



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias del Derecho

EL CONTROL CONSTITUCIONAL BAJO LA DOCTRINA

Entre la política y el derecho

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIATURA EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Autoras: **Marcela Lidia Chahuán Zedán**
Javiera Ignacia Morales Alvarado
Profesor Guía: **Carlos Ruiz Schneider**

Santiago, Chile
2009.

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN.	1
CAPÍTULO I. POLÍTICA Y DERECHO.	4
1.1. Concepciones sobre la política.	4
1.1.1 Carl Schmitt: el concepto de lo político.	4
1.1.2. El liberalismo político de John Rawls.	11
1.1.3. Chantal Mouffe. El Agonismo.	24
1.1.4. Hannah Arendt. Qué es la política.	33
1.1.4. a. Labor, trabajo y acción.	33
1.1.4. b. La acción.	36
1.1.4. c. El sentido de la acción: la libertad.	39
1.1.4. d. El lugar de la acción: el espacio público.	40
1.1.4. e. La Época Moderna y el auge de lo social: violencia y acción.	41
1.2. Un Concepto de derecho	45
1.2.1. Hans Kelsen: una teoría pura del derecho.	45
1.2.2. H.L.A. Hart: el derecho como conjunto de reglas sociales.	47
1.2.3. Ronald Dworkin y la inclusión de los principios.	49
1.3. Entre la política y el derecho: el control constitucional.	51
CAPÍTULO II. FUNDAMENTOS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL.	54
2.1. El control constitucional como garantía de la Constitución.	57
2.1.1. La Supremacía Constitucional y el legislador negativo.	57
2.1.2. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?: Kelsen vs. Schmitt.	63
2.2. Revisión judicial y la Razón Pública.	69
2.3. Una lectura moral del control constitucional.	76
2.4. Los derechos individuales como fundamento último del control constitucional.	84

CAPÍTULO III. MÁS ALLÁ DE LA OBJECIÓN CONTRAMAYORITARIA.	88
3.1. El rol del control constitucional bajo la definición de lo político de Carl Schmitt.	90
3.1.1. La postura de Carl Schmitt.	90
3.1.2. Entre el Agonismo y el control constitucional.	93
3.2. La crítica de Jeremy Waldron.	96
3.3. El dualismo constitucional de Bruce Ackerman.	109
3.4. La postura crítica de la doctrina nacional.	119
3.5. Política sin violencia.	128
CONCLUSIONES.	135
ANEXO. EL ESTADO DE EXCEPCIÓN COMO ESPACIO DE CONFLICTO.	139
BIBLIOGRAFÍA.	146

RESUMEN

El objetivo de esta investigación es revisar la evolución de la doctrina en relación al establecimiento del control constitucional como una de las instituciones características del desarrollo del Derecho Constitucional en el siglo pasado, conjuntamente con la objeción contramayoritaria como principal crítica a su reconocimiento.

Para el logro de este objetivo se analiza la perspectiva, postura y aportes que otorgan diversos autores para el tratamiento de esta problemática y luego se agrupan según tendencias, estableciendo así el mapa doctrinal que comprende, en la actualidad, el análisis del control constitucional y la objeción contramayoritaria.

En el **primer capítulo** se exponen conceptualizaciones de la política y el derecho, principalmente identificando y delimitando los escenarios en que actúan. Para ello se dan a conocer las teorías acerca del concepto de lo político de Carl Schmitt, John Rawls, Chantal Mouffe y Hannah Arendt. En relación al derecho se exponen las teorías de Hans Kelsen, H.L.A. Hart y Ronald Dworkin. Aclarados los espacios de actuación de la política y el derecho se reconoce al control constitucional como punto de conflicto entre ambos aspectos.

El **segundo capítulo** presenta la posición clásica que actualmente rige la discusión al respecto. Se analizan los principales fundamentos de la instauración del control constitucional como son el principio de Supremacía Constitucional, el Estado de Derecho, los derechos fundamentales, entre otros.

Finalmente, el **tercer capítulo** describe y analiza las visiones no convencionales del conflicto que en base a otorgar un rol preponderante al aspecto político del ser humano, permiten dar luces a una solución que no implique una subordinación absoluta de la política al derecho, conciliando, de cierta manera, sus

zonas de intervención. Nos referimos aquí, principalmente, a las teorías de autores como Bruce Ackermann, Hannah Arendt y Jeremy Waldron.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación nace de una iniciativa conjunta, como estudiantes de Derecho, en orden a profundizar ciertas áreas de la malla curricular del plan de estudios de la carrera. Durante nuestros estudios de pregrado tuvimos la oportunidad de revisar ciertas problemáticas en torno a las Ciencias del Derecho y la Filosofía Política, en ese contexto surgieron abundantes interrogantes sobre la relación entre el derecho y la política.

Tales inquietudes nos incentivaron a iniciar una investigación más profundizada sobre los conflictos entre esas áreas de las ciencias humanas. Dicha investigación, que en sus inicios sólo era motivado por un esfuerzo de comprensión de estas problemáticas, se transformó con el transcurso del tiempo en el inicio, trasfondo y sentido de nuestra memoria. En este sentido, estas páginas constituyen nuestro primer acercamiento a este fecundo campo de discusión y análisis.

Durante los inicios de nuestra investigación constatamos que la política y el derecho han constituido tradicionalmente dos zonas diferenciadas que confluyen en ciertos ámbitos comunes que pueden resultar problemáticos. Así, aún cuando la política y el derecho sean definidos como actividades con contenido y principios propios y autónomos, estas áreas pueden colisionar de un modo que puede resultar conflictivo, o al menos discutible.

Una de aquellas zonas en que la política y el derecho confluyen es en el denominado “control constitucional”, en el cual se enfrenta un acto del poder político y una norma de derecho. Lo anterior resulta aún más problemático si consideramos que se enfrentan; por un lado, el poder político ejercido por instituciones como el Parlamento, cuerpos democráticos por excelencia dentro de la estructura estatal; y, por el otro, una norma constitucional, norma fundamental de un Estado de Derecho, en la

cual se encuentran expresados los ideales políticos y principios fundamentales de un Estado.

Los conflictos constitucionales que han caracterizado el debate del escenario político durante el siglo XX, tales como la abolición de la pena de muerte, la (des)penalización del aborto, el uso de la denominada “píldora del día después”, entre muchos otros, han revitalizado el debate acerca de control constitucional, como ámbito en el cual se cruzan la política y el derecho.

El conflicto tras el control constitucional ha sido abordado por la doctrina desde distintas perspectivas. Así, la estructura de esta investigación responde a una necesidad en orden a agrupar dichas perspectivas en distintas corrientes doctrinarias, de modo de compararlas, analizarlas y llegar a ciertas conclusiones. Dichas conclusiones no tienen como objetivo constituir un punto final a este fecundo debate, sino que por el contrario aportan a la discusión con nuestros matices, interpretaciones y lecturas sobre el tema.

Para tales efectos escogimos los autores más representativos de cada tendencia doctrinaria y desarrollamos sus planteamientos a lo largo de los capítulos de esta investigación.

El primer capítulo le entrega al lector una conceptualización básica de la política y el derecho que son necesarias para identificar la problemática que nos convoca.

El segundo capítulo inicia el análisis de la problemática central en torno al control constitucional, proporcionando la visión más tradicional de la doctrina, que se caracteriza por fundamentar y justificar el establecimiento de esta institución, por sobre todos sus reparos. Para ello se remite al principio de Supremacía Constitucional y de superioridad de los derechos fundamentales por sobre cualquier forma política.

