



UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21

“Control de constitucionalidad y Democracia”

Proyecto de Investigación Aplicada.

Carrera: Abogacía

Tutor: Dr. Mocochoa, Juan

Alumno: Morachi, Michael Milton

Matricula: ABG03952

Fecha de entrega: 02/11/2016

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a mi familia, que siempre estuvo presente y apoyo en los momentos difíciles, tanto en lo moral como en lo económico. En especial, a Julio y Marta, que supieron guiarme hacia el camino del bien. También quiero corresponder a mi profesor y mentor Carlos Villanueva, quien supo ver mis ideales con una crítica constructiva y apoyarme en mis ideales.

RESUMEN

La presente tesis está destinada a demostrar la coalición existente entre el Control de Constitucionalidad y el Principio Democrático. Ambos presentan ideales en puja que hacen entender que no sería posible, o por lo menos no aceptable, que puedan subsistir juntos de plena actuación. Es decir, se consigue, luego de la lectura de la misma, inferir una problemática que difícilmente puede ser resuelta sin que nos acerquemos a uno de los polos en cuestión.

El control por parte de los jueces viene a justificar la defensa y protección de los derechos humanos, y más que todo de las minorías, desprotegidas y atacadas por las mayorías legislativas. Por otra parte, el principio democrático, simpatiza por la defensa de las mayorías legislativas, por ser estas, la que representan el pueblo en el congreso. Dicho esto, encuentro una profunda problemática aquí, toda vez que, los jueces que declaran no aplicable una norma, desobedecen la voluntad popular encargada de decidir el destino de la sociedad.

Se intentará, mediante un análisis acorde a la protección de la economía del trabajo, demostrar los ideales en puja y las posibles incoherencias y aciertos en que cada uno pueda incurrir.

ABSTRACT

The present thesis is intended to demonstrate the existing coalition between the Control of Constitutionality and the Democratic Principle. Both have ideals in puja that make it understood that it would not be possible, or at least not acceptable, that they can survive together in full action. That is to say, it is possible, after reading the same, to infer a problematic that can hardly be solved without approaching one of the poles in question.

Control by judges justifies the defense and protection of human right, and above all of minorities, unprotected and attacked by majorities of the legislature. On the other hand, the democratic principle, sympathize for the defense of the legislative majorities, because these are the ones represented by the people in the congress. That said, I find a deep problem here, since, judges who declare non-applicable a rule, they disobey the popular will in change of deciding the fate of society.

In will be tried, through an analysis according to the protection of the labor economy, to demonstrate the ideals in puja and the possible incoherence and successes in which each one can incur.

INDICE

INTRODUCCION	1
CAPITULO I	7
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.	7
1. Introducción.	7
2. Definición.	9
3. Características. Control, jerarquía e interpretación.....	10
4. Tipos.	11
4.1. Sistemas posibles.....	11
4.2. Sistema Nacional.....	13
5. Creación jurisprudencial y recepción legal.....	15
6. Conclusión.	19
CAPITULO II.....	23
PRINCIPIO DEMOCRATICO.....	23
1. Introducción.	23
2. Definición.	25
3. Doctrinas enfrentadas.....	27
3.1. Delegación y participación.....	29
3.2. Derechos y mayorías.	32
3.3. Libertad negativa, positiva y como no-dominación.....	35
3.4. Negociación y deliberación.....	37
4. La democracia deliberativa.	40
4.1. Concepto.....	40
4.2. Importancia de deliberar.....	41
4.3. Problemas en el proceso deliberativo.....	44
5. Contraposición al control de constitucionalidad. Conclusión.....	47
CAPITULO 3.....	51
ACTUACION DEL JUEZ EN UN ESTADO DE DERECHO CLASICO O LEGALISTA. POSITIVISMO JURIDICO.	51
1. Introducción:	51
2. Positivismo Jurídico. Legalidad y Formalismo.	52
3. El papel de las Reglas Jurídicas. El Método Subsuntivo.....	56
4. Las Reglas y los Sistemas Normativos.	58
5. Objeción Contra-mayoritaria.	59
5.1. Primer Filtro: El Precompromiso.	59

5.2. Segundo Filtro: Control de Constitucionalidad.....	61
6. Aplicación Práctica. Fallo Gorosito.....	62
7. Conclusión.....	64
CAPITULO 4.....	65
ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. EL	
NEOCONSTITUCIONALISMO. VARIANTES CONSTITUCIONALISTAS.	
CONCLUSION.....	65
1. Introducción.....	65
2. Origen.....	66
3. Elementos constitutivos.....	68
4. Precompromiso.....	70
5. Características del neoconstitucionalismo.....	72
5.1. Texto constitucional en el neoconstitucionalismo.....	73
5.2. Interpretación constitucional y Actividad judicial.....	74
6. Principios y ponderación. El papel de la Moral.....	78
6.1. La Moral.....	78
6.2. Los Principios.....	80
6.3. La Ponderación de Principios.....	83
7. Relación con el Principio Democrático.....	85
8. Caso Practico. Fallo Aquino.....	86
9. Variantes Constitucionalistas.....	88
9.1. Constitucionalismo Garantista o Normativo.....	88
9.2. Constitucionalismo Popular.....	90
9.3. Constitucionalismo Débil.....	93
10. Conclusión.....	96
REFERENCIAS.....	101

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene una finalidad objetiva y práctica tendiente a determinar el rol actual de los jueces en el Estado argentino. Es de importancia destacar el nuevo funcionamiento del aparato judicial. Los cambios que pretendo demostrar no son evidentes sino, más bien, será necesario un análisis detallado de las sentencias de la corte suprema de la Nación (CSJN, de aquí en adelante).

De más está destacar la importancia que reviste el cambio de criterio de la jurisprudencia de la CSJN. Es significativo, el hecho de ser juzgados solo por órganos judiciales que cumplimente con los requisitos de competencia requerida y que, en su accionar, cumpla con las garantías procesales y de fondo establecidas. La función judicial le da un equilibrio institucional importantísimo a la actividad, reguladora y protectora, del estado (Milicic & Corvalan, 2005).

Históricamente, la Nación Argentina, ha luchado por ser un estado lo más democrático posible, evitando de manera tajante lo que se llama la suma de poderes. Esto, se observa claramente en el artículo 1° de nuestra Carta Magna, que dicta: La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución¹. Él citado artículo marca las bases donde se asienta la estructura e instituciones básicas del funcionar del estado. Toma una importancia mayor, para la finalidad de esta tesis, la noción representativa, aunque, de manera limitada, se hace referencia a la republicana también.

Con la idea de gobierno representativo, de manera implícita y aceptada, se está haciendo reseña a la forma democrática (Haro, 2003). Ésta, indica las pautas que se deben seguir para lograr una decisión colectiva correcta, desde el punto de vista procesal, donde este respaldada la intervención del mayor número de interesados (Bobbio, 1986). Es decir, es la función encomendada al poder legislativo, como órgano elegido por el pueblo para legislar en nombre de toda la población donde, mediante un debate, se escuchan las minorías y mayorías.

Cuando se hace referencia a la forma republicana se indica el modo en que se dividen las funciones del estado ya que, en nuestra Nación, tenemos las funciones más importantes representadas en los poderes Legislativos, Ejecutivos y Judicial. Cada

¹ Artículo 1 de la Constitución de la Nación Argentina

uno tiene funciones de poder y también tienen la característica de controlarse unos a los otros (Haro, 2003). Es significativo el control que cada órgano realiza con respecto a los otros ya que, de esta manera, se logra una armonía funcional que, si se viera violentado, daría como resultado un desequilibrio institucional. Es momento de destacar que, la forma de realizar dicho control, es delimitando los poderes que cada órgano debe realizar; en este sentido, existe un fenómeno que crea un conflicto de límites y es el llamado control de constitucionalidad.

Dicho mecanismo esta creado de manera jurisprudencial en la Nación Argentina y tiene un sentido netamente protectorio de la Constitución. En su artículo 31, la Carta Magna, dicta: Esta constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el congreso y los tratados con potencias extranjeras son la ley suprema de la nación²..., marcando así lo que se llama supremacía constitucional. De manera acertada, la CSJN, define en el año 1865 al control de constitucionalidad como:

Que es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos³

Existen distintos tipos de controles de constitucionalidad y un análisis de cada uno de ellos excede el objetivo de esta introducción; aunque, si se debe dejar en claro que, con dicho control, se evidencia un alejamiento del estado de derecho clásico, imperante por muchos años en Argentina, en pos de un acercamiento al estado constitucional de derecho. Este cambio, afecta la relación entre el control de constitucionalidad y la modalidad democrática ya que, mientras nos acercamos a un control amplio de constitucionalidad o neoconstitucionalismo, más parece violentarse dicho principio democrático.

² Artículo 31 de la Constitución de la Nación Argentina

³ C.S.J.N., “Mendoza, Domingo y hermano v. Provincia de San Luis”, Fallos 3:131 1865).

Puede, de manera breve, distinguirse dos controles de constitucionalidad que están en total disonancia. Por un lado, están quienes procuran un control de constitucionalidad débil, velando por un control nulo o de manera excepcional. Y, por otro lado, se encuentra el control amplio de constitucionalidad derivado del Neoconstitucionalismo. Éste último, procura un control fuerte, sin límites, y lentamente va ganando apoyo en los países de Europa y Latinoamérica. Optar por uno u otro va a definir qué importancia se le da al principio democrático

Esta problemática, a nivel nacional e internacional, ha tomado gran relevancia y puso en vigencia históricas discusiones sobre el control de constitucionalidad, la interpretación jurídica y el principio democrático. Es necesario aclarar que, los cambios a los que nos referimos, en el plano nacional se visualizan en las sentencias de la CSJN, que tiene la mayor jerarquía y marcan los lineamientos que deben seguir los demás tribunales inferiores; de allí, la importancia de la jurisprudencia del alto tribunal. Se considera que, se está realizando un cambio en la forma de aplicar el mecanismo de control de constitucionalidad. La actual corte muestra una inclinación hacia el control de constitucionalidad amplio derivado de una concepción neoconstitucionalista. De esta forma, se permite a los jueces alejarse de las reglas del derecho común cuando colisionan con el ámbito de aplicación de un principio. La concepción constitucionalista tiene un acercamiento profundo a la doctrina de Dworkin. Éste, marca una jerarquía superior de los principios fundamentales sobre las leyes. Este rango superior, tiene inicio en la postura de que, los principios (derechos fundamentales), tienen una dimensión de peso o importancia de las cuales carecen las normas y el juez, al momento de resolver, tiene que ver el peso relativo de cada uno (Dworkin, 1984).

Se debe destacar los elementos más importantes de las tesis constitucionalistas: 1) la primacía de la constitución; 2) la inclusión de un catálogo de derechos fundamentales y 3) un mecanismo apropiado de control de constitucionalidad sobre la legislación ordinaria (Bayón, 2000). La idea de un control de constitucionalidad fuerte pone en jaque la facultad más importante del poder legislativo que es la de plasmar la voluntad del pueblo que los eligió; de forma que, si esa normativa luego va a ser declarada inválida por el poder judicial, se puede visualizar de manera indudable que estamos ante un gran inconveniente que llevo a

Comella preguntarse: “¿Por qué las opiniones de los jueces deben prevalecer sobre las opiniones de las mayorías legislativas en esta materia?” (Carbonell, 2010, pág. 358)

Cabe aquí apoyar más aun esta inquietud cuando indagamos sobre las características del neoconstitucionalismo y se consigue concluir que no es más que un plan que deposita en el poder judicial funciones extralimitadas y, se observa de esta cualidad, que restringe de manera importante el campo de acción del principio democrático, con lo que ello significa: una violación al principio de división de poderes, a la independencia e igualdad de los poderes fundamentales del estado, y a la democracia deliberativa, como nota distintiva a la hora de legislar.

Como contracara del neoconstitucionalismo se encuentra el principio democrático y Bobbio indica que, para que este funcione de manera adecuada, se debe velar por el sistema que llama el “gobierno de las leyes” (Bobbio, 1986, pág. 10). Esto, se traduce en el respeto por el sistema de legalidad, propio de un sistema positivista de un estado de derecho liberal, que posibilita la autonomía de la voluntad en su más alto esplendor. Lo anteriormente dicho, se materializa como la oportunidad de poder planear nuestras acciones de manera anticipada ya que se conoce los límites impuestos y, siempre que se actué en base a lo legislado, se actuara de manera sabia, conforme a derecho. Esta “seguridad”, se ve claramente afectada en un sistema neoconstitucionalista que, de manera limitada, aceptará el derecho de la mayoría plasmado en el poder legislativo mientras dicha normativa, en el caso concreto, no caiga o ceda ante algún principio valorativo o de jerarquía constitucional.

El tema del control amplio o restringido, ha dividido a la doctrina por décadas y generado grandes discusiones en torno a la conveniencia de cada una de ellas. Cada tesis fundamentara su posición con el objetivo de lograr la seguridad jurídica y ahí es, justamente, donde se producen las más ricas variables, sobre las razones que cada postura aduce. Se pone de manifiesto, de esta manera, porque es un tema que incumbe a todos como sociedad organizada, libre y democrática; ya que, los cambios, sea en la forma de estado, como en la de interpretar y aplicar derecho, va a repercutir en el actuar diario de las personas. Por lo consiguiente, estoy convencido de que es un tema que no debe estar ajeno al saber general de la sociedad y debe ser manejado con cierta practicidad que le permita, al ciudadano común, estar a lo corriente en materia de derecho constitucional.

Para encuadrar, la finalidad de esta tesis, está en analizar el control de constitucionalidad que realizan los tribunales de justicia, y, en particular, la CSJN; para determinar si dicho control, en el caso de ser amplio, con la facultad de dejar sin efectos las decisiones parlamentarias tomadas por el órgano legislativo, popularmente elegido y representante de la soberanía del pueblo, es violatorio o no del principio democrático.

Se podría indicar que los extremos no son aconsejables y que no se puede encontrar una solución que contenga todas las pretensiones. Aunque estoy convencido que, si se analiza las dos técnicas de realizar el control de constitucionalidad, y teniendo siempre como punto de partida al principio democrático, se puede, aunque no sea algo seguro, encontrar un punto medio que enlace estos controles y sus finalidades, con dicho principio. De manera tentativa se expondrán nociones intermedias que, intentarán, conciliar ambas tesis contrapuestas.

El desarrollo del TFG comprenderá dos partes fundamentales. La primera de ellas, comprendido en los capítulos I y II, tiene una finalidad netamente teórica y estática donde se define el control de constitucionalidad y el principio democrático, muestra sus características, tipos y finalidades. Se mostrará la competencia de los jueces y las atribuciones de los legisladores, como poderes constituidos por la carta magna. Se indica que es una etapa estática de la tesis ya que se dedica a establecer conceptos y reglas de ambos. Seguramente el lector, luego de leerlos, este en posición de ir formulándose algunas ideas y pensamientos analíticos propios.

La segunda parte, comprendida por los capítulos III y IV, tiene como objetivo realizar un análisis detallado de los tipos de control de constitucionalidad más importante, como lo son el amplio o neoconstitucionalismo y el restringido. De esta manera, al detallar las características de cada uno, se podrá determinar qué valores y principios propugnan y que herramientas usan para lógralos. Cada uno de ellos tiene juristas de gran talla que aportan las más ricas y variables razones para que sean aceptadas. También, será necesario determinar ¿en qué tipo estado de derecho tienen cabida? y ¿qué importancia tiene el aceptar uno en desmedro del otro? Se analizará el estado de derecho liberal y el estado constitucional de derecho, sus diferencias, características y reglas de control de constitucionalidad. Dentro del primero, se analizará al positivismo jurídico como herramienta básica del Estado Legalista o

Formal de derecho. Dentro del segundo, se pondrá énfasis en el neoconstitucionalismo y se pretenderá demostrar las particularidades más importantes del mismo. Se hará referencia a dos fallos de importancia en relación a dos instancias transcendentales: por un lado, la positivista y, por otro, la neoconstitucionalista.

CAPITULO I

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

1. Introducción.

Es muy importante, en la ejecución de las funciones estatales, la idea de no intromisión de un órgano en las facultades de otro. Se torna trascendente, el curso de acción dirigido a resguardar y proteger, de manera imperativa, la organización y funcionalidad de los mismos. Para que una nación funcione correctamente, debe tener delimitado, de manera expresa en su constitución, la estructura, valores y principios en los que se cimienta. También, será imprescindible contar con órganos y procedimientos que deben protegerla y respetarla. Cada uno de ellos deberá ejercer sus atribuciones y deberes, cumplimentando así las expectativas de su creación.

Se destaca la labor de los tres poderes constituidos, toda vez que son la base del actuar nacional. Son los encargados de velar por el funcionamiento del estado, y llevarlo hacia el mayor bienestar económico, político y social posible. Por razones de estudio, esta tesis, se dirigirá a presentar y analizar, la relación del poder legislativo con el judicial. Esta relación entre el juez y el legislador, encuentra su punto medio o su enlace crucial en un instituto destinado a proteger la carta magna, quien es la que, en un principio, les da las atribuciones que poseen. Por tal motivo es importante centrarnos en que tenemos como punto de partida, la constitución nacional. Ésta, es la que posibilita los demás órganos estatales, las crea y legitima, indicando la competencia y funciones que pueden y deben realizar.

Una vez que dejamos en claro que la constitución nacional es la piedra fundamental de un estado, debemos encontrar las herramientas para protegerla. Sería contraproducente, que cualquier acto, norma o instituto pudiera violentar lo dispuesto por la carta magna. Es oportuno indicar que todo análisis que proponga esta tesis, será dirigido hacia la competencia federal, tanto en materia legislativa (congreso), como judicial (CSJN).

La constitución al crear el órgano legislativo le da, entre muchas facultades, la capacidad importantísima de creación de normas de carácter general, que obliguen a todos los ciudadanos por igual. Indica en sus artículos, la composición y funciones, los mecanismos de producción de leyes y los criterios de forma a seguir, para que sea

válida y vinculante. Este órgano es el real representante de la soberanía del pueblo, y es el que simboliza las más variadas posiciones ideológicas que existen en el país. En su seno se discuten de manera constructiva, todas las normas, para no dejar fuera de esta discusión a ninguna posición, ya sea de mayoría o minoría. Gozan de inmunidad parlamentaria, que les permite aducir en sus oposiciones y aceptaciones, las más variadas razones. Por lo enunciado, es el órgano que, de manera directa, es elegido por el pueblo y para el pueblo. Las decisiones parlamentarias son productos de la discusión de las más representativas ideologías políticas y sociales de la nación, representando así al pensamiento del ciudadano común, que no puede estar en esa sala.

Por otra parte, el órgano judicial, es el encargado de la aplicación de las leyes, en el caso concreto, y con efecto entre las partes litigantes. De esta manera se marca una diferencia importante entre el alcance del acto legislativo y del judicial. Aunque, para el objetivo de esta tesis, la verdadera diferencia está en la forma que son elegidos ya que, como anteriormente dijimos, el legislador es elegido de manera directa por el pueblo mientras que los jueces, por el contrario, no lo son. La elección de estos últimos, está a cargo del presidente, en el caso de la CSJN, con acuerdo del senado. Una nota distintiva es que los jueces gozan de inmovilidad en sus cargos, y solo pueden ser destituidos cuando se den los casos de destitución expresados en la CN (Haro, 2003).

Ahora bien, la conectividad de estos dos poderes encuentra su punto máximo en el mecanismo de protección de la supremacía constitucional del artículo 31 de la CN cuando dicta: Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante, cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales... De manera acertada Haro cita a Carl J. Friedrich cuando dice que: “si ha de ser mantenida, una constitución precisa de guardián. Lo relativo a quien haya de serlo, ha sido motivo de controversias a lo largo de la historia” (Haro, 2003, pág. 153). Para concluir, se debe indicar que el mecanismo de tutela de constitución nacional es el llamado control de constitucionalidad.

Dicho control es llevado a cabo en Argentina por todos los jueces en el caso concreto. Esto encuentra su apoyo en el artículo 116 de la carta magna Argentina, donde dicta: Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación... se vislumbra, de esta manera, cual es el poder que debe decidir en cuestiones de control de constitucionalidad, y velar por la vigencia de la constitución.

Será menester relacionar el tipo y grado de control que se realiza en Argentina para relacionarlo con el actuar legislativo. Dicho análisis es el corazón de esta tesis, y en dicho capítulo se expondrá, de manera lo más responsable posible, al control de constitucionalidad, sus funciones, tipos y modalidades.

2. Definición.

No presenta mayor controversia el modo de conceptualarlo a dicho control. No ocurre tal transparencia y unificación en el modo de aplicarlo, ni los órganos que deben realizarlo.

Una posible definición de control de constitucionalidad puede ser la siguiente:

Es aquel proceso que permite verificar y establecer si los actos, provenientes éstos tanto de particulares como de agentes estatales, derivados de tanto de acciones como de omisiones, y las normas que conforman el plexo normativo, colisionan con las reglas que integran el texto de la Constitución Nacional, teniendo siempre y en todos los casos como propósito último el hacer efectiva la supremacía constitucional (Bianchi, 1998, pág. 167)

Lo importante, es resaltar que la importancia o tarea del control de la constitucionalidad es mantener la vigencia de la supremacía constitucional, ante ataques que puedan tornar de ilusoria su existencia. Por lo tanto, al existir una fuente normativa primaria o constitucional, es mediante este control, que el órgano contralor, interpreta y decide si la norma infraconstitucional es o no constitucional. De no serlo, está en condición de declarar su invalidez o, mejor expresado, su inconstitucionalidad. (Bidart, 1997)

Lo que debemos resaltar es que la complejidad no se da en cuanto a la definición del control de constitucionalidad, sino en que órganos y bajo que modalidad debe darse. Cuando se indague acerca de estos temas, la acogida

favorable hacia alguno de los modos de control, va a procurar un catálogo de ventajas y desventajas. Será un trabajo interesante analizarlos, y visualizar cual es el más propicio para el estado nacional.

Algo interesante a destacar en este punto es lo relativo a dos cuestiones que van ligadas al control de constitucionalidad. Por un lado, tenemos la independencia del órgano que realiza dicho control, que, de no darse, sería en vano hablar de control eficaz. Y, por otro lado, el efecto definitivo de la decisión que declare la invalidez de dicha norma, de esta forma se logra una seguridad jurídica y operativa importante (Ekmekdjian, 1995).

Para finalizar con esta etapa introductoria y de conceptualización, indicaremos que Carl J. Friedrich al indicar que la constitución para ser mantenida necesitaba un guardián, hace una referencia abierta a discusión en cuanto al órgano que debe realizarlo. Sin embargo, no cabe duda que el método a usar, para esa vigencia, es el llamado “Control de Constitucionalidad”.

3. Características. Control, jerarquía e interpretación.

El objetivo de este punto, es mencionar ciertas particularidades que están muy relacionadas al tema de control de constitucionalidad. Cuando hablamos de control de la supremacía constitucional, hacemos referencia de manera implícita a dos institutos que la facilitan o permiten. Uno es la jerarquía constitucional y la otra es la interpretación. Hay una estrecha relación entre las 3.

Cuando hablamos de control de constitucionalidad, hacemos hincapié al mecanismo de defensa de la constitución. Lo que se defiende en sí, no es un simple escrito, sino su jerarquía. Lo que este control trata, es proteger la jerarquía de la constitución, contra actos infraconstitucionales, que desvirtúen, limiten o tornen ilusoria lo dispuesto en la misma. La jerarquía se impone como un orden de las normas positivas. Este orden permite que la existencia de las normas y actos de un estado, no estén inmersos en un mundo jurídico desordenado, sino más bien, se jerarquicen. La prelación de normas, indica que las normas de mayor jerarquía tienen un peso diferente a las menores. Esto se puede presentar como una pirámide, donde la constitución y los tratados de jerarquía constitucional, están en la cúspide y son la llamada “superley”, y las

demás normas y actos deben respetar de manera formal y material lo dispuesto por la misma (Ekmekdjian, 1995).

En cuanto a la interpretación, bien podría pensarse que no tiene cabida en este tema de jerarquía constitucional, pero si se analiza de manera correcta podemos visualizar que la forma en que el órgano de control llega a la conclusión de si una norma es o no constitucional, es mediante la interpretación constitucional de las leyes inferiores. Ahora bien, es necesario hacer empeño en una diferenciación entre interpretación “de” la constitución, de una interpretación “desde” la constitución. En la primera se define lo que la constitución dice, analizando los preceptos constitucionales en sí, de manera estático. En cambio, en la segunda se proyecta hacia abajo, relacionando la norma, analizada anteriormente, con las normas inferiores, pero siempre “desde” la carta magna. Se dice que es menester la interpretación, en la llamada declaración de inconstitucionalidad, ya que es el mecanismo que permite comprobar las normas y valorarla como injusta (Bidart, 1997).

Para realizar una conclusión, de esta relación, se podría indicar que el mecanismo de control de constitucionalidad es el método utilizado para mantener la supremacía constitucional, quien la precede, ya que dicho control solo existe en la medida que haya una jerarquía normativa, encontrándose en la cúspide la constitución (Ekmekdjian, 1995) . Y, por otro lado, la interpretación, es el mecanismo que le permite al controlador, declarar la validez o no de las normas infraconstitucionales y permitir así, el control y a su vez como resultado último, la supremacía constitucional (Bidart, 1997).

4. Tipos.

4.1. Sistemas posibles.

Es amplio el abanico de posibilidades cuando se analiza los distintos tipos existentes tanto en el derecho comparado, como en Argentina.

Sistemas posibles: siguiendo a Bidart Campos (1997) en su obra: Manual de la Constitución Reformada, podemos mencionar una clasificación en cuanto a Órganos, Vías Procesales y Efectos.

- En cuanto al Órgano:

- Control Político: en el que dicho control está a cargo de un órgano político como por ejemplo el poder ejecutivo o el congreso.
- Control Jurisdiccional: el control lo realiza el poder judicial. Dentro de este sistema puede diferenciarse:
 - ✓ Control Difuso: cualquier órgano jurisdiccional.
 - ✓ Control Concentrado: a cargo de un órgano jurisdiccional en específico.
 - ✓ Control Mixto: cuando tanto los órganos constitucionales como los jueces ordinarios tienen la facultad.
- En cuanto a las Vías Procesales:
 - Por Vía Directa, de Acción o de Demanda: este se da cuando es necesario que se ataque la supuesta inconstitucionalidad de una norma u acto.
 - Por Vía Indirecta, Incidental o de Excepción: cuando el problema de la inconstitucionalidad se presenta de manera incidental dentro de un proceso, no siendo esta la materia primordial de dicho proceso.
 - Por la Elevación del Caso: es cuando el Juez, que está conociendo en el caso, lo eleva a un tribunal especializado y único para que decida.
- En cuanto a los Efectos:
 - Limitado, Restringido o “*Inter-Partes*” (entre partes): cuando los efectos no van más allá del litigio o controversia. Este se encarga de no aplicar la norma al caso en cuestión. Pero deja subsistente dicha norma para la posteridad.
 - Amplio, o “*Erga-Omnes*” (contra todos): cuando la sentencia invalida la norma, no solo para el caso concreto, sino también para el futuro.

Luego vamos a seguir a Ekmekdjian para hacer una clasificación en cuanto al Procedimiento y a los Legitimados.

- En cuanto al Procedimiento:
 - A “*Priori*” (Antes): cuando se dice antes, es con anterioridad a la entrada de vigencia de las normas.

- A “*Posteriori*” (después): cuando el control es realizado con posterioridad a la entrada de vigencia de la norma. Con finalidad reparadora.
- En cuanto a los Legitimados:
 - Restringido: se enumera de manera excluyente los posibilitados a comenzar un tipo de acción declarativa de inconstitucionalidad.
 - Intermedio: están legitimados a realizar la petición todas las personas que ostentan un derecho subjetivo o interés legítimo agraviado.
 - Amplio: cuando cualquier ciudadano está legitimado a accionar, incluso teniendo un simple interés difuso.

Por último, agregaremos:
- Controles condicionados e incondicionados:
 - Condicionados: es cuando para acceder al control por el órgano encargado, es necesario primero pasar por un órgano de preselección, que actúa como filtro.
 - Incondicionado: se da cuando el órgano de control no está subordinado a la decisión de un órgano que le precede.
- Controles decisorios y no decisorios:
 - Decisorios: lo que el órgano resuelva, es tomado como definitivo y decide en el caso la validez.
 - No decisorios: el órgano no tiene la facultad de decidir sobre la validez, solamente se pronuncia por medio de dictámenes, pero es otro ente el que decide.

