso 12, y en el artículo 116, la facultad de aplicar las leyes del Congreso federal comprendidas en esa categoría a los tribunales provinciales cuando las cosas o las personas cayeren bajo su jurisdicción. Como la facultad de aplicar una norma trae implícita la de interpretarla, porque no se puede hacer aquello sin antes haber hecho esto, es claro que la Constitución Nacional ha querido que los tribunales de provincia interpreten los contenidos de los códigos de fondo de acuerdo con la realidad cultural local, y eso puede llegar a dar lugar a interpretaciones diversas de una misma norma en

⁴⁰ Núñez Poblete, Manuel, “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos”, *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos. Proyecciones regionales y nacionales*, Barbosa Delgado, Francisco (dir.), p. 43, disponible en: www.juridicas.unam.mx.

una provincia y en otra. Pero eso no puede ser motivo de escándalo en una federación. En Estados Unidos hay diversidad de legislación de fondo entre los estados, y no sólo diversidad de interpretación.

Lo que ocurre es que el federalismo es más compatible con la diversidad que con la homogeneidad, y ése es el fundamento de la disposición de la parte final del artículo 15 de la Ley 48, que expresamente excluye del recurso extraordinario por la causal del inciso 3 del artículo 14 a aquellos casos en los que se cuestione “la interpretación o aplicación que los tribunales de provincia hicieren de los códigos” de fondo (artículo 75, inciso 12, C. N.).

Resulta sin dudas más difícil hablar de margen de apreciación provincial en lo que se refiere a los derechos reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución Nacional o los tratados con jerarquía constitucional, porque en esos supuestos está en juego la inteligencia de normas federales, y la Corte Suprema de la federación sigue siendo su intérprete final.

Pero eso no obsta a que la interpretación de aquellas normas que tutelan los derechos fundamentales se haga, aún por la propia Corte federal, conjugando la disposición normativa única, con la realidad social y cultural, que puede ser variada y diversa, y, en consecuencia, pueda admitir matices diferenciales según que se apliquen en el contexto de una provincia u otra. Sobre todo no es posible prescindir de las disposiciones de las Constituciones locales que, siempre que sea posible, deben ser armonizadas con las de la Constitución Nacional, y sólo dejadas de lado cuando medie entre ellas una incompatibilidad total.

En esa tarea de armonización, el rol de los tribunales provinciales es muy importante, abriendo el “diálogo de cortes”, al que nos hemos referido ya. Es verdad que la última palabra la tendrá la Corte Suprema, pero no necesariamente esa última palabra debe ser idéntica cuando interpreta y aplica una norma o un derecho en dos realidades culturales distintas, máxime si median normas constitucionales locales que puedan dar lugar a una interpretación armonizante con las federales. Si el derecho y la Constitución tienen una dimensión social y una dimensión cultural, la interpretación final de la Corte Suprema debiera admitir los matices interpretativos que requiere la diversidad cultural de la federación, para guardar fidelidad con la voluntad de los pueblos federados, expresada formalmente en sus Constituciones locales o en la vivencia cotidiana de la Constitución desde su propia cultura. Creo que esta última es la vía que guarda una mayor fidelidad a los principios democráticos, en la medida en que legitima las decisiones en aquella voluntad de los pueblos.

En definitiva, considero que, aunque sensiblemente más acotado por el principio de supremacía del artículo 31, C. N. y las funciones que la ley

fundamental le asigna a la Corte Suprema de Justicia, aun en materia de interpretación constitucional un sistema judicial auténticamente federal debe reconocer un cierto margen de apreciación provincial, de manera que los tribunales superiores locales no sean “convidados de piedra” en la interpretación de la Constitución federal, y puedan llevar al ya referido “diálogo de cortes” los principios, valores y creencias fundamentales de sus comunidades locales, que no pueden ser ajenos a la interpretación que se haga de aquélla, máxime si están explicitados en las Constituciones provinciales.

VI. CONCLUSIONES

Las reflexiones que anteceden nos llevan a concluir que podemos reconocer legitimidad democrática en la Constitución de una federación, en la medida en que ésta refleje en un armonioso equilibrio su identidad cultural una y diversa. Para ello no basta la participación formal de las comunidades federadas en el proceso constituyente ni la coexistencia de una Constitución federal con Constituciones locales, sino que es necesario además que la interpretación y aplicación del orden constitucional en su integridad sea llevado a cabo por todos los integrantes de la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”, en especial por los órganos del gobierno federal y de los gobiernos locales, y muy particularmente por sus órganos judiciales, resguardando el núcleo no negociable de principios, creencias y valores en que se funda el marco de convivencia federativo, contenido en la Constitución federal, pero sin desconocer las particularidades y matices resultantes de la diversidad cultural interna, que no resulten incompatibles con los contenidos esenciales de aquél.

A estos fines, el reconocimiento de un margen de apreciación local en la interpretación del orden jurídico federativo, facilitado por un real, efectivo y fecundo “diálogo de cortes”, se muestra como una herramienta imprescindible.

Sólo así, en ese marco de pluralismo y respeto por la identidad de “los pueblos”, podremos considerar que su condición de titulares del poder constituyente es algo más que una mera ficción o mito.

VI. DESAFÍOS PERENNES

LA LIBERTAD DESCUIDADA

Hugo O. SELEME*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Libertad positiva y libertad negativa; interracional y posicional*. III. *Una libertad positiva posicional*.

I. INTRODUCCIÓN

El modo en que se conciba a la libertad tiene un profundo impacto a la hora de interpretar nuestros entramados institucionales. De manera casi unánime la libertad es invocada en las leyes fundamentales y cartas constitucionales de los sistemas jurídicos modernos. Su lugar es tan central en el discurso contemporáneo, que aun aquellos que buscan cercenarla o coartarla tienen cuidado de rendirle tributo verbal. A esto sin duda ha contribuido la positivización de los derechos humanos acaecida luego de la Segunda Guerra Mundial, y a la incorporación de diferentes tipos de libertad en el catálogo humanitario. El lugar de privilegio que ocupa la libertad en el sistema internacional de derechos humanos queda patente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su primer párrafo la ubica a la par de “la justicia y la paz”.¹

* Profesor titular de ética, Facultad de Derecho, UNC; profesor adjunto de filosofía del derecho, Facultad de Derecho, UNC; investigador del CONICET (Argentina); director del Programa de Ética y Teoría Política.

¹ El preámbulo de la Declaración comienza diciendo: “Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world...”. La Declaración continúa reconociendo que uno de sus objetivos es lograr el advenimiento de un mundo “in which human beings shall enjoy freedom of speech and belief and freedom from fear and want...” (Universal Human Rights Declaration, Dec. 10, 1948, United Nations. Referencias análogas a la libertad se encuentran en todo el texto de la Declaración, así como en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en el resto de los tratados internacionales que configuran el sistema de derechos humanos.

El lugar central que ocupa la libertad ha hecho que tanto juristas como teóricos de la política se ocupen de cuál es la manera adecuada de interpretarla. En el debate político contemporáneo Isaiah Berlin ha sido sin dudas uno de los responsables de haber puesto este asunto en el centro de la agenda. En su artículo seminal “Two Concepts of Freedom”, Berlin² se encarga de presentar dos concepciones de la libertad, una positiva y otra negativa, que sirven para acomodar la “libertad de los antiguos” y la “libertad de los modernos” identificada hace ya casi dos siglos por Benjamin Constant. Berlin concibe a la libertad negativa como focalizada en la no interferencia, mientras entiende a la libertad positiva como autogobierno político o autocontrol personal.

La influencia de la matriz elaborada por Berlin se ha puesto de manifiesto en los intentos cada vez más sofisticados de cuestionar su carácter exhaustivo. La crítica elaborada por Philip Pettit (1997) ocupa aquí un lugar destacado. De acuerdo con Pettit,³ la clasificación ideada por Berlin ha servido para ocultar un tercer modo de concebir a la libertad que contiene elementos tanto de la libertad positiva como de la libertad negativa. Esta concepción de libertad que Berlin no tiene en consideración no es otra que la libertad republicana como no dominación. De acuerdo con Pettit, entonces, existen tres modos de concebir la libertad: como no interferencia, como no dominación y como autogobierno o autocontrol personal.

Aunque creo que el defecto encontrado por Pettit en la clasificación ideada por Berlin es real, el objetivo del presente trabajo es mostrar que la matriz tripartita de Pettit sufre de un defecto análogo. Pettit ha argumentado exitosamente para mostrar que la libertad como no dominación es una libertad negativa que debe agregarse a la libertad como no interferencia identificada por Berlin. Sin embargo, ha pasado por alto que la concepción de libertad positiva de Berlin tiene un problema semejante, que ha servido para mantener oculta una variante de libertad. Este trabajo tiene por objeto corregir este déficit y sacarla a la luz.

II. LIBERTAD POSITIVA Y LIBERTAD NEGATIVA; INTERACCIONAL Y POSICIONAL

Para advertir cuál es el ideal político que ha sido pasado por alto por el republicanismo cívico de Pettit, puede ser de utilidad emplear la misma estrategia

² Berlin, Isaiah, “Two Concepts of Liberty”, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969, pp. 118-172.

³ Pettit, Philip, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Clarendon Press, 1997.

que él emplea en contra de la concepción liberal de libertad defendida por Berlin. Esta estrategia ha consistido en señalar los diferentes tipos de libertad que tiene presente Berlin, para luego mostrar que de acuerdo con los propios criterios utilizados en su clasificación un nuevo tipo de libertad es conceptualmente posible. Seguir una estrategia análoga, esta vez en contra del propio Pettit, permitirá ver que el esquema de libertades presentado por él mismo es susceptible de recibir la misma crítica que le dirige a Berlin.

De acuerdo con Berlin, la libertad negativa tiene que ver con la pregunta “...What is the area within which the subject —the person or a group of persons— is or should be left to do or be what he is able to do or be, without interference by other persons...”.⁴ La libertad positiva, en cambio, está relacionada con la pregunta “...What, or who, is the source of control or interference that can determine someone to do, or be, this rather than that?”.⁵ Para la concepción negativa, la libertad “...means liberty *from*; absence of interference...”.⁶ Para la concepción positiva, la libertad consiste en “...being one’s own master...”.⁷ Esta idea de libertad deriva del “...desire to be governed by myself, or at any rate to participate in the process by which my life is to be controlled...” En este sentido, no es “...freedom from, but freedom to...”.⁸

El criterio de clasificación utilizado por Berlin está referido a si es necesario o no que un individuo haga algo o desarrolle ciertos rasgos de carácter para contar como una persona libre. Si la libertad requiere conductas o el desarrollo de cierta personalidad, entonces es una libertad positiva. Si no requiere ni una cosa ni la otra, entonces es una libertad negativa. Utilizando este criterio, Berlin clasifica los dos tipos de libertad identificados por Benjamin Constant. La libertad de los antiguos, entendida como autogobierno político o autocontrol personal, es un tipo de libertad positiva. Para ser libres, los individuos necesitan participar en política o desarrollar rasgos de carácter que les permitan controlar las partes menos valiosas de su propia personalidad. La libertad de los modernos, entendida como ausencia de interferencia por parte de terceros, es un tipo de libertad negativa. Los individuos no son libres por participar en política o por haber desarrollado ciertos rasgos de carácter, sino meramente porque los otros se abstienen de interferir en sus conductas.