Finalmente el tercer capítulo revisa otros planteamientos doctrinarios que, si bien son muy distintos entre sí, tienen en común una visión que intenta revitalizar a la

política como actividad humana. Dicha revitalización en cierta medida implica un cuestionamiento al establecimiento del control constitucional tal como lo plantea la visión tradicional.

La elección de cada uno de los autores se debe a que sus perspectivas, tanto de la política como del derecho, permiten dar cuenta del conflicto entre ambos y resultan paradigmáticas a la hora de referirnos al conflicto constitucional y a sus soluciones. De esta manera los autores escogidos son representativos del escenario de discusión existente.

Al respecto, es necesario prevenir ante la ausencia de algunos autores que pudiese extrañar al lector. Nos referimos, por ejemplo, a la omisión del pensamiento de Habermas, quien sin duda constituye un importante contribuyente a la Filosofía Política del siglo XX, pero cuyo planteamiento particular se aleja de la línea investigativa escogida. Así también no abordamos la visión de otros autores que, si bien tratan específicamente de la problemática que nos convoca, se contextualizan específicamente en ciertos ordenamientos jurídicos que, en una visión más ampliada, ya están contemplados por los demás autores.

CAPÍTULO I. POLÍTICA Y DERECHO

La tradición de los oprimidos nos enseña que la regla es el “estado de excepción” en que vivimos. Hemos de llegar a un concepto de la historia que le corresponda.

*Walter Benjamin.
8° Tesis de filosofía de la historia, 1940.*

CONCEPCIONES SOBRE LA POLITICA

CARL SCHMITT: EL CONCEPTO DE LO POLÍTICO

Antes de iniciarnos en la perspectiva de este autor es necesario hacer ciertas aclaraciones que permitan comprender su posicionamiento. Ello en cuanto que, como es de conocimiento y como se podrá percibir cuando se retome en los próximos capítulos, la teoría política de Carl Schmitt está destinada a otorgar protagonismo a lo controversial de la política y así concebir a la unidad estatal bajo una perspectiva decisionista, bajo la cual, en ciertos momentos críticos la soberanía se vincula exclusivamente con la posibilidad de exclusión política de los denominados “enemigos”. Al respecto cabe destacar el contexto histórico en que Schmitt desarrolló su teoría, siendo este, la Alemania de principios del siglo XX. En base a tales antecedentes, podrán dilucidarse los objetivos que guiaban su doctrina.

No obstante lo anterior, la simplicidad de su concepto, como también su utilización por los autores a analizar, obliga a iniciar cualquier acercamiento a la definición de la política con aquella ya clásica frase de Carl Schmitt que señala: “La específica distinción política a la cual es posible referir las acciones y los motivos

políticos es la distinción de *amigo (Freund)* y *enemigo (Feind)*.¹ Un primer acercamiento deriva la atención en el énfasis de la idea de diferenciación. No es sino la decisión que lleva implícita cualquier diferenciación como acto de ejercicio de la voluntad, lo que para Schmitt define las actividades humanas, sea en lo político, lo moral o lo estético. El ejercicio de la voluntad humana se define así como un acto de decisión sobre lo diferente a lo propio, que a la vez nos define dicotómicamente a nosotros mismos.

En materia política la decisión fundacional es la diferenciación entre un nosotros-amigo y un otro-enemigo. Es en ese momento de definición cuando la política crea su espacio de actuación. Así la dicotomía amigo/enemigo constituye la categoría específica de lo político, que se distingue de las diferenciaciones morales, estéticas o económicas, no siendo tampoco derivable de ellas. Lo político se limita así a una decisión de exclusión de ese otro enemigo, en palabras de Schmitt: “No hay necesidad de que el enemigo político sea moralmente malo, o estéticamente feo; no debe necesariamente presentarse como competidor económico y tal vez puede también parecer ventajoso concluir negocios con él. El enemigo es simplemente el otro, el extranjero (*der Fremde*) y basta a su esencia que sea existencialmente, en un sentido en particular intensivo, algo otro o extranjero, de modo que en el caso extremo sean posibles con él conflictos que no puedan ser decididos ni a través de un sistema de normas preestablecidas ni mediante la intervención de un tercero “descomprometido” y por eso “imparcial”.² Por ello puede señalarse que en Schmitt no hay una concepción valorativa, de modo que el enemigo no requiere ser malo o feo, ni poco rentable.

Cabe señalar que esta diferenciación no se limita simplemente a reconocer lo extraño como tal, sino que lleva aparejada la exclusión de ese otro, incluso la posibilidad de combatirlo, y es por ello que constituye la categoría más intensa. El combate al que se hace alusión no es simplemente una confrontación ideológica, sino que implica la real posibilidad de guerra armada, de la eliminación de la vida de ese

¹ SCHMITT, Carl. El Concepto de lo político. En: ORESTES AGUILAR, HÉCTOR. Carl Schmitt, Teólogo de la Política. México, Fondo de Cultura Económica, 2001. p.177.

² *Ibíd.*

otro, que por su mera existencia diferente amenaza la propia existencia. Lo anterior no implica que la decisión propiamente política lleve aparejada esta eliminación por las armas, sino que la posibilidad de su existencia constituye su presupuesto. La guerra no es algo deseable o ideal ni tampoco es un requisito ni el objetivo de una acción que se defina como política; no es necesario que para que la decisión sobre quién es ese otro enemigo se convierta en un actuar político se inicie una guerra armada contra él, lo que sí es fundamental es que la existencia de esa guerra sea posible.

Así el espacio político es aquel que se abre al momento de especificar y diferenciar, mediante una decisión, entre el amigo y el enemigo, siendo este último aquel que en un caso extremo podría llegar a ser eliminado mediando una guerra. Las denominadas discusiones internas sobre las mal conceptuadas “políticas públicas” o las negociaciones entre partidos políticos no constituyen el núcleo central del concepto, como tampoco, en el otro extremo: la guerra, no es sino en la mera decisión sobre quién es el enemigo donde se agota el actuar político. No obstante, se reconoce que dentro de los dimes y diretes de las negociaciones propias al interior de un Estado subsiste un tipo de actuar político, pero este se deriva de la caracterización de tal como la unidad política determinante y que por lo tanto lleva implícita esa decisión fundacional de diferenciación. Es por ello que tal actuar se define como política secundaria. Ello no implica que dentro de un Estado no pueda existir un actuar político propiamente tal, sino que éste aparecerá sólo en la eventualidad de que se llegue a identificar a un enemigo interno. El concepto de lo político, por tanto, se limita a ese momento de decisión.

Teniendo presente esta conceptualización de lo político, Schmitt señala que el hecho de que el Estado constituya una unidad se debe a su carácter político, y por tanto se deriva del que éste pueda diferenciar y decidir quiénes son sus amigos y quiénes son sus enemigos. Así el concepto de soberanía y de unidad política se basan en la misma distinción. Al respecto puntualiza: “[...] el reagrupamiento humano *decisivo*, y como consecuencia de ello la unidad política, todas las veces que existe, es la unidad decisiva y “soberana” en el sentido de que la decisión sobre el caso decisivo, aún cuando éste sea el caso de excepción, por necesidad lógica debe corresponderle

siempre a ella.”³. Por ello Schmitt critica las teorías pluralistas del Estado, por cuanto lo conciben como una asociación más entre los distintos tipos de asociaciones humanas, sin explicar ni especificar por qué los hombres además de formar asociaciones de tipo económico, religioso o moral construyen una asociación política, de manera que dichas teorías ignoran la categoría central de la doctrina del Estado, esto es, el concepto de lo político que gira en torno al reagrupamiento amigo/enemigo.