4.2. Sistema Nacional.

En el sistema argentino podemos visualizar un camino muy influenciado por la jurisprudencia de los Estados Unidos, donde comienza a hablarse lo que hoy es el control de constitucionalidad a cargo del órgano jurisdiccional. En el periodo de 1853 a 1860 se visualizó un control político a cargo de congreso, aunque se debe aclarar que era parcial, ya que solo se limitaba a controlar la constitucionalidad de las cartas magnas de las provincias (Bidart, 1997). Sin entrar en detalle, fue en Estados Unidos, el caso “*Marbury vs Madison*”, donde se les da competencia a los jueces para entender en casos de inconstitucionalidad de las normas (Ekmekdjian, 1995). Queda así

aclarado que en la República Argentina está a cargo de los Jueces el control de constitucionalidad. Son estos y no otro órgano, los únicos posibilitados para realizar dicha tarea (Bidart, 1997). Es importante indicar que el control es jurisdiccional difuso, en cuando les compete a todos los jueces la competencia de dicho control, aunque sea la corte suprema quien tenga la última palabra en virtud del recurso extraordinario federal (Ekmekdjian, 1995).

En lo relativo a las Vías Procesales, en el orden federal argentino, está más que claro que la vía de excepción o incidental está más que arraigada. Ahora bien, en cuanto a la vía de acción es menester realizar una división temporal que tiene como año bisagra a 1985. Es a partir de este año que la Corte comienza a aceptar las vías directas de inconstitucionalidad, indicando que en la *llamada acción de amparo y de habeas corpus* son ejemplos de ellas, y que también el artículo 322 del código procesal civil y comercial la regula, aunque de manera imperfecta. Se debe aclarar que más allá de lo dispuesto por la Corte, sigue sin haber declaraciones de inconstitucionalidad directa de manera perfecta o puras (Bidart, 1997).

En cuanto a los Efectos, es determinante la acogida a favor de los efectos entre partes, y que la norma será declarada inconstitucional para ese caso concreto, siguiendo vigente para los demás casos (Bidart, 1997).

Solo diremos en cuanto al Procedimiento, que el momento de realizar dicho planteamiento es luego de entrada de vigencia de la norma, y en aplicación de un caso o causa. Con una finalidad netamente reparadora (Ekmekdjian, 1995). Al hablar de los Legitimados a peticionar una inconstitucionalidad, dejamos en claro que no existe control genérico de inconstitucionalidad, es decir, sin petición alguna o por lo menos sin la existencia de un caso o causa (Ekmekdjian, 1995). Se puede hablar de una Legitimación intermedia, ya que no cualquier persona puede peticionar dicha acción, sino que debe sostener un derecho subjetivo o interés legítimo. Luego de la reforma de 1994 se amplió el abanico de posibilidades de quienes eran los legitimados a accionar, dando la posibilidad no solo al afectado, sino también al defensor del pueblo y a las asociaciones que propendan a los fines lesionados ya que en el nuevo artículo 43 se reconocen los intereses difusos o colectivos (Bidart, 1997).

Por último, y en referencia a la clasificación tomada de Saguès (2007), diremos que, en la Nación Argentina, se da un control Incondicionado, ya que el órgano no está subordinado a lo decidido por un ente anterior. Y que es Decisorio, ya que este concluye por medio de una resolución, decidiendo en el caso concreto la validez de una norma.

5. Creación jurisprudencial y recepción legal.

Mucho hemos discutido en cuanto al control de constitucionalidad, pero poco sobre la recepción nacional del mismo. Siguiendo a la Corte Suprema de la Nación, (CSJN) en un fallo de 1865 al decir

Que es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos...

Ekmekdjian (1995), indica la causa “Municipalidad de la capital c. Elortondo”, donde la CSJN declara la inconstitucionalidad de la ley del 21 de octubre de 1884. Este fallo, junto con el anterior, son los pioneros en materia de control de constitucionalidad en Argentina, y en este último, en particular, se afirma que son los tribunales los encargados de realizar dicha tarea de interpretación, velando por la aplicación y vigencia de lo dispuesto en la constitución nacional.

Es significativo, revelar que fue en 1985, cuando la CSJN resuelve la controversia “provincia de Santiago del Estero”⁴ resolviendo así, un problema jurisprudencial y doctrinario imperante en la época.

Es transcendental hacer hincapié, que es, hasta la actualidad, una materia pendiente de regulación normativa en el orden federal. Para paliar la inexistencia, se utiliza el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Es por este precepto, donde se canalizan las pretensiones de

⁴ Fallos, 307: 1379.

acción de inconstitucionalidad (Ekmekdjian, 1995). El mencionado artículo dicta lo siguiente:

Es importante, indicar que fue en 1985, cuando la CSJN resuelve la controversia “provincia de Santiago del Estero” resolviendo así, un problema jurisprudencial y doctrinario imperante en la época. En este fallo la Corte transformo una acción de amparo (iniciada por la provincia de Santiago del Estero) en una acción declarativa de certeza, del mencionado artículo 322 del C.P.C.C. También, es importante mencionar, otro fallo donde la Corte que, mediante la acción declarativa de certeza, hizo camino a la declaración de inconstitucionalidad de la ley 9497 de la provincia de Santa Fe (Ekmekdjian, 1995).

El artículo 322 del C.P.C.C, por donde se canaliza el mencionado control de constitucionalidad en el orden nacional, dicta lo siguiente: “Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente...”

Como se evidencia, en el citado artículo, no se busca de manera primordial la condena del demandado (como sería la declaración de inconstitucionalidad de una norma), pero no niega que mediante ella se pueda lograr. Más bien, tiene una finalidad de aclarar o hacer cesar un estado de incertidumbre en el que se encuentra el actor en base a la existencia, alcance o modalidad de una relación jurídica. De esta manera se puede indicar que, al igual que el amparo, tiene una finalidad preventiva, por lo que no sería necesario la consumación de un daño para su procedencia (Fenochietto, 2000)

Debemos reconocer que ha sido la corte suprema, la que encauso la acción de inconstitucionalidad en el artículo 322 del C.P.C.C. De esta manera se puede indicar como requisitos los siguientes:

A. Causa:

Citamos el art. 2 de la ley nacional 27, para hacer hincapié en que nunca un juez procede de oficio, siempre debe hacer mediando una causa o

caso. Dicho art. 2 reza: “Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte” (Ekmekdjian, 1995). Con esto se deja en claro que la finalidad de esta acción no es meramente consultiva, ni busca indagar, y, por último, debemos aclarar que no tiene un perfil especulativo (Bianchi, 1998).

B. Órganos capacidad para decidir y procesos habilitados para encausarla:

Es importante aclarar que como el sistema de control de constitucionalidad argentino es difuso, y por lo tanto todos los jueces tienen la competencia para realizarlo, es también loable de interposición de esta acción en cualquier tipo de proceso, sin discriminación alguna. (Ekmekdjian, 1995). Se presenta aquí el problema de los tribunales administrativos, y la respuesta, a la incógnita de si pueden o no los tribunales administrativos ejercer dicho control, sería negatoria, exceptuando aquellos casos en que la ley, de manera expresa, lo permita (Bidart, 1997).

C. Acción o Excepción:

Es claro que de manera incidental o de excepción es idóneo el planteamiento de la inconstitucionalidad, esto tiene apoyo en el artículo 2 de la ley 27 (Bianchi, 1998). En 1985 en el caso “Provincia de Sgo. del Estero c. Gobierno nacional y otro”, la corte transforma en una acción declarativa de certeza (art. 322 C.P.C.C), lo que inicialmente fue iniciado como una acción de amparo (Ekmekdjian, 1995). Es a partir de ese fallo en que se puede tomar como acción de inconstitucionalidad a la declaración de certeza del citado artículo (Bianchi, 1998). También es importante indicar que la Corte Suprema ha permitido el planteamiento de la acción de inconstitucionalidad, por medio de la acción genérica de amparo, quedando luego bien reafirmada con el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994 (Ekmekdjian, 1995).

D. Legitimación:

Históricamente se sostuvo que el caso contencioso estaba nítidamente unido a un derecho subjetivo que debían tener los litigantes (Ekmekdjian, 1995). Delimitar los sujetos procesales es como implantar un límite al acceso indiscriminado por parte de los ciudadanos a la acción declarativa de certeza. Si bien mucho se discutió acerca de quienes estaban legitimados y quienes no, jurisprudencialmente se denegaba el acceso a quienes no tenían un derecho subjetivo lesionado. Un fallo importante, que evidencia lo expuesto, es caso

“Polino, Héctor y otro”, se nombra este en particular, por demostrar el rechazo, que propicia de manera rajante la corte, por sostener que los demandantes carecían de un derecho subjetivo lesionado (Ekmekdjian, 1995). La reforma constitucional del `94 viene a dar un vuelco importante, y favorece un acceso más variado por parte de los ciudadanos, que, si bien se va a necesitar de un caso o causa, no va a estar limitado a la demostración, solamente, de un derecho subjetivo (Ekmekdjian, 1995). Así es como, a partir de dicha reforma, quedan como sujetos legitimados para petitionar un control el afectado o titular de un derecho propio o subjetivo, también el titular de un interés legítimo y lo novedoso es la inclusión de los derechos de incidencia colectiva en general, el cual posibilita el accionar del afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines (Bidart, 1997)

E. Control a pedido de parte o de oficio:

Mucho se ha discutido sobre la posibilidad que tiene el juez de decidir la inconstitucionalidad de una ley si esto no fue pedido por las partes. Hay quienes sostienen que el hecho de posibilitar al juez para esa tarea lo estaría convirtiendo en un legislador más, y eso es incompatible con nuestro sistema constitucional por ser violatorio de la mentada división de poderes. Sin embargo, en la actualidad, y muy afianzado por la reforma del `94, se le da competencia al juez para que, siempre en el marco de un caso o causa, declare la inconstitucionalidad de oficio, aunque no se la pretensión de las partes. Esto se cimienta en que el juez debe ajustarse a los hechos introducidos por las partes, pero no está forzado a sujetarse al derecho. Esto tiene su explicación en la premisa de que las normas de derecho público son irrenunciables y los jueces están obligados a imponerlas, aunque no haya sido el objeto primario de las partes en el litigio (Ekmekdjian, 1995).

Agravio actual: con actual, se insinúa que esté presente o subsista al momento del dictado de la sentencia, si este pereziera y se procediera al dictado de la misma, estaría prohibido por ser en abstracto (Ekmekdjian, 1995).

F. Que no medie consentimiento del agraviado:

La corte suprema ha proyectado un límite al control y ha denegado el mismo en los casos que el agraviado hubiera consentido la aplicación de la norma en cuestión o hubiera hecho renuncia a la posibilidad de plantear la

inconstitucionalidad. Se expone como excepción el pago de impuestos o contribuciones de una norma que se considera inconstitucional, ya que esto no se consideraría consentimiento (Ekmekdjian, 1995). Esto tiene vigencia por el principio del “*solve et repete*”, que en materia administrativa y tributaria se traduce en pagar para reclamar (Orgaz, 2004)

G. La declaración de inconstitucionalidad es la última ratio:

Esto deja en claro que ante un caso concreto y frente a la decisión, de si es o no constitucional una norma, debe estarse a favor de que sí. Esto marca dos cuestiones importantes, la primera es que, como mínimo, debe hacerse una interpretación razonable de la norma atacada, y si de ese acto se data que puede encuadrarse de constitucional, debe estarse a la validez. Y la segunda y no menos importante, muestra que los casos mientras puedan resolverse atento a la norma, sin que la misma sea examinada bajo la lupa de la constitucionalidad, debe hacerse caso omiso a su evaluación y aplicarla de pleno derecho (Ekmekdjian, 1995).

H. Efectos “*inter partes*” (entre las partes):

Este es el efecto que se le asigna a las sentencias de inconstitucionalidad, alcanzando solo a las partes intervinientes en el litigio, dejando plena validez para los demás casos (Bidart, 1997). Como se verá en los capítulos siguientes, esto no es una regla rígida, ya que se desprende que los fallos dictado por la Corte Suprema de Justicia, tienen el efecto de ejemplaridad y los demás tribunales inferiores deben seguirla. Esto demuestra una cierta incoherencia entre, el efecto entre partes de las sentencias y la influencia de la jurisprudencia de la Corte (Ekmekdjian, 1995).

6. Conclusión.

Como destacamos, a lo largo de este capítulo, es el poder judicial quien tiene la potestad y competencia de declarar la inconstitucionalidad de una norma. Es importante hacer hincapié en un cierto control limitado que ofrecen los demás órganos. Así, el congreso está facultado para derogar leyes que considera inconstitucionales, o cuando el presidente ejerce el poder de veto sobre una ley dictada por el congreso, fundado en su inconstitucionalidad (Ekmekdjian, 1995). Más allá, de esos casos particulares y limitados, es el poder judicial quien tiene la última palabra en materia constitucional (Bianchi,

1998). Podremos discutir su pertinencia o no, su adecuación a un sistema democrático y el equilibrio que proporciona, pero lo que no puede objetarse, es que el último interprete de la constitución es el poder judicial.

Es tarea grata analizar cómo se ha comportado la Corte Suprema a lo largo de los años y analizar de qué manera se fue haciendo camino para ser la última voz en materia constitucional.

Si bien se ha aclarado que en un estado democrático como el nuestro, la idea de una república, hace referencia a una independencia absoluta en materia funcional de los poderes. Si bien es cierto que esta independencia es muy ansiada y se hacen esfuerzos jurídicos y políticos importantes para lograrla, lo cierto es que no es absoluta, y se puede nombrar como ejemplo un instituto, donde los límites parecen no estar muy claros. Nos referimos al control de constitucionalidad, que pone en crisis esta división de poderes, genuina de la República Argentina. Traemos nuevamente a la actualidad de este escrito una pregunta que formula un autor moderno, donde se visualiza esta problemática, “¿Por qué las opiniones de los jueces deben prevalecer sobre las opiniones de las mayorías legislativas en esta materia?” (Carbonell, 2010, pág. 358). Este interrogante, a mi juicio, abre las más variadas respuestas, ya sea en fundamento positivo o negativo de dicho control. Sin entrar en detalles sobre la ventaja o desventajas de los distintos tipos de controles, que será objeto de los siguientes capítulos, podemos concluir que algo clave para la prosperidad de nuestro sistema jurídico y político nacional, será determinar qué grado de control de constitucionalidad amerita acogida favorable, propugnando un cuidado superlativo o no, del principio democrático, como nota característica y fundamental de un sistema, donde las minorías y mayorías son representadas en cada toma de decisiones.

Todo camino a seguir, debe ponderar de manera significativa los pros y las contras que pueden generar, y siempre se deberá tener en mira y como único objetivo, proteger a la población, que, mediante el voto y la elección, deciden quienes lo representan. Decidir qué tipo de control es el mejor para la actualidad de la Nación, va a repercutir en el actuar cotidiano de las personas, de las empresas y demás situaciones. Visto de este modo, es tan importante, delimitar esta cuestión, que se puede indicar que la seguridad jurídica, que permite un bienestar económico, político y social, va a estar ligado a la madurez y responsabilidad con que se delimite este instituto del control de constitucionalidad.

Quedando este capítulo como una exposición estática del significado, función y finalidad de este instituto llamado control de constitucionalidad, los invito a que continuemos y tomen conocimiento del llamado principio democrático, el cual conforma el segundo eje de importancia, en dicha tesis. En los siguientes capítulos abordaremos las distintas tesis de control de constitucionalidad. En dicha ocasión analizaremos las características, ventajas y desventajas de cada tipo. Cada una será objeto de ponderación con respecto al principio democrático.

CAPITULO II

PRINCIPIO DEMOCRATICO

1. Introducción.

Este nuevo capítulo trata la otra cara del control de constitucionalidad. Como anteriormente indicamos, dicho control, viene a salvaguardar o proteger la unidad y jerarquía constitucional. Pero, de manera correcta, señalamos que esta tarea, realizada por el juez, tiene la característica de dejar sin efecto una decisión parlamentaria. Así, podemos entrever que se entromete poniendo en dudas la tan preciada limitación funcional existente entre, lo que sería el acto de creación del derecho y el de la ejecución del mismo.

Debo aclarar que fue una tarea interesante diseñar lo que vendría a ser la estructura del capítulo. Se podría empezar indicando que es lo que realmente ocurre con esta tensión o quiebre relacional, entre el actuar del juez y el legislador, y, de esta manera, determinar que implicancias tiene. Visto de otra cualidad, podría plantearse por que el juez se ve incitado a realizar dicha tarea y, en su caso, indagar que razones aduce para justificarse. También se debería tomar como polo de atención al asambleísta, y tratar de determinar si las disposiciones que se dan, en el seno del congreso, realmente representan la llamada voluntad general; y de esta forma investigar acerca de las distintas teorías o procesos que permiten llegar a la misma.

Dejando en claro la amplitud que generaría hacer un análisis por completo del fenómeno democracia, me quiero adelantar indicando que no debemos de perder la mira hacia el verdadero propósito de esta tesis. Como indique en la introducción, la finalidad más que estática y de estudio, está más bien dirigida hacia una tarea analítica y práctica, tendiente a determinar la verdadera relación entre el control de constitucionalidad y el principio democrático. De esta manera, podemos achicar la circunferencia de esta investigación.

Creo preciso situarnos en un punto de partida, el corazón de la discusión, y no estoy queriendo decir con esto que adoptemos un bando ideológico, ni que demos por hecho lo que es mejor para la democracia. Lo que consto, es que vamos a encarar el problema desde un ángulo prioritario: la tensión entre las decisiones legislativas (voluntad general o popular) y las sentencias judiciales (voluntad individual). Para

poder lograr este cometido, empero, se vuelve crucial que determinemos el peso de ambas decisiones. Lo que hare es tomar a la democracia como un proceso (Bobbio, 1986) de generación de voluntad general. De este modo lo que concebiremos es identificar, si el juez cuando deja sin efecto una decisión legislativa, lo hace por fallas en proceso parlamentario, o porque considera que su prudencia está en una jerarquía superior a la realizada en el congreso. Si optamos por la primera, podemos considerar que no se esté realizando de manera correcta el proceso de consenso o que no se está representando o captando la verdadera voluntad popular. Por otro lado, si aceptamos que el juez le indica al legislador que su decisión posee un peso jerárquico superior, estaremos en condiciones de decir que el proceso individual, por el seguido, es, por alguna razón más aceptable a las exigencias de justicia social. Luego de este análisis, espero podamos estar en condiciones de saber si hay una extralimitación de poderes por parte del juez o, viceversa, determinar si estamos ante decisiones que no representan de manera veraz la voluntad de la sociedad.

De esta forma, dejamos en claro donde nos vamos a centrar: el proceso de formación de voluntad. Son varias, y no tan simples de abordar, las teorías que han tratado históricamente de manifestar cual es la mejor forma de generarla y plasmarla. Hare hincapié en las más representativas y, por último, daré una opinión tentativa de cual me juzga ser más acorde a la Nación Argentina. Lo interesante a destacar, es que la adopción de una teoría o parte de ella, no quiere decir, que no se esté en condiciones de aceptar algunas propiedades de otra, o de combinarlas lo más provechosamente posible, para que se cumpla con el verdadero requisito de expresión popular. Por eso deje en claro que no me situare en ningún lado de esta discusión, por lo menos no en este momento, y se hará un análisis objetivo de ventajas y desventajas de cualquier tesis.

Es algo plausible de entender, que cualquier desequilibrio funcional pone en peligro la seguridad jurídica, tomada en sus más amplias implicancias. Sin adentrar mucho en este tema, soy acorde a considerar que la división y equilibrio de competencia en los poderes fundamentales del estado, es algo que no debe ponerse en duda, y que, si encontramos fallas en alguno de ellos y en sus verdaderos objetivos, no debemos mirar para otro lado y hablar de crisis, ni mucho menos fundamentar, en ese desequilibrio, la realización de tareas denominadas extra-poder.

Aunque parece que adelante mi juicio, negativo en cuanto al actuar del juez, aquí vengo a equilibrar la balanza y dejar en claro que estamos ante un verdadero problema. Muchas de las veces que el mismo actúa, de manera contraria al legislador, lo hace, o bien cumpliendo con disposiciones del mismo ordenamiento o, porque realmente con su decisión logra una situación de justicia en el caso concreto. En cualquiera de las dos formas, si se hace un análisis neutro, está más que justificado y nos pone en duda acerca de acusarlo de activista o nos obliga a desviar la mirada hacia la toma de decisiones colectivas.

Dicho esto, dejamos la situación en un punto neutro y nos avocamos a identificar y analizar la mejor forma de toma de decisiones populares y la defensa de las minorías desprotegidas. Los invito, a que me acompañen en esta tarea complicada, pero que los dejara con grande sabiduría acerca de los problemas y decisiones que nos condicionan de alguna forma día a día como ciudadanos libres e iguales, pertenecientes a una misma nación.

2. Definición.

Definir democracia creo que, aunque suene algo ilógico, es uno de los retos más importantes de este capítulo. Indico esto ya que, para analizar y cuestionar la realidad democrática de un lugar determinado y su correspondiente relación con otras instituciones, es menester, primero que todo, definir el principio en cuestión. Esto, permitirá abordar las críticas y defensas desde un ángulo prefijado. Sacar una definición limpia o pura, es algo realmente complicado ya que, cuando se observan las definiciones propiciadas por diferentes autores, es posible advertir en ellas, la contaminación o desviación hacia matices ideológicas desde las cuales se originan.

Si vamos al diccionario, vamos a encontrar una definición de democracia como la siguiente: “régimen político en el cual el pueblo ejerce la soberanía por sí mismo, sin mediación de un órgano representativo (democracia directa) o por representantes intermediarios (democracia representativa)” (Larousse, 2008). Si buscamos etimológicamente podemos describir la palabra demo-cracia, proviene del griego que es: poder (*kratos*), del pueblo (*demos*) (Sartori, 1993).

Se puede ofrecer una conceptualización de democracia bastante neutra, en principio, y acotada, que sería aquella que lo toma como: “la reducción de las

múltiples voluntades de millones de personas a un único comando” (Sartori, 1993, pág. 11). Cuando termina la definición reduciendo la voluntad a un “único comando”, noto cierta ambigüedad en la definición, y debo expresar mi impaciencia por determinar qué es lo que intenta decir con la palabra “comando”. O bien hace referencia al grupo encargado de representar la voluntad general, o se remite al producto (acto legislativo) resultante de esa representación. De manera personal, opto por la primera, justificándome en que, si hubiera querido hacer referencia al acto, lo debería haber expresado de manera más específica. Dejando en claro esto, el autor hace referencia a una democracia representativa. Reflejo esto, ya que, de lo que parecía una definición que no propiciaba ningún tipo de ideología, si la analizamos de manera más exhaustiva, podemos intuir que de forma indirecta está haciendo referencia a un tipo de democracia: la representativa. El motivo de este análisis es volver, aunque de manera redundante, a recordar que, hablar de democracia, no es un tema amable, no es una ruta definida ni mucho menos con banquinas estables, y se debe estar lo más neutro posible para no realizar críticas equivocadas, ni afirmaciones erradas.

Me atrevo a elegir una definición propiciada por Bobbio, donde no define democracia sino, más bien, la caracteriza de una manera que permita identificarla y diferenciarla de otros fenómenos. El destacado autor hace hincapié en democracia como un “proceso”, etiquetándola como: “Conjunto de reglas procesales para la toma de decisiones colectivas en el que está prevista y propiciada la más amplia participación posible de los interesados” (Bobbio, 1986, pág. 9). Haciendo un análisis fugaz de esta definición, podemos identificar varios puntos importantes. Vemos como se apunta a la creación de una voluntad general que se aplique a la generalidad, cuando expresa “la toma de decisiones colectivas”, a la vez, cuando se habla de la “amplia participación” estaremos haciendo referencia libertades de expresión y desenvolvimiento y la garantía de que ello se propicie, y por último la palabra “interesados” alude a la participación, aunque directa, de aquellos que demuestran su voluntad individual en busca o con la finalidad de lograr una general o popular. Cada uno de esos fragmentos de la definición, son temas de discusiones doctrinarias que en breve haremos una pequeña reseña.

Es interesante destacar una discusión doctrinaria que tuvo como epicentro a dos autores modernos que se dedican al tema en cuestión. Por un lado, tenemos al

profesor Bovero Michelangelo que trata al término democracia de manera formal, indicando que esta describe una “forma de gobierno”. Desde esta definición se hace referencia a las reglas que deben seguirse para obtener una decisión que represente la voluntad popular, cumplimentando estos requisitos (reglas) formales, vamos a tener como resultado la producción de normas colectivas validas que representen la voluntad general y que sea el reflejo del ejercicio del poder democrático en un Estado. Lo que determina esta manera de definir democracia es el “quien y como” se deben tomar dichas decisiones. Por otro lado, arrogamos una descripción de democracia más radical y contraria a la dada anteriormente. El profesor Ferrajoli le da un sentido más sustancial al término que intentamos definir. En él, se procura atender más bien al contenido que se desprende de las decisiones colectivas, y marca un límite sustancial que no tienen permitido cruzar: los derechos fundamentales. De esta manera indica que los que forman la mayoría tienen vedados cruzar esos límites (Bovero & Ferrajoli, 2002). Más adelante profundizaremos esto.

3. Doctrinas enfrentadas.

Dijimos que formular una definición de democracia pura o universal se enreda por el hecho de aducir un acercamiento a tipos de modelos existentes de la misma. Vamos a tomar a democracia como el gobierno del pueblo, donde mediante un proceso se llega a la voluntad general (Bobbio, 1986).

Es importante aclarar que no es lo mismo democracia, república y gobierno liberal y demás formas de gobierno. Por adelantar un poco, democracia es aquella en que el pueblo se gobierna así mismo, cada ciudadano es juez de su propio actuar; esta sirve para pequeñas ciudades, que ya no quedan (Bobbio, 1986). Hoy ya no podemos hablar de una democracia en este sentido, y por eso mismo se habla de democracias republicanas, liberales, etc. Los distintos modos de gobernar, se fueron adaptando al bien jurídico protegido por la democracia, que se traduce algo así como que el que debe gobernar al pueblo, es el pueblo. Pero las diferentes concepciones fueron moldeándose de diferente manera para lograr una conciliación entre democracia y sus postulados.

Se intenta tomar la democracia de una manera estática, por lo menos al principio, que nos permita ser objeto de estudio de sus modalidades y características. Decimos esto, porque es algo arduo, encontrar un estado que aplique de manera pura

alguna teoría democrática o modelo democrático. Esto se debe a que la democracia está en constante transformación, es decir, es dinámica, y cada estado será reflejo de distintas maneras de tomarlas (Bobbio, 1986). Se pueden identificar 2 tipos de democracias puras, o estructuradas de manera tal que, un análisis de ellas propicia todos los elementos posibles para hablar de una completitud de elementos que sostengan la misma. Es decir, un análisis de teorías completas que buscan triunfar en el mundo democrático. Hago referencia a esto, no porque solo sean dos los modelos, sino, más bien, porque existen modelos parciales o simplemente transformaciones fraccionadas que no son objeto de esta tesis.

Siguiendo a Félix Ovejero (2008), podemos encontrar dos tipos de gobiernos democráticos enfrentados. Por un lado, la Democracia Liberal y por otro, la Democracia Republicana. Encaro la clasificación de esta manera, y no la apoyada por el diccionario (directa o mediante representantes), porque dentro de cada teoría, liberal o republicana, se distingue, de manera elocuente, como se hace referencia al uso de una u otra forma de participación. Como se verá, en la teoría pura del liberalismo, será partidario de una delegación, o sea, gobierno del pueblo mediante representantes. En cambio, la teoría republicana será seguidor de una democracia participativa, sin intermediarios. Dicho eso, aclaramos porque dentro de cada modelo ideológico, se va a optar por determinados principios o herramientas centrales que, nos van a ayudar a entender de manera acabada los diferentes modos de ver la democracia.

Es necesario aclarar que la concepción liberal, trasmite los mismos principios y directrices que utiliza para la construcción de la teoría de mercado en el ámbito económico, quedando así conformada la democracia liberal de mercado. Se hará necesario explayarse sobre la innovación deliberativa del liberalismo. Por su parte la teoría republicana, será menester tratar la de tipo representativa, que abandona el pilar central de participación directa (Ovejero, 2008).

La clasificación aludida, no pretende ser exhaustiva, más bien tiene un carácter enunciativo. Lo que intento decir, es que lo importante para esta tesis estará en indagar y determinar, cuál de los procedimientos de formación de la voluntad popular parece ser el adecuado, si será necesario, o no, la protección de las minorías, y si puede o no el pueblo modificar cualquier situación actual, o si, viceversa, se encuentra

vedada de realizar determinadas decisiones colectivas por falta de posibilidad (por ejemplo, la existencias de ciertos derechos inmodificables); todo tendrá como finalidad establecer la calidad y veracidad de la formación de la voluntad popular.