⁴ Berlin, Isaiah, “Two Concepts...”, *cit.*, pp. 121 y 122.

⁵ *Ibidem*, p. 122.

⁶ *Ibidem*, p. 127.

⁷ *Ibidem*, p. 131.

⁸ *Ibidem*, p. 122.

Pettit piensa que esta clasificación es incompleta, y que ha servido para oscurecer un tipo específico de libertad, que no consiste ni en la libertad como no interferencia ni en la libertad como autogobierno o dominio. Este ideal de libertad pasado por alto no encaja bien en la distinción trazada por Berlin, ya que posee elementos tanto de la libertad negativa como de la libertad positiva.⁹ Al igual que la libertad negativa como no interferencia de Berlin, considera que para que los ciudadanos sean libres no es necesario que éstos lleven adelante ciertas acciones o desarrollen ciertos rasgos de carácter. Específicamente no equipara a la libertad con el autocontrol personal —según el cual las partes inferiores del individuo son controladas por las superiores— o colectivo —según el cual los individuos son libres cuando participan de la vida política de una comunidad política que a su vez se autogobierna—. ¹⁰ Los ciudadanos son libres meramente por estar protegidos frente al poder de interferencia incontrolado tanto privado como público. En esto la libertad como no dominación es tan negativa como la libertad como no interferencia. Se diferencia de ella en la extensión de la protección —que debe abarcar los escenarios donde los demás tienen el deseo de interferir—¹¹

⁹ La cuestión acerca de si la libertad como no dominación es un tipo de libertad negativa o es un tercer tipo de libertad diferente tanto de la libertad positiva como de la libertad negativa, no es pacífica y parece ser en gran medida una mera cuestión verbal. Lo importante es que en cualquier caso no se trata de un tipo de libertad positiva.

Quentin Skinner, por ejemplo, parece oscilar entre ambas posiciones. En “The Paradoxes of Political Liberty” sostenía que los pensadores republicanos “...work with a purely negative view of liberty as the absence of impediment to the realization of our chosen ends...” —Skinner, Quentin, “The Paradoxes of Liberty”, *Equal Freedom* 35 (The University of Michigan Press, 1995)—. No obstante, en “A Third Concept of Liberty” afirma que la libertad republicana hace referencia a un fenómeno distinto al que se refieren la libertad negativa y libertad positiva, y que, por lo tanto, debe ser considerada como un tercer concepto de libertad. Esto porque “...if a given descriptive term can be coherently used with more than one range of reference, so that it can be used to pick out more than one distinct phenomenon or state of affairs, then the term may be said to express more than one concept” —Skinner, Quentin, “A Third Concept of Liberty”, 117 *Proceedings of the British Academy*, 2002, pp. 237 y 261—. No obstante, a renglón seguido debilita su pretensión y parece regresar a la idea de que la no dominación es un tipo de libertad negativa. Al respecto señala: “...But I have not wish to press the point. A Better way of summarizing my position would be to say that, while I agree with Berlin that there are two concepts of liberty, one positive and the other negative, I do not agree with his further assumption that, whenever we speak about negative liberty, we must be speaking about absence of interference...” —Skinner, Quentin, “A Third Concept of Liberty”, 117, *Proceedings of the British Academy*, 2002, pp. 237, 261 y 262—.

¹⁰ Pettit, Philip, *Republicanism: A Theory...*, *cit.*, pp. 17 y 18.

¹¹ A diferencia de Berlin, Pettit piensa que la protección frente a la interferencia de terceros debe extenderse no sólo a los escenarios donde éstos son amigables y no poseen ningún deseo de interferir en las elecciones ajenas, sino también a aquellos donde tal deseo existe. La protección frente a la interferencia debe ser robusta tanto con relación a las preferencias

y los mecanismos de protección —que deben ser institucionales y encontrarse bajo el control¹² de quienes son protegidos—. ¹³

La manera en que es caracterizado el estado de cosas que la libertad como no dominación requiere que esté ausente para que los ciudadanos sean libres es tomado de la libertad positiva identificada por Berlin. Este estado de cosas que debe estar ausente es caracterizado en términos de dominio y control, en lugar de mera interferencia, los cuales son propios de la libertad positiva berliniana. Para mostrar este elemento común a la libertad positiva como autogobierno colectivo y su libertad como no dominación, Pettit reconstruye ex profeso la noción de libertad positiva de Berlin utilizando la idea de control. Afirma: “...Positive liberty, according to Berlin, requires more than the absence of interference... It requires the agent to take an active part in gaining control or mastery of themselves...”.¹⁴ Una vez hecho esto, caracteriza a la libertad como no dominación utilizando la misma noción a la que hace referencia la libertad positiva. La libertad como no dominación sostiene que “...freedom consists in an absence... but in an absence of mastery by others...”,¹⁵ o lo que es lo mismo en la ausencia de control por parte de terceros. Lo único que han hecho sus escritos recientes es volver evidente la vinculación entre no dominación y control, y especificar en qué consiste este último.

De modo que los elementos que la libertad como no dominación toma de la libertad negativa y de la libertad positiva deberían ser ahora claros. De la libertad negativa de Berlin toma la idea de que los ciudadanos son libres por estar protegidos frente a un mal, y no por tener que hacer algo o ser alguien. De la libertad positiva toma los términos en los que este mal es ca-

y deseos del sujeto protegido —debe extenderse a escenarios donde éste poseen preferencias diferentes a las actuales— como de los potenciales interferidores —debe extenderse a escenarios donde estos tienen el deseo o la preferencia por interferir—. Mientras la libertad como no interferencia es robusta sólo en el primer sentido, la libertad como no dominación también lo es en el segundo —véase Pettit, Philip, “The Instability of Freedom as Noninterference: The Case of Isaiah Berlin”, 121 *Ethics*, 2111, p. 710—.

¹² El control debe ser individualizado, incondicionado y eficaz. El control es individualizado cuando cada ciudadano posee una capacidad de control que es igual a la que poseen los demás. El control es incondicionado cuando la influencia que cada ciudadano puede ejercer no depende de la buena voluntad de otro. Finalmente, es eficaz cuando es tan efectivo para imprimir una dirección a las decisiones colectivas que cuando una decisión no es acorde con la dirección que un ciudadano deseaba imprimirle éste ve esta circunstancia meramente como una cuestión de mala suerte y no como la imposición de una voluntad ajena —Pettit, Philip, *On The People's Terms*, Cambridge University Press, 2012, pp. 166-179—.

¹³ Pettit, Philip, *On The People's...*, *cit.*, Cambridge University Press, 2012, pp. 50, 58, 170.

¹⁴ Philip Pettit, *Republicanism: A Theory...*, *cit.*, p. 17.

¹⁵ *Ibidem*, p. 22.

racterizado. Ser libre es estar protegido frente al poder controlador de otros. Un ciudadano no es libre cuando tiene el control, sino cuando otros no lo tienen sobre él.

Este tercer ideal de libertad como no dominación exige que los individuos sean inmunes a la interferencia arbitraria de terceros. No basta con que los demás se abstengan de interferir —como señala la libertad negativa de Berlin—, sino que es necesario que no tengan la capacidad o el poder de hacerlo. Los individuos son libres sólo cuando gozan de este estatus de inmunidad que les confieren las instituciones sociales. Los individuos se transforman en ciudadanos libres cuando las instituciones los ubican en esta posición de inmunidad, y no meramente cuando los terceros se abstienen de interferir. Los ciudadanos son libres cuando no están sujetos al poder de interferencia arbitraria de otro; esto es, cuando no se encuentran bajo su control o dominio.

Un modo de entender la discrepancia entre Berlin y Pettit es el siguiente: Berlin tiene en mente una concepción interaccional de libertad negativa. Alguien es libre mientras no padezca ciertas interacciones, específicamente mientras no sufra la efectiva interferencia por parte de terceros. Pettit, por el contrario, tiene en mente una concepción posicional de libertad negativa. Alguien es libre cuando las instituciones sociales lo han ubicado en una posición que le brinda la seguridad de no padecer ciertas interacciones o lo inmuniza frente a ellas. Ser libre consiste en ocupar una posición social que hace que el sujeto sea inmune al poder de interferencia arbitraria.

De acuerdo con esta reconstrucción, Pettit introduce un refinamiento en la distinción de libertad positiva/negativa empleada por Berlin. Éste consiste en distinguir entre la libertad negativa interaccional —instanciada en la libertad como no interferencia de Berlin— y la libertad negativa posicional, de la cual la libertad como no dominación defendida por los republicanos sería el caso paradigmático. A la distinción positiva/negativa de Berlin debe sumarse la distinción interaccional/posicional de Pettit. El punto de Pettit es que una vez que el tamiz de lo interaccional/posicional es aplicado a la libertad negativa aparece un nuevo ideal —la libertad como no dominación— pasado por alto por Berlin.

III. UNA LIBERTAD POSITIVA POSICIONAL

Ahora bien, la misma crítica que Pettit dirige a Berlin le es aplicable al propio Pettit. Berlin introdujo la distinción positiva/negativa, pero no identificó todas las variantes de libertad negativa, al pasar por alto la libertad como no

dominación. Creo que de manera análoga Pettit introdujo la distinción transaccional/posicional, pero, como intentaré mostrar, no ha identificado todas las variantes de libertad posicional. Al focalizarse en la libertad negativa, ha pasado por alto que la distinción es también aplicable a la libertad positiva o autogobierno. Así como existe una libertad negativa posicional o basada en el estatus, también existe una libertad positiva posicional que Pettit no ha examinado debidamente.