De esta concepción del Estado, en tanto unidad política esencial que determina al enemigo, deriva también que es a éste a quien le corresponde el *ius belli*, es decir, la posibilidad de combatirlo y hacerle la guerra, como así también el derecho de disponer sobre la vida y muerte de las personas, y de lograr que los propios miembros del Estado estén dispuestos a matar y a morir por él.

Siguiendo esta misma idea llega a afirmar que: “La tarea de un Estado normal consiste sin embargo, sobre todo, en asegurar *en el interior* del Estado y de su territorio una paz estable, en establecer “tranquilidad, seguridad y orden” y en procurar de ese modo la situación *normal* que funciona como presupuesto para que las normas jurídicas puedan tener vigor, puesto que toda norma presupone una situación normal y no hay norma que pueda tener valor para una situación completamente anormal.”⁴. Lo anterior significa, por una parte, que el Estado en situaciones críticas puede también determinar al “enemigo interno” y llegar a combatirlo; por otra, que no es posible que las situaciones de anormalidad y de peligro extremo estén normadas, las cuales tiene como presupuesto que nos encontremos frente a situaciones de normalidad. En este sentido es que concluye que ni siquiera en la Constitución se puede regular la guerra, sino que, cuando ésta sea puesta en peligro por enemigos externos o internos, debe ser defendida por fuera de ella.

Uno de los aspectos centrales de “El concepto de lo político” de Schmitt es su crítica al liberalismo, en tanto constituye una ideología incapaz de proporcionar una conceptualización de lo político. Incluso llega a la conclusión que intenta aniquilarlo,

³ *Op. Cit.* p.187.

⁴ *Op. Cit.* p. 193.

pues según Schmitt: “El pensamiento liberal pasa por alto o ignora al Estado y a la política de modo sistemático y se mueve en cambio dentro de una polaridad típica y siempre renovada de dos esferas heterogéneas, las de la ética y la economía, el espíritu y el comercio, la cultura y la propiedad. La desconfianza crítica ante el Estado y la política se explican fácilmente teniendo en cuenta los principios de un sistema para el cual el individuo debe ser *terminus a quo* y *terminus a quem*.”⁵. De esta manera los conceptos centrales del liberalismo giran en torno a la moral y la economía, negando así lo político.

Esta “negación de lo político” no significa que el liberalismo logre sustraerse completamente de la política, sin embargo más que una política liberal, el liberalismo ha sido una crítica a la política del Estado, de la Iglesia y de toda forma de asociación. El liberalismo lleva envuelta una práctica de desconfianza y de crítica hacia toda expresión política, en especial hacia el Estado, cuyo poder debe ser limitado a fin de salvaguardar las libertades individuales y la propiedad privada de los individuos, pues el Estado y la política, se reducen en el liberalismo a una función de garantes de las libertades. En este sentido Schmitt afirma que: “[...] hay una política liberal como contraposición polémica a las limitaciones de la libertad individual por parte del Estado, de la Iglesia y de otras instituciones, así como en el caso de la política comercial, de la política eclesiástica y de la escuela, de la política cultural, pero no hay una política liberal en sí, sino siempre sólo una crítica liberal de la política”⁶.

El racionalismo individualista del liberalismo, a pesar de sus intentos, no logra escapar de las consecuencias de lo político, y por tanto del agrupamiento amigo-enemigo, sino que les da un nuevo contenido, pues lo económico y ético se convierten allí en algo político y el enemigo es presentado como quien atenta contra la paz y la humanidad. Esto último es también criticado por Schmitt, para quien no constituye un concepto político, puesto que la humanidad no podría librar ninguna guerra debido a que no existe sobre la tierra su enemigo, de manera tal que apelar a “guerras en nombre de la humanidad” implica rebajar al enemigo a una calidad infrahumana. En

⁵ *Op. Cit.* p. 216.

⁶ *Op. Cit.* p. 215.

palabras de Schmitt: “Tales guerras son necesariamente de particular intensidad e inhumanidad, puesto que, *superando lo “político”*, descalifican al enemigo inclusive bajo el perfil moral, así como bajo todos los demás aspectos, y lo transforman en un monstruo feroz que no puede ser sólo derrotado sino que debe ser definitivamente *destruido, es decir, que no debe ser ya solamente un enemigo a encerrar en sus límites*”⁷.

Así el liberalismo, no obstante eludir y negar la política constituye para Schmitt una ideología política que despolitiza aquello que lo es intrínsecamente, convirtiéndolo y reduciéndolo en algo jurídico, económico o una discusión de carácter ético. En efecto, según Schmitt: “[...] el imperio del derecho no significa otra cosa que la legitimación de un determinado *status quo* en cuyo mantenimiento están lógicamente interesados todos aquellos cuyo poder político o ventaja económica poseen su estabilidad en el seno de ese derecho”⁸.

Schmitt critica asimismo al liberalismo desde otras perspectivas, algunas de ellas serán enunciadas someramente por extenderse más allá de los propósitos de este capítulo⁹. Critica también la doctrina del Estado de Derecho en tanto niega la importancia del caso de excepción, pues dicha doctrina sólo es posible de aplicar en situaciones de normalidad donde tiene cabida el imperio del derecho. Para el autor en comento el caso excepcional es de aún mayor importancia que la regla, puesto que revela quién es el soberano: quién decide el estado de excepción, y pone al descubierto el momento específicamente político. Durante un estado de excepción, entendido como un caso de peligro extremo para la propia existencia del Estado, no pueden regir normas ni legalidad alguna, incluso éste no puede ser reglado por la Constitución y por tanto en dicho momento el Estado de Derecho es superado. Es preciso advertir que esta temática será tratada en el anexo, en cual haremos una breve referencia al estado de excepción.

⁷ *Op. Cit.* p. 186.

⁸ *Op. Cit.* p. 216.

⁹ Las críticas que Schmitt hace al liberalismo se encuentran dispersadas en toda su obra sin embargo, a efectos revisar los aspectos centrales de dicha crítica, V.a. ORO TAPIA, Luis. Crítica de Carl Schmitt al Liberalismo. [en línea] Estudios Públicos, otoño 2005 http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_3539.html [consulta: 26 marzo 2009]

Otra de las críticas que efectúa Schmitt al liberalismo es la referida al parlamentarismo¹⁰. Señala que la esencia del liberalismo estaría en la negociación que se da en el debate parlamentario, con la esperanza que de este modo se diluya el conflicto. Esto tendría como consecuencia que el liberalismo se caracterice también por un indecisionismo permanente. De igual forma señala que es artificioso creer que en el parlamento esté representado todo el pueblo como unidad, dado que en los hechos los parlamentarios representan a partidos políticos detrás de los cuales existen meros intereses sectoriales. Luego, en lugar de existir un debate público más bien nos encontramos frente a una negociación entre quienes quieren proteger sus intereses y quienes aspiran permanecer en el poder. Así, el parlamento no constituiría en la práctica una institución democrática y la discusión pública no sería más que una quimera, del mismo modo que la democracia liberal no sería más que un dispositivo meramente formal y carente de contenido.