De manera general vamos a exponer los principios relativos a cada teoría democrática nombrada de antemano. Si tomamos la Democracia Liberal, debemos, primero que todo, caracterizarla para poder comprenderla. Dichos perfiles son: una preferencia por la representación (delegación) popular, la particularidad de la jerarquía del derecho ante las decisiones de las mayorías (existencias de “cotos vedados”), la utilización de la negociación (como método de formación de la voluntad general) y la lucha por la libertad negativa (en contra del intervencionismo estatal) (Ovejero, 2008).

Por otra parte, la Democracia Republicana, toma como pilares, la participación ciudadana (ante la delegación) está totalmente a favor de las decisiones de las mayorías (sin ninguna restricción de derecho interpuestas), tiene un favoritismo por la deliberación como método de formación de la voluntad y por ultimo lucha por la libertad como no dominación (Ovejero, 2008).

3.1. Delegación y participación.

Esta comparación hace, de manera indirecta, referencia a como se toma al ciudadano. Es decir, optar por una u otra, estará al como toman ambas teorías al elector, si será como virtuoso o, todo lo contrario. Para una concepción liberal el ciudadano está delimitado o definido por los llamados derechos subjetivos, que poseen como defensa ante el Estado y la ciudadanía en general (libertad negativa), los derechos subjetivos así, trasladados al terreno político, son el modo de hacer valer sus intereses privados frente al Estado. En la teoría republicana en cambio, el ciudadano, es el epicentro de la política común, es el más importante sujeto que posee el Estado, y este último depende de él, de su interacción y comunicación para adoptar las políticas sociales, se trata aquí de las libertades positivas o como no-dominación (Habermas, 2005).

Para una concepción liberal, el ciudadano, es una persona con poca virtud política, y le hace un favor al proceso democrático en no participar, dicho de otra manera, en nada perjudica que sea un desinteresado por las políticas colectivas, se puede, y de hecho es mejor, prescindir de él y su intervención. Parece que la

concepción liberal pura o conservadora tiene poca fe en la capacidad de los habitantes. Capacidad tomada en sentido amplio, como sujeto que, puede y sabe cómo entender los diferentes escenarios que se le presentan y está en condiciones de tomar el curso de acción más meritorio para la sociedad. Este liberalismo, llamado de mercado, toma al ciudadano como egoísta, individualista, que solo piensa en el provecho propio, solo actúa movido por sus intereses personales. Este tipo de ciudadano es el que, a la hora de participar, pone en la balanza lo que deja de hacer, en términos de productividad, por tener que ir a participar, y el resultado es más que convincente a favor de seguir produciendo. Por otra parte, el ciudadano no le encuentra el sentido a perder tiempo en informarse o estar al tanto de las realidades sociales, toda vez que es una actividad que poco le da. Este tipo de ciudadano se lo conoce como lo denomina Ovejero: “*homo economicus*” (2008, pág. 132) en la teoría liberal de mercado, ya que piensa en términos económicos, el tiempo que pierde en participar lo dedica a producir algo que le reditué (Ovejero, 2008).

Del lado contrario, encontramos una concepción republicana que sostiene que, uno de los pilares cardinales es la participación directa de los ciudadanos. Esta, tiene plena fe en su actuar, comprometido con informarse y estar al tanto de lo que ocurre en la sociedad, y la manera que puede aportar para un cambio positivo. Se toma, al súbdito, como partícipe necesario y elocuente de la actividad política y social. No se lo vuelve poco sabio, sino más bien se lo etiqueta como virtuoso en lo cívico. Se sostiene la idea de, quién mejor que el propio ciudadano para decidir sobre políticas que van a recaer sobre el en la posteridad. Esta idea, de “autogobierno”, es característica del republicanismo, que no significa otra cosa que, la participación viva y activa del ciudadano en la toma de decisiones que lo tienen como parte (Ovejero, 2008).

Es importante hacer hincapié en que, esta teoría pura de participación republicana, solo podría darse si se dan ciertas condiciones. Siguiendo a Rousseau, solo podría ser en sociedades pequeñas, donde el número de participantes sea reducido y posibilite la amplia participación, donde se propicie una igualdad de niveles y riquezas y en el cual se rija por una sencillez de costumbres y estas sean conocidas por todos (Bobbio, 1986). Podemos entrever que está lejos de darse las condiciones previstas para la llamada democracia republicana. En las actuales sociedades el número de individuos que la integran exceden la posibilidad, la

costumbre no es algo conocido o regular a lo largo de todo el territorio y, de por demás claro está, que los estatus de sus miembros no son para nada iguales. Sería ilógico exigir a los ciudadanos el voto directo de todas las leyes y normativas que se dictan en la actualidad, solo llevaría al cansancio social. Esto traería, también, un voto por compromiso que demostraría la falta de conciencia o comprensión de lo que se vota. Solo se estaría por el sí o el no a determinada ley, sin constar de una necesitada discusión, deliberación, o negociación de las ventajas y menoscabos de esa legislación. Esto aportaría un sin número de detrimentos legislativos que, luego, se vería exteriorizado en la sociedad (Sartori, 1993).

Esto dio como resultado una evolución de la teoría republicana o mejor dicho una atenuación o adecuación, que se traduce en dos variables, no enfrentadas. Por un lado, la aceptación de que la única democracia posible en la actualidad es la representativa, y por el otro la utilización del referéndum, como instituto de la participación directa. Por lo que, en lo que atañe a la actualidad de la teoría republicana, puede sostenerse que es representativa, con instituciones que pujan por la participación activa de los ciudadanos, en un principio, con el voto electoral, y luego con la posibilidad de participar de manera directa mediante el referéndum (Bobbio, 1986). A esto debe sumarse el rol de contralor que asumen los ciudadanos mediante mecanismo que permiten estar al conocimiento y vigilancia de lo actuado por sus representantes (Sartori, 1993).

Ahondando un poco en el tema de la representación, se debe hacer una diferencia útil y que de manera intrigante viene a plantear cuales son los tipos que existen. Se enuncian dos arquetipos de representación, la de los intereses y la política. La primera, indica que los representantes una vez elegidos por los electores, tienen en deber y la responsabilidad de velar por los intereses de los votantes que verdaderamente apoyaron, la elección. Serían una suerte de ejecutores, que solo actúan en base a lo predeterminado por quienes lo pusieron en ese lugar. Dicho de otra manera, el elegido está sujeto a un mandato imperativo. Por otra parte, la representación política, viene a sostener lo contrario. Apoya la idea de que el representante, actuara con la convicción de que lo hace para la nación, en su generalidad, sin atender a intereses sectoriales, ni individuales que le dieron el apoyo. Es decir, no actúa sujeto a un mandato imperativo, no le debe nada a nadie, solo debe

hacer lo que sea mejor para la sociedad, en su conjunto, sin distinción de ideologías, ni políticas (Bobbio, 1986).

Continuando con el tema de la representación de los ciudadanos, debo estar atento a destacar que se ha preferido, en su mayoría, la representación política. Se supone que el legislador, en lo que interesa a esta tesis, una vez que fue elegido, actúa en nombre de todos, y no de los que los votaron solamente. ¿Qué clase de representante sería aquel que solo responde a un “mandato obligatorio” de antemano, predeterminado por quienes emiten los votos? Más allá del consenso hacia esta inclinación, debe ser claro que, en materia real, esto no se da. Vemos como se corrompen estos principios de no mandato y se terminan observando un sin número de representantes que solo actúan guiados por las directrices e intereses de sus votantes (Bobbio, 1986).

Con esto no quiero hablar de un triunfo liberal de la idea de representación, ni mucho menos, que el ciudadano es una persona desinteresada o sin capacidad cívica para poder opinar y ejercer de manera correcta la acción pública. La adecuación de la teoría republicana con la representación, no es la opción de una teoría liberal. Se debe estar atento a lo que ocurre en cada estado para entender qué tipo de representación se da. Entiendo que la perspectiva republicana de participar de manera seguida y activa en cada política que se deba tomar, tornaría al ciudadano un empleado más del estado y lo sometería a trabajar para él y solo para él, sin posibilidad de una vida privada en que produzca y mantenga otros tipos de relaciones, que no sea la política. Más bien, podría aceptarse que la representación es algo necesario en la realidad actual y que, los ciudadanos, lejos de ser poco capaces en temas sociales y políticos, mediante el voto, ejercen la participación directa que luego será mantenida con el control que realizan sobre los representantes políticos (no de intereses), y a través de ciertas instituciones, como el referéndum, se les permiten expresar de manera directa su voluntad.

3.2. Derechos y mayorías.

Lo que diferencia aquí, a las dos teorías en cuestión, son las posibilidades y límites, que tienen los representantes a la hora de legislar. Insto en las posibilidades, como contrapartida de límites, ya que aquí está en puja una y otra concepción. Esto se traduce, de manera simplificada, hasta donde el cuerpo representativo puede legislar,

o sea, si tiene límites o de lo contrario se le permite realizar todo tipo de legislaciones sin importar la materia en cuestión. Es importante aclarar que, esta noción viene íntimamente acompañado del punto desarrollado con anterioridad, el ciudadano virtuoso o no, ya que si estamos ante la primera diremos que no habría porque limitarse la materia a legislar, en cambio, en la segunda sería una consecuencia lógica esta imposición (Ovejero, 2008).

Es importante indicar que, para una concepción liberal, el derecho es el ordenamiento jurídico que indica, en cada caso particular, que derechos le asisten a un individuo. En cambio, para una concepción republicana, derecho, es el orden jurídico objetivo, decidido en las mayorías parlamentarias (Habermas, 2005). Lo que se indica aquí es importante en relación con el control de constitucionalidad. Hago hincapié en esto, ya que cuando se protege la constitución, de leyes y normativas en general, básicamente se le está indicando al legislador que esa ley, en el caso concreto, no tiene aplicación válida, ya que ha dictado de manera contraria a la carta magna. Esta suerte de límite, no es otra cosa que la manifestación de una concepción liberal, de que ciertos derechos y libertades no pueden verse afectada por lo decidido en las mayorías legislativas. De esto surge que, en un Estado liberal, se limita la posibilidad de decisión de mayorías, quedando una suerte de lo que se llama “coto vedado” (Ovejero, 2008, pág. 132), que es un límite que no se puede cruzar. Este término significa que existen ciertas libertades, derechos y garantías, expresados en la constitución, que no pueden verse afectados por leyes ordinarias del poder legislativo. La manera en que se protege esto es a través de la mención normativa constitucional, y con la vigilancia activa de los jueces, que deben velar por un control de las leyes para que no contraríen lo dispuesto en la carta magna (Ovejero, 2008).

Por otro lado, un Estado republicano que, confía en sus ciudadanos, propicia una mayor participación directa, será partidario de que no existen límites a lo que se pueda legislar. Las mayorías, legítimamente conformadas, no tienen por qué realizar sus funciones con límites interpuestos de antemano. Se da un valor muy grande a la realidad de la sociedad en el momento del dictado del acto legislativo. Las generalidades, representan la verdadera voluntad del pueblo, en el momento indicado. No se está atado a disposiciones realizadas con anterioridad, y no están de acuerdo con la protección de las minorías, ni controles por parte de los jueces, de los actos del congreso. Esto indica que los ciudadanos, actuales al momento de la decisión, que van

a ser los destinatarios de dichos actos, a través de la deliberación de las razones a favor y en contra, son capaces de tomar medidas correctas, que realmente representan la voluntad general, y por lo tanto no puede verse desvirtuada luego por la decisión del juez (Ovejero, 2008).

Este punto es, en mi juicio, la clave para el movimiento neo-constitucionalista. De manera tentativa acercamos este fenómeno a un control de constitucionalidad amplio que vela por los derechos fundamentales, que están protegidos por una suerte de entidades de derechos fundamentales y que los jueces, son los encargados de velar por su cumplimiento en el caso concreto. Las mayorías tendrían un límite, de actuación y contenido, que no pueden sobrepasar, y que, si lo hacen, los jueces son los encargados de decretar la inconstitucionalidad (Ovejero, 2008). De esta forma, se puede entrever como funciona esta restricción a las posibilidades legislativas plasmadas en las mayorías. Las minorías vencidas en la discusión parlamentaria, luego, puede salir victoriosa en un juicio. Esto es quizás una de las críticas más fuertes a esta nueva forma de Estado, y que lleva a otras que no son objeto de este capítulo. Lo importante aquí es dejar en claro que, si estamos ante un poder legislativo sin restricciones, con fe en las mayorías, y sin posibilidad de dejar sin efectos sus actos, estamos propiciando un republicanismo en el sentido fuerte. En cambio, si apoyamos una concepción Liberal, será con la existencia de límites sustanciales, que no pueden verse violados y con un control judicial para salvaguardar esos límites.

Estas ideas permiten clasificar y jerarquizar ciertas funciones. Si estamos de acuerdo que, el legislador actúa predeterminado y el juez puede bloquear sus actos con posterioridad, nada impide concluir que el actuar del asambleísta está subordinado a un juicio posterior. Parece fundamentarse, siguiendo a John Rawls, que la capacidad de razonamiento del juez es superior, al del legislador. El dedicado autor, de manera elocuente, manifiesta que, el juez, al cumplimentar la tarea de justificar sentencias y dar razones de porque llego a esa solución, está realizando una tarea que conlleva un esfuerzo extra, un plus funcional y que le da un salto de jerarquía, en comparación con las decisiones de la mayoría. Este magistrado actúa dejando de lado toda concepción personal influyente, sin posibilidad de desviar sus sentencias motivados por el afán personal ni sectorial; marcando así una diferencia de muchos ejemplos de actuaciones legislativos (Gargarella, John Rawls, *el Liberalismo Político y las Virtudes del Razonamiento Judicial.*, 1999).

También, debe estarse atento a que muchos cuerpos tienen mayorías conformadas que, podrían poner en peligro la estabilidad de un Estado. Podría darse como ejemplo, una mayoría continua en regímenes de materia fiscal que faciliten ventajas evidentes a un solo sector (el protegido por las mayorías), que sean totalmente injustas y, como indica Gargarella, si no encuentran un límite, traería serias violaciones a los derechos de la minoría vencida (Elster, *La Democracia Deliberativa*, 2001). La concepción liberal, parece desconfiar mucho de la democracia pura, ya que esta última exige la amplia participación de los ciudadanos en la vida política. Si planteamos la hipótesis de estar convencidos que una determinada política es mejor para el medio ambiente, pero la mayoría, conformada por empresarios industriales, vota en contra de esa política, y no tengo más solución que aceptarla, aunque sepa que es contraria al bien público. El gobierno de la mayoría tiene ciertas contracasas que realmente hacen pensar en la posibilidad del control judicial permitido y eficaz.

Hago hincapié en este tema, porque no es materia definida, y los jueces cuando actúan, no tengo duda de que lo hagan para buscar la justicia en el caso concreto, pero, ¿cómo queda el poder legislativo y el pueblo representado allí, cuando se dejan sin efectos sus disposiciones? La respuesta a esta incógnita va a estar atento a las concepciones que estemos dispuestos aceptar como mejores para la Nación. En los capítulos siguientes se hará un análisis mayor, a la implicancia que tiene este tema de las mayorías y los derechos, que está muy vinculado al control de constitucionalidad y a la democracia.

3.3. Libertad negativa, positiva y como no-dominación.

El tema de la libertad tiene amplia relación con la concepción de Estado que rige. Las principales libertades fueron naciendo con el avènement del estado liberal, pero eso no quiere decir que en la actualidad la existencia de las mismas sean indicación de que todos los Estados sean liberales. La “libertad positiva”, con la que usualmente fue identificada la llamada “libertad de los antiguos”, y es entendida como “control y dirección de la propia vida y, en particular, con la libertad de participar en las decisiones sociales que afectan a la propia vida” (Ovejero, 2008, pág. 145). Como se entiende, esta libertad está muy relacionada con una idea de democracia fuerte, y el republicanismo clásico adopta este tipo de visión de libertad, que propicia la amplia participación de los ciudadanos.

Por otro lado, la “libertad negativa”, está íntimamente ligada a la concepción liberal. La expresión liberalismo, se traduce en una “protección de las minorías, libertad de opinión, libertad de movimiento, etc.” (Ovejero, 2008, pág. 48). Es necesario que el lector haga hincapié en esto de las protecciones de las minorías, ya que como se verá en la posterioridad, es el fundamento del control de constitucionalidad amplio (Hamilton, Madison, & Jay, 2001), derivado de un neo-constitucionalismo. Esta significa “que el número de intromisiones en la vida de los ciudadanos es mínimo” (Ovejero, 2008, pág. 48). El liberalismo hace hincapié en que la verdadera libertad del ciudadano es actuar sin restricciones, o que de ser necesarias las mismas, deben ser mínimas. Por eso, en algún momento del capítulo, se dijo que la democracia es algo distinto del liberalismo, y es justamente porque, la primera, propaga un querer hacia el autogobierno, visualizado en una participación activa del ciudadano (libertad positiva), que debe decidir sobre las cuestiones, por las que luego, se verá comprometido. En cambio, en el liberalismo, se entiende que el ciudadano pierde libertad cuando comienza a ser alcanzado por las decisiones de la comunidad política. A mayor número de decisiones, menor libertad (Ovejero, 2008).

Pero el destacado autor, Pettit Philip, agrega un campo de actuación de la libertad, y lo denomina “libertad como no-dominación” (Ovejero, 2008, pág. 150). Esta es el estandarte del republicanismo que se da en la actualidad, el representativo, por necesidad y como conciencia de la imposibilidad de que todos participen en viva voz. Este tipo de libertad es entendida como falta de arbitrariedad. El autor relaciona de manera inseparable a la libertad con la arbitrariedad, y la conforma de la siguiente manera: las decisiones arbitrarias, provocan disminución de libertad; al contrario, decisiones justas, tienen como resultado el mantenimiento o aumento de la libertad. El problema que encuentra está en encontrar un método o mecanismo para determinar si una decisión es justa o arbitraria. Como es de esperarse, en un Estado Republicano, las decisiones serán justas, y por lo tanto no arbitrarias, cuando se propicie la amplia participación, entendiendo está, en la actualidad, como el debate de todos los representantes elegidos por el voto del pueblo. Mientras se conforme la voluntad general, mediante la deliberación de los representantes, y se logren las mayorías requeridas, una decisión será no violatoria de la libertad del ciudadano (Ovejero, 2008).

Concluyendo, este punto de la libertad, se puede decir que no es que una concepción este a favor y otra en contra de la libertad de los ciudadanos, sino, más bien, entender que, los diferentes modos de ver de estas teorías, propician diferentes caminos para lograr la ansiada libertad. Como se dijo, desde una concepción pura de democracia será libertad de participación plena. Desde una perspectiva republicana, se verá a la libertad como ausencia de arbitrariedad en las decisiones. Y por último en la liberal, se estará libre cuando el Estado se entrometa lo menos posible en la vida del pueblo.

3.4. Negociación y deliberación.

Primerizo, que esta disyuntiva es el centro de puja entre las doctrinas que venimos reflejando. Estamos en un momento de tensión, donde se ponen en duda los métodos democráticos por no reflejar de manera veraz la voluntad general. Se justifican ciertos actos como, por ejemplo, la protección de las minorías, a la luz de que no se está reflejando el verdadero ánimo popular. Como indique, en la introducción al capítulo, el actuar del juez, con la declaración de inconstitucionalidad, se justifica o bien porque su juicio es superior al del legislador, o porque las decisiones de este último son incongruentes con la realidad del pueblo y evidencian injusticias. De este modo se puede observar una importancia superlativa que gira en torno al proceso de formación popular.

Aquí no es necesario situarse del lado de alguna de las perspectivas para analizar esta cuestión. Solo debemos mencionar que, una concepción pura del liberalismo estará conforme a negociar las decisiones, basado en la delegación de esa tarea en representantes que, necesariamente debe hacer el ciudadano poco virtuoso y egoísta. Por otro lado, una teoría republicana, está atenta a seleccionar una postura deliberalista, justificando que el ciudadano, virtuoso y preocupado por el presente social y político, está en condiciones de participar de manera directa, en las decisiones que luego recaen sobre él (Ovejero, 2008).

A la luz de los inconvenientes que tiene la forma republicana, de lograr una participación activa y seguida de todos los ciudadanos en las cuestiones políticas, percibimos, como se optó por un republicanismo representativo, con instituciones y mecanismos directos y participativos. De la misma forma, que evoluciono esta, también lo hizo el liberalismo. Éste, por su parte, dio como resultado un liberalismo

deliberativo, muy cercano al republicanismo (Ovejero, 2008). Hago hincapié, en mencionar esto, ya que el centro de discusión, en este ítem de la tesis, no está atento a las teorías en cuestión, sino, más bien, gira en torno a la negociación y a la deliberación, como formas de plasmar la decisión legislativa. Nos vamos a sacar la camiseta de cualquiera de estos dos bandos (liberalismo y republicanismo), para situarnos en el verdadero problema que asiste a la sociedad, y que se muestra como: la imposibilidad de reflejar la verdadera voluntad popular, que de manera irrefutable sea, luego, mantenida ante los tribunales.

Antes de adentrarnos en la discusión legislativa, me voy a mostrar totalmente en contra de un sistema asociativo o agregativo, donde las decisiones, que atañen a la generalidad, sean tomadas por el simple cuento de votos a favor, sin discusión, ya sea deliberativa o por negociación. Creo que, es algo obvio, si se vota sin entender de manera correcta su contenido, su finalidad, escuchar a los demás, dar razones que lo apoyen, o en su caso recibir ciertas influencias como en el caso de la negociación, el sistema asociativo sería tornado de egoísta y no traería la paz social, ni mucho menos estaríamos cerca de lograr la voluntad general (Elster, *La Democracia Deliberativa*, 2001). Por lo tanto, entiendo necesario dejar en claro que estoy del lado del dialogo previo a la votación. La votación es algo necesario, pero debe pasar por un tamiz, que le permita foguearse antes de ser decisión, y esto se puede lograr por dos caminos, la negociación o la deliberación. Lo dicho con anterioridad, se puede completar indicando que, el sistema asociativo, viene a completar, como indica James Johnson, al proceso deliberativo, de discusión o negociación; ya que se puede optar por cualquier manera de obtener consenso, pero todas decisiones colectivas, inevitablemente, terminan en votación (Elster, *La Democracia Deliberativa*, 2001). Lo que se quiere indicar es que no son dos cosas contrarias, deliberación y agregación, sino, más bien, medios para un fin. Lo que sí se sabe, es que no pueden darse solo uno de ellos, ya que, si se vota solamente sin deliberar o negociar, se vota en el aire, con simples preferencias personales y lejos de reflejar la voluntad general, y si se delibera o negocia solamente, nunca habrá una decisión final, sin una votación que así lo determine.

Partiendo del objetivo común: lograr el consenso y reflejar de manera veraz el verdadero querer social, es inevitable centrarnos en dos mecanismos distintos de lograr ese propósito. Si estamos de acuerdo en que se debe buscar el mejor camino

hacia el consenso, debemos identificar las características de los diferentes aparatos que lo permiten, o intentan hacerlo. Si tomamos, como centro de función, al congreso se puede identificar ciertos ideales que se plasman a lo largo de la disputa. Voy a hablar de diálogo para no referirnos a ningún tipo dentro de ella. Si discutimos y tratamos de convencer a los otros de que la idea X es la mejor para la generalidad, y lo hacemos en base a amenazas y concesiones, estamos en presencia de una negociación; por otro lado, si se realiza basada en razones, y en hacer que los demás entiendan y compartan la idea de que esa ley X es realmente mejor, por las razones A, B, etc. estamos en presencia de una deliberación argumentativa (Ovejero, 2008).

La negociación encuentra en el liberalismo un gran apogeo, toda vez que se alimenta de decisiones que, en su generalidad, son adoptadas por cierto dominio de la fuerza, está tomada en sentido de votos, posición económica, de división de trabajo, etc. la mayoría que domine el poder en una negociación, saldrá vencedora, sin interesar mucho la justicia o pertinencia de la decisión. Por ese motivo, el liberalismo, le da una importancia superlativa al derecho frente a la mayoría, y deja explícito, mediante el control de constitucionalidad, que las minorías explotadas o desprotegidas que, han participado en pie de desigualdad en la negociación, luego se vean protegidas judicialmente (Ovejero, 2008).

En contracara, la deliberación, propia de un sistema democrático y republicano, las decisiones representan a la voluntad general toda vez que han sido tomadas en base a deliberaciones entre las más variadas personas, con la más amplia justificación y expresión de razones en contra y favor de determinado acto. Se sostiene, desde aquí, que es ilógico que luego de un proceso de discusión, fundada en razones, el juez, mediante un proceso individual, tenga la facultad de dejar sin efecto toda esa deliberación parlamentaria (Ovejero, 2008). Se entiende que la deliberación, soluciona ciertos problemas de la negociación, como surge que al exigirse que se den razones públicas, en el sentido de expresarlas a la generalidad, y mantenerlas apoyada en verdaderas razones, lejos de ser las privadas, necesitaran encontrarle verdadero sentido a la propuesta y ceder muchas cosas en busca del consenso. Lo que se intenta decir, es que se logra una congruencia mayor entre la propuesta y el sentido justicia de la elección legislativa. No así en la negociación, donde el negociador se resguarda en posiciones privadas e intereses personales o sectoriales, que no permiten sostenerse en caso de tener que dar razones en apoyo. Dada esas circunstancias, se utiliza el método

de la fuerza, propio de este sistema negociador, y se logran adhesiones basadas en conveniencia o temor, que pueden incurrir si se vota de manera contraria (Elster, *La Democracia Deliberativa*, 2001).

Por esas razones, el liberalismo, en busca de apalea las críticas a la negociación, encuentra en el liberalismo deliberativo, cierta solución. Hago referencia a la parcialidad de la solución dado que no cambia mucho, en relación a las consideraciones con que tiene al ciudadano común. Este sigue siendo un egoísta, poco virtuoso que, solo tiene que elegir a los virtuosos representantes, políticos, empresarios, etc. que luego van a decidir por la generalidad. Lo único que modifica, es que estos ejemplares representantes, tendrán que modificar sus intereses y posiciones rígidas, en base a razones más merecedoras que las propias (Ovejero, 2008). Dicho de otro modo, deberán ceder ante posiciones que demuestren un peso argumentativo mayor y de mejor calidad en sentido de bienestar general.

4. La democracia deliberativa.

4.1. Concepto.

Dejando en claro que, la negociación y la deliberación, como maneras opuestas de tomar y generar la voluntad popular, tienen ventajas y desventajas evidentes. Por un lado, en la primera, podemos indicar que el tiempo que lleva acercarse a una decisión es menor que en la segunda y eso es, en una variada cantidad de situaciones, considerablemente favorable; también es importante marcar una cierta firmeza, inadecuada y con despropósito, de mantener posturas que se vuelven insostenible y por lo tanto injustas. Por otro lado, en la deliberación, el tiempo puede que sea un problema significativo, pero al final de cuentas son más las ventajas que las desventajas, como veremos (Elster, *La Democracia Deliberativa*, 2001).

De esta manera pasamos a concentrarnos en la deliberación como mecanismo de formación de la voluntad entre los representantes. De manera resumida hago hincapié en que, la deliberación, parte de la idea de idoneidad y cierta virtualidad de los que llevan a cabo la tarea. Para una concepción republicana, será el ciudadano, virtuoso y preocupado por la política, que elige de manera sabia a sus representantes, y para el liberalismo (deliberativo), será un ciudadano, egoísta y poco formado cívicamente, que elige a alguien más capacitado para que se encargue de tareas poco atractivas, y que importan una pérdida de productividad. De cualquier manera, se

elige representantes, que van a ser quienes decidan, en el congreso, legislaturas, etc. Las leyes que van a regir a la sociedad. La diferencia entre ambas radica en la posibilidad de legislar sin límites, como sería en el republicanismo, o con restricciones, que serían los “cotos vedados” del liberalismo (Ovejero, 2008). Tratamos el tema de la deliberación sin matices políticos, ni ideológicos, sino, más bien, me interesa tratar de hacer entender al lector la importancia de deliberar, como mecanismo fundamental de formación de actos de voluntad general.

El proceso deliberativo, en su versión más general, significa que todas los que propenden a una propuesta, deben justificar y dar razones que apoyen esas ideas, para de esta manera quedar a merced del debate, sobre las mismas, con los restantes representantes (Ovejero, 2008). Cuando esto ocurre se evidencia una serie de beneficios que, en la votación y la negociación, no se visualiza (Elster, La Democracia Deliberativa, 2001). Creo que lo importante aquí, es hacer hincapié en la creencia de que, la deliberación, permite lograr un consenso más cercano a la voluntad general, y representa el mejor mecanismo para que todos los representantes, de los diferentes sectores, tengan igual oportunidad de argumentar en favor y/o en contra de posibles decisiones (Ovejero, 2008).