La libertad positiva interaccional es la descrita por Berlin. Esto no es sorprendente, si se piensa con Pettit que la distinción interaccional/posicional estaba ausente en su clasificación, y que Berlin asumía una idea interaccional de libertad. Según esta versión de la libertad positiva, alguien es libre cuando realiza ciertas interacciones, específicamente cuando participa en política y toma parte efectiva de la toma de decisiones colectivas. Se es libre cuando de hecho se participa en el proceso de configuración de las instituciones colectivas. Participación política y libertad son igualadas. Mientras la libertad negativa interaccional exige la ausencia de interferencia, la libertad positiva interaccional exige la realización efectiva de actos de participación política y control. El populismo es el ejemplo paradigmático de esta libertad positiva interaccional. Para los populistas, “...liberty consists in nothing more or less than democratic self-rule...”.¹⁶

Existe, sin embargo, una variante posicional de libertad positiva que no ha sido identificada ni por Berlin ni por Pettit. A pesar de que Pettit se distancia del tratamiento que Berlin hace de la libertad negativa, suscribe en todos sus términos el que hace de la libertad positiva o autogobierno. En *Republicanism*, Pettit afirma que la libertad positiva como autogobierno involucra “...the presence, and usually the exercise of the facilities that foster self-mastery and self-fulfillment: in particular, the presence and exercise of those participatory and voting facilities whereby the individual can unite with others in the formation of a common, popular will”.¹⁷ Aunque Pettit habla aquí de “la presencia” de facilidades para participar en las decisiones colectivas —lo que hace pensar en una libertad positiva posicional— rápidamente agrega la cláusula “y usualmente el ejercicio” de esas facilidades, transmitiendo la impresión de que se está hablando de una libertad interaccional. Es por tanto necesario distinguir lo que en *Republicanism*, y en sus obras posteriores, aparece confundido.

La libertad positiva posicional no exige que los individuos tomen parte de la toma de decisiones colectivas participando políticamente. Para ser li-

¹⁶ *Ibidem*, p. 27.

¹⁷ *Idem*.

bres no necesitan llevar adelante ninguna interacción política. Lo que es necesario es que las instituciones públicas les confieran los poderes y facultades necesarios para tomar parte en dichas decisiones. Alguien es libre cuando las instituciones lo han ubicado en el rol de autor, confiriéndole los derechos y permitiendo que satisfaga los intereses que en tanto autor posee.¹⁸ Ser libre es ocupar una posición definida por las instituciones públicas. Esta libertad positiva, al igual que la libertad como no dominación, consiste en gozar de cierto estatus.

De acuerdo con esta concepción posicional del autogobierno, alguien puede configurar las instituciones de acuerdo con sus opiniones y deseos sin por ello ser un sujeto que se autogobierna en el sentido moralmente relevante. La participación política revolucionaria es un ejemplo de tal situación. Los revolucionarios participan políticamente, y, si tienen éxito, pueden configurar las instituciones de acuerdo con sus opiniones e intereses. Sin embargo, esto no les confiere el estatus de sujetos que se autogobiernan. Alguien posee dicho estatus cuando las instituciones políticas le aseguran los derechos y potestades necesarios para que sus opiniones e intereses cuenten. Los individuos no son sujetos que se autogobiernan por el hecho de configurar las instituciones a través de sus interacciones, sino cuando éstas les confieren los derechos y facilidades necesarios para que la participación política sea posible.

Dicho de modo concreto, nosotros, ciudadanos argentinos a quienes se nos aplica una Constitución liberal y democrática, somos más libres que quienes firmaron la declaración de independencia del reino de España en 1816. Sin duda, las interacciones políticas de aquellos firmantes tuvieron el más alto impacto político y ayudaron a configurar el esquema institucional del que ahora gozamos, pero para una concepción posicional de libertad positiva como autogobierno es sólo el esquema institucional que comenzó a forjarse con la Constitución de 1853 el que confirió a los ciudadanos a quienes se aplica el estatus de individuos libres. Los revolucionarios de 1816 no eran ciudadanos libres —a pesar de que sus interacciones políticas tuvieron una influencia sin precedentes sobre el diseño institucional—, sino individuos que luchaban por instaurar un esquema institucional que los hiciera libres, que les confiriera el estatus de sujeto que se autogobierna.

Así como es posible que alguien participe políticamente, pero no sea alguien que goza del estatus de sujeto que se autogobierna —como muestra el caso de los revolucionarios—, también es posible que alguien goce de dicho

¹⁸ He presentado una concepción posicional de libertad positiva en mi trabajo Seleme, Hugo Omar, “La legitimidad como autoría”, *Revista Brasileira de Filosofia*, 2010, pp. 73-99.

estatus sin que realice ninguna interacción efectiva de participación política. Esto no es más que una consecuencia del carácter posicional de este tipo de libertad positiva. Si las instituciones confieren a los ciudadanos los derechos y potestades correspondientes con su rol de autor —brindándoles las herramientas institucionales necesarias para la participación política de manera que puedan hacer valer sus opiniones e intereses—, éstos son sujetos que se autogobiernan con independencia de si hacen o no uso de estas facilidades. Esta distinción es la que Pettit oscurece en su presentación de la libertad positiva como autogobierno.

Un ejemplo concreto puede ayudar a entender la idea. Supongamos, como es plausible hacer, que el derecho a votar se encuentra dentro de las facilidades que las instituciones deben conferir a los ciudadanos para ubicarlos en el rol de sujeto que se autogobierna. Si un esquema institucional contiene este derecho —y todos los otros requeridos para que los ciudadanos sean tratados como autores—, entonces es irrelevante para imputarles la autoría de las decisiones políticas que los ciudadanos emitan su voto o no. Si libremente deciden no concurrir a votar, esto no los exime de responsabilidad por el diseño de las instituciones ni los vuelve sujetos alienados carentes del estatus de ciudadanos libres que se autogobiernan.

Lo señalado sirve para mostrar que existe un ideal político que Pettit ha pasado por alto y que contiene elementos en común con su concepción de libertad como no dominación y con la concepción de libertad positiva como autogobierno identificada por Berlin. Con esta última comparte la idea de que la participación política es central para definir la libertad de los ciudadanos. Sin embargo, no considera que los ciudadanos para ser libres deban efectivamente participar en los procedimientos de toma de decisión colectiva, tal como hace la variante interaccional populista. A diferencia de ésta, adopta el enfoque posicional instanciado por la libertad como no dominación, según el cual la libertad es un estatus conferido por el diseño institucional. Si las instituciones están configuradas de tal manera que la participación de los ciudadanos es posible —el acceso a los cargos públicos no les está vedado y el procedimiento de toma de decisiones es sensible a sus opiniones e intereses—, entonces éstos son libres.

NOTAS SOBRE LA PAZ

Propósito de un constitucionalismo ciudadano

Raúl Gustavo FERREYRA*

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II. *Sobre el concepto de paz y su vínculo con el derecho*. III. *Fundamentación constitucional del Estado*. IV. *Epílogo*.

I. PREÁMBULO

La existencia con vida y cognición nos ha sido impuesta a los seres humanos. Coexistir, por tanto, o existir con otros individuos en común sólo se hace factible en tanto pueda conjugarse una totalidad o mayoría de ciudadanos más poderosa que cada uno de los ciudadanos juzgados en su singularidad inalienable, conjugación, además, que deberá poseer como atribución el hecho indisputado de su unión mayoritaria frente a la individualidad arbitraria o discrecional que cualquiera de éstos deseara ejercer. Llámase, pues, al poderío emergente de la congregación de las individualidades ciudadanas “derecho constitucional” —que emerge del artefacto “Constitución”, y que nada tiene de natural—, el cual autoriza una posible ordenación y un semejante desarrollo de la coexistencia comunitaria, y al poderío individual, “fuerza bruta”.¹ Reducir el ámbito del más fuerte, que nadie quedara librado a la fuerza bruta irresistible individual o a la franca y desvalida merced de los poderes fácticos, se reporta como el propósito de la lengua del derecho constitucional, que debe articular la paz, único proceso que autoriza la coexistencia de ciudadanos con igual y semejante dignidad.

La idea básica propuesta en este texto descansa en comprender a la lengua del derecho constituyente del Estado como un código para la paz. Tal derecho constitucional, emanación fundamental de un orden jurídico espe-

* Profesor titular de derecho constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctor de la Universidad de Buenos Aires.

¹ Freud, Sigmund, *El malestar en la cultura*, Madrid, Alianza, 2010, pp. 65, 86 y 87.

cífico, artefactual y estatal, debe aspirar a constituir la lengua que sostiene y desarrolla la unidad, en paz, de una comunidad determinada.

Hablar de una lengua del derecho constitucional tiene sentido, porque lo “humano” surge en la historia evolutiva del linaje homínido al que pertenecemos, al surgir el lenguaje.² En el ámbito de la existencia humana, el dominio de la realidad, en buena parte, puede quedar vinculado a la configuración del lenguaje.³ Entonces, ejercer dominio sobre la producción y variación de las palabras del orden jurídico, aunque no define por completo el dominio de la realidad, se comporta como un agente para la creación, el mantenimiento o el cambio de las prescripciones jurídicas que lo componen.

Esa lengua, la lengua del derecho constitucional, configura el texto fundamental para la existencia en paz de los ciudadanos y servidores públicos. Ambos, para lograr que rijan o que tengan eficacia los enunciados de la lengua constituyente del Estado, deben comprenderse en la escena del dominio lingüístico, y deben producir una asociación recurrente, intensa y prolongada en la aceptación y desarrollo de las determinaciones prescriptivas sobre la conducta humana. Así, en el marco de una escritura sin despotismos, la realidad comunitaria se debe encontrar abierta al discurso que contiene las palabras constituyentes. La gobernanza de tal realidad, por lo tanto, queda remitida al consenso, mayor o menor, sobre el marco de referencia que ha de referirse o preferirse a la mutualidad de las determinaciones sobre la conducta humana. De manera coherente, pues, la existencia de los ciudadanos en la formación precisa de la lengua constituyente del Estado debería configurar el propio dominio de realidad.⁴

² Maturana, Humberto, “Lenguaje y realidad. El origen de lo humano”, *Archivos de Biología y Medicina Experimentales*, núm. 22, Santiago de Chile, 1989, pp. 77-81.

³ Una de las acepciones del vocablo “lengua”, según el *Diccionario* de la Real Academia Española, es “Sistema de comunicación verbal y casi siempre escrito, propio de una comunidad humana”. De acuerdo con la misma fuente, una de las opciones lexicográficas de “lenguaje”: “lengua (sistema de comunicación verbal)”. Asumo, desde luego, las diferencias que existen. No obstante, por motivos que el lector podrá comprender, empleo indistintamente las voces “lengua” y “lenguaje”.