Se refiere también al internacionalismo, esto es la pretensión liberal de extender la legalidad vigente al interior de los Estados de Derecho a una comunidad internacional regida por una normativa internacional capaz de limitar el uso de la violencia entre los estados, que funcione como una resolución pacífica de los conflictos. Respecto de ello Schmitt señala en primer término, que le son aplicables las mismas críticas que a las de un Estado de Derecho, pues de todas formas las organizaciones internacionales y su legalidad responden a la configuración fundacional de la dicotomía amigo-enemigo, pues si bien en dicha normativa no existe un lenguaje que haga alusión a un “enemigo de la paz internacional” éste es reducido a un criminal de orden internacional, y al igual que en los ordenamientos internos de los Estados, el enemigo es criminalizado. Es por ello que tras la prohibición del uso de la fuerza de los Estados nos encontramos con que dicha proscripción de la guerra no pueda escapar de lo político puesto que, según Schmitt: “[...] una “guerra contra la guerra [...]”, de ese modo se obtendría la demostración de que tal oposición tiene realmente fuerza política, puesto que es bastante fuerte como para reagrupar a los hombres en amigos y enemigos. Si la voluntad de impedir la guerra es tan fuerte como para no temer ya ni

¹⁰ V.a. SCHMITT, Carl. Sobre el Parlamentarismo. 2ª ed. Madrid, Editorial Tecnos, 1996.

siquiera la propia guerra, entonces se ha convertido en móvil político, o sea que confirma la guerra [...]”¹¹. De esta manera es que para Schmitt las declaraciones internacionales que condenan la guerra como método de resolución de conflicto entre los Estados, no eliminan la diferenciación específicamente política entre amigo y enemigo, sino que le dan un nuevo contenido.

Además critica al internacionalismo por cuanto no puede existir un universo político, sino un pluriverso de Estados: mientras exista un Estado habrá otros y por tanto es contradictorio pensar en un “Estado Mundial”, en palabras de Schmitt: “La unidad política presupone la posibilidad real del enemigo y por consiguiente otra unidad política, coexistente con la primera. Por ello, mientras exista un Estado habrá siempre otros Estados, y no puede existir un “Estado” mundial que comprenda todo el planeta y toda la humanidad. El mundo político es un pluriverso y no un universo”¹².

EL LIBERALISMO POLÍTICO DE JOHN RAWLS

Si bien las críticas que Schmitt hace al liberalismo son anteriores al pensamiento de John Rawls, y que, el representante paradigmático del liberalismo al que alude Schmitt en su crítica es Hans Kelsen, nos referiremos a continuación a la teoría del primero. Ello por un lado, porque la discusión entre Kelsen y Schmitt será tratada más adelante, y por otro, debido a que en la actualidad es la teoría de Rawls una de las, sino la más, representativa del liberalismo, la cual además es muchas veces presentada como una superación de sus críticas.

En su primer libro, titulado “Teoría de la Justicia”¹³, Rawls tiene como objetivo confeccionar una teoría de la justicia de validez universal, de la cual sea posible extraer soluciones para las controversias morales, económicas y por supuesto políticas, a la que denomina justicia como imparcialidad. No obstante el autor como representante de

¹¹ *Op. Cit.* SCHMITT, Carl. El concepto de lo político. p. 185.

¹² *Op. Cit.* p. 200.

¹³ RAWLS, John. Teoría de la Justicia. 2ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

la teoría liberal, no le rinde especial atención ni preocupación a la elaboración de una teoría sobre la política, sino que por el contrario, le otorga un rol subordinado. La política para Rawls no es más que uno de los aspectos que conforman la denominada estructura básica de la sociedad, en sus palabras: “Para nosotros, el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Por grandes instituciones entiendo la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales.”¹⁴

Para una mera enunciación de su teoría sería al menos necesario un capítulo completo, ya que se destaca por la existencia de numerosos nuevos conceptos que requerirían una profunda explicación, y que excederían nuestro objetivo de extraer una concepción delimitada a lo exclusivamente político. Por lo que nos basta con recordar que su teoría se fundamenta en la posibilidad de derivar ciertos principios rectores (denominados principios de la justicia como imparcialidad) del concepto racional de justicia que toda persona que piense razonablemente adoptaría en caso de encontrarse en ciertas condiciones idealmente determinadas. Tales condiciones ideales consisten en aquellas que envuelven a las personas cuando se encuentran en una “posición original”, que es aquella situación ideal y sin existencia histórica real, en que las personas se encuentran en una condición igualitaria en la que no conocen su rol en la sociedad, razón por la cual que no tienen información sobre las propias ventajas y desventajas que se derivarían de las decisiones conjuntas. La ausencia de información se expresa en el denominado “velo de ignorancia”, en el cual las personas, antes de determinar la concepción de lo justo, se verían obligadas a representarse tanto el mejor como el peor escenario dentro de la sociedad real. Bajo este velo la concepción de justicia adoptada sería, razonablemente, una que se fundamenta en la libertad e igualdad como principios rectores. De una primera lectura se deriva, tal como lo reconoce el autor, que esta posición original es una superación del contrato social de Rousseau.

¹⁴ *Op. Cit.* p. 20.

El autor concluye que los principios de la justicia como imparcialidad que se obtendrían del ejercicio racional en la posición original serían los siguientes:

“Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: *a)* se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, *b)* se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.”¹⁵

En tales principios, que se extraen del uso de la razón en la posición original, es posible fundamentar y guiar decisiones adoptadas en materia política, social y económica. A fin de cuentas éstos principios rectores juegan un rol legitimador de tales decisiones, que por derivarse de la razón no necesitan otra fuente de legitimación. Damos paso así a la conformación de una “sociedad bien ordenada”, entendiendo por tal aquella en que las libertades y la igualdad ya se encuentran aseguradas porque existe un consenso global sobre el rol preponderante y fundamental que juegan en la sociedad, de modo tal que de su aceptación se derivan principios que rigen en todos los aspectos en que se presenta la cooperación social. De esta manera, la sociedad se caracteriza por la existencia de un gran consenso sobre los principios fundamentales que rigen bastas materias como la economía, la moral, la religión y la política.

Volviendo al aspecto exclusivamente político es pertinente hacer referencia al capítulo IV del libro en cuestión, denominado “Igualdad de la libertad”, donde se enuncian las concreciones de los principios de la teoría de la justicia como imparcialidad en diversos aspectos como la libertad religiosa, la economía y la política. Al concretar los efectos de su teoría de la justicia como imparcialidad al aspecto político aparece el concepto de “Justicia Política”, en el que juega un rol principal la Constitución como conjunto de normas que regulan la producción de otras normas. Un primer acercamiento obliga a concluir que el rol de la política se caracteriza por su

¹⁵ *Op. Cit.* p. 67.

instrumentalidad, es decir, la política se concibe como una función de la cual se extrae la adopción de ciertas decisiones.

No obstante, conforme al liberalismo, la libertad política es un actor protagónico dentro de las libertades básicas. Pero esta libertad debe ser justa, según los parámetros impuestos por los principios de la justicia como imparcialidad. Obtener esa libertad justa es el objetivo de la “Justicia Política”.

Si se aplica la teoría de la justicia como imparcialidad al aspecto político, los principios antes enunciados obligan racionalmente a que cierto tipo de decisiones sean adoptadas. La acción política humana no es más que un mero instrumento que, para tener caracteres de legitimidad, debe producir como resultados decisiones políticas concordantes con los principios de justicia. Los acuerdos legislativos u otros resultantes de la acción política fundan su legitimidad en su correspondencia con los principios de justicia. Al respecto el autor plantea: “Más bien mi intención es mostrar que los principios de justicia, que hasta ahora han sido discutidos abstrayéndolos de formas institucionales, definen una concepción política funcional, constituyendo una aproximación razonable y una ampliación de nuestros juicios meditados.”¹⁶

También se derivan de tales principios de la justicia como imparcialidad exigencias procedimentales, las que al concretarse dan origen al principio de (igual) participación. Tal principio exige que los ciudadanos tengan un igual derecho de participación en el mundo político, gozando de las mismas oportunidades en la adopción de decisiones referidas a esta. Traslapadamente comienzan a aparecer los caracteres principales de una determinada forma de gobierno; la democracia. De la aplicación del principio de participación se derivan exigencias más particulares y específicas, entre otras, que cada adulto razonable tenga derecho a optar a cargos políticos, que cada elector tenga derecho a un voto que goce del mismo valor, que el acceso a la información sea igualitario y que las decisiones se adopten conforme a la regla de la mayoría.