La deliberación, confía en la virtud de los ciudadanos (republicano) o en la de sus representantes (liberalismo deliberativo), cualquiera sea el caso, lo que importa es la finalidad de argumentar todas las decisiones que comprometan a la sociedad, y que no sean productos de la suma de votos, o de amenazas (negociación) sino, más bien, de un proceso donde se discute, en base a razones, la aceptación de dicha proposición (Ovejero, 2008).

4.2. Importancia de deliberar.

Es indispensable, desde mi punto de vista, indicar que la deliberación tiene como primera finalidad la de despojar de preferencias personales al individuo representante. A diferencia del sistema asociativo o negociador, donde sus posiciones personales son duras e inamovibles, en la discusión, puede que los individuos acudan a recinto con ciertas propuestas particulares, pero a la luz de tener que sostenerlas en un debate público, con una participación imparcial y racional, es muy probable que dichos argumentos, cedan o se modifiquen (Ovejero, 2008). Sostengo que aquí está el núcleo del proceso deliberativo; toda vez que lo importante, no es el hecho de ser

vencedor, sino, contrariamente, acercarlos a los miembros encargados de decidir, la herramienta del debate como método apropiado en la búsqueda de despojar de preferencias e intereses personales y reemplazarlas por propuestas que realmente para triunfar, deban representar un interés público, que bien fundado y defendido, pueda penetrar en el querer de todos los participantes (Elster, *La Democracia Deliberativa*, 2001). En palabras más exactas “Quizás, en el fondo, sus propuestas respondan a sus intereses, pero en la deliberación se ven obligados a justificarlas de acuerdo con criterios imparciales, con razones aceptables para todos” (Ovejero, 2008, pág. 160).

Esta característica, de imparcialidad, razonabilidad, y justificación en la búsqueda del interés público, la encuentro, de manera precisa, ligada al requisito de la prohibición del mandato imperativo de los representantes. Hice hincapié en este tema, importante en la evolución del paso de democracia directa a representativa, cuando enuncie que los actores no están sujetos a una representación de intereses (con mandato obligatorio) de sus electores, sino, en contrario, tienen el deber de corresponder con una representación política, es decir, una vez elegidos, pasan a representar los intereses de la sociedad, como un todo, sin beneficios ni mandatos de personas o sectores (Bobbio, 1986).

Pero lo dicho recientemente, no quiere decir que los representantes sean una especie sin sentimientos, ni preferencias o intereses personales. Apoyando esto, Diego Gambetta, recordando a Stephen Holmes, nos dice que, una persona en una conversación que hace exclusión completa de sus pasiones, puede lograr cierta desconfianza en el oyente, siendo tildada de fría o demasiado desinteresada; es decir, hay que excluir las pasiones ciegas que no permitan sostener de manera correcta, en base a razones, las proposiciones, pero no se puede ser tan imparcial al punto de generar cierto rechazo (Elster, *La Democracia Deliberativa*, 2001). Lo que se deberá hacer, en el caso de tener creencias personales acerca de un tema, que creemos que concuerdan con lo que la sociedad necesita o quiere, es fundarlas de tal manera que el oyente concuerde y este a favor, consiguiendo así la adhesión (Ovejero, 2008). Esto lo encuentro relacionado al llamado por Carlos Nino, “constructivismo epistemológico”, en el cual se evidencia un apoyo a lo insinuado, cuando indica que la mejor forma de llegar a la imparcialidad es la deliberación, pero eso no elimina de manera total los juicios personales que, de manera separada tienen los que participan en ella (Nino, *Derecho, Moral, Política*, 1993).

Es ineludible advertir que, la búsqueda del interés social y la protección de la voluntad popular, en el proceso deliberativo, es el más completo y seductor. Apoyo esta afirmación en varias razones. Primero que todo, si triunfaran las medidas sin razones que la apoyen, sería un caos, ya que se votaría en vacío, sin saber que se vota o su verdadera finalidad. Si algo tiene de interesante, como dice Nino, es que a partir del acercamiento de esta al constructivismo epistemológico, tiene el “poder transformador de las preferencias” (Nino, Derecho, Moral, Política, 1993, pág. 45). Creo que, partiendo de ámbitos más reducidos de la vida cotidiana en el que participo, por ejemplo, la universidad, es necesario fomentar este tipo de debates, ya que permite encontrar o aceptar juicios que, uno mismo no tiene o acepta, y, ofrece la posibilidad de modificar preferencia en base a razones, y no en base a temor o aceptaciones vanas.

De manera eficaz, se visualiza que este tipo de democracia parte de una concepción individualista, ya que toma a las personas como sujetos centrales del proceso deliberativo, y no a los grupos o sectores (como en el pluralismo); la finalidad de esto es tener la posibilidad de privilegiar la defensa de las personas por sobre la maximización de los beneficios de grupos o facciones (Gargarella, 2009). Estoy de acuerdo que el primer paso, para lograr una cohesión social, es aceptar las diferencias, pero que eso no me separe de los demás, sino, por contrario, en base a la discusión razonada y el debate activo, me permita cambiar, de manera responsable e imparcial, de ideas o preferencias en búsqueda del fin último: “la mejor decisión colectiva vinculante”. Este término, no lo utilizo en el sentido de conveniencia de la mayoría o de la clase dominadora, simplemente atribuyo a que represente de manera fiel el sentimiento de la sociedad como tal, el interés público, el querer social. Como más adelante desarrollare, no es simple de lograr, ya que uno de los inconvenientes de la deliberación, son las llamadas, por Susan Stokes, “patologías de la deliberación” (Elster, La Democracia Deliberativa, 2001, pág. 161) y que hacen dudar de la verdadera impronta y jerarquía deliberativa.

James Fearon le da un sentido ventajoso a la deliberación, indicando que esta permite, entre otras cosas, exteriorizar la información privada acerca de preferencias de los que participan. Hace hincapié en la idea de que, si el sistema es de solo votación o negociación, nadie se ve obligado a justificar su decisión. En cambio, en la deliberación, en el momento de expresar los motivos que inducen a sostener

determinada idea, los individuos, demuestran cierto grado de intensidad y de motivación, que nos permite deducir el interés que se tiene en tal decisión. También, indica que la discusión basada en razones, permite encontrar ciertas soluciones, hipótesis o premisas, que no se tenían en cuenta antes de realizada el debate, explica esto exponiendo que, a medida que damos más razones en soporte de una idea, más información revelamos y más escenarios nuevos aparecen, ampliándose la mirada central y acotada inicial, es decir, se pueden ver cosas o espacios que originalmente no se observaban (Elster, *La Democracia Deliberativa*, 2001).

4.3. Problemas en el proceso deliberativo.

La deliberación, como paso previo a la toma de decisiones, es el mecanismo más completo. Es, sin dudas, el que posibilita un acercamiento a verdaderas decisiones generales, pero, como en todo proceso, encontramos ciertos problemas que, en el caso de la deliberación, nos deja cierta incertidumbre; es decir, se evidencian ciertas flaquezas.

Susan Stokes, cita a Przeworski, cuando dice que el proceso deliberativo es “el cambio endógeno de preferencias que resultan de la comunicación” (Elster, *La Democracia Deliberativa*, 2001, pág. 161). Sigue esta definición, para hacer hincapié en la influencia de la comunicación en los ciudadanos, como así también en los debates públicos. La autora, de manera ejemplificada, desarrolla una serie de encadenamientos para determinar como la comunicación, no entre los que debaten, sino entre ellos y los ciudadanos que representan, se puede distorsionar, y así, políticas que parecen aceptadas y apoyadas originalmente, luego de la acción de diferentes grupos, por ejemplo, los grupos de presión, lobbies, etc. caen o se vuelven en contra, sin más justificación que la dada por la opinión pública (Elster, *La Democracia Deliberativa*, 2001).

Parece entenderse que, en reiteradas ocasiones, la deliberación no logra su cometido, toda vez que los que debaten se cierran en posturas que no coinciden con lo que sería mejor para la sociedad, pero que, si lo hacen con la opinión pública, indicando esto una grave traba a la deliberación. Determinado esto, se evidencia que quien domina la prensa, los lobbies, y los demás grupos de presión, tiene la capacidad de generar una fuerza tal que le permite lograr determinadas decisiones que, en base a razones, no alcanzaría. Con esto no quiero indicar que todos los grupos externos del

congreso estén en contra de la deliberación, sino, más bien, hacer hincapié en que, muchas veces se desfigura la información sobre la opinión pública y los representantes la toman para deliberar; esto provoca una disputa en base a una información totalmente contraria a la verdadera, y se producen políticas sin sentido o con sentido contrario (Elster, *La Democracia Deliberativa*, 2001).

En mi opinión, creo acertada esta “patología en la deliberación” que propone la autora Susan Stokes, sin embargo, no creo que sea un problema que embista solamente a la deliberación. Es decir, no entiendo que este problema comunicativo, entre representantes y ciudadanos, sea solo en el proceso deliberativo. Está presente en todos los ámbitos públicos, y creo que donde menos males provoca es justamente aquí. Apoyo este alegato, en la medida de que, en la simple votación, bastaría solo levantar la mano y apoyar a determinada legislación, sin ni siquiera más esfuerzo que el físico de asistir y votar. Imagínense lo fácil que sería modificar, mediante los grupos de presión y la opinión pública, la decisión de un individuo que solo tiene que realizar esa tarea; parece sencillo. También, este drama, se extiende de manera fuerte, a la negociación, toda vez que, esta se nutre de las amenazas y defensas de posiciones duras que, apoyadas en estos males, serían muy difíciles de vencer.

Por eso mismo, asiento que estas patologías se den, pero, estoy convencido que, en la deliberación, es donde tiene el terreno más difícil, toda vez que no bastara con presión o distorsionar la información, sino, más bien, se deberá dar razones que realmente provoquen un quiebre deliberativo en el seno del congreso. Por eso es que pienso que éstos, van a necesitar mucho más esfuerzo aquí. Esto lo baso en la idea de que, siempre que se busque adhesión, se necesitara de la persuasión, esta no podrá lograrse sin dar razones que apoyen la relación de sus ideales con el interés público perseguido; Y por más que, esas razones se vean modificadas, distorsionadas o simplemente mal comunicadas, será posible (en la deliberación) que, cuando se produzca el debate, esas falencias salgan a la luz, y los representantes que, actúan sin mandato imperativo, y, defienden los intereses políticos de toda la nación tomada en su conjunto, tengan el porte y competencia de lograr una decisión que sea lo que es mejor para la generalidad (Bobbio, 1986). La existencia de este “poder invisible” (Bobbio, 1986, pág. 22), es algo inevitable en la vida democrática de una Nación, ya que estas son productos del auge de la misma. Esto quiere decir que, a medida que aumentamos o apoyamos la esta forma de gobierno, la faz negativa de este

crecimiento, es la conformación más acentuada de estos grupos intermedios. Por eso mismo, apoyo conscientemente a la deliberación como la barrera más fuerte de que se vale la democracia para bloquear estos quiebres comunicativos que, terminan en malas decisiones o maléficas representaciones de la voluntad general.

Dicho esto, es menester aclarar que, para el proceso deliberativo, el poder legislativo, en el caso de Argentina, adquiere la mayor importancia y jerarquía entre los otros poderes. Digo esto, porque es allí donde los individuos, las ideologías, facciones, grupos o movimientos, se ven representados. Más allá de las críticas al gobierno representativo, la democracia deliberativa se apoya en la decisión por medio de debate público de los representantes. Hago esta aclaración para visualizar dos problemas que se viene acentuando en nuestro proceso legislativo, y uno es la falta de propósito de deliberar entre los representantes, sustituida por un enfrentamiento en vano, de origen ideológico o estratégico, manejado por intereses partidarios. Se observa una sumisión de este poder al ejecutivo, que pasa a ser el gran manejador de las decisiones que acorde a la sociedad, y como recordamos, en la democracia deliberativa, el poder ejecutivo es el que menos jerarquía tiene, ya que pasa a ser un administrador y ejecutor de las políticas legislativas (Gargarella, 2009).

Siguiendo a Carl Schmitt, se puede entender que existe otro problema, y es el problema de la acción de los grupos externos o sectoriales con poder, que hacen dudar de la verdadera finalidad del legislativo. El autor, sostiene que ya no es este poder donde nacen las más importantes políticas, sino más bien, donde solo se votan, pero se lo hace en base a propuestas o manipulaciones realizadas por las comisiones manejadas por partidos o coaliciones de partidos (Gargarella, 2009). Este “corporativismo” (Bobbio, 1986, pág. 39), en Argentina, podría representarse con los empresarios o sectores afines, que poco les interesan las políticas orientada al bienestar general y fuerzan o convencen a ciertos representantes influyentes para que sus decisiones sean plasmadas como generalidad (Gargarella, 2009).

Creo que a los problemas enunciados se lo debe resolver con más debate. Es decir, avivar la discusión pública como mecanismo formador de voluntad general.; y que, en él participen más personas o grupos que representen a toda la variada gama de intereses existente, y que realmente lo hagan con el mismo poder. Es decir, o limitamos la acción de estos corporativistas, o le damos más participación y jerarquía

a los grupos con poca o nula representación y poder (pluralismo progresista) (Gargarella, 2009).

5. Contraposición al control de constitucionalidad. Conclusión.

Este tema de democracia merece un análisis más extenso que el presentado, y hago notar ello, pero la intención aquí es más bien esclarecedora acerca de la función y objetivo que tiene. Como se interiorizo al lector, el control de constitucionalidad está representado por la oportunidad que tiene el juez de revisar en el caso concreto y determinar la inaplicabilidad de una ley dictada por el legislador. Como se desprende del capítulo dedicado, el principio democrático viene a representar la soberanía popular, entendida como la voluntad general plasmada en cada ley dictada por los representantes elegidos. Parece que esta mención, demuestra a simple vista la tensión entre ambos conceptos. Por un lado, tenemos una decisión popular, y por otro, un rechazo judicial.

Se intentó hacer un análisis comparativo entre liberalismo y republicanism. Ambos tipos democráticos, si bien tienen posturas enfrentadas, creo que ambas tienen como finalidad lograr una cohesión funcional pública, representada en los poderes del Estado que dé como resultado una Nación con una óptima representación popular y con un sistema judicial bien ejercido. Si bien el objetivo, entiendo, es el mismo, tienen diferentes maneras de llevar a cabo dicho propósito. En mi análisis, llego a la conclusión de que lo fundamental para entender las diferencias entre estas concepciones, está en la manera que toman al elector, ya que las críticas de una hacia la otra, no son del tipo teóricas, sino, en realidad, van dirigidas a un núcleo específico: el ciudadano.

Encuadrando la comparación, diré que la concepción liberal parte de la idea de un ciudadano egoísta, que solo piensa en su bienestar, con poca capacidad cívica y por lo tanto debe preocuparse de su vida privada, y dejar que otros decidan por él. Tiene como idea central una representación que negociara las leyes a tomar, en base a concesiones o amenazas, pero bajo ningún tipo de discusión. De esta manera se busca lograr la llamada “libertad negativa”, que significa buscar la menor intromisión estatal en la vida privada de las personas. Todo esto estará protegido por un núcleo de derechos fundamentales, denominado “coto vedado”, que tiene como finalidad dos cosas: poner un límite a las posibilidades del legislativo y dar al juez la oportunidad

de defender a las personas de aquellas legislaciones que limiten o lesiones dichos derechos indisponibles (Ovejero, 2008).

Por otro lado, la concepción republicana, por contrario, nace de una mirada positiva hacia el ciudadano, etiquetándolo de virtuoso cívicamente; encontrando a una persona preocupada por la realidad social, con capacidad de pensar y decidir más allá de sus preferencias personales. Pero todo eso se logra de la mano de la deliberación, donde los que participan de manera directa o a través de representantes, deben basar en razones con fundamentos que hagan sostener dichas decisiones. De esta manera se logran leyes que realmente representen la voluntad general, en busca de una libertad como “no-dominación”, entendida esta, como la ausencia de arbitrariedad en las decisiones que vinculan a la sociedad. Esta concepción, defiende lo decidido por las mayorías, por lo tanto, le da a este mayor peso que el derecho protegido, permitiéndole modificar y legislar todo tipo de cuestiones (Ovejero, 2008).

Las críticas hechas al control amplio de constitucionalidad (liberalismo), en última instancia, van dirigida a la forma en que se etiqueta al ciudadano. En la concepción republicana, se busca delimitar o en la medida de lo posible eliminar este control, ya que considera al ciudadano como una persona con habilidades suficiente para darse sus propias leyes, en todos los sentidos y jerarquías, y que, si se representa de manera eficaz a la generalidad, no tiene justificación el actuar revisionista del juez.

Es interesante aclarar que, a simple vista, y en base a la posición de ciudadano común que ocupo, una mirada descriptiva de ambas teorías, haría ponerme del lado de la democracia republicana, que me tome como persona capaz y preocupado por el interés popular. Por otro lado, cuando nos adentramos en la realidad política argentina, y analizamos los problemas deliberativos, podemos bien entender la postura liberal. Por lo tanto, la conclusión a la que arribo, si bien es que la clave para entender a la relación entre el control de constitucionalidad y el principio democrático, está en la medida que posicionemos al ciudadano. Pero también, se puede entender como punto de finalización del capítulo, que las diferentes crisis por la que pasan ambas concepciones justifican la adecuación a diferentes caminos, es decir, si entendemos que los ciudadanos son egoístas en realidad, y no piensan más que en su bienestar, estaremos atento a apoyar a un control amplio que defienda a las minorías desprotegidas, y los derechos vulnerados. Por otro lado, si entendemos que

la deliberación se da entre ciudadanos capacitados y bien instruidos en la búsqueda del bienestar general, no sería posible la aceptación del control, ya que no sería necesario para lograr dicha armonía social.

De esta manera entiendo que, lo trascendental es, para entender de qué manera se toma al ciudadano en Argentina en la actualidad, analizar la historia constitucional, política y jurisprudencial, en búsqueda de dicha respuesta. A ese fin va dirigido los siguientes capítulos, que espero nos den la respuesta de cómo es tomado el ciudadano, como sujeto primordial y necesario, para la vida social. De esta manera se determinará si ambos conceptos en puja, tienen o no cabida en un mismo sistema, y de ser afirmativo, determinar de qué manera uno corrompe al otro.

CAPITULO 3

ACTUACION DEL JUEZ EN UN ESTADO DE DERECHO CLASICO O LEGALISTA. POSITIVISMO JURIDICO.

1. Introducción:

Esta, segunda y dinámica, parte va a estar enfocada en el juez. Es importante, a los fines que la tesis persigue, hacer un análisis de la actuación del mismo en el Estado actual. Pretendo delimitar mucho las corrientes filosóficas del derecho en este tramo ya que excedería la economía del trabajo. Por esas razones, advierto, me centrare en dos formas de ver la aplicación del Derecho. Por un lado, y objeto de este capítulo, estaremos ante un Estado de Derecho Clásico, marcado por un legalismo y formalismo jurídico, que se traduce en una aplicación prácticamente exegética y mecánica de la ley, adoptada por los legisladores, por parte de los jueces. Y, por otra parte, un denominado Neoconstitucionalismo o Estado Constitucional (capítulo 4), con una aplicación del derecho teniendo en cuenta criterios valorativos, principios jurídicos y con una mayor posibilidad de alejarse, los jueces, en el caso concreto, de lo dispuesto por los legisladores (Zepeda, 2007). Es decir, la estructura de este capítulo, y el siguiente, van a estar destinados a analizar la modalidad, restricciones y posibilidades que tienen los jueces de aplicar la ley, ya sea en un estado donde se habla de una legalidad rígida, como de uno donde, el juez tiene en cuenta ciertos parámetros fuera de la legalidad de la norma.

Se intentará demostrar la compatibilización entre un Estado de Derecho Clásico y el respeto hacia el Principio Democrático; es decir, se visualizará que el Primero, no solo necesita y respeta el segundo, sino que, al contrario de un constitucionalismo moderno, solo permite la conformación del sistema jurídico a partir de la ley. La expresión “Sin Estado de derecho no existe democracia” (Zepeda, 2007) habla por sí sola de la necesidad de un Estado de Derecho que respete la representación soberana y la discusión parlamentaria de las leyes. Cuando hablamos de la ley, hacemos referencia a las disposiciones que surgen de la deliberación legislativa (autoridad competente), y que son, por parte de los jueces, aplicadas sin posibilidad de valoraciones por parte de los mismos. De esto surge, también, la importancia del Positivismo Jurídico, que da las herramientas necesarias para la aplicación del Derecho fuera de los ámbitos de la moral, y que entiende al sistema

jurídico como aquel que solo está conformado por las reglas validas dictadas por la autoridad competente (Kelsen, 2009). Esa aplicación mecánica del derecho por parte de los jueces, se concreta con el mecanismo subsuntivo de aplicación de las reglas jurídicas, es decir, de la comprobación de que el hecho jurídico relevante cae bajo el ámbito de aplicación de una regla preestablecida (Zorrilla Martinez, 2010). Pero es importante dejar en claro que, en el próximo capítulo, se verá que, la crisis de este Estado de Derecho, determino en la evolución del mismo hacia el Estado Constitucional, con rasgos totalmente contrarios al descrito en este capítulo.

Por lo tanto, la idea central de esta capitulo está en la descripción, lo más sensata posible, de las características de un Estado de Derecho donde la ley es lo imperante, y la determinación de la actuación del Juez en dicho Estado. Es decir, me enfocare tanto en el esquema positivista, como en la visión democracia; ambos creo que postulan los argumentos más confrontados al constitucionalismo puro. Debo aclarar que entiendo al principio democrático y el positivismo jurídico como caras de la misma moneda, pero solo para los fines de este capítulo contrario del Neoconstitucionalismo.

2. Positivismo Jurídico. Legalidad y Formalismo.

Como se dijo de manera introductora, la finalidad del Estado de Derecho fue marcar un antes y un después en la manera de hacer y aplicar derecho. Dicho objetivo se logró, o intento hacerlo, a través del reconocimiento de ciertos derechos a los ciudadanos y la modalidad legal de limitación de los mismos. Es decir, la única manera de limitar dichos derechos era legalmente. La ley, única herramienta estatal, era el producto de un proceso democrático llevado a cabo por la autoridad competente (poder legislativo). El Estado de derecho,” tal como se le conoce en la época moderna (...) tiene un origen claramente liberal. Se trata de oponer un Estado respetuoso de la ley y de las libertades del ciudadano al despotismo del Estado absolutista” (Borda Villar, 2007, pág. 74). Este tipo de Estado, nacido en Alemania entre los Siglos XVIII y XIV, tenía ciertos postulados básicos tendientes al respeto del ciudadano y sus pertenencias, limitando el actuar estatal, pues:

Se trataría de un orden estatal justo expresado a través de una Constitución escrita, el reconocimiento de los derechos del hombre, la separación de poderes y garantizado por leyes producidas y promulgadas conforme a procedimientos debidamente establecidos. (...) Al Estado de derecho, tal

como hasta ahora lo hemos descrito, corresponde un “Estado racional” y con él se arraiga la concepción iusnaturalista, según la cual, habría derechos del hombre anteriores al Estado, los cuales éste debe acatar y preservar. Es, pues, una concepción material del Estado de derecho, basada en una noción de justicia y fuertemente impregnada de ideología, la ideología liberal de la burguesía revolucionaria (Borda Villar, 2007, pág. 74).

Se puede indicar que el Estado Clásico de Derecho, de corte Liberal, cuando entra en crisis, da lugar al Estado de Derecho Legal, marcado por el corte netamente Positivista, que predominó desde mediados del Siglo XIX hasta mediados del siglo XX (Borda Villar, 2007). De esta forma, “el Estado de derecho material es desplazado por una idea formal del Estado de derecho, para la cual ya no cuenta el fin y contenido del Estado, sino lo reduce exclusivamente a sus principios formales” (Borda Villar, 2007, pág. 75). Esto tiene su raíz en la marcada separación y exclusión, por parte del positivismo jurídico, del derecho y la moral, y se traduce en la neutralidad valorativa que deben tener las disposiciones jurídicas (Kelsen, 2008). Los postulados positivistas son: “legalidad de la Administración: prelación y reserva legal, primacía de la ley formal y la protección del derecho de la Administración mediante tribunales independientes” (Borda Villar, 2007, pág. 75).

El propósito del positivismo jurídico, no es otro que “la seguridad jurídica y la previsibilidad y control de la acción del Estado, partiendo de la presunción de la ley como la máxima expresión de la voluntad y de la soberanía estatal” (Borda Villar, 2007, pág. 75). De esta manera se observa como los postulados positivistas son congruentes con el Principio Democrático ya que, “Todo el derecho está contenido en la ley y la supremacía del Parlamento, como creador de la legislación, es absoluta. Es comprensible que dentro de esta concepción no cabe el control jurisdiccional de la Constitución (...)” (Borda Villar, 2007, pág. 75)

Ahora bien, “Hablar de positivismo jurídico en el siglo XX significa hablar de Hans Kelsen” (Losano, 2006, pág. 114). De esta manera se deja en claro la importancia del autor para la caracterización del movimiento, ya que: “El pensamiento de Kelsen es el meridiano de Greenwich de la ciencia jurídica del siglo XX: todas las teorías terminan siendo analizadas en función de su mayor o menor proximidad respecto a la Teoría Pura del Derecho (Losano, 2007, pág. 17)”. El destacado autor, en su Teoría Pura del Derecho, empieza con unas palabras que

delinea, de manera tajante, la diferente concepción, de este, con el iusnaturalismo. Este dice:

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular (...). Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica. Al calificarse como teoría “pura” indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición (Kelsen, 2009, pág. 19).

Estas palabras de Kelsen, en su versión más estricta, marca la lejanía del derecho positivo de otras ramas como las valorativas, morales, etc. se procura entender que “es” el derecho y no como “debería ser”. Es decir, la ciencia jurídica debe tener como único fin la descripción del objeto. Esta forma de tomar al derecho, con neutralidad valorativa e indicando lo que “es”, marca la gran diferencia con el iusnaturalismo, propio de la corriente constitucionalista. El autor se refiere al Derecho Natural como el derivado de la manifestación de la voluntad de Dios, y entiende que, esta “metafísica del derecho”, es totalmente errónea ya que “la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres” (Kelsen, 2009, pág. 41).

Esta neutralidad valorativa es, en mi entender, la clave de la distinción entre el Positivismo y el Constitucionalismo. Por otra parte, la fundamentación de las normas positivas, estaba determinada por una cadena de autorización del dictado de la misma, esa cadena llegaba hasta la “norma hipotética fundamental” que le daba validez a todo el sistema, pero que no era una norma positiva, ya que no tenía una norma superior que le diera vida. Es decir, Kelsen, separa de manera tajante el derecho natural y el derecho positivo, calificando al segundo como el único viable. La neutralidad valorativa que, tanto anhela Kelsen con la teoría pura del derecho, está en demostrar que no se puede hablar de justicia o injusticia de una norma jurídica, ya que, ese juicio de valor, no es propio de las normas positivas. Las únicas leyes validas son las que cumplen el proceso de validación de una norma en otra hasta llegar a la fundamental o hipotética (Kelsen, 2008).

Cuando nos adentramos en el positivismo y nos inclinamos hacia los argumentos de Hart, vemos que la neutralidad valorativa, se dirige hacia ciertas

premisas o postulados que son centrales en la tesis positivista. El autor hace referencia a que, el derecho positivo, está compuesto solo por normas validas, es decir, aquellas que cumplen con las reglas de origen o *pedigree*. Fuera de ellas no existe nada, quedando sin fuerza obligatorias las normas morales, religiosas, etc. De esta manera se puede observar la contraposición al Neoconstitucionalismo, inferido del iusnaturalismo, ya que en este las normas valorativas, morales, etc. están presentes y forman parte del sistema jurídico (Dworkin, 1984). Hart, usa la llamada “regla de reconocimiento” para fundamentar a todo el sistema positivo y “su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros (Hart, 1961, pág. 127) es decir esta regla permite la “determinación del perímetro completo del ordenamiento (...) y mantenerlo separado de la Moral (...) las normas no son válidas por su contenido, sino porque han sido creadas o reconocidas de hecho por la sociedad de una manera contingente” (Fuertes, Cristina & Planas, Aleix, 2007).