⁴ Desde el punto de vista normativo, al respecto hay dos simientes muy interesantes: una del siglo XVIII y otra del XX. En el artículo 377 de la Constitución de Francia de 1795 se dispuso: “El pueblo francés deposita la presente Constitución en la fidelidad del Cuerpo legislativo, del directorio ejecutivo, de los administradores y jueces; a la vigilancia de los padres de familia, a las esposas y a las madres, al efecto de los jóvenes ciudadanos, a la cordura de todos los franceses”. Por su parte, en el artículo 41 de la Constitución de Colombia de 1991 se ordena: “En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la Instrucción Cívica. Asimismo, se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El Esta-

La filiación de estas escrituras es de carácter normativista; quiero decir que responde a un modelo de derecho en el que solamente se reconoce como tal a toda combinación de enunciados normativos y no normativos producidos por el sujeto autorizado para crear o realizar el orden jurídico de que se trate. Bien entendido, que esa comprensión se ejecuta en el ámbito de un “constitucionalismo ciudadano”, en el que la dirección suprema de la ordenación estatal que debe producirla reside en los ciudadanos que integran el pueblo, quienes por lo general poseen ideas diversas y en muchas ocasiones no coincidentes. La ejercen por representación (intermediada siempre por el sufragio y el representante) u, ocasionalmente, en forma directa. En sentido formal, un ciudadano es un elector, porque puede participar en la producción de la suma regla, a condición de que sea convocado y se confiera reconocimiento a determinados derechos básicos. Pese a la inexistencia del mandato imperativo, la ilusión de la democracia directa lleva a considerar que cada ciudadano tiene una “millonésima” cuota del poder para hacer la Constitución, reformarla y, sobre todo, intentar una defensa contra los abusos de las autoridades constituidas a cargo de los poderes públicos y de los cada vez más emergentes poderes privados.

Aquí no se expone una teoría general de la paz, porque hay un consenso extendido sobre la ausencia de dicho cuerpo doctrinal. Sin embargo, no se puede dejar de aseverar que un orden jurídico constitucional dejaría de existir en el momento preciso en que dejara de garantizar la paz social. El Estado constitucional es el único instrumento que dispone la razón y la experiencia humana para procurar una pacificación relativa en la comunidad. Al Estado constitucional lo instituyen ciudadanos que deben ser considerados igualmente libres, y también lo sostienen por intermedio del proceso de la democracia (un mero consenso general sobre reglas generales respecto de quién ha de gobernar), que abre, regula, capta y discierne la prevalencia circunstancial de un estado de opinión ciudadano mayoritario, hasta nuevo aviso. Así, la norma constitucional, procesal por eminencia, puede ser una llave verdadera para instituir e ilustrar el proceso de la paz social.

Además, este texto no se desenvuelve sobre la descripción concreta de un orden jurídico en particular. El único aliento reconocible reside en mi “ciudadanía sudamericana”. Quizá pueda aportar un grano de arena fundado en mi naturaleza de observador externo del orden político y jurídico de los Estados de América del Sur. No obstante, no soy neutral, porque soy

do divulgará la Constitución”. Desde la dogmática científica, en la literatura especializada, la obra de Peter Häberle *Cartas pedagógicas a un joven constitucionalista* (Niedersachsen, Alemania, European Research Center of Comparative Law, 2013) constituye una obra erudita, original y francamente fundamental en la instrucción y educación del derecho constitucional.

parcial, porque milito activamente hacia la paz relativa. La paz existe o la paz no existe; no es una epifanía o una revelación divina. Los hombres deben construirla y sostenerla con fundamentos y progresividad. Otras consideraciones serían anécdotas improbables o simples desvaríos.

Al respecto, las dicciones constitucionales de cada uno de los Estados sudamericanos son sumamente interesantes:

- (i) El artículo 22 de la Constitución Política de Colombia de 1991 determina: “La *paz* es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”.
- (ii) El artículo 4o. de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1998, disposición en la que se determina que sus relaciones internacionales se rigen por los siguientes principios: “VI. Defensa de la paz”.
- (iii) En la Constitución de Ecuador de 2008, en el artículo 3o., se dispone que son deberes primordiales del Estado: “...8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz...”.
- (iv) Por su mágica antigüedad, se destaca también el preámbulo de la Constitución federal de la Argentina, vigente desde 1853: “Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina..., con el objeto de... consolidar la paz interior..., para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina”.
- (v) La República del Paraguay, en el artículo 145 de su Constitución de 1992, dispone que “...en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia... de la paz...”.

La paz respecto de la cual se escribe aquí es la paz interna, relativa a una comunidad determinada, clarísima expresión de la soberanía política y la autodeterminación. En ese sentido, la paz interna constituye un presupuesto para la libertad, la igualdad y la solidaridad, porque al concentrarse en la coexistencia hace presuponer la futurible existencia del resto de los bienes. Desde luego, se requiere de un Estado soberano para fijar los procesos que resuelvan los conflictos, en muestra de una clara determinación del monopolio, concentración y disciplina de la fuerza.⁵ Un Estado, además,

⁵ Kriele, Martin, *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 54 y 55.

que encierra la administración legítima de la fuerza en un tiempo y espacio determinados.

Para cumplir los objetivos planteados en este texto, he dispuesto una composición del discurso estructurada en tres secciones; así, en la sección 2, abrego sobre el concepto de paz y su vínculo con el derecho, mientras que en la sección 3 sugiero una comprensión del proceso de paz en el marco del Estado constitucional. Por último, en la sección 4 ofrezco comentarios conclusivos en el marco del Epílogo.

II. SOBRE EL CONCEPTO DE PAZ Y SU VÍNCULO CON EL DERECHO

1. *Tesis básica*

Dos afirmaciones contundentes: el derecho es una creación humana; la paz, también; ambos poseen entidad artefactual.

El derecho es, básicamente, un sistema⁶ de reglas sobre la fuerza, que se materializa por el discurso de los poderes estatales y constituye el medio más idóneo para perseguir un objetivo mínimo: la paz relativa, dado que se relaciona con una comunidad determinada de hombres. La paz, en el contexto descrito, es el estado de cosas en el que por convicción y determinación no se hace uso de la violencia sin regulación centralizada y monopolizada. Así, la producción del orden descansa, aunque sea en nimia medida, en la participación de ciudadanos igualmente libres, que quedarán sometidos al propio orden generado. Una comunidad puede vivir en paz relativa, o sumergida en un pozo de guerra de todos contra todos o de algunos contra la mayoría, o viceversa. O los hombres eliminan la guerra (externa o interna), o la guerra que no cesa cancelará la vida humana en la Tierra.⁷ En este úl-

⁶ Bulygin, Eugenio, “Sobre el problema de la objetividad del derecho”, en Cardinaux, Nancy et al. (coords.), *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UBA, 2006, p. 40.

⁷ Born, Max et al., *Manifiesto Russell-Einstein. Una declaración sobre armas nucleares difundida a la prensa en Caxton Hall*, Londres, 9 de julio de 1955: “Invitamos a este Congreso, y a través suyo a los científicos del mundo y al público en general, a suscribir la siguiente resolución: «Ante el hecho de que en cualquier futura guerra mundial se emplearían con certeza armas nucleares, y que tales armas amenazan la continuidad de la humanidad, instamos a los gobiernos del mundo para que entiendan, y reconozcan públicamente, que sus propósitos no podrán lograrse mediante una guerra mundial, y les instamos, en consecuencia, a encontrar medios pacíficos que resuelvan todos los asuntos de disputa entre ellos»”, disponible en: <http://www.filosofia.org/cod/c1955rus.htm> (fecha de consulta: 1o. de febrero de 2016).

timo caso, sin ser agorero ni trágico, “...se necesitarían algunos millones de años para que los moluscos del mar llegaran a producir algo semejante al hombre”.⁸ Ergo, el derecho constituye una de las herramientas más específicas para intentar la resolución de las disputas.

2. *Debate mínimo*

Sucedió en tiempos inmemoriales y espacios finitos. Hubo un estado sin leyes sociales. En los principios de los tiempos y de los espacios en la Tierra, si el estado de naturaleza acaso existió y si acaso, como haya de ser comprobable que haya existido, fue un estado de cosas solamente gobernado por leyes naturales, que no fueron creadas por el hombre. Él puede dañarlas o mejorar algunos de sus efectos; pero nunca podrá una ley social regir la salida y puesta del sol, como tampoco podrá abolir o derogar la gravedad o la mecánica del calor y de la energía.

El derecho procede directamente de la naturaleza humana. Significa el mayor invento para la ordenación de las comunidades humanas. En su interior, las Constituciones son las tecnologías más desarrolladas que soportan toda la arquitectura del orden instituido jerárquicamente a través del escalonamiento gradual de enunciados normativos. El derecho es un orden para la erradicación, eliminación o limitación máxima posible de la violencia como medio para afrontar los conflictos individuales o plurales desatados en una comunidad de individuos. Al reglamentar el poder estatal y definir la libertad ciudadana, se puede erigir en un orden para conseguir la paz, una paz relativa. En pocas palabras, el derecho, por un lado, es la sintaxis de la fuerza y, por otro, se puede constituir en una apropiada semántica de la paz. Su morfología siempre es positiva, entendida como la cosa que es, el hecho de la autoridad existente y que nos ahorra pensar en arengas metafísicas. La tarea del jurista se centra en la descripción y sistematización del orden jurídico, aunque también no debería dejar de insinuar, con “prepotencia de trabajo”,⁹ su crítica para la futura reforma, derogación o abolición del objeto estudiado.

El principal conflicto a resolver en una comunidad resulta en no dañar al otro, o en que nadie resulte dañado, o en que todos puedan tener la certeza de que no serán objeto de daño por parte del otro; este sujeto de

⁸ Bobbio, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 2008, p. 13.

⁹ Arlt, Roberto, “Palabras del autor”, *Los lanzallamas*, Buenos Aires, Compañía General Fabril Editora, 1968.

la otredad puede llamarse “ciudadano” o “poder estatal”. Se puede dañar al ciudadano porque se invade su esfera soberana de libertad o porque las autoridades creadas para el gobierno de la comunidad exceden o abusan de sus competencias férreamente regladas. Por eso, el único objetivo prioritario y mínimo que tiene el derecho, su significado crucial, consiste en determinar, concertar y mantener la paz; no es la justicia ni el bienestar. Estos objetivos podrán ser posteriores, desde luego, pero el objetivo primordial del derecho es la realización de la paz, porque sin paz es absolutamente imposible conseguir ninguna de las situaciones ideales en las cuales los seres humanos procuramos vivir, con mayor o menor deseo.¹⁰ La paz es el fin mínimo del ordenamiento jurídico; esto implica encuadrarse en el pacifismo jurídico. La paz es la condición necesaria para cualquier otro fin: libertad, igualdad o fraternidad. El derecho, entonces, es una procura de ordenación de la paz relativa de una comunidad.