¹⁶ *Op. Cit.* p. 187.

La inevitable diversidad de opiniones que existen en una sociedad produce que el consenso absoluto y la unanimidad sean siempre excepciones a la regla, por tanto allí cobra vital importancia la adopción de estas exigencias de principios en el aspecto político, tanto aquellas procedimentales como sustantivas. En caso contrario no sería posible la estabilidad del sistema político, la adopción de una Constitución es clave para no llegar a tales consecuencias, así: “La falta de unanimidad es parte de las circunstancias de la justicia, ya que el desacuerdo existe incluso entre hombres honrados, que desean seguir los mismos principios políticos. Sin la concepción de oposición leal y una adhesión a las normas constitucionales que la definen y la protegen, la política de la democracia no puede ser adecuadamente dirigida ni tener una larga existencia.”¹⁷

Ante el peligro de inestabilidad del sistema político, es necesario establecer ciertas limitaciones al principio de participación que se materializan en mecanismos constitucionales como la separación de poderes, la existencia de supermayorías y la revisión judicial. Tales limitaciones, especialmente la última, constituyen el tema central de los posteriores capítulos por lo que dejaremos su análisis para esa oportunidad. Sin embargo, es posible concluir que las instituciones correspondientes a la “Justicia Política”, entendiéndolo como tal a la concreción de los principios de justicia como imparcialidad, son aquellas vinculadas a la democracia constitucional.

Como es posible de suponer la publicación de la “Teoría de la Justicia” provocó un revuelo doctrinal casi sin precedentes. Dentro de las críticas han revestido especial importancia aquellas que acusan la eliminación de toda aceptación del pluralismo tras el concepto de sociedad bien ordenada. Ello puesto que tras el consenso global que caracteriza a ese tipo de sociedad se esconde una completa eliminación de la diversidad de concepciones sobre la religión, la moral, la economía y la política. Esta diversidad que ha existido durante toda la historia, y que para algunos, reviste un valor en sí misma. Asimismo, y tal como se señalara previamente, le otorga un valor subordinado a la política, pues la teoría de la justicia se presenta como una teoría

¹⁷*Op. Cit.* p. 211.

moral que asume ciertas consecuencias para la política. Luego, su teoría se encuentra más cercana a la Filosofía Moral pero abarca cuestiones políticas fundamentales.

Ante ello el año 1993 publica “Liberalismo político”¹⁸ como una respuesta a las críticas a la “Teoría de la Justicia”, especialmente ante aquellas que vinculan este último libro exclusivamente a la Filosofía Moral no haciendo distinción alguna con la Filosofía Política. Asimismo, se señala que su teoría aborda por igual las doctrinas morales, religiosas y políticas, no existiendo un tratamiento especial para este último ámbito.

Al respecto “Liberalismo político” se inicia con una reformulación esencial para el asunto que nos preocupa. Rawls señala que en este libro su teoría de la justicia como imparcialidad ocupa ahora el lugar de una concepción política de la justicia. Esa concepción política de la justicia, como exponente de la corriente liberal, recibe el tratamiento de liberalismo político, del cual se deriva el título del libro. De esta manera los principios de la justicia como imparcialidad ya no se atribuyen a una concepción de tipo moral, adoptada en la “posición original”, sino que por el contrario, tales principios revisten ahora un carácter político, es decir, se transforman en una doctrina específicamente aplicable al ámbito político. En los demás ámbitos rige un pluralismo razonable que acepta la existencia de diversas doctrinas constantemente en pugna dentro de la sociedad.

Para iniciarnos en los argumentos de este nuevo planteamiento es menester aclarar qué se entiende por doctrinas comprensivas, ya que como percibe el autor, las sociedades democráticas modernas se caracterizan por la existencia de una multiplicidad de ellas, las que a su vez van a ser apoyadas por grupos considerables de ciudadanos. Asimismo estas doctrinas se encuentran en enfrentamiento, ya que por el hecho de ser comprensivas, lo que implica que comprenden un abarcamiento global sobre alguno de los ámbitos de la sociedad, se encuentran en pugna constante con las demás. Al respecto señala: “Ahora bien, el problema grave estriba en lo siguiente: una sociedad democrática moderna se caracteriza no sólo por la pluralidad de doctrinas

¹⁸ RAWLS, John. Liberalismo político. México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

comprendidas, ya sean religiosas, filosóficas y morales, sino también porque ese conjunto de doctrinas comprensivas razonables es un pluralismo de doctrinas que resultan incompatibles entre sí.”¹⁹

Por doctrinas comprensivas se entienden todas aquellas de carácter moral, religiosas, económicas, políticas, etc. que existen en una sociedad democrática moderna. El carácter de comprensiva corresponde a que cada una de ellas implica una postura sobre cada aspecto que la abarca de manera total y global, entregando una respuesta cabal a la problemática que la caracteriza, en virtud de ello se mantendrán generalmente en pugna constante, no permitiendo en principio, la convivencia armónica y la adopción de ciertas decisiones fundamentales para la existencia y configuración de una sociedad. En la práctica ello se traduce en que la aplicación de una de ellas implica la exclusión de cualquier otra. La existencia de una diversidad de doctrinas comprensivas recibe el nombre de pluralismo. Cabe señalar que Rawls reconoce a la Reforma de siglo XVI como la causante de este carácter de la sociedad democrática moderna, ya que sólo después de ella ingresó la tolerancia religiosa como valor en la sociedad. La inclusión de la tolerancia religiosa al conjunto de valores de una sociedad produce, en la práctica, que personas con distintas concepciones religiosas, que constituyen un ejemplo de doctrinas comprensivas, convivan en una misma sociedad. Esta convivencia incluye ahora, de manera esencial, al conflicto doctrinal dentro de sus componentes fundamentales. Este conflicto atrae el problema de lograr una convivencia armónica entre personas con profundas diferencias doctrinales.

Esa pugna en la sociedad, que no sólo se limita al aspecto religioso, deja entrever una problemática fundamental en la configuración actual de las sociedades democráticas. La pregunta esencial a la cual hacemos referencia es redactada por el autor de la siguiente manera: “[...] ¿cómo es posible que exista por tiempo prolongado una sociedad justa y estable de ciudadanos libres e iguales, profundamente divididos por doctrinas razonables de ídoles religiosas, filosóficas y morales?”²⁰.

¹⁹ *Op. Cit.* p. 11.

²⁰ *Op. Cit.* p. 19.

Y la respuesta a esta pregunta produce un giro completo en la perspectiva que el autor sostenía en su primer libro. Ello en cuanto la respuesta se encuentra específicamente en el aspecto político, por lo que en principio, la base de la sociedad bien ordenada ya no se encontraría en el concepto moral de justicia al cual aludía, sino que en la aplicación de los principios de la justicia como imparcialidad al aspecto político. En consecuencia la política reviste en el actual escenario una importancia fundamental para la obtención del tipo de sociedad que queremos. No obstante, previamente a tratar la aplicación política concreta de estos principios, se hace estrictamente necesario hacer referencia a ciertos aspectos fundamentales de la teoría, sin los cuales se dificultaría la comprensión de la supuesta lógica de este nuevo replanteamiento del liberalismo político.