De esta forma se puede entender que el positivismo determina la composición del ordenamiento jurídico en base a normas positivas validas ya sea, por la legitimidad ultima en la norma fundamental de Kelsen, o en la regla de reconocimiento de Hart. Pero ambas teorías, concluyen en la separación de las teorías valorativas iusnaturalistas de las de derecho positivo. Separan lo que “es,” propio de un derecho valido (positivismo), de lo que “debe ser”, propio de un derecho justo o injusto (iusnaturalismo), (Orrego, 1995). De esta forma el criterio kelseniano es que la “eficacia” del sistema jurídico se refleja en la “eficacia” de sus disposiciones jurídicas, entendida esta de dos maneras: “(a) por la obediencia de aquellos a quienes le es impuesto un deber por dicha norma; (b) por la aplicación de la sanción permitida por la norma” (Raz, 1986).

La distinción clave, entre la doctrina positivista e iusnaturalista, está en la relación entre reglas y principios, y más bien, la no inclusión de estos últimos en el ordenamiento jurídico es lo que, a mi entender, es la nota distintiva del positivismo. Tal como sostuvo Dworkin, el objetivo del pensar positivista, está en la conformación de un sistema jurídico por normas que tengan como origen el derecho legislativo, dejando fuera de él, el papel que juegan las directrices y los principios (Dworkin, 1984). De esta manera un ordenamiento jurídico está conformado por reglas que emanan de una autoridad competente, y deben ser cumplidas sin hacer juicios

valorativos sobre la justicia o injusticia del mismo (Hart, 1961). Por otra parte, Hart habla de una “obligación jurídica” cuando hay una regla que exige hacer o prohíbe hacer algo a alguien y que, sin esa regla expresa, no existe una obligación jurídica (Dworkin, 1984). De esta manera se puede observar como el ordenamiento jurídico esta solo formado por reglas en el sistema positivista. Sin embargo, es necesario y prudente, aclarar que Hart da ciertos permisos a los jueces, para actuar con discrecionalidad, cuando estos se presentan ante los llamados “casos difíciles”, que serían aquellos donde hay una oscuridad de la ley, o problemas atinentes a la vaguedad, ambigüedad etc. (Hart, 1961).

Lo que quiero dejar en claro entonces, es que la tesis positivista se encuentra enfrentada a la constitucionalista de diversas maneras, pero hay una que es la central: la separación entre derecho y moral (Kelsen, 2009). Ya que, de esa separación tan buscada por el positivismo, es cuando la interpretación y la ponderación de principios no tiene lugar, y solo podrá haber discrecionalidad, cuando estemos frente a casos difíciles (Hart, 1961).

3. El papel de las Reglas Jurídicas. El Método Subsuntivo.

Si hablamos de la característica principal del Estado de Derecho Clásico, o Legalista, es la conformación jurídica del mismo por Reglas jurídicas, es decir, el “Imperio de la Ley”, es el imperio de las Reglas que son dictadas por la autoridad competente y aplicadas de manera automática por parte de los jueces. Pero más allá de la esencia y finalidad del Estado de Derecho Clásico, esta tesis apunta a la parte Jurídica del mismo, es decir, a la manera de hacer y aplicar derecho en este tipo de Estado. El “imperio de la ley” confía en manos del poder legislativo la generación de las normas que son las aplicables a los casos concretos por los jueces. Estos últimos realizan la tarea jurisdiccional con dos imperativos: 1) el deber de motivar y fundar las decisiones judiciales, dando los motivos por los cuales una norma general es aplicada al caso particular, y 2) la imposibilidad de interpretar la norma (Bayon, 1996).

Explica Bayon, siguiendo a Lardizábal, que: “si la ley es clara y terminante (...) entonces, aunque sea o parezca dura y contra la equidad, debe seguirse literalmente” (Bayon, 1996, pág. 43). Es decir, al tener una regla y “cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto base

de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal la base del contenido de la regla” (Atienza, Manuel & Manero, Juan, 1991, pág. 111). Aquí es donde encuentro el punto de cercanía entre el Positivismo Jurídico y el Principio Democrático, ya que, si tenemos como base un ordenamiento jurídico compuesto por reglas, que deben ser aplicadas sin juicio valorativos por parte de los órganos judiciales, es justamente porque ese juicio valorativo fue realizado con anterioridad en la discusión o deliberación parlamentaria, que sirve como base y origen de las reglas válidas. Por lo tanto, en un sistema positivista, es en la sede legislativa donde se van a tener en cuenta los contenidos materiales y se harán los juicios de valor y justicia correspondientes, pero una vez que la regla resultante ha sido dictada, esta debe ser seguida por los tribunales sin expresarse acerca de su conveniencia, su justicia o su equidad (Atienza, Manuel & Manero, Juan, 1991).

Por otra parte, es necesario advertir el método o herramienta clave con la que cuenta el sistema formalista de derecho. La manera en que el juez debe aplicar el derecho, adoptado en forma de reglas por el poder legislativo, es a través del método Subsuntivo. Este, no es más que una “calificación jurídica de los hechos, lo que usualmente se denomina también como la subsunción de los hechos (del caso individual) en el supuesto (caso general) de la norma” (Zorrilla Martínez, 2010, pág. 127). Este método representa, y clarifica, la idea central del Positivismo y también del respeto al Principio Democrático, ya que, cuando el juez, aplica y realiza el método subsuntivo, no efectúa un juicio de valor acerca de la justicia o injusticia de dicha aplicación, sino que, si ese hecho concreto se corresponde bajo el ámbito de aplicación de una norma, no queda más remedio para el juez que la aplicación de la sanción que ella disponga. Este juicio, neutro valorativo positivista, no convierte al juez en un hipócrita o inútil, sino que lo hace respetuoso de la voluntad de la mayoría que eligió dicha regla jurídica en base a la deliberación legislativa. El método subsuntivo es justamente la particularidad de que se valen los positivistas como Alchourron y Bulygin para que, la aplicación de las reglas en los modelos de sistemas normativos por ellos ideados, sea eficiente. Es decir, luego de la formación de dicho sistema, el juez debe analizar cuál es la regla aplicable al caso y aplicarla, sin interpretarla (Alchourron, Carlos & Bulygin, Eugenio, 1998).

4. Las Reglas y los Sistemas Normativos.

Si de seguridad jurídica se habla, no podemos apreciar esto más que en las reglas. Es decir, las reglas, con una formulación clara y precisa de la acción y su correspondiente consecuencia jurídica nos permiten diagramar con anterioridad las acciones que hemos de tomar día a día. Con expresiones como “el que matare a otra ira a prisión de 8 a 25 años” podemos prever las consecuencias que van a derivar de un actuar homicida. La conformación de los llamados sistemas normativos, es un pilar fundamental del positivismo jurídico, y más aún, del aporte que hicieron dos argentinos a la materia. Alchourron, Carlos y Bulygin, Eugenio, desarrollaron un modelo lógico de sistematización de sistemas normativos. Ellos, diseñaron un modelo donde se logra la correlación de un caso factico con una norma del sistema de leyes. Es decir, las normas, compuesto solo por reglas en un sistema positivista, “tienen una estructura que conecta un supuesto de hecho de hecho con una consecuencia jurídica” (Zorrilla Martinez, 2010, pág. 91). Con motivo de defensa de la economía del trabajo, no puedo en esta ocasión referirme detalladamente a la formación de un sistema normativo formalista como el diseñado por los juristas positivistas. Si me parece apropiado decir que dicho modelo, a fines de lograr una aplicación del derecho sin interpretación judicial activista, le indica al juez que hacer frente a los casos facticos que ante él se presenten. Por lo tanto, luego de esa formación del sistema, se sabrá cuál es la respuesta, es decir, cual es la regla aplicable al caso (Zorrilla Martinez, 2010).

Sin embargo, los sistemas jurídicos para que sean tales, deben cumplir con ciertos requisitos. El primero de ellos, la Consistencia, se encarga de que para el mismo caso factico no se presenten dos soluciones, dada por el conjunto de leyes aplicables al caso, que sean contradictorias. El segundo, la Plenitud, indica que un sistema jurídico es completo solo y solo si, no tiene lagunas normativas; es decir, no existe un caso factico donde no tenga correlacionado una solución en el sistema. Y, por último, la Independencia, que se encarga de la economía del sistema al indicar que un caso factico debe estar resuelto por una sola solución normativa y no más que una; es decir, que no haya más de una norma con la misma solución para el mismo caso (Alchourron, Carlos & Bulygin, Eugenio, 1998).

Como coloraría, los problemas normativos son los siguientes: Inconsistencia, Incompletitud y Redundancia. El primero de ellos refiere, justamente, a la existencia

de dos soluciones diferentes para el mismo caso factico. El segundo, la existencia de un problema y la no respuesta del sistema. Y, por último, el tercero, la existencia de más de una norma con la misma solución para el mismo caso (Zorrilla Martínez, 2010). Sin embargo, lo que quiero lograr explicar, más que la conformación de los sistemas normativos, es la característica formalista y legalista de los mismos. Es decir, la existencia de zonas claras de aplicación de reglas, únicas formas de normas en un sistema positivista, en cuyo caso, el juez, ante la existencia de un problema concreto y su correlación con una regla del sistema, no debe hacer otra cosa que aplicarla de manera exegética y sin posibilidad de interpretación (Bayon, 1996).

5. Objeción Contra-mayoritaria.

Este término fue acuñado en principio como la “Dificultad Contramayoritaria” por Alexander Bickel, (Verly, 1991). Esta objeción básicamente se presenta de dos maneras, que me animo a separar, como dos filtros, uno ex antes, que se visualiza como un límite al contenido de las decisiones legislativa, es decir, de antemano se sabe que ciertas decisiones no van a poder tomarse ya que estarían legislando sobre materia indisponible; y por otro lado, un filtro ex post, a partir del control de constitucionalidad, donde se deja sin efecto todas aquellas decisiones mayoritarias legislativas que sobrepasaron el límite del primer filtro.

5.1. Primer Filtro: El Precompromiso.

Stephen Holmes, fue uno de los juristas que se explayó sobre la temática, y con la terminología alude a un límite, anteriormente impuesto, que funciona como una barrera que debe respetar el poder legislativo, y las mayorías contenidas en el, a la hora de legislar ya que, la función final de la misma, no es otra que, de manera previa, limitar la posibilidad del dictado de actos legislativos que violenten la constitución. Se argumenta a favor del precompromiso como protector de los derechos humanos en forma de “coto vedados” propio de un sistema neoconstitucionalista (Holmes, 1999). En este punto visualizaremos algunas de las premisas democráticas en contra de la misma.

El argumento en contra del precompromiso está basado en la protección de las legislaciones actuales, y propicia una democracia sin límites. Al respecto Holmes rescata lo dicho por Humé en 1740, y alude a que la idea de precompromiso como pacto social no es más que “el consentimiento de los padres de anular a los hijos, aun

en generaciones más remotas” y por su parte lo dicho por Thomas Jefferson, “es Derecho del pueblo alterar o abolir cualquier forma de gobierno destructiva de la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad” (Holmes, 1999, pág. 218). De esta forma se entiende la confianza que se tiene en la producción de leyes ordinarias en base al único límite que es la discusión deliberativa parlamentaria en la que descansa la base del sistema republicano (Ovejero, 2008). Son muy importante los argumentos en lo que descansa esta crítica al precompromiso, pero, básicamente, se traduce en entender, como lo hizo Jefferson, como autosuficiente a las generaciones venideras, es decir, darles la confianza sobre la capacidad de las mismas para deliberar y crear de manera correcta leyes válidas y justas (Holmes, 1999). Si analizamos este criterio vemos como colisiona con lo expuesto anteriormente sobre la Democracia Liberal, donde el concepto de ciudadano está marcado con una valoración negativa, es decir, con desconfianza hacia el mismo; lo toma como egoísta y que solo propende a sus intereses, de esta manera estaría justificado el límite decisorio parlamentario para asegurar la no trasgresión de los derechos fundamentales protegidos por la constitución (Ovejero, 2008). Vemos, de manera reincidente, como la posición constitucionalista propende a un liberalismo y el principio democrático a uno republicano. Ya que, la contrariedad al precompromiso, es propia del Sistema Democrático Republicano, donde se valora al ciudadano de manera positiva, entendiéndolo como un ser capaz y autosuficiente, con competencia y habilidad para decidir, en base a la deliberación, todas las cuestiones en lo referente a la actualidad en la que se desarrolla, sin posibilidad de verse limitado por lo establecido por los constituyentes (Ovejero, 2008). Primero disculparme por la redundancia, y luego volver a insistir en la cercanía de esta primera parte de la objeción democrática con el positivismo jurídico recientemente expuesto; es decir, se puede visualizar que, si lo que se defiende es la plena actuación del poder legislativo, sin limitarlo, se lo puede asemejar a la idea de autoridad competente que propiciaba Kelsen, y que ambas posturas procuraban limitar al juez y forzarlo a aplicar las leyes (reglas) que habían sido dictadas por el poder legislativo, ya que, esta autoridad habría discutido y debatido todo lo concerniente a la justicia y equidad de las reglas resultantes, no quedando en mano de los jueces dicho juicio de valor. De esta forma se protege la soberanía representada en el parlamento, y como resultado da un respeto al Principio Democrático (Ovejero, 2008).

5.2. Segundo Filtro: Control de Constitucionalidad.

Esta dificultad, está dirigida a las preguntas de ¿Qué justificación tiene el Control de Constitucionalidad? y ¿Por qué son los jueces los que deben realizarlo? Parte de las respuestas han sido esbozadas en los primeros capítulos. Más precisamente cuando hablamos del Control de Constitucionalidad, observamos que fue producto de un fallo iniciador, caratulado como *Marbury vs. Madison*, donde el juez Marshall no solo justifica el control de constitucionalidad como mecanismo válido y propicio para la defensa de la supremacía de la constitución, sino, que también, justifica que son los jueces los que están mejor capacitados y legitimados para realizar dicho control (Nino, 1989). Pero el rechazo de estas decisiones serán propuestas del otro lado, desde el campo democrático, ya que, estos órganos judiciales, no son elegidos de manera directa por el voto popular, sino, más bien, indirectamente en manos de otros poderes. De esta crítica se entiende que, al no ser un órgano popular, no debería poder dejar sin efectos las decisiones de aquel órgano, el legislativo, que representa a la variedad de la sociedad, es decir, representa al pueblo. Otra razón para desconfiar de la actuación judicial es la duración vitalicia en el cargo y su inamovilidad, del que podría derivarse un sin número de razones válidas para no dejar en sus manos la última palabra, como puede ser la politización del poder judicial que derivaría en el peligro de la pérdida de imparcialidad de los jueces (Verly, 1991).

Es aquí donde encuentro un punto coincidente entre el republicanismo, la objeción Contramayoritaria y el positivismo jurídico estricto. Esto lo veo así, ya que, el pensamiento Kelseniano, se basa en la autoridad de los órganos que dictan las normas válidas, dichas normas, si cumplen el mecanismo dado, ante ellas no cabría más opciones para los jueces que la aplicación mecánica de las mismas (Kelsen, 2009), propia de un formalismo, sin posibilidad de interpretación alguna, que pueda terminar en la declaración de la inconstitucionalidad (Dworkin, 1984). De esta forma entiendo que, este pensamiento y la protección de la mayoría encuentran un camino común, que es la protección de las normas legisladas en el parlamento. Para concluir este tema, me parece propicio entender que el actuar del juez, como por ejemplo el juez Marshall, en un Sistema Positivista y en una Democracia republicana, estaría totalmente injustificado, y no sería más que un juez activista. Pero dicha actuación en un Sistema Neoconstitucionalista y en una Democracia Liberal, estaría justificado en

la defensa de los Derechos fundamentales, para de esta forma mantener la Supremacía Constitucional (Ovejero, 2008).

Para terminar con el tema me parece apropiado hacerlo con unas palabras de Alexander Bickel sobre la limitación injustificada que propone el Control de Constitucionalidad:

La dificultad fundamental consiste en que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza Contramayoritaria en nuestro sistema [...] cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo frustra la voluntad de los representantes de las personas aquí y ahora, ejerce el control, no en representación de la mayoría prevaleciente, sino en su contra, Eso, sin los matices místicos, es lo que realmente ocurre [...] es la razón por la que se puede acusar al control judicial de constitucionalidad como antidemocrático (Oruneso, 2012, pág. 37).

6. Aplicación Práctica. Fallo Gorosito.

A los fines de tener una noción más adecuada sobre cómo funciona en la práctica este modelo de Estado, respetuoso de las decisiones mayoritarias y coherente con un Positivismo Jurídico, me parece favorable tomar un fallo para analizarlo. Para este fin, intentare demostrar, a través de la posición de la CSJN en el fallo Gorosito, el respeto por las leyes ordinarias del poder legislativo. No insinuare, ni mucho hare, un juicio de valor propio acerca de la justicia o injusticia de dicho fallo; solamente se intentará demostrar como la CSJN, en dicho fallo, busco e insistió en el mantenimiento de la legislación común y la torno adecuada a los fines de la supremacía constitucional.

La Ley de Riesgos de Trabajo, dictada en 1995, disponía la inaplicabilidad de las disposiciones del Código Civil para los casos comprendidos en dicha ley, con la sola excepción de la demostración, por parte del trabajador, de dolo en la actuación del empleador (art. 39 L.R.T)⁵. Es decir, ante un infortunio laboral, el trabajador, debía ser indemnizado en correspondencia a las escalas tarifadas que propone la ley, y solo podía pedirse una reparación plena e integral en sede civil demostrando el actuar doloso del empleador. Por lo tanto, mientras no se demostrará dolo del empleador, el trabajador no podía pedir en sede civil la reparación plena a integral.

⁵ Art 39 L.R.T del año 1995

En la causa Gorosito, la actora adujo la inconstitucionalidad del artículo 39 de la L.R.T, y esta petición fue aceptada por el Tribunal Superior de Neuquén, en confirmación con la sentencia de alzada, declarando la inconstitucionalidad de dicho Art. Sin embargo, la CSJN, en recurso de Casación, emite una decisión confirmando la constitucionalidad del mencionado Art. 39 (Gorosito, Juan Ramón c/ Riva S.A. y otro s/accidentes art. 1113 C.C. - daños y perjuicios- inconst. art. 39 L. 24.557., 2002). Lo importante de esta sentencia, más que los hechos, son los argumentos que aduce la Corte para declarar dicha constitucionalidad. Los entiendo importante porque nos muestran cómo se respetó la decisión legislativa.

Más específicamente, en los considerandos:

6º) Que la inclusión y redacción de dicho artículo motivó extensos debates en el seno del Congreso. Al trabajo en las comisiones de la Cámara de Diputados y del Senado y los respectivos informes por la mayoría y minoría (...). 9º) (...) “El requisito que esta Corte, en cuanto intérprete final de la Constitución Nacional, ha impuesto a la validez de las modificaciones legislativas consiste, precisamente, en su razonabilidad sin que los jueces, bajo pretexto de tal examen, se arroguen la facultad para decidir sobre el mérito ni sobre la conveniencia de la legislación sobre la materia”. 12) “Que la recta interpretación de la garantía de igualdad asigna al legislador la facultad de contemplar en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal de que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupo de personas, aunque su fundamento sea opinable (...)”. 17) “Que tales limitaciones son propias de la discreción del cuerpo legislativo y, por lo tanto, no son susceptibles de cuestionamiento con base constitucional salvo que se compruebe la existencia y realidad de un menoscabo sustancial a la garantía que invoca el interesado (...)” (Gorosito, Juan Ramón c/ Riva S.A. y otro s/accidentes art. 1113 C.C. - daños y perjuicios- inconst. art. 39 L. 24.557., 2002).

De los anteriores considerandos se extiende la idea del respeto al Principio Democrático y la idea clave de un sistema positivista. Más bien, en los considerandos expuestos se alude al respeto y competencia legislativa para regular de manera competente (considerando 6, 12 y 17), las cuestiones de la vida social; y que esas

regulaciones no pueden ser objeto de interpretación posterior judicial que ponga en tela de juicio su conveniencia o no, es decir, los jueces en casos donde la decisión legislativa ha tenido el debido proceso democrático (deliberación) y se han escuchado las minorías y mayorías, no pueden dejar sin efecto tales decisiones (considerando 9).

7. Conclusión.

Me animo a encontrar una relación estrecha entre el Republicanismo, el Principio Democrático y el Positivismo Jurídico. A pesar de ser diferentes teorías, sobre diferentes temas, entiendo que las tres posturas a la que aludo encuentran un punto de encuentro: limitación al juez.

El Sistema Republicano, recordamos, tiene plena confianza en sus ciudadanos y les confiere la potestad de decidir y sin límites adoptar de manera deliberativa las leyes ordinarias que gobiernan a los súbditos (Ovejero, 2008). El Principio Democrático, en coincidencia con la anterior, aboga por un sistema donde las decisiones mayoritarias parlamentarias sean las únicas que puedan limitar los derechos de las personas y adecuarlas a la convivencia social, dichos actos no pueden tener como límites impuestos ningún precompromiso anterior, ni estar supeditados a lo que posteriormente puedan decir los jueces (Elster, 2001). Y, por último, el Positivismo Jurídico, propone un sistema jurídico compuesto por reglas que deben ser emanadas de la autoridad competente (poder legislativo) y que deben ser aplicadas por los jueces sin posibilidad, estos últimos, de emitir juicios de valor. En dicho sistema, el control de constitucionalidad no puede estar dirigido a anular reglas por ser inequitativas o injustas, sino solo por ser inválidas desde el punto de vista del procedimiento de creación (Kelsen, 2009).

Como exprese, estas tres posturas, coinciden en un respeto por las decisiones parlamentarias que son el resultado de la deliberación. Dicho resultado propende una aplicación posterior por parte de los jueces sin posibilidad de anularlas. Esta limitación la entiendo en pos de una defensa del poder legislativo; pero dicha defensa no está encaminada a dar a un poder mayor jerarquía que a otro, sino, más bien, a defender la soberanía popular. Dicha soberanía es la que atiende al espíritu y voz del pueblo representado en dicho parlamento, ya que el poder judicial, órgano de elección indirecta, no posee las características de ser periódico y electo por el pueblo.

CAPITULO 4

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. EL NEOCONSTITUCIONALISMO. VARIANTES CONSTITUCIONALISTAS. CONCLUSION.

1. Introducción.

El lector, cuando se encuentre con el análisis anteriormente dado, podrá intuir el conflicto existente entre el control de constitucionalidad y el principio democrático. Más importante, es determinar donde se plasma de manera acabada y fuerte esta dificultad. El neoconstitucionalismo, como movimiento constitucional moderno, es una expresión perfecta de esta coalición de intereses expuesto. Es allí el lugar donde se pueden visualizar de manera concreta como un sistema que, con finalidades validas, no logra armonizar en sus filas un sistema acorde a la decisión de la mayoría legislativa.

El presente capitulo estará enmarcado hacia una finalidad exponencial de las características de esta forma de constitucionalizacion del derecho. Se intentará demostrar que mucho de lo que protege, como también las bases en que se sienta, presupone un análisis anterior del momento histórico en que se concibe, siendo este rasgo un hecho determinante, a mi modo de ver, en la conformación del núcleo estructural del mismo. Lo que pretendo indicar es que, esta forma de ver el derecho e interpretarlo, es fruto de un pensamiento que se plasma, en sus comienzos, en el nacimiento del Estado Liberal, y que luego se verá fuertemente influenciada y, logrará un crecimiento significativo, finalizado la segunda guerra mundial (Comanducci, 2002).

Son varias las maneras de encarar el tema en cuestión, pero preferiría no perder de vista el objeto de esta tesis, que es la de determinar la actuación del juez en un estado neoconstitucionalista y su relación con el legislador. Se puede situar como punto de partida la división de poderes, y determinar de qué manera, esta forma de estado, atenta contra el equilibrio del mismo. Así, también, se puede visualizarlo desde una mirada subjetiva del ciudadano, para así, terminar concluyendo que una forma de estado, como la neoconstitucionalista, es una respuesta a la mala concepción que se tiene del ciudadano (Ovejero, 2008). También, se puede arribar a la trama

conflictiva, desde el punto de vista interpretativo, y más que nada desde la relación entre reglas y principios (Comanducci, 2011). Creo que, más allá de varias tesis intermedias y conciliatorias, tanto el neoconstitucionalismo y el positivismo, como el liberalismo y el republicanismo, son tesis antagónicas que sientan bases contrapuestas, y que merecen detallada atención. Repito, y pido disculpa por la redundancia, pero es sumamente crucial determinar si existe o no una división de poderes correcta, y se traduce en decretar si entre el legislador y el juez, existe una relación de coordinación o de jerarquía funcional.

Stephen Holmes, hace una observación interesante que me parece correcto introducir como puntapié inicial, indicando lo que piensan los partidarios de cada lado del conflicto. En sentido figurativo observa que, para los democráticos, este movimiento constitucionalista, es un fastidio a la democracia; y viceversa, los de corte neo-constitucional, sienten que la democracia es una amenaza contra los derechos fundamentales (Holmes, 1999). Es interesante advertir que, un análisis profundo del constitucionalismo, excede los fines de este capítulo y atenta contra la economía del trabajo. Por las razones expuestas, me centrare en ciertos parámetros o núcleos básicos en los que se sienta el mismo, y de esa manera exponer las versiones de mismo. Es propicio señalar que luego de entender el origen de este movimiento, se puede arribar a los mecanismos que ponen en funcionamiento la trama constitucional, como así también, los aditivos que permiten a esos mecanismos funcionar, por lo menos desde sus filas.

2. Origen.

No entiendo que sea un punto controvertido delinear, de manera aproximada y general, el comienzo de los ideales constitucionalistas. Existe cierta coincidencia doctrinaria en ubicarlo en la época del nacimiento del Estado liberal. Aunque no voy a entrar en un análisis histórico completo del mismo, voy a centrarme en ciertos hechos auténticos que creo importante marcar en la evolución del pensamiento liberal. El primero de ellos, la Revolución francesa, se da con el fin de proteger a las personas frente al estado opresor, omnipotente y desinteresado por el bienestar individual de sus súbditos, nace una nueva forma de Estado, el liberal (Ovejero, 2008). Este último, conjuga una suerte de principios rectores en su tesis estructural que, de su análisis, podemos observar cómo, el constitucionalismo, es una instancia evolutiva de los pensamientos liberales, que se plasman de manera inequívoca en la Revolución

Francesa, con la ruptura del dominio monárquico y el paso a la protección de la libertad y la propiedad individual (Santamaria, 2008). Remarco la importancia del momento histórico en que se funda el Estado liberal y por consiguiente los ideales que plantea, ya que son la clave para entender por qué limitar el poder autoritario del Estado y asegurar que dicha restricción sea respetada, en pro de asegurar las libertades individuales de las personas. Otro hito de importancia es la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que viene a reforzar el ideal triunfante en el momento dado, y plasmar de manera tangente los derechos y garantías que se deben proteger. Por último, es de notable importancia aludir a la independencia norteamericana (1776) y su posterior constitución (1787), que, como veremos más adelante, sienta ciertos pensamientos progresivos sobre el diseño institucional constitucional, que luego van a servir para el diseño del resto de las constituciones que siguieron sus pasos (Santamaria, 2008).

El neoconstitucionalismo, como punto de inflexión actual, lo tomo como la evolución posterior del constitucionalismo iniciado en aquel momento y plasmado de manera más visual luego de finalizado la segunda guerra mundial, con el triunfo de las constituciones europeas de España (1978), Italia (1947), Alemania (1949) y Portugal (1976) y latinoamericana en las constituciones de Brasil (1988) y de Colombia (1991) (Carbonell M. , 2007) . Es decir, “en el periodo de postguerra, al positivismo jurídico acusado de convivencia con las dictaduras se le contrapuso el iusnaturalismo”, visualizándose “indiscutiblemente, la crisis del positivismo jurídico y el renacimiento del iusnaturalismo”, propio del sistema Neoconstitucionalista (Losano, 2007, pág. 28). Así, el proceso constitucionalista empieza con el Estado Liberal, pero el Neoconstitucionalismo, lo pienso como un avance, lo concibo de esta manera ya que, del análisis teórico del mismo, se puede inferir que da un paso más en el diseño del constitucional tradicional, orientándolo hacia fines más prácticos, con herramientas encaminadas hacia la protección de los ideales que, en un primer momento, fueron lo principal en el constitucionalismo originario. No quiere decir que el neoconstitucionalismo mute de finalidades, sino que avanza de manera definida y practica introduciendo un sistema institucional dedicado a satisfacer los primeros ideales liberales (Ferrajoli, 2011).