La propiedad distintiva de un “propósito” la constituye el objetivo que se pretende conseguir, el ánimo de alcanzar un determinado fin. La acción deliberada, mejor dicho, el propósito de crear y realizar el derecho, puede consistir en la arquitectura básica para la paz comunitaria. Como he planteado, esta posición se encuadra en el pacifismo jurídico, dado que la paz es el estado en que no se hace uso de la violencia desregulada. Sin embargo, no puede pasarse por alto la cuestión de que el derecho no es un instrumento neutral, ya que siempre su normativa y aplicación vienen precedidas de presupuestos filosóficos e ideológicos. Suele argüirse que el derecho es un instrumento para el control social; a la vez, se revela como la herramienta de la que se sirve racionalmente el hombre para intentar disponer la paz en el marco de la coexistencia comunitaria.

Con el derecho se puede procurar una paz relativa, no absoluta, porque priva al individuo o grupo de individuos del empleo de la violencia. Para ello, se diseñan órganos y se les atribuye competencia para la ordenación de la vida en la comunidad estatal. Una “paz” que se pueda definir como la “inexistencia” de una relación de conflicto caracterizada por el ejercicio de una violencia duradera y organizada.¹¹ En este lenguaje, la paz es ausencia de conflicto armado. No obstante, sin minimizarlo, prefiero la reflexión sobre la “paz” en cuanto ella “evita el mayor de los males, la muerte violenta”, y el bien al que aspira es el “bien de la vida”,¹² el mayor de los bienes. Por eso tiene tanta buena prensa, entre los estudios dogmáticos, apuntar a

¹⁰ Bobbio, Norberto, *El problema de la guerra...*, cit., pp. 96 y 97.

¹¹ *Ibidem*, p. 164.

¹² *Ibidem*, p. 174.

otro tipo de bienes: la justicia, el bienestar... Sin embargo, en realidad, la condición mínima reside en evitar este mal; se debe procurar su eliminación o al menos la ilusión de que podemos reducir a su máxima expresión la conflictividad armada, que trae consigo la muerte violenta y todo tipo de otros males y castigos depredadores o degradantes de la mismidad de la vida humana.

Una comunidad con leyes sociales es una sociedad que se orienta a la supervivencia y conservación del grupo social. En ese plan, se asigna a cada individuo un propio poder soberano, y se determina y delimita el poder de cada ciudadano con relación al poder propio de los demás. Nótese que una sociedad controlada íntegramente por el derecho es un ideal inalcanzable, porque la observación y comprensión mundana de la realidad que se objetiva, sin prejuicios, lo contradice (en todos los tiempos).

En las letras que anteceden he aclarado que la paz procurada por el derecho no es ausencia de fuerza; se constituye en el monopolio de la fuerza estatal, en favor de la comunidad por intermedio del derecho. Una definición tomada de Luigi Ferrajoli describe el principio de la paz en estos términos: "... Si el uso de la fuerza no está disciplinado por normas jurídicas está prohibido. Y significa, por consiguiente, que el Derecho es la negación de la fuerza desregulada y que la fuerza desregulada es la negación del Derecho".¹³ Dentro de este plano maestro, la paz resulta ser la expectativa del uso no desregulado de la fuerza. La propuesta del Estado constitucional, por tanto, será instaurar leyes válidas y eficaces que hagan cesar el conflicto, regulen la fuerza, y que así nazca la paz. En definitiva, la paz no es ausencia de fuerza; se constituye en el monopolio de la fuerza estatal, en favor de la comunidad.¹⁴

El principio de la paz, aun cuando expresa la expectativa negativa del no uso desregulado de la fuerza, inaugura con solidez el criterio de demarcación entre derecho y "no derecho", pero merece ser completado, según refiere Luigi Ferrajoli. En efecto, para definir finalmente el concepto de paz en su vinculación con el derecho será menester evaluar y señalar: i) la existencia de una garantía primaria, esto es, la prohibición del uso desregulado de la fuerza, y ii) la existencia, paralela, de una garantía secundaria de necesaria e inmediata complementación con la primera, consistente, en este caso, en la limitación del uso de la fuerza en la forma y condiciones normativamente previstas, con exclusividad y positividad a los casos en que tal prohibición es violada.¹⁵

¹³ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2011, t. I, p. 445.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 837 y 838.

Ahora bien. Ligada la correspondencia entre “derecho” y “paz”, es momento de meditar sobre la Constitución, pieza fundamental del Estado. La Constitución es una categoría jurídica única en la existencia con vida de los seres humanos. Se trata de un instrumento que aún no tiene 250 años (si computamos desde la Constitución de Filadelfia, son 230 años), mientras que el *Homo sapiens* cuenta 250,000 años. Los seres humanos nunca han conocido una invención similar a la Constitución. Hasta lo conocido y creado por los seres humanos, las Constituciones son el máximo instrumento de ordenación de la vida comunitaria.

La Constitución, al fijar determinados procedimientos, cumpliría la función responsable de la más alta alcurnia atribuible a las formas jurídicas o al derecho: alentar la paz. Sus principios se dirigen hacia un objetivo procesal, porque la siempre tensa relación entre ciudadanos y Estado nunca es susceptible de resolver por entero y, por eso, se la canaliza o reconduce a determinados actos que alivien la rigidez. La prosa del derecho constitucional, su expresión objetiva puesta en el mundo (que muchos apodan “positiva”), pretende determinar marcos para colaborar con las ilusiones sobre la esperanza de una coexistencia pacífica en la que todos los ciudadanos disfruten o puedan disfrutar del casi inalcanzable “bienestar general”, en una sociedad de ciudadanos iguales no sólo en libertad.

Sin derecho constitucional —ya sea que fluya de la ley fundamental escrita o que esta norma le confiera jerarquía suprema a instrumentos internacionales sobre derechos humanos dentro del propio orden jurídico estatal— no hay Estado constitucional, porque aquél le confiere fundamento, ya sea en el arraigo, ya sea en la justificación o legitimación. Por eso, si todos los hombres vamos a convivir juntos, debemos aceptar las “letras sobre una tolerancia consistente y un respeto abnegado”, instituidas por lo general en la Constitución, que instruyen el mejor mecanismo para la paz, porque implican la terminante prohibición de dañar al otro y el categórico estímulo de ayudarlo siempre que se pueda. Estas proposiciones, por cierto, se enmarcan en un contexto utilitario, en el que también se prohíbe “de-rramar sangre”,¹⁶ o procurar que los procesos se orienten a que aquello no suceda. Así, se sustituye la lucha cuerpo a cuerpo por el debate cívico; en fin, se suprime “...el tiro de gracia del vencedor sobre el vencido por el voto y la voluntad de la mayoría que permite al vencido de ayer convertirse en el vencedor de mañana *sine effusione sanguinis*”.¹⁷

¹⁶ Popper, Karl, *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento*, Barcelona, Paidós, 1995, p. 190.

¹⁷ Bobbio, Norberto, *El problema de la guerra...*, cit., p. 19.

Cada Constitución contiene y dispone una forma singular y peculiar de fundamentar al Estado.¹⁸ Hay países que emplean poco más de 12,000 palabras para ordenar la totalidad de su código constitucional, como la Argentina. La Constitución de Paraguay de 1992 emplea más de 25,000 palabras. Otros ejemplos, como Ecuador, necesitan más de 54,000 palabras. Brasil requiere la utilización de más de 76,000 palabras. Colombia ha prescrito su ordenación fundamental del Estado mediante el empleo de más de 40,000 palabras. En consecuencia, cada comunidad posee un modelo propio y peculiar para transitar el camino al paradigma constituyente y, así, fundamentar al Estado.

Los “libros laicos”,¹⁹ es decir, nuestras Constituciones, como se dice, contienen diferentes modalidades para ordenar. Empero, la paz no puede insertarse con inocencia, porque es un acto informado de todo hombre que posee cabal conciencia de sus derechos. En la siguiente sección doy cuenta de un modelo teórico, cuya abstracción autoriza una aproximación a la fundamentación constitucional del Estado en directa implicación con la paz. Repito que se trata de una construcción centrada en la ciudadanía, en la inherente e irrepitible individualidad de cada ciudadano.

3. *Con forma de inventario*

- (i) La vinculación entre paz y derecho es fértil, indispensable y necesaria.
- (ii) La paz es la condición necesaria para cualquier otro fin: libertad, igualdad o fraternidad. El derecho no puede ser otra cosa o estados de cosas, entonces, que la orientación hacia la paz ordenada de una comunidad estatal.
- (iii) Los mandamientos del derecho son elementales, pero el derecho no tiene aptitud para contener o detener una guerra o conflicto con nombre semejante. La política hace al derecho, motivo por el cual la decisión máxima es, al mismo tiempo, un esbozo de salvación. Se debe ejercer una rebelión cotidiana y ecuménica contra la guerra:

¹⁸ Ferreyra, Raúl Gustavo, *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2015, pp. 344 y ss.

¹⁹ Según la acuñación de Valadés, Diego, “¿Qué hacer con la Constitución?”, *Reforma*, México, 2 de febrero de 2016, disponible en: www.reforma.com/aplicacioneslibre/editoriales/editorial.aspx?id=81220&md5=05567a7fe830663d1a4b14d63064c495&ta=0dfibac11765226904c16cb9ad1b2efe&lcmd5=2ebc84d163eeaf4cb937892081ba9526 (fecha de consulta: 2 de febrero de 2016).

la rebeldía humana se expresa con “un hombre que dice *no*”,²⁰ en este caso, “*no* a la guerra”. Hay que detenerla.

- (iv) Negarse a la guerra significa abrir la existencia de la paz.
- (v) El Estado constitucional es un Estado con leyes sociales. Estas últimas, por intermedio del paradigma “Constitución”, confieren su ordenación y fundamento básico. El Estado constitucional, fundado en una ley fundamental, puede prescribir, apropiadamente, los procesos para alcanzar, afianzar y desarrollar la paz comunitaria.

III. FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ESTADO

1. *Afirmación capital*

Llámase “Estado constitucional”²¹ a todo ente que congrega en su composición dos elementos constituyentes naturales (territorio y población) y dos elementos constituyentes no naturales (poder y Constitución); uno de estos últimos es el “artificio fundamental”, la suma regla suprema del orden estatal, cuya estabilidad y perdurabilidad se intenta establecer con hegemonía suficiente. En el Estado constitucional todo el derecho del Estado debe ser derecho genuinamente autorizado por la norma positiva fundamental de su orden coactivo.