En primer lugar haremos mención al concepto de sociedad que utiliza Rawls como sujeto de la teoría de la justicia como imparcialidad. Cabe recordar que en “Teoría de la Justicia” se utilizaba la terminología de “sociedad bien ordenada”, mientras que en “Liberalismo político” realiza ciertas modificaciones al concepto. Aclara que entiende a la organización social como un “sistema justo de cooperación social entre personas libres e iguales”. Este sistema se constituye voluntariamente, es decir, no existe objetiva e independientemente del actuar de los ciudadanos que lo conforman, lo cual se vincula estrechamente con la idea del constructivismo político que trataremos inmediatamente. La sociedad a conformar debe tratarse de un ordenamiento que produzca una repartición equitativa de los beneficios, regida por la cooperación de los ciudadanos. La cooperación se debe distinguir del mero intercambio que se realiza en base a intereses personales, aún cuando siempre existirá la idea de la mutua ventaja, la cooperación lleva implícita la idea de justicia extraída de la “posición original”. Ello se asegura porque está conformada por personas libres e iguales lo que, en terminología del autor, implica que se conforma por ciudadanos que tienen la capacidad de tener un sentido de justicia y también del bien. Luego, es inevitable que en el sistema justo de cooperación se entremezclen las características de las relaciones humanas vinculadas al juego del mercado (donde simplemente se trata de una negociación y equilibrio de los intereses individuales

puestos en pugna), con las características de las relaciones entre ciudadanos al tratar aspectos tales como la idea de justicia (donde no los guían sus intereses estrictamente personales, ya que bajo el velo de ignorancia son desconocidos).

En segundo lugar, y tal como lo adelantamos, esta sociedad justa de cooperación, como también la específica configuración del espectro político, se rige por el constructivismo político. Éste hace referencia a que tales aspectos deben su esencia y existencia a la acción humana, no a la voluntad de dioses, la fuerza de la historia u otros. Así la posibilidad de modificarlos o mantener el *statu quo* depende exclusivamente de la comunidad política y las normas, regulaciones o valores que hayan dispuesto como aplicables los ciudadanos que la conforman.

Para volver a la pregunta inicial que trata de responder el liberalismo político, cabe recordar que el problema fundamental se centra en la existencia de una gran diversidad de doctrinas comprensivas en pugna, propia de una sociedad democrática. Adelantamos que la respuesta se encontraba precisamente en el aspecto político, debido a que para Rawls es posible que los ciudadanos se encuentren en constante desacuerdo en base a las doctrinas comprensivas que apoyan, sin afectar la estabilidad de la sociedad, siempre que exista en el aspecto político un acuerdo en cuanto a la concepción de justicia política de un régimen constitucional democrático, o también llamado base pública de justificación razonable. En sus palabras: “En cualquier caso, como la concepción política es compartida por todos, en tanto que con las doctrinas razonables no sucede así, debemos distinguir entre una base pública de justificación sobre cuestiones políticas fundamentales, aceptada por los ciudadanos en general, y las muchas bases de justificación que no tiene el carácter de públicas, que pertenecen a diversas doctrinas comprensivas, y que, por ende, sólo son aceptables para quienes suscriben estas doctrinas.”²¹

Como vemos el rol de la política ahora es protagónico, debido a que de la aplicación de la justicia como imparcialidad en materia política podemos extraer principios que al ser adoptados por la sociedad permiten que ésta mantenga su

²¹ *Op. Cit.* p. 14.

estabilidad, no obstante que en los demás aspectos, como la religión y la moral, exista un constante conflicto derivado de la pugna de distintas doctrinas comprensivas. La tarea del liberalismo político es alcanzada cuando es posible derivar esta base pública de justificación de las cuestiones políticas fundamentales, siempre referido a un régimen constitucional democrático.

Esta base pública de justificación debe, en principio, intentar llegar a un consenso sobre la mejor manera de equilibrar y ponderar los valores de libertad e igualdad, que fundan la tradición democrática liberal, pero que tradicionalmente se encuentran en una constante pugna que alimenta la denominada paradoja democrática. Rawls asevera que como parte esencial del contenido de esta concepción política de la justicia se encuentra la reformulación de los principios de la justicia como imparcialidad, ya formulados en “Teoría de la Justicia”, adecuándolos al aspecto específicamente político. Su reformulación se expresa de la siguiente manera:

“a. Cada persona tiene igual derecho a exigir un esquema de derechos y libertades básicos e igualitarios completamente apropiado, esquema que sea compatible con el mismo esquema para todos; y en este esquema, las libertades políticas iguales, y sólo esas libertades, tienen que ser garantizadas en su valor justo.

b. Las desigualdades sociales y económicas sólo se justifican por dos condiciones: en primer lugar, estarán relacionadas con puestos y cargos abiertos a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades; en segundo lugar, estas posiciones y estos cargos deberán ejercerse en el máximo beneficio de los integrantes de la sociedad menos privilegiados.”²²

La adecuación de estos principios en materia política implica también extraer la base de justificación de los mismos, siendo ésta, tal como señalamos en párrafos anteriores, la proveniencia de la decisión conjunta de los ciudadanos en la “posición original”.

En consecuencia, el acuerdo político sobre la aplicación y justicia de los principios anteriormente citados, permite que exista una sola concepción política de la

²² *Op. Cit.* p. 31.

justicia entre los ciudadanos. Este consenso habilita a la sociedad democrática para contener las siempre existentes diferencias en aspectos como la moral y la religión, derivadas de la presencia de diversas doctrinas comprensivas. Luego, la sociedad podrá mantenerse estable sólo si existe este consenso mínimo en el aspecto político. Asimismo, este consenso impone cierta exigencia a la pluralidad de doctrinas comprensivas existentes en los demás aspectos de la sociedad, en cuanto a que esta pluralidad ya no se entiende como mera diversidad abierta a cualquier tipo de doctrina. El nuevo pluralismo se denomina “pluralismo razonable” ya que sólo permite que doctrinas de tal tipo ingresen al debate privado y público. Se entiende por doctrinas razonables sólo aquellas que aceptan los principios esenciales de un régimen democrático, que no son sino los principios a los cuales hicimos referencia.

Es en este punto donde aparece uno de los conceptos fundamentales para el liberalismo político de Rawls, el “consenso traslapado”. Por tal se hace referencia al consenso, entre las diversas doctrinas comprensivas, en materia política, y que, tal como señalamos previamente, permite otorgar la estabilidad necesaria para una sociedad democrática.

Se delimita así el foro público, ello en cuanto a que en el aspecto político deberán regir los principios antes formulados como base pública de justificación de las cuestiones políticas fundamentales, no aceptándose una diversidad de doctrinas. En este aspecto el pluralismo no es aceptado. No obstante, en todas las demás materias regirá un “pluralismo razonable”, ya que tendrán espacio todas aquellas doctrinas que, independientemente de las consecuencias que tengan en sus propios ámbitos de aplicación, respeten la concepción política de justicia en materia política. A ello se le denomina consenso traslapado. Al respecto el autor plantea: “Así pues, el liberalismo político apunta hacia una concepción política de la justicia como punto de vista libremente aceptado [...]. Uno de sus objetivos es, como ya lo he expresado, delimitar el dominio político y especificar su concepción de la justicia de tal manera que sus instituciones puedan obtener el apoyo de un consenso traslapado.”²³

²³ *Op. Cit.* p. 35.