3. *Elementos constitutivos.*

Con el título expuesto no me refiero a otra cosa que aquellos postulados primordiales del neoconstitucionalismo. Palabras como elementos, postulados o bases, son utilizadas de manera similar en este capítulo y hacen referencia al núcleo básico confirmativo del movimiento. Me parece útil hacer una salvedad hecha por Moreso, y se refiere a que, si de elementos constitutivos hablamos, es importante distinguir los elementales de los que no lo son; de esta forma el autor concibe como esencial a la Supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, pero, de manera no esencial, coloca al Control de Constitucionalidad. Hecha la aclaración, y en disidencia con Moreso, considero dos supuestos, sin los cuales no se podrá hablar de Neoconstitucionalismo: por un lado, una suerte de capsula elemental de derechos fundamentales inmodificables, que Garzón Valdez llamo “coto vedado”; y por otro, una institución que propicie la protección de ese conjunto de derechos: la rigidez constitucional y la supremacía de la misma, que se lleva a cabo (mayoritariamente) a través del control de constitucionalidad (Mocoroa, 2013).

De carácter necesario, entiendo, que volvemos a la misma discusión entre liberales y republicanos; estos, ponen en puja métodos distintos y contrarios para lograr el sentido de seguridad jurídica, democracia y bienestar social. Estas maneras de pensar, justifica la adopción de ciertas directrices que, en el caso del liberalismo constitucionalista, serán la presencia de derechos intocables, fuera del poder de las mayorías, protegidos por una institución que permite, a los jueces, declarar la inconstitucionalidad de una norma, en el caso concreto, por violar ese mandato primero, y así asegurar la supremacía de la constitución, manteniendo de esta manera la rigidez de la misma. Como se exployo con anterioridad, los republicanos, critican este sentido de democracia, indicando que solo podemos hablar de democracia cuando son las mayorías, a través de una deliberación (legislativa), los únicos capaces de establecer la ley valida y aplicable, sin posibilidad de control judicial (Ovejero, 2008).

Hago un análisis esclarecedor sobre la contraposición entre republicanos y liberales, ya que son claves para entender el choque entre democracia y constitucionalismo. Si bien Feliz Ovejero (2008), no lo hace de manera explícita, marca las estructuras claves de cada teoría y de esta forma es cuestión de inferencia propia darnos cuentas que la democracia, pura y en el sentido tradicional, es decididamente contrario al constitucionalismo. Sin embargo, muchos autores, entre

ellos John Hart Ely, se han empeñado en relacionar de manera positiva el constitucionalismo con democracia (Holmes, 1999).

Pero lo importante aquí es entender la clave constitucional de post guerra, y está en la catalogación de una serie de derechos, merecedores de una tutela tal, que jamás deben ceder; es decir, estos gozan de un cierto blindaje como primera medida pero que, en el caso de que ese caparazón se vea comprometido, vendrá el juez a auxiliar logrando restablecer el derecho violado (Carbonell M. , 2007). Se puede llegar al núcleo de discusión entre el constitucionalismo y democracia, a mí entender, desde muchos ámbitos. Es decir, ya sea que intentemos indagar acerca de cómo es mirado el ciudadano en un estado liberal o en uno republicano, como también el valor que le demos a los derechos en contraposición de las mayorías, así también las diferentes libertades que persiguen, y, por último, en relación a la respuesta a que poder está legitimado para tener la última palabra (Ovejero, 2008). Pero, de manera simple, lo que quiero explicar es que es ineludible el choque entre ambas tesis: constitución y democracia; y lo que más me atrae de esto, es la facilidad con la que desembocamos en esta discusión, ya que cuando nos centramos en el análisis relativo a cualquiera de los temas indicados, llegamos al final del camino y tenemos dos opciones: optamos por la democracia en sentido estricto o nos apegamos al constitucionalismo o a las mal llamadas democracias constitucionales. Lo que sea que decida el lector hacer, es interesante destacar la validez y los fines igualmente sinceros que persiguen ambas posturas; solo que difieren de manera consumada acerca de las modalidades para llegar a esos propósitos.

Quisiera dejar en claro que, cuando analizamos el neoconstitucionalismo, básicamente, nos estamos refiriendo a las posturas estructurales de la concepción liberal analizada en capítulos anteriores, hago ahínco en esto ya que será de utilidad recordar los cuatro postulados claves de este último: 1) Delegación, 2) derechos frente a mayoría, 3) negociación y 4) libertad negativa (Ovejero, 2008). El Estado liberal, defendió estos postulados bajo dos premisas inobjtables: derechos y control de constitucionalidad.

Dejando claro esto, es necesario analizar los pilares en los que se sostiene el neoconstitucionalismo.

4. *Precompromiso.*

Anteriormente, hice referencia al que llamé: blindaje de derechos fundamentales, que no es más que el llamado, por Garzón Valdez, “coto Vedado” (Mocoroa, 2013). La palabra objeto del título ha sido acuñada en un trabajo anterior sobre la temática, realizado por Stephen Holmes y llamado “el precompromiso y la paradoja de la democracia”. Es un trabajo que explica, de manera excelente, la contraposición que supone la existencia de un límite, anteriormente determinado, a lo que la mayoría puede decidir. Sin hacer un análisis que haga peligrar la economía de este trabajo, es propicio indicar ciertas cuestiones planteadas por este autor que ponen en evidencia que, desde el principio del Estado Liberal, ya estaba la discusión latente acerca de la legitimación y viabilidad de una suerte de “precompromiso” que debían ser respetados por los encargados de la legislación ordinaria (Holmes, 1999).

Stephen Holmes realiza una pregunta que es clave para este punto: “¿Por qué un marco constitucional, ratificado hace dos siglos, debe ejercer tan enorme poder sobre nuestras vidas actuales?” (Holmes, 1999, pág. 217). Al intentar responder esta pregunta, de manera indirecta, estaremos haciendo referencia a dos cuestiones; por un lado, si respetamos lo que de manera anterior fue definido como fundamental e intocable (propio de un sistema liberal) o, por el contrario, si somos libres de decidir de manera ilimitada y en base al sistema acordado, todas las cuestiones actuales a las que se someten las sociedades y sin límite alguno (propio de un sistema republicano) (Ovejero, 2008).

Holmes hace referencia, en un principio, al pensamiento contrapuesto de dos autores para simbolizar y dejar en claro que si hay una contraposición entre democracia y constitución. Se refiere a F.A. Hayek, como argumento a favor del precompromiso, para decir “una constitución no es más que un recurso para limitar el poder del gobierno (...) Una constitución es como un freno, mientras que el electorado es como un caballo desbocado...” (Holmes, 1999, pág. 218). Luego de manera contrapuesta, cita a Martin Shapiro cuando este dice “no debemos dejarnos esclavizar por ciertos caballeros ya difuntos que no pudieron visualizar nuestras circunstancias actuales” (Holmes, 1999, pág. 218). Creo que se deja en claro cuáles son las ideas en antagonismo y cito a Stephen Holmes para englobar la circunstancia al decir: “entre los demócratas, para quienes la constitución es un fastidio y los

constitucionalistas, para quienes la democracia es una amenaza” (Holmes, 1999, pág. 218)

Sin entrar en el corazón del análisis del nombrado autor, me inclinare por reavivar algunos de los argumentos a favor del precompromiso en este capítulo, en donde encaja de manera perfecta. Holmes reaviva una discusión histórica entre Jefferson y Madison en el cual ambos arguyen a favor y en contra del precompromiso, pero será el segundo del que nos ocuparemos en este momento. Madison hace visible y explícita su apoyo al compromiso que asumen las generaciones venideras con respecto a lo normado constitucionalmente por los llamados padres fundadores o constituyentes; este personaje marca, con ciertas ideas claves, la necesidad de ajustarnos a los límites impuestos por los creadores de la carta magna. El argumento principal que encuentro en el, es el que marca la cualidad liberadora de la constitución, toda vez que “una constitución heredada puede ayudar a posibilitar la democracia, así como a estabilizarla” (Holmes, 1999, pág. 228), ya que, si tuviéramos constantes reformas constitucionales, o se debiera hacer una constitución nueva cada cierto periodo de tiempo, no se podrían alcanzar ciertas metas que, si pueden ser realizadas si actuamos “en apariencia similar de una división intergeneracional del trabajo” (Holmes, 1999, pág. 228). Es decir, intenta explicar que se puede lograr mucho más si, de manera continuada, seguimos avanzando en base a lo que otras generaciones han ido marcando como básico, y que no podría lograrse en caso de constantes disputas acerca de cómo lograr esos objetivos (Holmes, 1999).

Otro de los momentos claves en el argumento de Madison, es aquel que proporciona una actitud moderadora y se traduce en la posibilidad de reformar la constitución, pero esta debe ser realizada de manera tal que no quede duda de su necesidad; es decir, se debe realizar bajo una trama que cumpla con un proceso preestablecido (Holmes, 1999). Esta necesidad compartida haría prever que estamos en presencia de un verdadero momento constitucional, ya que luego de pasar por todo el camino reformativo, si se cumplimentan todos los requisitos (que deben ser varios y duros de sobrepasar) es evidente su procedencia.

Stephen Holmes, hace una acotación interesante en este tema, cuando indica que las “reglas constitucionales son capacitadores y no incapacitadoras, y por ello resulta insatisfactorio identificar exclusiva el constitucionalismo con limitaciones al

poder” (Holmes, 1999, pág. 229). Se puede, realizar una analogía entre las reglas constitucionales y las reglas que mandan en un juego; por ejemplo, en el ajedrez, el funcionamiento del alfil hace que este se mueva de determinada manera (diagonal). Esta regla no es una limitación, estorbo o como quiera atacárselo, sino más bien, una posibilidad que permite, luego de respetar esa regla, jugar de la misma manera en todos lados y hacerlo de manera correcta. Con esto lo que se pretende hacer hincapié es que el precompromiso no es un límite o, si lo es, no debe ser tomado con acepción negativa, sino como punto de partida hacia una continuidad intergeneracional, que permita la cohesión a través de los años y permite el no retroceso a momentos superados (Holmes, 1999).

5. Características del neoconstitucionalismo.

El neoconstitucionalismo, como lo ha llamado Luigi Ferrajoli: “principialista o argumentativo” (Atienza, 2011, pág. 13), denominado así luego de acabada la segunda guerra mundial, engloba una serie de características típicas, de las cuales no debe prescindir, ellas son: 1) conexión necesaria entre la moral y el derecho, 2) contraposición entre reglas y principios, y 3) el papel central, en la aplicación del derecho, de la ponderación de principios (Atienza, 2011). Hay que dejar en claro que los elementos constitutivos recién explicados son: Derechos Fundamentales o el llamado por Garzón Valdez “Coto Vedado” y Control de Constitucionalidad (Mocoroa, 2013). Luego, me atrevo a enumerar una serie de “condiciones” que siguiendo a Guastini son propias del fenómeno constitucional (Guastini, 2001). Estas, ofrecen una mirada distinta acerca de este fenómeno, ya que presenta los matices necesarios para hablar de neoconstitucionalismo.

Ferrajoli indica que, si de constitucionalismo jurídico se habla, existe un rasgo clave para su identificación, y es “la idea de la subordinación de los poderes públicos- incluido el legislador- a una serie de normas superiores, que son las que en las actuales constituciones establecen derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2011). Con una mirada centrada en Argentina, reagruparía los elementos claves en dos pilares condicionales. 1) Relativo al texto constitucional; 2) relativo a la actividad de los jueces. Si bien no hago novedad con esto, la idea es analizar los postulados dentro de cada requisito.

5.1. Texto constitucional en el neoconstitucionalismo.

Los textos constitucionales en países europeos, luego de finalizado la guerra mundial y anteriormente en Estados Unidos, se vieron presentadas de manera diferente a lo que venía ocurriendo. Las nuevas constituciones presentaban rasgos claramente diferentes a las propias del positivismo jurídico imperante en aquellos tiempos (Lizana, 2010). Se produce, de manera general, un cambio de visión acerca de la constitución, y como señala Luis Prieto Sanchís, esta deja de ser formalista y se construye bajo cimientos materialistas (Carbonell M. , 2007). Estas constituciones se vieron delineadas en tres rasgos característicos: I: Rigidez; II: Alto Contenido de Derechos y Garantías; III: Operatividad y Fuerza Vinculante.

En cuanto al primero de ellos, es tema central en discusiones de índole constitucional. Es claro que la finalidad misma, está en evitar las atrocidades que sufrieron países como Alemania, bajo la mayoría que apoyaba la exterminación del pueblo judío, que mediante las constituciones flexibles podían votar y aprobar cualquier tipo de leyes, sin ningún tipo de límites (Lizana, 2010). Sin embargo, esto solo es la punta del iceberg, lo característico de la rigidez de corte neoconstitucional son tres cuestiones: A) constitución escrita B) Supremacía; C) Inmodificabilidad de ciertas cláusulas. Quizás la primera no presente muchos problemas, ya que estamos de acuerdo en que la mayoría de las constituciones así lo son. En el caso de la segunda se puede visualizar como una expresión totalmente incomoda desde el punto de vista Democrático; esto es así, como ya se explicó, toda vez que la supremacía importa una jerarquización del texto constitucional en comparación con las leyes ordinarias. Esta superioridad sustancial se trasmite, de distintas maneras, hacia todo el ordenamiento y son declaradas en los casos concretos por el juez, teniendo en cuenta siempre como fin esencial: resguardar la constitución frente a leyes lesivas (Haro, 2003). El tercer punto, es clave para con el conflicto directo entre constitucionalismo y democracia; es así ya que se propugna una suerte de “principios Inmutables” (Guastini, Estudios de Derecho Constitucional, 2001, pág. 155), o “Cotos Vedados” (Mocoroa, 2013, pág. 136). Esta rigidez, se vio representada y defendida desde los primeros tiempos, y es lo que, básicamente, discutieron Thomas Jefferson y Madison, sobre el “precompromiso” (Holmes, 1999). Este legado, reconocido e importante y no sujeto a modificación, fue la clave central del neoconstitucionalismo y ya en tiempos de independencia norteamericana estaba presente y discutido.

A esa rigidez, se le debe sumar, en un Estado Constitucionalista, el hecho de que está compuesta por una carga normativa importante, que se visualiza como un catálogo importante de derechos fundamentales, garantías y principios reconocidos. Este Alto Contenido de Derechos y Garantías deviene de gran importancia, ya que, para hablar de un Estado Neoconstitucional, que deriva del surgimiento del Estado Liberal, es imposible que este se conciba sin el pilar fundamental inicial: la protección de los derechos. La dignidad, como estímulo de lucha, fue el estandarte que llevo el surgimiento del movimiento. Suena lógico, y a la vez totalmente entendible, que luego de la Revolución Francesa los vencedores hayan establecido una serie de garantías en busca de la libertad negativa: limitar al mínimo la intervención del Estado para así lograr la tutela de la libertad individual (Ovejero, 2008).

En cuanto a la Operatividad y Fuerza Vinculante de la Constitución, se debe ver el lado práctico y dinámico de la misma; es decir, se deja de lado esta postura estática constitucional, para tenerla en cuenta en variadas situaciones a la hora de accionar o decidir en base a sus disposiciones. A esto se le debe sumar unas herramientas constitucionales, como son: el habeas corpus, amparo, etc. que permiten el uso constitucional de mecanismos de protección de la persona. Guastini tiene un enfoque sobre esto y es que la aplicación de las normas constitucionales de manera directa dependerá de manera crucial del diseño constitucional y las posibilidades de los jueces de hacerlo, pero más allá de eso entiende que, las normas de la carta magna, “pueden producir efectos directos y ser aplicados por cualquier juez con ocasión de cualquier controversia” (Guastini, Estudios de Derecho Constitucional, 2001, pág. 55).

5.2. Interpretación constitucional y Actividad judicial.

El segundo paso importante dentro del neoconstitucionalismo, y me atrevo a decir, el rasgo más reciente y característico de la última evolución de la ideología constitucional, es la forma en que los jueces deben interpretar el ordenamiento jurídico. Hablo del ordenamiento en su totalidad, ya que el juez debe tener en cuenta a la completitud del mismo a la hora de interpretar la ley, teniendo en cuenta la letra, la finalidad, las leyes análogas y las disposiciones de los tratados de derechos humanos, entre otras, de esta manera esta prescripto en nuestro Código Civil y Comercial en su

art. 2⁶. Esto, me atrevo a acercarlo a lo que Neil MacCormick llama “Interpretación Sistémica”, e indica que la interpretación de un argumento autoritativo debe hacerse siempre teniendo en cuenta el contexto especial en el cual se da (MacCormick, 2010).

Es importante entender el origen de dicha necesidad interpretativa y tiene base:

A partir de la consolidación de amplios catálogos de derechos fundamentales el discurso teórico y cívico sobre los mismos cambia de rumbo. No se trata ahora de abogar por su constitucionalización (...), sino de supervisar su correcta puesta en práctica. Y para ello se requiere de importantes técnicas interpretativas. Una de ellas es precisamente la de la proporcionalidad (...). El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos. (Alexy, R, y otros, 2008).

Si nos interrogamos sobre la relación entre las características de la constitución en el neoconstitucionalismo, esto es: rígida, suprema, escrita, con contenido elevado de garantías y derechos, vamos entender que la clave para el engranaje de todas esas características es la interpretación. No digo el juez, ya que bien podría determinarse otro órgano. Sin embargo, hablo de la interpretación como característica clave del actuar del juez constitucional. El mecanismo que hace funcionar esa protección de los derechos inmodificables y que protegen a la constitución de leyes ordinarias que la lesionen, es el control de constitucionalidad (Ovejero, 2008). Como afirma Luis Prieto Sanchís “que una constitución se halla garantizada significa sencillamente que, como ocurre con cualquier otra norma primaria, su protección o efectividad se encomienda a los jueces...” (Carbonell M. , 2007, pág. 214). Es central el tema de la interpretación ya que es un elemento cardinal de la estructura constitucional, y también, de esta tesis, toda vez que intentamos determinar la relación entre el control de constitucionalidad (como interpretación amplia) y el principio democrático (que aboga una interpretación nula), si esa interpretación es amplia, se verán afectados los principios republicanos y

⁶ Art. 2 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

democráticos, si es restringida puede que, en el caso concreto, se lleguen a injusticias (Ovejero, 2008).

En cuanto a la relación entre la interpretación y el constitucionalismo, es necesario hacer hincapié en el momento concebido de dicho movimiento. Lo que se intenta explicar es la llamada "interpretación liberal de la constitución", y se enmarca en la idea de una modalidad de interpretación que limite las cláusulas constitucionales que otorgan poderes a las autoridades estatales, y hacer extensivas las que protegen los ámbitos de libertad de las personas (Guastini, 1999).

De esta manera entiendo que, el mecanismo de control de constitucionalidad e interpretación, forman parte de un mismo cuerpo; es decir, la manera que se realiza dicho control es a través de una interpretación constitucional como la surgida desde los comienzos. Si de comienzos hablamos, es preciso recordar que fue el clásico fallo de *Marbury Vs Madison* donde la Corte Suprema de los Estados Unidos de América sienta el precedente de que el órgano que debe y puede interpretar una Ley Ordinaria que violente la Ley Suprema (Carta Magna) es el poder judicial (Nino, 1989). Para seguir en esta línea de argumentos es preciso enmarcar la necesidad de un control, pero la discusión aquí está en determinar que órgano está facultado a hacerlo, y también en indagar acerca de la capacidad, vista desde el punto de vista de la virtud y suficiencia, de realizarlo. Por ello, y al igual que Nino, voy a citar al juez Marshall que en los fundamentos de su voto en dicho caso expuso: "...hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria"... (Nino, 1989, pág. 79). Es importante marcar estas palabras ya que es una manera útil de visualizar el actuar del juez neoconstitucionalista que, de manera mediata o no, está influenciado por dichas palabras, toda vez que se resiste de aplicar leyes contrarias a la Constitución.

Guastini marca que uno de los rasgos característicos de la interpretación neoconstitucionalista es lo que llama: "Sobreinterpretación del texto Constitucional", esto sugiere, no solo que la constitución tiene aplicabilidad directa, sino también, "que puedan recabarse reglas y principios idóneos para disciplinar directamente las relaciones sociales y resolver las controversias relativas" (Guastini, 1999, pág. 79) . Es importante señalar un punto en este tema, y es el de la interpretación conforme a

las leyes, y se relaciona de manera directa con la supremacía de la constitución y su rigidez, ya que, de presentarse dos formas alternativas de leyes, el juez debe indagar si son constitucionales, y en caso de que una sola de ellas lo sea, esa será la que prevalezca (Lizana, 2010). En este marco interpretativo constitucional se ve claramente que las constituciones con alto grado de contenido de derechos y principios, la rigidez cumple un papel muy importante, ya que, si fuera flexible, la interpretación estaría en manos del legislador y tendrían una posibilidad alta de dictar leyes ordinarias que contraríen la carta magna. En este tramo, es cuando se introduce la idea de constitución rígida, con alto contenido normativo y una interpretación judicial latente, ya que, al contrario de la anterior, en las rígidas, son los jueces los encargados de realizar la tarea interpretativa, y se valen del control de constitucionalidad como mecanismo rector (Guastini, 1999).

En un Estado Neoconstitucionalista, es clave la actuación del juez, y justamente ahí, es donde se visualiza el punto máximo de crisis del principio republicano de división de poderes. Hago referencia exclusiva a esto ya que, cuando el juez interpreta una ley bajo la lupa constitucional y decide declararla inconstitucional, se concibe un choque grave de intereses funcionales entre el poder legislativo y judicial. Dicho de otro modo, el juez tendría, en un Estado Constitucionalista, el deber de resguardar la constitución ante ataques de leyes ordinarias del poder legislativo (Ovejero, 2008), y tal defensa solo puede hacerse si se le otorga la facultad de hacerlo; por lo tanto, lo importante aquí es analizar sobre las razones a la que aduce el Neoconstitucionalismo, para poner en manos de los jueces dicha tarea. pero es menester hacer alusión a que no es en el único caso donde los principios entran en acción, sino más bien, y siguiendo a Dworkin, los principios están y conviven junto a las reglas, y los jueces deben tenerlos en cuenta a la hora de decidir (Dworkin, 1984). John Rawls, defiende la idea, que me atrevo a llamar la superioridad del razonamiento judicial, indicando que “son los jueces -y los jueces del Tribunal Superior, principalmente- los que se encuentran mejor situados para desarrollar una forma de razonar y decidir...” aduciendo a la capacidad preferente de los jueces para resolver problemas de “cuestiones constitucionales esenciales” (Gargarella, 1999, pág. 151). El mencionado autor, alega a la idea de que los jueces cumplen con cierta actividad que resulta preponderante, en comparación a otros poderes. Primero indica que la “explicación y justificación de las decisiones” son un

rasgo clave en dicha jerarquía (Gargarella, 1999, pág. 151). Revela que para que dicha labor sea llevada a cabo con éxito es menester la idea de imparcialidad en las decisiones, conformado por argumentos buenos y objetivos, pensando siempre en el bienestar público, jamás en las pretensiones privadas, y justamente eso es lo que lo diferencia del resto (Gargarella, 1999).

Para englobar este tema delicado, en cuanto a la interpretación del juez, es inevitable decir que esta cuestión tiene base en lo que se discutió en el capítulo de Democracia cuando nos referimos a los problemas de la Democracia Deliberativa, y se enunciaron varias “patologías de la Deliberación” (Elster, 2001, pág. 161) propuestas por Susan Stokes en el Libro de John Elster. Es decir, se justificaría el actuar superior judicial, ya que dichas patologías deliberativas serían un problema cuasi-imposible de resolver y pondrían en juego garantías constitucionales, mediante el dictado de leyes ordinarias poco representativas, y lo más preocupante viciadas por los diferentes grupos de presión. Volveremos a este tema cuando hablemos de ponderación ya que, como afirma Luis Prieto Sanchís, el constitucionalismo propone una interpretación basada en la ponderación de principios, superando de esta forma la clásica teoría subjuntiva del positivismo jurídico (Carbonell, 1998).

Para terminar, me gustaría citar unas palabras de Garzón Valdés cuando engloba lo anteriormente expuesto en unas simples palabras y se refiere al conjunto de derechos inmodificables y la necesidad de su protección diciendo: “constituyen el núcleo no negociable de una constitución democrático liberal que propicie el Estado social de Derecho. Para el Coto Vedado vale la prohibición de reforma (...) y el mandato establecido de adopción de medidas tendientes a su plena vigencia” (Mocoroa, 2013, pág. 128)

6. Principios y ponderación. El papel de la Moral.

6.1. La Moral.

Comenzare este tema citando a Francisco Laporta: “Todo aquel que se aventura por los vericuetos de la filosofía del derecho se topa antes o después con el tema de las relaciones entre derecho y moral...” (Carbonell, 1998, pág. 212). Con esto lo que quiero indicar es que, esta discusión sobre la separación o no del derecho de la moral, es muy extensa y aparece cada vez que intentemos colocar, o analizar, alguno de los puntos clave de esta tesis. Más bien, es en el constitucionalismo, donde se

evidencia de manera pujante la relación del derecho con la moral, ya que los jueces, en un estado de este tipo, no pueden ejercer la función decisoria sin tener en cuenta los contenidos morales que están presente en las cartas magnas (Carbonell, 1998) y en el caso argentino en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional⁷. De esta forma, vemos como en un Estado constitucional, es imposible el no aceptar dicha relación. Sin ahondar demasiado en este tema, me parece importante marcar que dicha relación se evidencia de manera superlativa en la idea de la desobediencia del derecho por motivos morales, es decir, no cumplir determinada ley ordinaria, porque contradice lo que la moral individual le dicta a la persona (Fernandez, 1986).

La relación entre la moral y el derecho es clave para la determinación de la fuente de los principios ya que, para los positivistas, la fuente de los principios, es solamente el mismo derecho; pero para la versión de Dworkin, Alexy, etc., la fuente es claramente la moral y no el derecho (Comanducci, 1998).

Más allá de ciertos autores que, siendo de corte constitucionalista, se oponen a la relación entre derecho y moral, como es el caso de Ferrajoli, “es una obviedad que las constituciones incluyen a menudo conceptos y consideraciones morales”, como puede ser la prohibición de tratos inhumanos, y que, “deberemos recurrir a la argumentación moral”, para determinar el alcance y sentido de dichos principios, como dice Moreso, “al menos, es lo que sostienen muchos de los autores en el ámbito del neoconstitucionalismo” (Moreso, Ferrajoli o el Constitucionalismo Optimista, 2008, pág. 285).

Moreso llega a una breve conclusión acerca de la relación entre derecho y moral, y la emite diciendo que “desde un punto de vista conceptual (...) es indiscutible el hecho de que los jueces acuden a la argumentación moral, a menudo cuando resuelven los casos”, termina concluyendo que, “siempre que las normas jurídicas incorporan conceptos morales los jueces tienen discreción” (Moreso, 2004, pág. 62).

Como se puede inferir, la concepción de Moreso tiene un fuerte contenido moral, y “para él la democracia constitucional no es uno más de nuestros ideales; se trata de una *condición contribuyente*- una condición necesaria de una condición

⁷ Art. 75. Inc. 22. Constitución Nacional Argentina.

suficiente- para el desarrollo y florecimiento humano y, entonces, para la protección de los derechos individuales” (Mocoroa, 2013, pág. 142).

6.2. Los Principios.

Me parece apropiado hacer una aclaración a fines metodológicos, es importante saber que existe cierto consenso en que, los principios y reglas, son normas (Comanducci, 1998). Existe dos formas de aplicar normas, ya sea la aplicación de las reglas por el método subsuntivo, o la aplicación de principios mediante la ponderación (Pulido, 1989). Como se vino indicando, la tesis neoconstitucionalista, hace referencia a un alto contenido normativo en sus constituciones. Alexy indica que, “los derechos fundamentales constituyen principios, y éstos, a su vez, son la expresión” ... para continuar concluyendo que los “Principios son Mandatos de Optimización” (Lizana, 2010, pág. 88), y “se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas” (Alexy, R, y otros, 2008, pág. 14).

La justificación que da Dworkin, sobre el estatus que poseen los principios sobre las normas, se entiende de la siguiente manera: “Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia... cuando los principios interfieren (...) quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno” (Dworkin, 1984, pág. 77). Con esto intento, y de manera limitada, marcar el papel prescindible que juegan los principios jurídicos en el neoconstitucionalismo, pero no se debe olvidar que, el autor, también incluye en la terminología de esa palabra a las “directrices políticas” y las describe como un modelo o camino a seguir para lograr determinado objetivo (Dworkin, 1984). Solo indicare una cuestión importante desde el punto de vista teórico y práctico, y es visualizar un sistema jurídico compuesto no solo por reglas, sino también por principios jurídicos, y que, en el balance de estos dos, los principios parecen tener un grado superlativo de peso (Dworkin, 1984). Sin embargo, esto no significa que siempre haya un principio único aplicable a cada caso, sino, por contrario, también nos encontraremos con casos en que se contraponen principios y allí será cuando el método de la ponderación encuentra su punto de introducción en el sistema constitucionalista (Comanducci, 1998).