2. *La Constitución, cuarto elemento del Estado*

La Constitución no es un ente mundano aislado. Puede aislarse para su estudio dogmático; es decir, comprender, desde una perspectiva interna, su entidad y describir sus propiedades. Sin embargo, ella desempeña su tarea, con mayor o menor eficacia, con mayores o menos logros, dentro del ente estatal. Por consiguiente, también existe un enfoque externo: el propio modo en que la Constitución se da, se presenta, se relaciona, en fin, reglamenta y fundamenta al mundo de los elementos del Estado; o el Estado a secas. Porque construir constitucionalmente al Estado no es tarea sencilla. Por eso, las orientaciones conceptuales sobre “organizarlo u ordenarlo” —siempre con rol fundamental— no son una mera cuestión de fe o de vocabulario: siempre se encuentran abiertas a delimitación y discusión crítica.

²⁰ Camus, Albert, *L'homme révolté*, París, Œuvres, Gallimard, 2013, p. 854.

²¹ Bonavides, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 26a. ed., São Paulo, Malheiro Editores.

3. *Las reglas constitucionales*

Elegir al artificio constitucional como fundamento del Estado constituye una determinación política.

La fundamentación constitucional del Estado se cumple o puede cumplirse por intermedio de cuatro principios o reglas: subordinación, variación, distinción y acción. Ninguna de estas reglas o principios posee una realización absoluta; por eso son reglas “inacabadas” o reglas de realización progresiva, o reglas de realización relativa. Además, asumo en este texto que no existen diferencias ontológicas o estructurales entre los principios y las reglas que emanan de las normas constitucionales; las desemejanzas entre las unas y los otros son más bien de estilo, pese a que desde el punto de vista de la literatura jurídica, en general, se prefiere “regla”. Bien entendido: que en toda obra literaria son esenciales el estilo y las ideas.²²

Entonces, estos cuatro principios o reglas que emanan de la Constitución pueden ser descritos como de terminación inacabada, porque por su intermedio se pretende fundamentar la regulación del Estado o la limitación de su inherente poder.

A. Regla sobre la subordinación

La regla sobre la subordinación jurídica del Estado por intermedio de cada uno de los despliegues que la Constitución dispone (supremacía normativa; relación con el derecho internacional de los derechos humanos —DIDH—; control de constitucionalidad y rigurosa juridicidad) persigue establecer la certeza, es decir, el “conocimiento seguro” por parte de la ciudadanía y los servidores públicos sobre la determinación del campo dominado por el derecho y del otro campo libre, un mundo sin reglas jurídicas. Los ciudadanos y los servidores públicos deben realizar el derecho de la Constitución.

Con los alcances de sus prescripciones jurídicas, inevitablemente, hacen presuponer o representar que la certeza en el mundo estatal —pasado,

²² No asumo la distinción fuerte y débil, respectivamente, entre principios y reglas. Nótese: no significa que la distinción no posea entero fundamento; simplemente, es preciso señalar que tiene un alcance y contenido explicativo bastante más reducido del que comúnmente se le asocia, dado que la mayor parte de los principios, tendencialmente, se comportan como las reglas, porque también son “derecho sobre derecho”, portadores de sana normatividad. Sigo, en general, la consistente tesis de Luigi Ferrajoli, expuesta en “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Un debate sobre el constitucionalismo*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 11-50.

presente y, sobre todo, porvenir— queda afianzada, se encuentra ligada, en fin, subordinada a una regla artificial: la Constitución, que no tiene nada de orden metafísico. La certeza siempre es “...certeza de alguien respecto de algo”;²³ en nuestro caso, nada más y nada menos que del hombre sobre el orden jurídico que fundamenta al Estado.

Gracias al empleo de la regla sobre la subordinación y sus despliegues, toda la vida comunitaria —la ciudadana en libertad y las tareas de los servidores públicos— debería quedar dominada por la ordenación constitucional. Aunque la certeza que puede alumbrar la normatividad constitucional no alcanza a constituir por sí misma y en su integridad todo un proceso de paz social, la previsibilidad congénita que arraiga la propia subordinación que establece la Constitución para el resto del orden jurídico, sin dudas, favorece a su instauración y a su mantenimiento.

B. *Regla sobre la variación*

La Constitución contiene una certidumbre: que su escritura metódica sólo podrá ser expandida, contraída o revisada por el propio proceso detallado en su texto. Autoriza un solo lenguaje posible, por intermedio de un modelo autorreferente. El propio proceso de su cambio formaliza, sin temores, que la Constitución puede ser reformada, con el debido respeto de sus determinaciones precisas, que nunca pueden ser entendidas como epístolas inútiles. De este modo, el artificio constitucional arraiga y afianza la estructura del Estado, al permitir el cambio de la regla suprema, que no es la copia ni imitación de ningún ente u objeto perfecto e ideal. Por eso corresponde habilitar la propia metamorfosis de la Constitución.

Fuera de la canalización dispuesta en la Constitución, no hay cambio autorizado. La autoridad creada por la Constitución no debe disponer cambios fuera del proceso político y jurídico prescrito en la suma regla. El cambio es una posibilidad enorme en la vida de los hombres. Arraigar, entonces, el cambio constitucional a un proceso clave e indisponible consagrado, en modo autorreferente, también confiere certeza en las relaciones humanas.

Las bases que surgen de las previsiones sobre reforma constitucional no eliminan la irracionalidad. Sí confieren certidumbre a la variación normativa. Cambiar, con arreglo a reglas predispuestas, disuelve la ley del más fuerte o la fuerza bruta, que, conjunta o separadamente, desalientan cual-

²³ Bunge, Mario, “Certeza”, *Diccionario de filosofía*, México, Siglo Veintiuno, 2001, pp. 213 y 214.

quier proceso de paz por la violencia congénita y sin regulación que portan y transmiten.

C. Regla sobre la distinción de funciones

Para construir y mantener jurídicamente a esa personalidad colectiva que se apoda “Estado”, inevitablemente, unos hombres tendrán que dar órdenes, encontrarse facultados para mandar con atribuciones suficientes, y otros deberán obedecerlas, ya sea por leal convicción, o por otro motivo que influya y determine el estado de dominación.

El poder se distingue en “constituyente” y “constituidos”: derecho constituyente y derecho constituido. La Constitución es producida y concretada en los “momentos constituyentes”; el resto de las reglas jurídicas de alcance general son creadas por el Congreso federal o el departamento ejecutivo; excepcionalmente, por el Poder Judicial.

En el seno de la Constitución, la división horizontal del poder tiene lugar en la casa republicana: departamentos precisos, con atribuciones excluyentes y bien determinadas, que se encargan de la producción o realización del derecho.

La división vertical del poder tiene lugar ya sea por la vía del federalismo o del unitarismo; Brasil y la Argentina, por ejemplo, son modelos federales. Colombia, Paraguay y Ecuador instituyen modelos unitarios.

La división del poder, en el Estado constitucional, constituye la regla organizativa fundamental. Al mismo tiempo, se ha observado que si la premisa antropológica es la “dignidad humana”,²⁴ su consecuencia organizativa debe ser la democracia. Desde que no existe democracia sin división del poder, entonces, la vinculación es evidente. En los términos postulados, la regla sobre la división del poder justifica la existencia del Estado constitucional. Sin embargo, dividir el poder, desconcentrar las funciones y diseñar controles no asegura un proceso de paz. Por ello, la regla sobre la distinción de funciones y la correlativa generación de controles entre órganos—concretamente, una “gramática” del poder estatal— tiene por inculcable finalidad contribuir a la consecución de lo que cotidianamente parece imposible, o digno de una de las más fantásticas de las utopías: someter el poder al cumplimiento de reglas de juego jurídicas preestablecidas y, con ello, a una expectativa de concentración, regulación y administración de la

²⁴ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 193.

violencia. Dentro del marco propiciado por la regla de distinción se genera la ilusión de que no debería existir fuerza desregulada; empero, todos saben que allí donde existe un poder puede existir, también, un servidor dispuesto a ejercer una fuerza estatal no disciplinada por normas jurídicas. Así, la paz cuenta más como una utopía. Porque, allí donde existe un poder constituido, usualmente, existe un servidor público bien decidido a su abuso y corrupción.

D. Regla sobre la acción. Derechos fundamentales

Hay Constituciones que, en tanto fundamento de “soporte” y de “validez” de los sistemas jurídicos, no se limitan a programar un conjunto de procedimientos dirigidos a posibilitar la planificación y despliegue de la coerción a cargo de los poderes constituidos. Además, y aceptando que ellas no son fines, sino medios, reputan que los derechos fundamentales en ellas insertados realizan una reglamentación que se considera el ámbito básico de la vida comunitaria en libertad, donde se les concibe no sólo como derechos subjetivos, sino también como reglas objetivas del sistema y, como tales, formal y no materialmente, líneas de acción que deben asegurar un uso correcto de la fuerza estatal. Esta proposición implica la comprensión global de las complejidades que muestran las realidades configuradas por esos órdenes.

La Constitución federal de la Argentina, por caso (básicamente: primera parte, capítulo primero: “Declaraciones, derechos y garantías”; capítulo segundo: “Nuevos derechos y garantías”, y en la segunda parte, título primero, sección primera, capítulo cuarto: “Atribuciones del Congreso”, artículo 75, inciso 22²⁵), contiene una descripción del estado de cosas mencio-

²⁵ Por intermedio de la reforma constitucional de 1994 se dispuso en el artículo 75, inciso 22: “...Corresponde al Congreso... inciso 22: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera par-

nado en los apartados anteriores; es decir, un estado de cosas deseado por el legislador constituyente sobre los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales, pues, constituyen reglas o líneas significativas para la acción estatal y ciudadana. Así, al trazar las líneas de acción respectivas, una paz interna comunitaria fundada en el desarrollo de los derechos fundamentales puede significar la negación de la violencia sin regulación ni disciplina en una comunidad organizada.

4. *Con forma de inventario*

- (i) Los animales se encuentran en el mundo; probablemente sean “felices mientras tengan salud y suficiente comida”.²⁶ El hombre, en forma bien diferenciada y distinguida de aquéllos, pretende la comprensión y segura observación mundana. El hombre, con la guía de su razón siempre imperfecta y el respaldo en su experiencia siempre susceptible de verificación, intenta ejercer y desarrollar cierto tipo de dominio sobre el mundo para que éste sea, quizá, más acogedor y también objeto de transformación. La naturaleza, en suma, configura un mundo dado o presentado al hombre; éste, con sus invenciones científicas o tecnológicas, trata, en general, de mejorar las condiciones iniciales al construir otros “mundos artificiales”.²⁷ El Estado, el derecho y la Constitución son entes artificiales; también,

te de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. A su vez, la Ley 24.820 —publicada en el *BO* del 29/5/1997— otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la XXIV Asamblea General de la OEA, en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución federal. Por su parte, la ley 25778, publicada en el *BO* el 3/9/2003, otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26/11/1998 y aprobada por Ley 24.584. Por su parte, la Ley 27.044 publicada en el *BO* del 22/12/2014 dispuso otorgar jerarquía constitucional en los términos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU). En consecuencia, hoy son catorce los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional.