A fin de cuentas es en este consenso traslapado que trasciende todas las doctrinas comprensivas razonables existentes en la sociedad, donde se funda la unidad de la sociedad democrática. Esta tan deseada unidad permite la estabilidad necesaria para cualquier democracia liberal. Hasta aquí el sistema creado por esta reformulación del liberalismo político pareciere infalible, no obstante aún queda una última interrogante por resolver, ¿por qué la necesaria aplicabilidad de éste a las sociedades democráticas y constitucionales?.

A modo de respuesta de esta interrogante Rawls deja entrever tres hechos fundamentales que caracterizan a las sociedades democráticas modernas, de las cuales se deriva lógicamente la necesaria aplicación del liberalismo político en su nueva formulación. A su vez estos caracteres propios de las sociedades democráticas permiten que el liberalismo político se desarrolle en su esencia. En consecuencia, la dependencia es mutua; la concepción política de justicia defendida por Rawls responde a ciertas problemáticas fundamentales para la democracia constitucional liberal, dando solución a críticas ya consideradas como tradicionales, y por otro lado la reformulación del liberalismo político sólo es posible allí donde se presentan ciertos caracteres propios de la sociedad democrática.

El primer hecho que caracteriza a las sociedades democráticas modernas es la existencia permanente de diversas doctrinas comprensivas razonables sobre aspectos tales como la religión, la moral y la filosofía. A ello se le denomina “el hecho del pluralismo razonable”. El autor reconoce que éste es producto del desarrollo de una sociedad en el marco de instituciones libres, por lo que constituye algo deseable y que debiese fomentarse. La relación interdependiente en este caso se produce porque; por un lado para el liberalismo político constituye un presupuesto de la aplicación del consenso traslapado; y por el otro, el liberalismo político es la única solución posible para que esta pluralidad se contenga y permita otorgar estabilidad a la sociedad democrática.

Un segundo hecho es que, en el caso que una sola doctrina comprensiva deseara excluir a las demás, estableciéndose como la única aplicable a una sociedad,

y así proveer de unidad a la misma, sería necesario un poder coercitivo tal que permitiera oprimir a todas las demás. Ello recibe el nombre de “el hecho de opresión”. En este caso la democracia constitucional, tal como la formula el autor, no sería posible porque ella se basa en la creación de instituciones que fomenten la libertad. Luego, la democracia constitucional requiere de la existencia del liberalismo político, junto a la idea de la justicia política como imparcialidad, para que la unidad de la misma perdure. Por su parte, el liberalismo político sólo tendría cabida allí donde no existe este hecho de la coerción.

Finalmente llama la atención el hecho de que la democracia constitucional se fundamenta, como régimen gubernamental, en el apoyo de la mayoría de los ciudadanos que forman la sociedad, en otras palabras, su legitimidad se funda en el apoyo de al menos un 50% de los ciudadanos que expresan su voluntad mediante el ejercicio del derecho de sufragio. Debido a que en la sociedad existen diversas doctrinas comprensivas en pugna, este apoyo sólo se logrará en el caso que sea posible llegar a un acuerdo en el aspecto político. La delimitación al aspecto político sólo se logra allí donde existe un consenso traslapado que caracteriza al liberalismo político.

De estos tres hechos antes descritos se puede concluir que su teoría tiene una limitada aplicación a las sociedades democráticas constitucionales. De ellos se derivan la mutua independencia entre la concepción de un concepto político de justicia como imparcialidad y tales tipos de regímenes gubernamentales.

Pese a que será tratado en extensión en capítulos posteriores, es menester introducir un último concepto de la teoría de Rawls. Este es el de “razón pública”, ello en cuanto a que es en este concepto donde se concentra toda la teoría de la justicia política como imparcialidad. Se debe entender por ella a la razón que guía a la ciudadanía, en el aspecto político, una vez que se ha llegado al consenso traslapado sobre una concepción política de la justicia como imparcialidad.

Este último elemento pareciera bastar para dar solución a la pregunta fundamental a la cual trata de dar respuesta esta reformulación del liberalismo político. En palabras del autor: “Con estas concepciones y sus conexiones, retomo la pregunta combinada que plantea el liberalismo político y digo: tres condiciones parecen bastar para que la sociedad sea un sistema justo y estable de cooperación entre ciudadanos libres e iguales que están profundamente divididos por las doctrinas comprensivas razonables que profesan. Primera; la estructura básica de la sociedad está regulada por una concepción política de la justicia; segunda, esta concepción política es el foco de un consenso traslapado de doctrinas comprensivas y razonables; tercera, la discusión pública, cuando están en juego cuestiones constitucionales esenciales y de justicia básica, se lleva a cabo en términos de la concepción política de la justicia. Este breve resumen caracteriza al liberalismo político y su manera de entender el ideal de la democracia constitucional.”²⁴

Ante esta respuesta tan concluyente pareciera no existir ninguna otra opción de formulación del aspecto político. No obstante, para otros autores existirían otras opciones.

CHANTAL MOUFFE. EL AGONISMO.

Chantal Mouffe ha sido una de las autoras que en los últimos años ha dirigido su pensamiento en torno al concepto de lo político. En su libro “En torno a lo político”²⁵ propone su propia concepción sobre la política y lo político, contraponiéndolas a las visiones más comunes. Aporta una primera distinción entre “la política” y “lo político”. Para Mouffe “lo político” tendría lugar en un nivel ontológico concibiéndolo como la dimensión de antagonismo constitutiva de las sociedades humanas. La política en cambio se refiere a un nivel óntico y la define “[...] como el conjunto de prácticas e instituciones a través de las cuales se crea un determinado orden, organizando la

²⁴ *Op. Cit.* p. 63.

²⁵ MOUFFE, Chantal. En Torno a lo político. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.

coexistencia humana en el contexto de conflictividad derivada de lo político”²⁶. Así, el núcleo central de la política se encontraría en el intento de atenuar el antagonismo inherente de las relaciones humanas que constituye lo político, por ello en otra de sus obras afirma que “La política se propone la creación de la unidad en un contexto de conflicto y diversidad; está siempre relacionada con la creación de un “nosotros” mediante la determinación de un “ellos”. ”²⁷.

Dicha definición de la política y de lo político claramente nos reconduce a la concepción de Carl Schmitt que analizamos anteriormente. Tal como la propia Mouffe reconoce, su teoría toma como punto de partida la distinción amigo/enemigo para definir la naturaleza conflictual de la política, inscribiéndose dentro de aquellos teóricos que conciben a la política como un espacio de conflicto y de antagonismo constitutivo de la estructura social, a diferencia de aquellos que la conciben como un espacio de deliberación pública.

Lo fundamental para Mouffe en su comprensión de lo político es la distinción entre un nosotros y un ellos. Así se acerca a la teoría schmittiana al vincular la acción política a la necesidad de establecer una diferencia, a fin de construir identidades políticas, negando que la acción política se vincule a una mera capacidad de deliberación. Sin perjuicio de ello, se aleja de Schmitt en cuanto a que considera que es posible que exista un antagonismo sin considerar al otro como enemigo. No obstante asume que el antagonismo político puede dar como resultado la analogía del otro como el enemigo, en ello no se agotaría el espectro político, sino que por el contrario es posible concebir otras formas políticas de relacionarse con el otro sin llegar a tal extremo.

Definir al antagonismo político como una relación entre nosotros/ellos, de manera de no llegar a concebir al otro como un enemigo, es lo que aparta a Mouffe de Schmitt respecto del rol del pluralismo en la política democrática. Ello trae como consecuencia que los autores tengan una distinta manera de tratar esta relación

²⁶ *Op. Cit.* p. 16.