Siguiendo en la línea constitutiva del constitucionalismo, parece apropiado seguir a J.R. Manero que, en discusión con Luigi Ferrajoli, distingue entre una tesis Descriptiva y otra Normativa, con respecto a la inclusión de los principios en los textos constitucionales. La primera marca el rasgo característico de la presencia de una gran cantidad de principios o derechos fundamentales en las Cartas Magnas, pero indica que no es solo allí donde pueden encontrarse; también se marca dos rasgos negativos característicos dentro de la misma: por un lado, la fuerte carga valorativa de los principios, de las que derivan distintos cursos de acción, pero que no estarían determinados las condiciones de su aplicación, y por el otro lado, el problema de la jerarquía constitucional de los principios que, al no estar precisados, genera problemas. La tesis Normativa, por otra parte, nos dice que es positivo y necesario la inclusión de principios en las constituciones; y con respecto a los dos aspectos (negativos a simple vista) que presentaba la anterior tesis, se expide diciendo que es favorable por dos motivos: por un lado, conforma el llamado “coto vedado” y deja fuera de la decisión de la mayoría temas sensibles y no deseablemente modificados; por el otro, y al contrario de la crítica democrática, esta forma de constitucionalismo cargado de valores, es beneficioso para el disputa deliberativa y se evita el ya mencionado precompromiso (Ferrajoli, Luigi & Manero, Juan, 2011).

Esos principios, que son claves en el actuar constitucionalista, son los que justifican la corrección de la injusta aplicación de las reglas resultante de los procesos legislativos. Es decir, si en el caso concreto se va a violar un principio fundamental, por la aplicación de una regla de jerarquía legal, realizando una interpretación supralegal se va a negar dicha aplicación. Como se ha argumentado, esta interpretación viene a cuidar la integridad de los derechos fundamentales (Ovejero, 2008).

Por esas simples palabras, podemos inducir la importancia que tienen los principios en la estructura neoconstitucionalista y, también, entender el papel que juega el ejercicio valorativo, de estos, en coordinación con la moral, para luego terminar el ciclo y concebir el papel sobresaliente que juega la ponderación, como método clave en el proceder judicial neoconstitucionalista. Es decir, lo primero que debemos pensar es la necesaria conexión entre derecho y moral, para luego pasar a la

ponderación de los principios aplicables a un caso en decisión. Englobando la cuestión y siguiendo a Dworkin decimos que “el derecho está formado por principios fundamentales que tienen su fuente en una moral objetiva expresada en la constitución” (Lizana, 2010, pág. 89).

Ahora bien, un tema importante dentro de la estructura principialista, es la de la indeterminación del derecho. Se le acusa a la estructura Neoconstitucionalista, que un sistema basado solamente en Principios, puede ser peligroso por la llamada Indeterminación del Derecho. En palabras de Paolo Comanducci:

El contenido del derecho está determinado frente a una acción si son cognoscibles las consecuencias jurídicas de aquella acción, y está totalmente determinado si son cognoscibles las consecuencias jurídicas de cada acción; al revés, el contenido del derecho está indeterminado frente a una acción si no son cognoscibles las consecuencias jurídicas de aquella acción, y está totalmente indeterminado si no son cognoscibles las consecuencias jurídicas de ninguna acción (Comanducci, 1998, pág. 101).

Como se puede inferir de dichas palabras, las reglas jurídicas, propias de Kelsen y Hart, son aquellas que detallan una acción y su consecuencia jurídica. En cambio, los principios, son de contenidos valorativos, u objetivos a cumplir, pero no denotan acciones ni determinan las consecuencias jurídicas de su no aplicación (Bayon, 1996). Propiamente se habla de indeterminación por la característica de no delimitar, de manera concreta (los principios), la acción cuya realización o no denota una consecuencia jurídica. De esa forma, en un sistema de puro principios se atentaría fuertemente contra la seguridad jurídica, ya que no sabríamos que acción realizar porque podría caer bajo la aplicación de un principio en base a una interpretación que se pueda hacer del mismo (Comanducci, 2011). Esa característica negativa no la poseen justamente las reglas, que determinan de manera precisa la acción a realizar o abstenerse de hacerlo. Esa rigurosidad permite planificar un plan de vida en base a las leyes que nos gobiernan, y saber de antemano las consecuencias de nuestro actuar. Se puede visualizar de esta manera una mayor seguridad jurídica en este sentido (Bayon, 2000).

6.3. La Ponderación de Principios.

Del análisis del neoconstitucionalismo surge la idea de que el método de ponderación de los principios, es la parte central de la estructura dinámica del movimiento. Para introducirnos en la ponderación de principios es necesario marcar el terreno en que tiene lugar, y es en el choque de principios: “Existe una colisión entre principios, cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso” (Pulido, 1989, pág. 26). Me parece adecuado introducir un fragmento del Profesor Comanducci sobre el tema:

Me parece que la incompatibilidad entre principios puede ser distinguida entre fuerte y débil. Hay incompatibilidad fuerte si los dos principios son opuestos, en el sentido de que no es posible brindar de ambos una justificación coherente, es decir no es posible subsumirlos en el interior de un mismo sistema ético (moral o jurídico). Hay incompatibilidad débil si los dos principios son divergentes, en el sentido de que, aun si es posible brindar de ambos una justificación coherente, es decir subsumirlos en el interior de un mismo sistema ético, las consecuencias de su aplicación práctica son, entre ellas, a veces contradictorias (Comanducci, 1998, pág. 98).

Vemos cómo se puede manifestar la incompatibilidad de principios y va desde una coalición débil a una fuerte, dependiendo de su coexistencia en un ordenamiento determinado. Esa incompatibilidad puede ser solucionada recurriendo a la jerarquía que ocupan internamente dichos principios en el sistema ético cual pertenecen, siempre que haya una (Comanducci, 1998). Pero es importante referirnos a la ponderación, que juega un papel clave en la contradicción de principios:

La actividad de la ponderación, desde luego, se desarrolla caso por caso, sobre la base de una jerarquía entre los principios que solo es relativa al caso en cuestión, y está decidida por el órgano de aplicación, o por el intérprete, a la luz de los intereses en juego, es decir, para una teoría realista, sobre la base de las opciones valorativas de quien decide la aplicación o la interpretación (Comanducci, 1998, pág. 98).

Debo marcar aquí que, cuando alude a la base de una jerarquía entre principios, no hace referencia a una ponderación en base a un orden preestablecido, más allá de la obviedad en los casos fáciles donde la notoria desproporción de los

bienes en juegos habla por sí sola, en los casos difíciles, “La ponderación (...) es únicamente una estructura por medio de la cual no debe establecerse una relación absoluta, sino “una relación de precedencia condicionada” entre los principios, a la luz de las circunstancias del caso (...)” (Alexy, R, y otros, 2008). Es decir, se debe tener en cuenta las circunstancias de caso concreto y no hacer ningún juicio prematuro, ni actuar en base a una jerarquización de principio, sino más bien, el juez debe realizar un análisis del caso y ver la afectación de los principios en juegos y en base al “peso” de cada principio decidir (Pulido, 1989).

Es imperativo insistir en que, la tesis Neoconstitucionalista, es caracterizada por la justicia dinámica que pretende lograr con la ponderación en el caso concreto. En palabras de Sanchís Prieto:

A mi juicio, la virtualidad de la ponderación reside principalmente en estimular una interpretación donde la relación entre las normas constitucionales no es una relación de independencia o de jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos, (...) que se decanta en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros derechos o principios en pugna. (...) Por eso, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto de conflicto, (...) sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso; se trata, por tanto, de esa jerarquía móvil (...) a la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro.

Creo que aquí se observa claramente los dos rasgos de la ponderación. Por un lado, la imposibilidad de preestablecer una jerarquía de principios, estando siempre atentos al caso concreto y debiendo evaluar el peso de los principios en juego. Y por el otro, la particularidad de las decisiones que se toman en dicho caso concreto, es decir, no sirven para establecer una generalidad, ya que dicha ponderación no será válida para un caso donde cambie algún factor que lo haga peculiar o distinto, en ese caso la ponderación jugará su propio partido y determinará el peso en base a dichas circunstancias particulares.

7. Relación con el Principio Democrático.

En su relación con el Principio Democrático es palpable la coalición entre ambos, y creo que la respuesta a la simple pregunta de “¿Cómo es posible permitir que los tribunales descalifiquen las leyes parlamentarias con el argumento de que, en su opinión, violan lo dispuesto en el texto constitucional?” (Carbonell, Miguel & Jaramillo, Leonardo , 2010, pág. 357), se torna algo complicada y se termina transformando en un tema central de la Filosofía del Derecho actual. Sin embargo, la postura Neoconstitucionalista rígida, lineal, o más bien pura, dirige ese ataque hacia el fortalecimiento del mismo, es decir, intenta explicar que, a través de los Derechos Fundamentales y el Control de Constitucionalidad, realizado por los jueces, se fortalece la democracia. Alguno de los argumentos, son los dados por Dworkin, y se dirigen a fundamentar la no restricción democrática, introduciendo lo que llamo las “condiciones Democráticas” (Carbonell, Miguel & Jaramillo, Leonardo , 2010). Estas indican el nivel, aceptable o no, de las condiciones en las que se desenvuelve el proceso democrático; para de esta forma marcar un límite, que se plasma de la siguiente manera: si el proceso democrático fue realizado conforme a estándares aceptables y el juez declara la inconstitucionalidad de la ley, si existe un agravio democrático; por contrario, si el juez lo hace y se observa un proceso irrazonable, no se puede decir otra cosa que ha fortalecido a la democracia (Carbonell, Miguel & Jaramillo, Leonardo , 2010).

Tomo partida necesaria involucrar, en los argumentos a favor del constitucionalismo, lo expuesto por el profesor Ackerman que continua una posición anterior de Hamilton sobre el peso jerárquico de la Constitución comparado al de las leyes ordinarias, diciendo que: “lo que hacen los tribunales cuando invalidan una ley es preservar los principios adoptados por el pueblo en momentos extraordinarios de deliberación democrática” (Carbonell, Miguel & Jaramillo, Leonardo , 2010, pág. 362). Por último, me expido sobre la doctrina francesa de Rousseau y Fromont que, en concordancia con lo anteriormente expuesto, indican que “la constitución es una expresión más genuina de la voluntad democrática que la legislación ordinaria” (Carbonell, Miguel & Jaramillo, Leonardo , 2010, pág. 363). Es decir, se protege la constitución misma, como proceso de mayor importancia y envergadura, de leyes ordinarias que la violenten, ya que “cuando un tribunal invalida una ley en nombre de la constitución, trata de preservar una norma que está estrechamente ligada a las

convicciones de los ciudadanos acerca de sus derechos, frente a las decisiones de los políticos” (Carbonell, Miguel & Jaramillo, Leonardo , 2010, pág. 363).

Sin embargo, y de superlativa importancia, es necesario la expresión de las razones a las que aducen los Democráticos. Toda vez que, como sostiene Bayon, si se permite un control amplio y sin límites de las decisiones legislativas, no solo se está violentando el principio de la mayoría democrática, sino que se está dudando y perdiendo fe en las instituciones políticas encargadas de tomar dichas decisiones (Bayon, 2000). De esto surge que nos podríamos preguntar: ¿para qué tenemos un Poder Legislativo?, o más bien: ¿de qué sirve estar representados en dicho parlamento?, etc. Creo que la justicia constitucional no logra justificar dicho actuar, más allá de la buscada justicia social, o como dice Bayon, del “Valor Instrumental” que se le atribuye al control de constitucionalidad, no se puede advertir un verdadero fundamento que ponga en equilibrio el desajustado u olvidado Principio Democrático.

8. Caso Práctico. Fallo Aquino.

Así, como en el capítulo anterior, se hizo reseña a la causa Gorosito para demostrar el actuar de un juez en un Estado de Derecho Formal o Legalista, aquí, se expondrá el Fallo Aquino, también de la CSJN, donde se visualizará el actuar de un juez Constitucionalista.

En dicho Fallo, al igual que en la Causa Gorosito, se discutió la Constitucionalidad del art. 39 de la L.R.T. Solo que, en Aquino, la decisión del Máximo Tribunal Nacional, cambio totalmente de dirección. Como recordaremos, en la causa Gorosito, se mantuvo la constitucionalidad de dicho artículo por ser una facultad delegada al Congreso de la Nación y sin posibilidad de revisión por parte judicial, de la conveniencia o no del mismo. Por lo tanto, los casos en que el hecho callera bajo el ámbito de aplicación de la L.R.T. no podía iniciarse en sede civil común; es decir, ante accidentes laborales debía el trabajador accionar contra la Aseguradora de Riesgos de Trabajo, quedando la vía civil fuera del alcance del mismo, salvo demostración de la existencia de dolo del empleador. Esto hacia que se volviera muy difícil lograr una reparación plena e integral por parte del trabajador. En Aquino, la jurisprudencia va a cambiar y, más que todo, a marcar un hito importante en lo que se conoció como la “Constitucionalización del Derecho Privado” (Pizarro, Daniel & Vallespinos, Carlos, 2014, pág. 58). En dicho Fallo, la CSJN confirmó la

Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones, declarando la inconstitucionalidad del Art. 39 de la L.R.T por Violar Garantías Constitucionales. Más bien, en los argumentos que se funda la Corte para proceder a dicha declaración, se visualiza un actuar netamente Constitucionalista. En el considerando 3º la CSJN indica:

Que el art. 19 Ver Texto CN. Establece el "principio general" que "prohíbe a los `hombres' perjudicar los derechos de un tercero": alterum non laedere, que se encuentra "entrañablemente vinculado a la idea de reparación". A ello se yuxtapone, que "la responsabilidad que fijan los arts. 1109 Ver Texto y 1113 Ver Texto CCiv. Sólo consagra el [citado] principio general", de manera que la reglamentación que hace dicho código en cuanto "a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica" (Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A, 2004, pág. 1)

Aquí se puede visualizar como la Corte, con una mirada iusnaturalista propio del Neoconstitucionalismo, se enfoca en la injusticia de la aplicación de la regla. De esa forma, procede a declarar la inconstitucionalidad de dicha regla por violar el principio constitucional de reparación plena e integral, de la cual, si no se cumpliera, se vería fuertemente vulnerado el principio de protección de la dignidad humana. De esta manera, se puede visualizar como un principio sirvió de base para la no aplicación de una regla. Como sostiene Pizarro y Vallespinos, la corte,

Puso énfasis en que la tutela de la dignidad humana se resiente gravemente en su dimensión constitucional frente a normas que solo en apariencia brindan protección a los daños injustamente sufridos, a través de indemnizaciones menguadas, ínfimas o de otras formas de exclusión resarcitorias (Pizarro, Daniel & Vallespinos, Carlos, 2014, pág. 62).

De esa manera se ve claramente el límite que la constitución, a través de los principios y derechos fundamentales, le pone a la legislación común y a la formulación de reglas. Indicándoles, seguidamente, que los jueces tienen la potestad de hacer un examen riguroso, en el caso concreto, para ver si, la ley en cuestión, sale airosa o no del "test de Constitucionalidad" (Pizarro, Daniel & Vallespinos, Carlos, 2014, pág. 63).

9. *Variantes Constitucionalistas.*

Luego de haber postulado las doctrinas positivistas y Neoconstitucionalista más rígidas, y estrictas, se intentará, de manera acotada, exponer ciertas variantes intermedias que, con un acento más suave, propende a soluciones que acorten las diferencias entre el Control de Constitucionalidad y el Principio Democrático. Es preciso decir que hablo de variantes constitucionalistas porque es un proceso que debe aceptarse como realidad, es decir, es imposible negar la impregnación de dicho pensamiento, protector de los derechos, en los sistemas jurídicos actuales. De esta manera, me referiré al llamado, al Constitucionalismo Garantista, al Constitucionalismo Popular y por ultimo Constitucionalismo Débil.

9.1. *Constitucionalismo Garantista o Normativo.*

Si hablamos de Constitucionalismo Garantista es imposible no referirnos a Luigi Ferrajoli. El intenta propiciar un constitucionalismo con una mirada positivista, contraria al Neoconstitucionalismo descrito con anterioridad, es decir, propicia al constitucionalismo garantista como un iuspositivismo (Atienza, 2011). La idea central del autor es la de un constitucionalismo ligado al positivismo, y más bien a la idea central positivista, que es la de la autoridad de las normas y su validez. Es decir, propende a mantener la validez de una norma por haber sido adoptada por autoridad competente y en respeto del procedimiento establecido, sin entrar en un análisis del contenido de la misma acerca de su equidad o justicia. El autor delimita dos formas de constitucionalismo: por un lado, un constitucionalismo iusnaturalista, o Neoconstitucionalismo al cual denomina: Constitucionalismo Argumentativo o Principialista; por otra parte, un constitucionalismo iuspositivista o como él lo denomina: Constitucionalismo Normativo o Garantista. El primero de ellos reúne lo que recientemente hemos definido como el fenómeno neoconstitucionalista, es decir, derechos fundamentales en forma de “cotos vedados”, la existencia de sistemas jurídicos conformados por reglas y principios, con una marcada jerarquía de los segundos hacia los primeros y la ponderación legislativa, en primer lugar, y luego judicial y definitiva. En cambio, el segundo, propone un catálogo de derechos en forma de reglas (y no de principios), marcados por una fuerte normatividad, que se divisa en una garantía de precisión que dan las reglas frente a su violación (Ferrajoli, 2011).

Ferrajoli idea una tesis en la que vincula el positivismo jurídico y el constitucionalismo. Como resultado de esto habla de un Constitucionalismo jurídico, para hacer referencia a un sistema jurídico positivo que respete el contenido constitucional, es decir, se pasa de una concepción paleopositivista, con una idea central de validez normativa en lo relacionado a las reglas del “ser” del derecho, hacia una concepción iuspositivista, con una producción normativa destinada no solo al “ser” del derecho, sino también al “deber ser”, respetando la constitucionalidad del mismo. Es decir, propone un positivismo jurídico con respeto a un constitucionalismo material. De esta fusión, el autor, destaca una conexión importante entre Democracia y Positivismo Jurídico, de la cual deriva una Democracia Constitucional. Es decir, este iuspositivismo, “permite la democratización de sus contenidos, condicionando su validez sustancial a su coherencia con los derechos de todos que son los derechos fundamentales, en los que se funda la dimensión sustancial de la democracia constitucional” (Ferrajoli, 2011, pág. 25). Por lo tanto, se destaca un cambio importante entre ambos positivismos, el primero (paleopositivismo) cofia en “quien y como “de la producción normativa; en cambio, el segundo (iuspositivismo constitucionalista) se vincula al “que” de las normas producidas, es decir, se tienen en cuenta el contenido. En una primera aclaración, propia, acerca de este tipo de constitucionalismo positivista, entiendo un intento espectacular de respetar dos cuestiones importantes en un solo paso. Por un lado, el respeto a los derechos fundamentales reglados por las leyes ordinarias; por otra parte, un respeto al Principio Democrático, representado en el poder legislativo, como autoridad competente y lo más importante final, del dictado de leyes (Ferrajoli, 2011).

La vertiente del constitucionalismo positivista se visualiza de tres formas. La primera de ellas es como Modelo del Derecho, y se visualiza como, no solo la expresión positiva de reglas, sino, más bien, que también se expresan normativamente los principios. De esta forma nos encontramos con “un sistema de límites y vínculos impuestos por constituciones rígidas a todos los poderes y garantizados por el control jurisdiccional de constitucionalidad sobre su ejercicio: de límites impuestos en garantía del principio de igualdad y de los derechos de libertad (...)” (Ferrajoli, 2011, pág. 25).

La segunda es vista como Teoría del Derecho, “es una teoría que tematiza la divergencia entre el deber ser (constitucionalismo) y el ser (legislativo) del Derecho”

(Ferrajoli, 2011, pág. 25). Lo más interesante a destacar de esta teoría es el “Derecho constitucionalmente ilegítimo: por un lado (...) las antinomias provocadas por la indebida producción de normas invalidas que se hallan en contraste con la constitución (...) y por otro las lagunas provocadas por la omisión de producción de las leyes” (Ferrajoli, 2011, págs. 25-26).

Y, por último, como Filosofía del Derecho y Teoría Política, el Constitucionalismo Garantista introduce, en opinión personal el tema más interesante para esta tesis, la idea de Democracia Sustancial o Material. Es decir, propone una Democracia que Garantice la producción de Normas que protejan los derechos políticos, civiles y sociales, como así también los individuales de libertad y autonomía (Ferrajoli, 2011).

Lo que no debe dejar de destacarse, en este tipo de constitucionalismo, es la idea central positivista de la separación entre el derecho y la moral. Por lo tanto, esa separación, seguiría desde ya vigente, y se visualiza a partir del principio de legalidad, toda vez que sujeta a los jueces a la aplicación de las leyes validas emitidas por la autoridad competente (legislador), impidiendo de esta forma su apartamiento por motivos morales. Como conclusión este nuevo paradigma intenta positivizar el constitucionalismo y utiliza como método la normatividad (positivización) de los principios. Esta positivización está a cargo del poder legislativo que, como autoridad competente, discuten en base a razones y emiten normas que luego los jueces tienen el deber de aplicar sin interpretar. De esta forma se refuerza la idea de una Democracia Representativa que respete la soberanía popular representada en el parlamento y se opone, de manera tajante, a un activismo judicial (Ferrajoli, 2011).

9.2. Constitucionalismo Popular.

En la actualidad, Roberto Gargarella, uno de los sostenedores de este paradigma estima un Constitucionalismo Popular respetuoso de la Democracia deliberativa. Es decir, trata de acercar el constitucionalismo y el Principio Democrático, afirmando el rol, importantísimo, que juega el segundo, pero, sin embargo, reconociendo los beneficios que trae el primero. El mencionado autor hace hincapié en el actuar del juez y “es así que entiende que pueden contribuir enormemente a la discusión colectiva, por ejemplo, señalándonos hechos y razones que hemos dejado de lado en nuestros debates” (Mocoroa, 2013, pág. 172). De esta

manera se puede observar cierto guiño hacia la Democracia, y más que todo, la Democracia Deliberativa. Pero, luego, indica que debe delimitarse dicho actuar ya que “no deberían estar habilitados para dar por terminada esa deliberación según sus propios puntos de vista, por ejemplo, no deben decirnos si, en definitiva, tenemos o no el derecho al aborto” (Mocoroa, 2013, pág. 172).

La idea central de Gargarella y su Constitucionalismo Popular, es darle el poder al pueblo, y no a los máximos tribunales, para decir que dice o como debe interpretarse el texto constitucional. Las bases sobre las que se sienta el movimiento son las siguientes:

- 1) Un desafío a la supremacía Judicial; 2) Reprochan cierta sensibilidad antipopular en el mundo académico (aun) progresista; 3) Defienden una interpretación constitucional Extrajudicial; 4) Realizan una lectura crítica sobre los efectos del control de constitucionalidad basada en estudios empíricos que demostrarían la ineficacia del Poder Judicial para proteger los derechos más básicos; 5) la posibilidad de generación de derecho por fuera del derecho; 6) Impulsan, en fin, una mayor participación popular en las estructuras políticas y económicas como modo de asegurar una mejor democracia (Mocoroa, 2013, pág. 174).

De esta manera se visualiza la idea de una democracia constitucional con un gran respeto hacia las decisiones de la mayoría del pueblo representada en los parlamentos. “Para Tushnet, el principal objetivo de un «populismo constitucional» como el que él defiende es el de «quitar la Constitución de las manos de los tribunales»” (Gargarella, 2006, pág. 1). La idea de uno de los defensores de este tipo de constitucionalismo, como lo es Kramer, se sienta en la premisa de que “el constitucionalismo popular jamás negó a los tribunales el poder del control de constitucionalidad: negó solo que los jueces tuvieran la última palabra” (Mocoroa, 2013, pág. 176). De esta forma se visualiza un apoyo a la mayoría deliberativa para que tome dicha decisión, es decir, la última palabra sobre la constitucionalidad de una ley dudosa, debe ser el pueblo mismo, representado en el parlamento. Larry Kramer, defiende un Constitucionalismo popular donde la interpretación del texto de la carta magna sea realizada por todos los cuerpos del gobierno, pero que ninguno tenga la palabra final, sino que, dicha interpretación, “se encuentra sujeta a la supervisión y corrección directa por parte del

mismo pueblo, entendido éste como un cuerpo colectivo capaz de actuar y expresarse independientemente” (Gargarella, 2006, pág. 1).

Me parece apropiado marcar la defensa importante que presenta dicho paradigma hacia el Principio Democrático, más bien, por las mayorías victoriosas que representan la mayoría del pueblo. Es por lo dicho que, este constitucionalismo, está en contra de las elites y “favorecen herramientas y medidas tales como la rotación en los cargos, los mandatos cortos o la descentralización del poder” (Gargarella, 2006, pág. 1). Sin embargo, este constitucionalismo no puede sobrepasar, o no lo ha hecho aún, ciertos obstáculos. Pero me interesa marcar uno en particular y es, “si todas las ramas del gobierno interpretan la constitución -algo no controvertible- y todas poseen la misma autoridad interpretativa, ¿Qué ocurriría si esas interpretaciones son divergentes?” (Mocoroa, 2013, pág. 178). Creo que falta aquí una respuesta más práctica a este problema o por lo menos una calificación de que sería en la práctica un control popular. Pero más allá de las fallas en el diseño, es importante marcar que Kramer, como uno de los arquetipos del constitucionalismo popular, propone que la última autoridad constitucional sea el pueblo mismo. Ya que de esta forma:

Los jueces de la corte suprema empezarían a verse a sí mismos en relación con el público como los jueces de tribunales inferiores se ven hoy a sí mismos en relación con la corte: serán responsables de interpretar la Constitución de acuerdo con su mejor juicio, pero con la conciencia de que allí afuera hay una autoridad superior con el poder para revocar sus decisiones -una autoridad real, también, no un pueblo en abstracto que se expresó alguna vez, doscientos años atrás, y después desapareció- (Mocoroa, 2013, pág. 184).

La defensa al Principio Democrático, aquí, se ve claramente determinado como un paso importante del Sistema Republicano, donde se estima un ciudadano capaz, que está dotado de las cualidades necesarias para deliberar en sede legislativa y elegir, por fuera de las pretensiones individuales, las mejores decisiones populares. Dichas decisiones no pueden, ni deben, luego ser dejadas sin efecto por un cuerpo judicial que no es elegido por el pueblo a quien contraría luego con la declaración de inconstitucionalidad (Ovejero, 2008). Por lo tanto, el control de constitucionalidad, en este modelo, serviría como medio para otro fin. Es decir, los jueces, con dicho control, estarían haciendo un bien; pero ese bien no sería justamente la última palabra, sino, lo

que harían sería enviar un aviso al poder legislativo, y hacer ver al cuerpo que, la deliberación, no ha sido la propicia a los fines de la defensa de los principios y derechos fundamentales. Pero en todo caso los que deben cambiar dichos contenidos no son los jueces, sino el mismo pueblo representado en el cuerpo legislativo (Mocoroa, 2013).

9.3. Constitucionalismo Débil.

Hablamos ya de dos formas de constitucionalismo, el primero, el garantista, en intento de concilio por parte de Ferrajoli de un Constitucionalismo y un Positivismo jurídico. El segundo, el popular, de la mano de autores actuales como Gargarella, defienden un constitucionalismo que este en respeto con el Principio Democrático, y más bien la Democracia Deliberativa. Este tercer paradigma, el Constitucionalismo débil, con un intento de un Constitucionalismo Moderado, es decir, con frenos o límites precisos a un control de constitucionalidad, desmedido, por parte de los tribunales.

Bayon, autor clave de este tipo de Constitucionalismo, analiza y explica de manera elocuente las características de lo que se llama constitucionalismo y lo hace marcando dos elementos funcionales necesarios de este movimiento. Indica, el autor, que el constitucionalismo funciona por dos herramientas, la primera, de orden estático se caracteriza por el conjunto de Derechos Fundamentales intocables por las mayorías; el segundo y de orden dinámico, hace referencia al diseño constitucional que permita la defensa de los mismos a través de una Supremacía Constitucional y un Control de Constitucional Amplio por parte de los jueces (Bayon, 2000). Es decir, el Constitucionalismo, expuesto por Bayon, es el ya aventurado en esta tesis como Neoconstitucionalismo puro.