²⁶ Russell, Bertrand, *La conquista de la felicidad*, Barcelona, De Bolsillo, 2003, p. 21.

²⁷ Bunge, Mario, *La ciencia. Su método y su filosofía*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1977, p. 9.

naturalmente, la asociación que da lugar a la mancomunidad: “Estado constitucional”.

- (ii) Cada Estado tiene una historia detrás, y cada historia estadual es única. Para la existencia de la vida de los hombres, una forma de ordenación es absolutamente necesaria para el control responsable de la paz, aunque esa forma no imponga necesariamente un Estado.
- (iii) El artificio constitucional constituye el cuarto elemento del Estado. Se ilustra un enfoque original: la conexión de la Constitución con el ente que fundamenta, el Estado. Significativamente, el derecho que emana de la Constitución, o cuya validación ella con la más alta jerarquía promueve y protege, comprende el cuarto elemento, definido o caracterizado como fundamental del derecho del Estado.
- (iv) En el Estado ordenado con fundamentos en una Constitución, su constitucionalización nunca es cabal ni totalizadora. Las reglas constitucionales que fundamentan al mencionado Estado prescriben con bastante suficiencia la subordinación certera de su orden jurídico, la autorización detallada para su cambio formalizado, la distinción de las funciones controladas de sus poderes gubernativos y notable literatura sobre la acción de sus derechos fundamentales. Tales reglas constitucionales, al fijar determinados procedimientos singulares, cumplirían la función responsable de la más alta alcurnia, atribuible a los procesos jurídicos: alentar la paz. Precisamente, en principio en el Estado constitucional, la Constitución cumple un rol eminentemente procesal, porque la tensión entre individuo y Estado, el conflicto entre ciudadano y autoridad, imposible de resolver con rasgos definitivos, se disuelve a favor de determinados procedimientos que subordinan la actuación estatal al derecho de la Constitución.
- (v) En las letras anteriores no persigo un tipo ideal de Estado constitucional. Sólo guardo la expectativa de que la descripción del “modelo normativo determinado” pueda ser objeto ulterior de una ampliación y tipificación; por ejemplo, en América del Sur.

IV. EPÍLOGO

Primero. Suele creerse que la lengua del derecho constitucional alcanza una condensación más elevada o será mejor identificada por las ordenaciones que se prescriben en su “expreso y propio decir”, que por el mundo que espacialmente se encuentra fuera de ellas, que queda sin el gobierno de las prescripciones de su fluir lexical; esto es, sin dicción constituyente, el mundo

no jurídico. Por mi parte, sostengo que la lengua del derecho constitucional puede ser un código para la paz. Su texto o escritura es la literatura secolar²⁸ de los ciudadanos que integran el pueblo de la comunidad estatal.

Segundo. El derecho constitucional fundamenta al Estado y debe cumplir un servicio supremo: con sus procesos formales, debe articular y mantener el constituyente supremo de la paz. Porque sin paz no habrá ni libertad ni justicia.

Tercero. Hay palabras con las que nadie desea quedar nunca ligado; por ejemplo, “guerra”, “terror”, “racismo”, “muerte”, “contaminación”. Sin embargo, hay otras que generan el deseo de que todas las personas se encuentren inclinadas a discurrir sobre ellas: “tolerancia”, “maternidad”, “protección ambiental” y, por supuesto, “paz”. Con excepción de algunas teocracias islámicas o algunos jeques asiáticos, resulta imposible encontrar un sistema de ordenación estatal que no pregone, no programe, no estimule o de cualquier forma rinda pleitesía y tributo a la paz; aunque ello, desgraciadamente, en la vida cotidiana no suceda.

Cuarto. Reproduzco una cita que siento irresistible, perteneciente a Aleksandr Herzen: “con la violencia y con el terror se difunden religiones y políticas, se fundan imperios autocráticos y repúblicas inescindibles, con la violencia se puede destruir y despejar el lugar, nada más”.²⁹

Quinto. La violencia se acerca más y más a una suerte de “sepulturera de la historia”.³⁰ La paz es una conquista; por lo cual, una vez conquistada, habrá que desarrollarla y mantenerla, porque se la puede perder nuevamente.

Sexto. Erasmo de Róterdam, uno de los “pensadores mayores” en toda la historia de la humanidad, creyó que la paz se encontraba en la naturaleza. Asustado por el flagelo de la guerra, escribió probablemente hace casi quinientos años un encomio con cita de Silio Itálico: “Paz, la mejor de las cosas que la naturaleza dio al hombre”.³¹ Pese a que juzgo que la concordia

²⁸ Los enunciados normativos siempre conducen al ciudadano o servidor público a un sitio de mayor reverencia o menor “religiosidad”. La Constitución de Francia de 1958, en su artículo 1o., define con sobriedad y rotundidad eminente la tajante separación entre “la Iglesia y o cualquier culto religioso” y el Estado constitucional: “La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale”. Resulta innecesario mencionar mi elección por esta fórmula normativa tan preciosa. He aprendido que “los estados de cosas vitales” deben ser pronunciados de entrada; en tales condiciones, pues, a la no confesionalidad, la cabecera le corresponde por derecho propio.

²⁹ Herzen, Aleksandr L., *A un vecchio compagno*, Turín, Vittorio Strada (ed.), Eunadi, 1977, p. 6.

³⁰ Bobbio, Norberto, *El problema de la guerra...*, cit., p. 20.

³¹ Róterdam, Erasmo de, “Querrela de la paz. De cualesquiera pueblos echada y derrotada”, *Obras escogidas*, Buenos Aires, Aguilar, 1964, p. 972.

no se encuentra en la naturaleza, dado que la naturaleza de la paz es artefactual —un objeto de creación totalmente humana—, sí estoy convencido de que es el mejor de todos los estados de cosas en el que puede desarrollarse la existencia vital de los hombres.

Si maldito ha de ser el que sea que haya inventado la guerra,³² sin postular ninguna moral objetiva, deberían ser “benditos” quienes procuren su ausencia o su finalización. El *Homo sapiens*, como especie animal, tiene una edad aproximada de 2,500 siglos, aunque los cimientos de sus progresos en los últimos cinco han sido posiblemente muy superiores que durante los 2,495 anteriores. El desarrollo, perfeccionamiento y expansión de la escritura ha sido fenomenal para depositar y transmitir conocimientos. Pese a ello, sigue vigente el problema inflexible y espantoso: “¿Hemos de poner fin a la raza humana, o debe la humanidad renunciar a la guerra?”³³ No hay oposición más radical e inspirada; la continuidad de la vida del hombre podría alentar un mejoramiento de las condiciones sobre su frágil existencia, porque su opuesto —el conflicto armado—, por conocido, no deja de contener nuestra rebelión hacia sus estremecedores resultados: cadáveres, violaciones, torturas, desplazamientos, pobreza y exclusión.

Séptimo. Antes de la caída del telón para estas “Notas”, deseo recordar otra vez a nuestro humanista: “Solamente al animal humano fuese dada la palabra, principal conciliadora de amistades”.³⁴ Cuánta afinidad con los propósitos de este texto, en el que la escritura intenta fundirse con el análisis jurídico. No hay nada subrepticio en estas “Notas”. Apenas palabras que intentan ordenarse hacia la paz. La paz de una República, con sus ciudadanos entregados a la benevolencia mutua y a la concordia emergente de los significados racionales de sus palabras.

Octavo. Pretendería que mis palabras, a falta de cualquier otra consideración, fueran interpretadas bajo el sello de una sola posesión e intransigencia: sublevación total, insubordinación completa, desobediencia absoluta y rebelión terminante contra la guerra o cualquier conflicto armado o semejante, interno o externo, que cancele la vida humana, como lo hizo y lo hace el encuentro violento, la beligerancia armada entre los hombres. Por todo ello, este texto puede ser acusado de parcialidad, ya que mi rebeldía contra la guerra no tiene cura ni conciliación racional.

³² Marlowe, Christopher, *Tamburlaine the Great*, part. I, act II, scene IV, “Accurs’d be he that first invented war”, disponible en: http://www.gutenberg.org/files/1094/1094-h/1094-h.htm#link2H_4_0010 (fecha de consulta: 3 de febrero de 2016).

³³ Russell, Bertrand *et al.*, *Manifiesto Russell-Einstein...*, *cit.*

³⁴ Róterdam, Erasmo de, “Querella de la paz...”, *cit.*, p. 968.

Noveno. Todos los objetos tecnológicos inventados por el hombre poseen un “manual de usuario”. La Constitución del Estado resulta también un objeto tecnológico que, sin embargo, no contiene un manual de uso, porque ella misma es el “manual del ciudadano” para el desarrollo y mantenimiento de un constitucionalismo en procura de paz.

El Estado constitucional, quizá, signifique una ideación infinitamente más potente que su apropiada concreción en la realidad política comunitaria. Sin embargo, para vivirlo a pleno hace falta, entre otras actividades, la pura pedagogía constitucional. Hace años se ha dicho que una “Constitución no hace en absoluto a un Estado, salvo en la más estricta significación literal, un auténtico Estado constitucional”.³⁵ En ninguna de las líneas anteriores apelé al juego de palabras, porque juzgo relevante la cruda descripción, sin la complaciente veneración en que incurren ciertos intérpretes que creen posible un inexistente culto oficial a la Constitución, olvidando la más genuina posibilidad entregada por la “sociedad abierta”:³⁶ o todos realizamos el derecho constitucional, o el derecho constitucional es simplemente una nueva forma arbitraria e irracional de dominación. Tampoco ahora jugaré con las palabras. Bastará, por eso, una afirmación, con igual pureza teórica que la perseguida en la sección 2: sin Constitución, no hay Estado constitucional, porque las cuatro reglas aquí reportadas fomentan la ilusión de que los ciudadanos sean efectivamente iguales en libertad y el poder constituido constituya una zona de competencias limitadas sometidas al control racional.

El Estado constitucional representa a la comunidad política soberana. Él mismo es un ente autorreferente. La regulación, administración y planificación de la fuerza del ente estatal se realiza por intermedio de un orden jurídico, que desde su primacía muestra una Constitución, instrumento que debería contener la decisión formalizada, incontestable y unida de los ciudadanos que integran el pueblo. La Constitución, por tanto, define un sistema de poder excluyente para toda la comunidad. Una ordenación que resuelve, jurídicamente, la validez de la totalidad de las normas que se le subordinan y que nacen en la fuente estatal. A su vez, el orden constitucional también decide la autorización para la aplicación eventual de las normas que provienen de fuente extranjera y, por ende, se las emplace en la cúspide

³⁵ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979, p. 161.

³⁶ Häberle, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes Constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y «procesal» de la Constitución”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 6, núm. 11, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2008, pp. 29-61.

del sistema estatal. La apuesta por este tipo o modelo de orden constituyente del Estado implica, además, la negación de cualquier otro orden que pretenda afectar su supremacía lógica, que siempre existirá en la realidad política, porque se trata de una trama insuperable. En suma, el proceso de disciplina, regulación y aplicación de la violencia, en este tipo de Estado, se decide, básicamente, por el instrumento constitucional. Con la configuración de este poder constitucional, el presupuesto primero de la comunidad política, la paz, lograría un criterio de razonable efectividad, a condición de que los ciudadanos participen activamente en el nacimiento, en el desarrollo y en la profundización de tal constitucionalismo.

Décimo. La conservación de la existencia de la vida humana configura la idea principal que desarrollo en estas escrituras. Para ello, la eliminación radical de la guerra constituye “nuestro problema supremo”.³⁷ No existe ninguna otra idea que tenga mayor supremacía a la expuesta. Por de pronto, aquí, no se concentran soluciones. Sí, juiciosamente, directivas básicas para la edificación de la vida comunitaria en paz.³⁸ Dentro de ese panorama, todas las Constituciones de cada uno de los Estados de América del Sur poseen piezas muy interesantes para la construcción duradera y estable de una paz relativa en cada comunidad.

Nótese que se ha sobrestimado respecto de la utilidad de nuestras Constituciones. Ellas, con sus textos genuinos, no deberían contener ni presuponer ningún acto de magia; al contrario, por lo general, sus prescripciones deben elaborarse y enfrentar, dado que los sudamericanos no estamos solos en el mundo, a poderes hegemónicos, salvajes y planetarios, portadores de perturbadoras ideas neocoloniales³⁹ que solamente pretenden más dominación y más injusticia. Nuestras Constituciones deberían quedar enteramente libres del mito y la metáfora. También, por supuesto, de la plegaria y de la magia. Así, quedaría más libre el camino para la discusión racional y el diálogo.

El mejor modo para preparar el presente e iluminar un porvenir reside en disponer de la lucidez suficiente para actuar con energía y reunir, definitivamente, la idea ciudadana de que las Constituciones, en principio, son “manuales para una procura de paz relativa comunitaria”. Ciertamente, la vida política de cualquier comunidad se desenvolverá, siempre, sobre un

³⁷ Kelsen, Hans, *La paz por medio del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1946, p. 47.

³⁸ Riberi, Pablo, “Un triángulo de cuatro lados: la convergencia entre la política, Constitución y secularismo con los principios de neutralidad/laicidad”, *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia Constitucional*, 19 de abril de 2017, p. 2.

³⁹ Zaffaroni, E. Raúl, *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, Buenos Aires, Madres de Plaza de Mayo, 2015, pp. 24 y 25.

imaginario de conflictos ciudadanos, cuya totalidad jamás serán resueltos por completo. Quizá, entonces, pueda parecer poco ambicioso postular un “constitucionalismo ciudadano” que simplemente procure una paz relativa. Por amor a la verdad, pienso que es una condición necesaria para la existencia de la vida humana con dignidad. La necesidad, pues, de este tipo de “constitucionalismo ciudadano” nos permite ilusionar en procedimientos para evitar y regular los conflictos. Puede ser criticado, con rigor, porque no enfrenta la desigualdad. Pero no podrá decirse sobre él que no autorice a que cada ciudadano es cuanto individualidad insobornable, cuya presencia erguida y sin encoger ilumina la medida de todas las cosas que son y de las cosas que serán; me refiero, concretamente, a los estados de cosas constitucionales que presuponen la paz. Ciudadanos que decidan a la luz del día, condición básica para llevar su propia existencia en paz.

La paz comunitaria es el resultado de la sujeción de los ciudadanos a la fuerza regulada e irresistible, encerrada y dispuesta por el orden instaurado por el artificio constitucional. No hay nada natural en esto, porque todo es obra de un artefacto: la Constitución. Sin embargo, constituye un segundo paso del constitucionalismo ciudadano la escandalosa, escalofriante, perversa e inhumana desigualdad que afecta a los ciudadanos de la abrumadora mayoría de los Estados sudamericanos, respecto de la riqueza y los bienes (yacentes y creados), la cual privilegia con injusticia a una notable, reducida y escogida minoría. Si no se pretende quebrar la armonía y el equilibrio de la paz alcanzada como presupuesto fundamental del constitucionalismo, se deberá enfrentar el problema de la desigualdad. Porque el contraparadigma de la desigualdad en los bienes y en la riqueza dibuja e instala una diversidad que tarde o temprano, siempre, termina por estallar en detrimento de la paz alcanzada, aquí, con injusticia social.

En las líneas anteriores quizá existe un germen de verdad. Si fuera así, será porque alguna razón y experiencia me pueden alumbrar en la existencia cotidiana, al igual que a todos los hombres, dado que son las fuentes del conocimiento científico. Nada de lo sostenido reposa en la fe.

No hay explosión más insensata que la ausencia de la paz. No hay experiencia más atroz que la guerra. La negación de la paz deshumaniza a los hombres y los convierte en ineptos para una existencia con vida digna. Sin paz, la Tierra se convierte en un sitio carente de hospitalidad. El mal que causa la guerra, la disputa bélica duradera y desalmada, resulta incurable y de imposible perdón. Siempre coloca al hombre en un camino sin fin.

La perspectiva laica desplegada en esta pieza posee un arraigado sentido del límite, porque no creo en ninguna divinidad providente metafísica de la paz y que cure al hombre del mal de la guerra. La experiencia de esta úl-

tima vuelca al hombre como un ser incivilizado, enfermizo, marchito, nulo y efímero. Intuyo, por eso, que únicamente la paz puede atesorar la verificación y consagración de la hipótesis o afirmación capital: la concreta posibilidad de llevar adelante un plan de existencia de vida digna con cognición suficiente, en este tiempo y espacio de nuestro mundo.

Así pues, la noción que echo a andar ciertamente concentra una expectativa de generalidad para América del Sur: la Constitución, pese a ser nuestro único relato imperfecto, configura el único artefacto contundente que con sus procesos orientados a la paz puede dar respuesta a la evitación del mal de la guerra que arroja al hombre al mundo como un mero ente bípedo, irracional, inexperto e implume. No es un misterio: nuestra única “providencia” es la Constitución y sus procesos, cuya religiosidad —“puntualidad, exactitud en hacer, observar o cumplir algo”— acerca a la paz al individuo y a la comunidad que cada uno de ellos integra.

ACERCA DE LOS AUTORES

PABLO RIBERI: profesor de teoría constitucional, Facultad de Ciencia Política y RRII de la UCC; profesor de derecho constitucional, Facultad de Derecho de la UNC, Argentina.

RICARDO CARACCILO: profesor de filosofía jurídica y derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la UNC, Argentina.

PEDRO CAMINOS: abogado (2006) y doctorando por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Es docente de derecho constitucional en la UBA, Argentina.

JORGE E. BARBARÁ: profesor de derecho político en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Argentina.

BENEDETTA BARBISAN: profesora de derecho constitucional comparado en la Universidad de Macerata, Italia.

IGNACIO COLOMBO MURÚA: profesor de derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Salta y de la Universidad Católica de Salta, Argentina.

JEAN PHILIPPE DEROSIER: profesor de droit publique en la Université de Lille, Francia.

PEDRO SALAZAR: profesor, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México.

CARLOS ERNESTO ALONSO BELTRÁN: asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

ZOLTAN SZENTE: profesor de derecho del Departamento de Derecho Constitucional de la National University of Public Service. Miembro del Instituto de Estudios del Derecho de la Academia Húngara de las Ciencias en Budapest, Hungría.

ČARNA PIŠTAN: profesora adjunta de justicia constitucional comparada en la Universidad de Udine, Italia, e investigadora del Center for Constitutional

Studies and Democratic Development (CCSDD) de la Universidad John Hopkins.

JAMES A GARDNER: Bridget and Thomas Black SUNY Distinguished Professor de la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Nueva York, en Buffalo, EEUU, donde enseña derecho constitucional, instituciones de gobierno y derecho electoral.

GUILLERMO BARRERA BUTELER: decano de la Facultad de Derecho y profesor de derecho constitucional y derecho público provincial de la Facultad de Derecho de la UNC, Argentina.

HUGO SELEME: profesor de filosofía del derecho y ética en la Facultad de Derecho de la UNC e investigador del CONICET, Argentina.

RAÚL GUSTAVO FERREYRA: profesor de derecho constitucional en la Universidad de Buenos Aires (UBA).

Decisión democrática y forma constitucional, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 12 de septiembre de 2022 en los talleres de Litográfica Ingramex, S. A. de C. V., Centeno 162-1, Granjas Esmeralda, Iztapalapa, 09810 Ciudad de México, tel. 55 5445 0470, ext. 364. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *holmen book* de 55 gramos para los interiores y cartulina *couché* de 250 gramos para los forros. Consta de 200 ejemplares (impresión digital).

¿Deben —o no deben— las expectativas democráticas de las mayorías estar subordinadas a un núcleo epistémico de ideas constitucionalmente innegociables? ¿Es posible reconciliar la forma constitucional con los modos de decisión democrático-participativos?

El presente volumen aborda los aspectos formales —y algunos materiales— que operan en torno al vínculo entre democracia y Constitución. Desde la teoría constitucional, la teoría del Estado y la filosofía política, destacados académicos exploran los puntos de contacto ostensibles —y también los ocultos— que cristalizan la decisión democrática cuando está atrapada dentro del canon constitucional.

En diversos capítulos, entonces, se presentan genéricos desafíos normativos del orden constitucional en contraste con concretas respuestas políticas o en oposición a tensionadas decisiones de índole democrático-mayoritarias. Por caso, ello es plausible en relación con la misma legitimidad del sistema político, la representación política y/o con respecto a las exigencias deliberativas de los órganos superiores del Estado. Asimismo, esto puede apreciarse cuando necesarios mecanismos de coordinación operan entre las diversas esferas de gobierno o cuando indispensables controles interórganos demandan justificación constitucional.