Lo que interesa en este contexto, de variantes constitucionalistas, es mitigar un poco, o en algunos sentidos, dicho Control Amplio de Constitucionalidad. Y es aquí donde interesa el análisis de este paradigma que se hace llamar Constitucionalismo Débil. Bayon toma como punto de inicio a la ya expuesta “Objeción Contramayoritaria” de Bickel (Bayon, 2000, pág. 67). Y lo hace justamente porque la base de tu tesis es la de sostener un constitucionalismo que respete las decisiones tomadas por la mayoría popular representadas en el Poder Legislativo. Es decir, proponer un tipo de Constitucionalismo, el Débil, “que imponga límites sustantivos a la regla de la mayoría y, sin embargo, no la asfixie” (Mocoroa, 2013, pág. 160).

Para lograr el diseño del Constitucionalismo Débil, Bayon, hace innovación con la separación del valor de los procedimientos, por un lado, un Valor Intrínseco y, por otro, un Valor Instrumental. Diciendo que, “la justicia de un procedimiento (del *cómo* se decide) es distinguible de la justicia de sus productos (del *qué* se decide)” (Bayon, 2000, pág. 85). Es decir, el valor intrínseco, refiere al procedimiento de toma de decisión, y el valor instrumental, refiere al contenido justo del producto de dicho procedimiento. De dicho análisis, Bayon, entiende que se debe pensar en un Constitucionalismo que respete ambos valores, y lo hace con la introducción del Constitucionalismo Débil, ya que:

Ese diseño admite un núcleo -formulable en forma de reglas- irreformable; reconoce que puede haber ventajas -de tipo instrumental- en que el resto del contenido del coto vedado (solo formulable en forma de principios) alcance expresión constitucional; y respecto al control jurisdiccional de constitucionalidad, puede considerarlo deseable -como mecanismo para incrementar la calidad de la deliberación previa a la toma de decisiones- dependiendo de cuál sea su ensamblaje con el resto de los componentes del sistema: porque en lo que insiste de manera decidida es en evitar que la combinación de aquel con mecanismos de reforma constitucional que exigen gravosas mayorías reforzadas prive a los mecanismos ordinarios de la democracia representativa de la última palabra. Un diseño, en definitiva, lo bastante diferente de la clase de constitucionalismo a que estamos acostumbrados como para que reconsideremos seriamente si nuestras instituciones básicas son verdaderamente justificables (Bayon, 2000, págs. 89-90).

Por lo tanto, del análisis de las palabras de Bayon, surge la necesidad de un límite mínimo a las decisiones de la mayoría, es decir, aceptar una parte pequeña del “coto vedado” como intocable y que tenga supremacía constitucional (Bayon, 2000). Esa pequeña parte, debe formularse en formas de Regla (lo más precisas posibles), sostiene el autor, “porque si se desarrolla en forma de *principios* el procedimiento de “determinación” será inevitable” (Mocoroa, 2013, pág. 160). Y me interesa destacar las palabras del último párrafo copiado textualmente a Bayon, donde indica que se procura un diseño que nos permita confiar en el propósito de las instituciones que tenemos, es decir, si no aceptamos un tipo de constitucionalismo menos dañino para la democracia, carecería de fundamento justamente dicho cuerpo (Bayon, 2000).

Es propicio, aunque algo desordenado, intentar unir este Constitucionalismo Débil a lo expuesto, por el mismo autor, acerca de las reglas y de los principios. Ya que, este tipo de constitucionalismo, dependería, también, de la base jurídica o modelo jurídico a seguir. Es decir, se tendría un Constitucionalismo Débil, si se acota a un pequeño número de derechos como pertenecientes al Coto Vedado que limita a la mayoría; pero, dicho contenido, debe ser expuestos en forma de Reglas (Bayon, 2000). Aquí es donde entra en juego la clave distinción entre reglas y principios. El autor, sostiene que los principios propenden a la realización de ciertos valores, sin importar las acciones que de ellas se desprendan, en cambio, las reglas, moldean las conductas de sus destinatarios, ya que prescriben acciones, sin aclarar los valores que buscan (Bayon, 1996). Un derecho que tenga solo a los primeros como contenido nos lleva a una “jurisprudencia de Razones, en la que la solución de cada caso exigiría siempre la concreción y ponderación de todos los valores en juego, con resultados imprevisibles de antemano” (Bayon, 1996, pág. 46). Un derecho compuesto solo de reglas, nos pone en el riesgo de una aplicación opaca del derecho logrando, en ciertos casos, una injusticia o la indeseable aplicación de la regla por lograr justamente lo contrario al valor perseguido por ella (Bayon, 1996).

Justamente por los problemas que derivan de ambos sistemas es que Bayon, se opone determinantemente al constitucionalismo fuerte, que se compone de principios básicamente, por ser violatorio de la seguridad jurídica y no permitir la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones. Pero, reconoce los problemas que tienen los sistemas jurídicos legalistas o formales, ya que los problemas de vaguedad, ambigüedad y ante todo los de lagunas normativas, hacen peligrar la seguridad jurídica de los mismos. Ante eso, intenta limitar a más poder el constitucionalismo, pero, a la vez, acepta la necesidad de un mínimo del mismo, justamente de allí surge el Constitucionalismo Débil. Y aquí es donde Bayon se refiere a Hart y su diferenciación entre casos fáciles y casos difíciles. Donde los primeros, son aquellos donde ante la eventualidad del caso, el juez, se encuentra ante una norma determinada, clara y precisa, en cuyo caso no cabría más posibilidad que la de su aplicación exegética. Y donde, los casos difíciles, son aquellos donde, el juez, se encuentra ante casos donde se presentan algunos de los problemas de los sistemas normativos, ya sean vaguedad, ambigüedad o lagunas normativas, en dichos casos se le permitiría alguna discreción al juez.

Pero es importante marcar un punto clave en un Estado de Derecho Legalista, los casos difíciles o fáciles, no serían así por la presencia de algún principio que coaliciones con la aplicación de una regla, sino, que sería un problema netamente lingüístico, es decir en los términos de formulación de la regla aplicable al caso. Por el contrario, en un Estado Constitucional de Derecho, donde los principios juegan un rol preponderante, los casos difíciles serían resueltos mediante la ponderación de principios. Dicha ponderación daría como resultado la excepción a una regla aplicable al caso. Pero, como sostiene Bayon, los casos difíciles se presentarían muy a menudo si aceptamos la inclusión de los principios en los sistemas jurídicos ya que, a través de la argumentación, sería posible tornar un caso que, *prima face*, caería bajo el ámbito de aplicación de una regla y tornar inaplicable la misma por ser violatoria de algún principio (Bayon, 1996). Por lo tanto, Bayon, sostiene que para que un juez no sea activista este debe respetar la aplicación de la regla, pero, excepcionalmente, en los llamados casos difíciles este puede dejar sin efecto esa regla por la aplicación de principio, cuando, de la ponderación de los mismos, dé como resultado una decisión que no sea violatoria de la división de poderes y la seguridad jurídica (Villanueva, 2015).

10. Conclusión.

A pesar de la economía defendida a lo largo de la tesis, la finalidad de la misma no fue otra que la de mostrar cual es la estructura central del Neoconstitucionalismo y su relación con el Principio Democrático. Este movimiento iniciado con los ideales Liberales de la Revolución Francesa y, luego, profundizado en las Constituciones de postguerra, tienen una particularidad especial (Santamaria, 2008). La nota distintiva de las mismas no son otra que la actualización o reforma del contenido de las Cartas Magnas; se deja de lado aquella postura positivista y legalista, y se opta por añadir, en el contenido de las mismas, a ciertos derechos, dejando de ser, de esta manera, un escrito organizador, que solo instituya la parte orgánica del Estado, para pasar a contener, además, una parte normativa, material, visualizada en forma de derechos y garantías fundamentales (Carbonell M., 2007). Dicho cambio solo tiene entidad si se la dota de mecanismos que la propicien, y dicho bloque normativo, o “coto vedado”, solo puede mantenerse si se dota a los jueces de la competencia de hacerlo, mediante el llamado Control de Constitucionalidad. Dicho control busca cumplimentar como fin último la protección de las disposiciones Constitucionales que

sean violentadas por la legislación común, logrando de esta manera mantener la rigidez y supremacía de la misma (Mocoroa, 2013). Los jueces se valen de una interpretación donde se tienen en cuenta no solo reglas sino también principios y en los casos donde exista una coalición entre ambos, reglas y principios, se marca una desviación favorable hacia los segundos, basados en su peso argumentativo del carecen las normas (Dworkin, 1984). También, se debe tener en cuenta los casos donde lo que se contraponen sean principios, y será aquí donde la ponderación de los mismos sea la clave para la resolución del caso (Lizana, 2010).

En cuanto a la relación o coalición entre el Control de Constitucionalidad y el Principio Democrático acepto, dicha problemática, que sirvió de bases a esta tesis. Es decir, sin dar una opinión que me coloque en alguno de los lados, opino que se puede visualizar de manera palpable dicha contraposición, entre las decisiones legislativas (populares) y el control realizado por el juez (particular). De manera tentadora, y abierto a toda crítica sobre esto, pretendo dar una relación que encontré a lo largo de esta tesis en trato a los paradigmas analizados. Entiendo que se pretendió conocer cuatro posturas acerca de diferentes temas, por un lado, dos modelos de Estados, uno Republicano y otro Liberal; pero, por otra parte, dos formas de hacer y aplicar el derecho, teniendo por un lado un Sistema Positivista y por otro uno Neoconstitucionalista.

Encuentro una suerte de relación entre el Principio Democrático, fuertemente defendido en un Sistema Republicano, y el Positivismo Jurídico. Es así, ya que, en un Estado de Derecho legal o Legislativo, como el que Predomino en los Siglos XIX y XX, marcado por un Positivismo Jurídico estricto, la idea de una sola fuente valida de producción normativa encaja perfectamente con una defensa de un sistema donde se respeta las decisiones tomadas por la mayoría legislativa que ha deliberado en el parlamento. Es decir, positivismo, legalismo jurídico y Republicanismo, me animo a ponerlos del mismo lado, en cuando a defensa del Principio Democrático. Me aliento a hacerlo ya que, si recordamos, el Republicanismo defiende la idea de un ciudadano virtuoso, preocupado por el bienestar social, y que, lo más importante, es capaz de tomar decisiones sin poner por delante sus intereses. Y de manera consecuente, el positivismo jurídico, confió en el Poder Legislativo la potestad y función primordial de producir las únicas normas capaces de limitar los derechos de los individuos. Y, por último, ambos son coincidentes en una cosa: el juez no tiene la capacidad, ni

potestad, de interpretar, ni mucho menos, de invalidar, una decisión mayoritaria. Se le niega este actuar de contralor al juez, justamente, por no ser representativo del pueblo, cosa que si es el Poder Legislativo.

Desde la otra vereda, encontramos la mirada iusnaturalista. Ambos, Liberalismo y Neoconstitucionalismo, los encuentro como derivación o evolución moderna de un naturalismo abandonado. Si recordamos, el Sistema Liberal, desconfía del ciudadano y lo tilda de dos maneras: egoísta y poco virtuoso; dichas características hacen que el modelo liberal sea un toque mezquino con las posibilidades y potestades que se le confieren al Poder Legislativo, representativo de la popularidad. Esto, posibilita la idea de un sistema donde el juez tiene las más variadas herramientas para interpretar las reglas de la legislación ordinaria y dejarlas sin efecto por ser violatorias de la supremacía constitucional. Esto, si se leyó con atención en la tesis, no es más que una instancia Neoconstitucionalista, es decir, un constitucionalismo moderno que procura un sistema jurídico donde los derechos fundamentales se encuentran resguardados y no pueden ser objeto de limitación irracional por parte de las mayorías. Y, para lograr eso, los constitucionalistas, le dan el poder al juez para declarar la inconstitucionalidad, a traes del control de constitucionalidad, de las leyes que contraríen la constitución o sean violatorias de algún principio jurídico o derecho fundamental.

Como conclusión entiendo que, ambos: Positivismo jurídico y Sistema republicano, son fieles defensores del Principio Democrático, con una excelente confianza hacia las mayorías y protectores de una Democracia Deliberativa, como única instancia donde las discusiones acerca de las cuestiones valorativas y morales pueden darse. Pero que una vez tomada dicha decisión no puede cambiarse por el tribunal actuante. El Principio Democrático, lo encuentro importante en cuanto defensa del pueblo representado en el parlamento, y logra atrapar mi apoyo en lo referido al gobierno de las leyes (legislación) y no de los hombres (sentencias). Pero, dicho sistema, no logra encontrar soluciones a las patologías de la deliberación, ni mucho menos, a la idea de una mayoría opresora de la minoría. También, tiene el problema de la justificación de regímenes autoritarios totalmente legalistas, a la mirada kelseniano, como lo fueron el régimen Nacista.

En cuanto a los otros dos, Liberalismo y Neoconstitucionalismo, los encuentros más alentadores en cuanto a la defensa de los derechos humanos. Son sistemas que ante todo buscan la limitación de las normas que no sean respetuosas de los derechos de las personas. Pero entiendo que no logra diseñar un mecanismo que no sea tan violento con las decisiones de la mayoría, ya que, por más que sean imperfectas, son las voluntades del pueblo representado.

Las variantes intermedias buscan propiciar un acercamiento entre ambos paradigmas en tensión. Entiendo que ninguna ha tenido ni va a tener éxito si lo que se busca es conciliar dos temas que son antagónicos entre sí. A mi entender, Democracia y Constitucionalismo no pueden convivir sin un orden de subordinación. Es decir, solo puede triunfar uno. Tenemos que decidir si damos primacía a la decisión mayoritaria y los jueces deben cumplir con lo dispuesto legislativamente, sin interpretarlo. Sino, lo contrario, y limitamos de antemano las decisiones legislativas y no solo eso, sino que, también, controlamos judicialmente dispuestos a la hora de aplicar dichas legislaciones. Ambos sistemas no pueden convivir si no es en un orden de subordinación entre los poderes. Se debe decidir si prevalece el Poder Legislativo o el Poder Judicial. La problemática está en determinar el método para tomar dicha decisión.

Creo que la discusión entre las facultades de los poderes constituidos en puja se debe hacer de manera individual, es decir, debe estarse atento a la Nación en cuestión. Y aquí sigo el pensamiento de Roberto Gargarella sobre lo que es la corrupción de las que sufren los poderes. La presión a la que están expuestas, y las cargas que llevan, hacen que no puedan funcionar de manera adecuada. Por lo tanto, se deberá analizar si, por un lado, es cierto que. Los problemas que se acusan de sufrir la democracia deliberativa. Son ciertos y en tal caso se justificará una defensa de los derechos humanos de manera judicial. Pero, por otro lado, tendremos que analizar la contracara, y determinar que, si el proceso deliberativo no está contaminado y es eficaz, porque luego va a verse limitado o violentado por el juez. Parecería que, si la democracia funciona bien, no debería controlarse judicialmente lo decidido mayoritariamente. Por lo tanto, la conclusión a la que arribo es que no debe analizarse las posturas en abstracto, sino, más bien, tener en claro la sociedad en la que se realiza dicho análisis. Se deberá tratar de determinar que poder esta menos contaminado y con mayor posibilidad de tomar decisiones correctas que propicien la seguridad

jurídica y el equilibrio institucional; pero siempre teniendo en cuenta la Nación o Estado en que dicho análisis se realiza. No debe hablarse de un razonamiento judicial superior si luego se puede demostrar la corrupción de un juez. Tampoco debe defenderse un procedimiento democrático por representar al pueblo si luego nos percatamos que nada se discute y solo se aprueban propuestas que son derivadas del Poder Ejecutivo. Por eso entiendo que no debe realizarse un análisis en abstracto y a nivel teórico, sino, que debe tenerse en cuenta al lugar en donde se está haciendo, las características de los poderes de ese lugar y el funcionamiento de los mismos. Esa es la única manera que entiendo que se estaría luchando, doctrinariamente, por realizar el valor de la Seguridad Jurídica en un lugar determinado. Como conclusión, referido al ámbito nacional, sostengo que se debe realizar un análisis del funcionamiento de los poderes y confiarle al menos corrosivo, aunque sea momentáneamente, un poder superior para lograr un equilibrio y una verdadera defensa de los derechos humanos.

Por lo tanto, entiendo que estamos ante un verdadero cambio en la forma de ver, hacer y aplicar el Derecho. Y que dicha problemática no debe ser ajena a las personas en general, ya que, si aceptamos este ideal Neoconstitucionalista, podemos encontrarnos un día con que las decisiones individuales tomadas en base al conocimiento de una regla, luego, en base a una interpretación principialista, va a tener una consecuencia diferente a la pensada por nosotros. Es decir, la parte negativa de la misma es la indeterminación del derecho. Pero, si aceptamos el Principio Democrático y el Positivismo Jurídico extremo, podemos repetir las atrocidades del pasado, como el régimen de Hitler, apoyado en las legalidades de una mayoría opresora.

REFERENCIAS

- Fuertes, Cristina , & Planas, Aleix. (2007). Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Epoca.*, VIII, 131-186. Recuperado el 23 de 4 de 2016, de <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH0707110131A/20754>
- Alchourron, Carlos, & Bulygin, Eugenio. (1998). *Introduccion a la Metodologia de las Ciencias Juridicas y Sociales*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Alexy, R, Pulido, B, Moreso, J, Sanchis, P, Clerico, L, Menendez, V, . . . Santamaria, A. (2008). *El Principio de proporcionalidad y La Interpretacion Constitucional* (Primera ed.). (M. Carbonell, Ed.) Quito, Ecuador: V&M Gráficas.
- Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A, 327:3753 (Corte Suprema de Justicia de la Nacio 21 de Septiembre de 2004). Obtenido de <http://www.planetaius.com.ar/fallos/jurisprudencia-a/Aquino-Isacio%20v-Cargo-Servicios-Industriales-S.htm>
- Atienza, M. (2011). Un Debate Sobre El Constitucionalismo. A Proposito De Un Escrito De Luigi Ferrajoli. *Doxa. Cuaderno De Filosofia Del Derecho*(34), 13-14.
- Atienza, Manuel, & Manero, Juan. (1991). Sobre Principios y Reglas. *Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho*(10), 101-120.
- Atienza, Manuel, & Manero, Juan. (2007). Dejemos Atras El Positivismo Juridico. *Isonomia. Revista de Teoría y Filosofia del Derecho*(27), 8-28. Recuperado el 2 de 3 de 2016, de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc5x2s8>
- Bayon, C. (1996). Jueces para la Democracia. *Dialnet*(27), 41-49. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/17165>
- Bayon, C. (2000). Derechos, Democracia y Constitucion. *Discusiones*. (1), 65-94. Recuperado el 12 de agosto de 2016, de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcg4551>
- Bianchi, A. (1998). *Control de Constitucionalidad* (2 ed., Vol. I). Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma.
- Bidart, C. (1997). *Manual de la Constitucion Reformada* (5 ed., Vol. I). Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Bobbio, N. (1986). *El Futuro de la Democracia*. Mexico: Fondo de Cultura Economica.
- Bobbio, N. (1986). *El Futuro De La Democracia*. Distrito Federal, Mexico: FONDO DE CULTURA ECONOMICA.

- Bobbio, N. (1986). *El Futuro de la Democracia*. Mexico D.F, Mexico: Fondo de Cultura Economica S.A.
- Borda Villar, L. (2007). Estado de Derecho y Estado Social de Derecho. *Revista Derecho del Estado*(20), 73-96. Recuperado el 24 de marzo de 2016
- Bovero, M., & Ferrajoli, L. (2002). Democracia y Derechos Fundamentales. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*(16), 22-38. Recuperado el 6 de Mayo de 2016, de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcxh0b0>
- Carbonell. (1998). Sobre Constitucionalismo y Positivismo de Luis Prieto Sanchis. *ISONOMIA*(8), 208-214.
- Carbonell, M. (2007). *Teoria del Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Carbonell, Miguel, & Jaramillo, Leonardo . (2010). *El Canon Neoconstitucionalista*. Madrid : Trotta, S.A.
- Comanducci, P. (1998). Principios Juridicos e Indeterminacion del Derecho. *Doxa*(21), 89-104.
- Comanducci, P. (2002). Formas de (Neo)constitucionalismo: Un Analisis Metateorico. *Isonomia*(16), 90-91.
- Comanducci, P. (2011). El Abuso Del Derecho y La Interpretacion Juridica. *Revista del Derecho Privado*(21), 107-118.
- Dworkin, R. (1984). *Los Derechos en Serio*. Barcelona , España: ARIEL S.A.
- Ekmekdjian, M. (1995). *Tratdo de Derecho Constitucional* (Vol. III). Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Elster, J. (2001). *La Democracia Deliberativa*. (J. Lebron, Trad.) Barcelona, España: Gedisa.
- Fenochietto, C. (2000). *Codigo Procesal Civil y Comercial de Buenos Aires*. Buenos Aires: ASTREA.
- Fernandez, E. (1986). neocontractualismo y obediencia al derecho. (U. Complutense., Ed.) *Anuario de Derechos Humanos*, 87-110.
- Ferrajoli, L. (2011). Constitucionalismo Principalista Y Constitucionalismo Garantista. *Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho*(34), 15-55.
- Ferrajoli, L. (2011). El Constitucionalismo Garantista. Entre Paleo-Iuspositivismo y Neo-Iusnaturalismo. *Doxa. cuadernos de filosofia del derecho*, 311-360.
- Ferrajoli, Luigi, & Manero, Juan. (2011). Un Dialogo Sobre Principios Constitucionales. *Doxa*(34), 363-377.
- Gargarella, R. (1999). Jonh Rawls, el Liberalismo Politico y las Virtudes del Razonamiento Judicial. *Isegoria*, 20, 151-157. Recuperado el 12 de marzo de 2016, de isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/download/97/97

- Gargarella, R. (1 de abril de 2006). *Revista de Libros*. Recuperado el 4 de marzo de 2016, de <http://www.revistadelibros.com/articulos/el-nacimiento-del-constitucionalismo-popular>
- Gargarella, R. (2009). La Democracia Deliberativa en el Analisis del Sistema Representativo. *Insumisos- Red de Investigadores Latinoamericanos por la Democracia y la Paz*, 2-6. Recuperado el 15 de 05 de 2016, de Red de Investigadores : <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/5/242.pdf>
- Gorosito, Juan Ramón c/ Riva S.A. y otro s/accidentes art. 1113 C.C. - daños y perjuicios- inconst. art. 39 L. 24.557., g. 987 (Corte Suprema de Justicia 1 de Febrero de 2002). Recuperado el 2 de Marzo de 2016, de <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumento.html?idAnalisis=514967>
- Guastini, R. (1999). *Estudios Sobre La Interpretacion Juridica* (Primera ed.). (M. Carbonell, & M. Gascon, Trads.) D.F, Mexico: UNAM.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de Derecho Constitucional*. (Carbonell, Ed.) D.F, Mexico: DJC.
- Habermas, J. (2005). Tres Modelos de Democracia. Sobre el Concepto de una Politica Deliberativa. *Polis*(10), 1-8. doi:10.4000/polis.7473
- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (2001). *El Federalista*. Madrid, España: Fondo de Cultura Economica de España.
- Haro, R. (2003). *Curso de Derecho Constitucional Argentino* (Vol. II). Advocatus.
- Hart, H. L. (1961). *El Concepto de Derecho*. (G. Carrio, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Pierrot. Obtenido de <file:///C:/Users/Michael/Downloads/Filosof%C3%ADa%20del%20Derecho%20-%20El%20concepto%20de%20derecho%20-%20Herbert%20L.%20A.%20Hart.pdf>
- Holmes, S. (1999). El Precompromiso y La Paradoja de la Democracia. En J. Elster, & R. Slagstad, *Constitucionalismo y Democracia* (pág. 217 a 262). Mexico: Fondo de Cultura Economica.
- Kelsen, H. (2008). La Doctrina del Derecho Natural y el Positivismo Juridico. *Revista Sobre Enseñanza del Derecho*(12), 183-198. Recuperado el 12 de 2 de 2016, de http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/12/la-doctrina-del-derecho-natural-y-el-positivismo-juridico.pdf
- Kelsen, H. (2009). *Teoria Pura del Derecho* (Cuarta ed.). Buenos Aires: Eudeba .
- Larousse. (2008). Gran Diccionario Universal ilustrado Larousse. 5. Argentina: Larousse.
- Lizana, E. (Julio de 2010). Aproximacion Conceptual y Critica al Neoconstitucionalismo. *Revista de Derecho*, 23(1), 79-102. Obtenido de

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000100004

- Losano, M. (2006). Hans Kelsen: Una Biografía Cultural Mínima. *Derechos y Libertades*(14), 113-128. Recuperado el 3 de marzo de 2016, de <http://orff.uc3m.es/bitstream/handle/10016/3778/DyL-2006-14-Losano.pdf?sequence=1>
- Losano, M. (2007). Norberto Bobbio y el Positivismo Jurídico. *Derechos y Libertades*(17), 17-44. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10016/8257>
- MacCormick. (2010). Argumentación e Interpretación en el Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*.(33), 65-78.
- Milicic, M., & Corvalan, V. (12 de agosto de 2005). Reflexiones sobre el Rol de los Jueces en el Estado de Derecho. *Sup. Penal*. Recuperado el 2016, de http://www.cels.org.ar/common/documentos/milicic_corvalan.pdf
- Mocoroa, J. (2013). Derechos y Justicia Constitucional. *Discusiones XII*, 12, 121-193.
- Moreso, J. (2004). El Positivismo Jurídico y la Aplicación del Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*(27), 45-62.
- Moreso, J. (2008). Ferrajoli o el Constitucionalismo Optimista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*(31), 279-288.
- Nino, C. (1989). La Filosofía del Control Judicial de Constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*(4), 79-88.
- Nino, C. (1993). Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. *Doxa.* , 44-46. Recuperado el 12 de 4 de 2016, de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcm33g5>
- Orgaz, J. M. (2004). *Derecho Procesal Administrativo* (Vol. II). Córdoba, Argentina: ALVERONI.
- Orrego, C. (1995). El Valor Científico del Positivismo Jurídico. Un argumento de H.L.A. Hart. *Revista chilena de Derecho*, XXII(1), 23-40. Recuperado el 12 de 3 de 2016, de <file:///C:/Users/Michael/Downloads/Dialnet-ElValorCientificoDelPositivismoJuridicoUnArgumento-2649962.pdf>
- Oruneso, C. (Marzo de 2012). Los Límites de la Objeción Contramayoritaria al Control Judicial de Constitucionalidad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*(2), 31-48. Recuperado el 21 de 4 de 2015, de http://eunomia.tirant.com/wp-content/uploads/2012/03/03EunomiaN2_Orunesu.pdf
- Ovejero, F. (2008). *Incluso un Pueblo de Demonios: Democracia, Liberalismo, Republicanismo*. Madrid, España: Katz.
- Pizarro, Daniel, & Vallespinos, Carlos. (2014). *Compendio de Derecho De Daños*. Córdoba, Argentina: Hammurabi.

- Puerto Rodriguez, M. (21 de Octubre de 2012). *Teoria del Derecho*. Recuperado el 23 de 4 de 2016, de <http://www.teoriadelderecho.es/2012/10/positivismo-etico-normativo.html>
- Pulido, C. B. (1989). Estructura y límites de la ponderación. *Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho*(26), 5-28. Obtenido de <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD49949854.pdf>
- Raz, J. (1986). *El Concepto De Sistema Juridico*. Mexico D. F: Instituto de Investigaciones Juridicas. Universidad Autonoma de Mexico.
- Santamaria, A. R. (2008). *Neoconstitucionalismo y Sociedad*. Quito, Ecuador: V&M Graficas.
- Sartori, G. (1993). *¿Que es la Democracia?* (M. Rodriguez, Trad.) Mexico: Patria.
- Verly, H. (1 de 10 de 1991). Justificacion del Control Judicial de Constitucionalidad. *El Argumento Contramayoritario*, págs. 1-8. Recuperado el 12 de 4 de 2016, de <http://www.alfarolaw.com/tapa/HV%20-%20Argumento%20Contramayoritario.pdf>
- Villanueva, C. (14 de Agosto de 2015). Activismo Judicial. *Catedra de Teoria de la Argumentacion*. (M. Morachi, Entrevistador) Cordoba.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y Desacuerdos*. (Marti, Luis, & Quiroga, Agueda, Trads.) Barcelona, España: Marcial Pons.
- Zepeda, J. (2007). Estado de Derecho y Democracia. (12). D. F, Mexico. Recuperado el 4 de marzo de 2016, de http://www.ine.mx/documentos/DECEYEC/estado_de_derecho_y_democracia.htm#presen
- Zorrilla Martinez, D. (2010). *Metodologia Juridica y Argumentacion*. Madrid, España: Marcial Pons.