²⁷ MOUFFE, Chantal. *La Paradoja Democrática*, Barcelona, Gedisa, 2003. p. 114.

dicotómica: si en Schmitt trae aparejada la exclusión de ese otro enemigo, en Mouffe no, puesto que no concibe que el pluralismo sea contradictorio con la democracia. Postula que es la oposición nosotros/ellos la que define al pluralismo, siendo posible que dicho antagonismo se compatibilice con una sociedad democrática. Este tratamiento consiste en que el “ellos” sea incluido en el espacio político como oponente legítimo, lo que Mouffe denomina “agonismo”, en sus palabras: “El punto decisivo aquí es mostrar como el antagonismo puede ser transformado de tal manera que posibilite una forma de oposición nosotros/ellos que sea compatible con la democracia pluralista. Sin tal posibilidad nos quedan las siguientes alternativas: o bien sostener con Schmitt la naturaleza contradictoria de la democracia liberal, o creer junto a los liberales en la eliminación del modelo adversarial como un paso hacia la democracia.”²⁸.

Dejaremos la crítica a los liberales a un lado para concentrarnos en el concepto de política que se deriva de la relación inclusiva del “otro”. Para Mouffe lo político se identifica con luchas de poder que articulan el orden social, es un antagonismo constante. En consecuencia, la sociedad es concebida como el producto de la hegemonía de una cierta fuerza política que ha logrado imponerse a las demás. No obstante, ello no implica la exclusión de las demás fuerzas en pugna, sino que por el contrario éstas se mantienen constantemente activadas. Dichas fuerzas conservan la posibilidad de instaurar un nuevo orden mediante prácticas contrahegemónicas. Así, lo político es esencialmente contingente, de modo que permanece abierta la posibilidad de que el orden social se modifique.

Cabe hacer referencia a que esta pugna no sólo existe en la política democrática, sino que en todo tipo de sociedad, ello porque para la autora toda sociedad se constituye, juntamente con la identidad del pueblo, por la hegemonía que ejerce cierta fuerza política en especial. Luego, las prácticas sociales y políticas de una sociedad construyen identidad mediante la definición de ese “otro” interno, cumpliendo la función de un denominado “exterior constitutivo”. No existe objetividad previa, la definición del otro no está predefinida, sino que es producto de la movilización de las fuerzas políticas.

²⁸ *Op. Cit.* MOUFFE, Chantal. En Torno a lo político. p. 26.

El desafío para la política democrática es mantener ese espacio antagónico abierto, ya que sólo así perdurará en el tiempo. Para ello debe reconocer este antagonismo constante e intenso en la sociedad y crear válvulas de expresión para las articulaciones contrahegemónicas a las que hacíamos referencia. De esa manera, el “otro” se incluye en los límites internos creando una relación distinta a la del enemigo, convirtiéndolo en un adversario legítimo. En consecuencia el pluralismo según Mouffe, deviene en la existencia de diversas fuerzas políticas en enfrentamiento que alimentan a la democracia para su sobrevivencia. El pluralismo por tanto no es incompatible con la democracia, al contrario del diagnóstico de Schmitt, ni tampoco, siguiendo a los liberales, es un conflicto que se debe subsanar para efectos de que la democracia se pueda desarrollar, sino por el contrario, es un elemento esencial para la democracia, siempre que el antagonismo de enemigos se convierta en el agonismo entre adversarios.

El agonismo consiste entonces en un enfoque que, aceptando el carácter antagónico inherente de las sociedades humanas, incluye a todas las partes del conflicto en el espacio político de manera que puedan manifestar por vías democráticas sus pretensiones. Al respecto señala: “Lo que está en juego en la lucha agonista, por el contrario, es la configuración misma de las relaciones de poder en torno a las cuales se estructura una determinada sociedad: es una lucha entre proyectos hegemónicos opuestos que nunca pueden reconciliarse de un modo racional. La dimensión antagónica está siempre presente, es una confrontación real, pero que se desarrolla bajo condiciones reguladas por un conjunto de procedimientos democráticos aceptados por los adversarios.”²⁹.

La constante negativa a reconocer este antagonismo propio del campo de la política no ha logrado el objetivo de terminar con ella, sino que paradójicamente, el enfrentamiento en vez de producirse en el campo de la política se ha movilizó a otros aspectos de la vida social. Especial relevancia tiene la actual moralización del conflicto. Ella consiste en que el inevitable reconocimiento del “otro” se manifieste en

²⁹ *Op. Cit.* p. 28.

términos morales, luego en vez de expresarse en un enfrentamiento entre adversarios, toma la forma de una lucha entre el bien y el mal. Y definitivamente contra el mal no es posible un enfrentamiento agonista bajo los parámetros democráticos.

Retomando lo pendiente corresponde denunciar las críticas que hace Chantal Mouffe a los liberales, específicamente a Rawls y Habermas. Ello puesto que, según lo señalado en los párrafos anteriores, la autora utiliza el marco teórico de Carl Schmitt pero se aleja de sus conclusiones, no obstante, ello no implica que adopte el marco teórico liberal, sino por el contrario intenta una superación de los mismos al denunciar sus deficiencias.

El agonismo, al reconocer lo adversarial de la política, permite compatibilizar el pluralismo con la democracia. No obstante el pluralismo al que hace referencia se aleja del “pluralismo razonable” tan característico de la teoría de Rawls. En este sentido, critica que el pluralismo sea concebido meramente como un hecho de la sociedad, pues en base a la idea de su construcción hegemónica, asevera que el pluralismo es producto de la diferenciación con ese “otro”. Haciendo referencia a lo ya señalado en párrafos anteriores, el “pluralismo razonable”, para el liberalismo político de Rawls, consiste en eliminar de la esfera pública todo aquello que sea incompatible con los principios de la justicia como imparcialidad. En consecuencia, de la existencia del hecho del pluralismo, se deriva su limitación al plano de lo razonable. No obstante, para Mouffe ello implica ignorar que el pluralismo no es meramente un hecho, sino que por el contrario es algo constitutivo de la propia democracia. No es necesario superarlo, tal como aspira el liberalismo, sino que incentivarlo.

Asimismo critica el denominado “consenso traslapado” que debe regir en materia política, debido a que elimina la pugna agonista propia de la naturaleza de la democracia. De esta manera, la política se limita a la conquista de un acuerdo en base a su concepción de justicia como imparcialidad, extirpando así todo rasgo conflictivo que caracteriza a la democracia. Niega así que el orden social se construye a sí mismo por la hegemonía de una determinada fuerza política que ha logrado imponerse. La

política deja de ser algo contingente, convirtiéndose así en un ámbito donde el acuerdo es inmanente por la razón.

El “pluralismo razonable” de Rawls no constituye así un pluralismo, ya que se ha extirpado la diversidad característica del mismo. Sólo existirá en aspectos como la moral, la religión y la economía, ya que en materia política lo diverso será considerado irracional y no razonable. No obstante, ello no es más que encubrir la lucha política con terminologías extrañas, ya que al excluir lo no razonable, en este caso todo aquello que no comparta los principios liberales, se está adoptando una decisión política pero encubierta de moralidad.

Por su parte, señala que la teoría de la democracia deliberativa de Jürgen Habermas³⁰ padece de las mismas carencias que la teoría de Rawls. Si bien reconoce que entre ambos existen distintos matices teóricos, los dos autores son incapaces de comprender lo político. La dificultad de la teoría habermasiana radica, según Mouffe, en que también apela a un “consenso universal racional” a modo de solución de la tensión existente entre democracia y liberalismo; si en Rawls esto se logra por medio de sus principios de justicia, en Habermas se hace hincapié en las condiciones necesarias de un discurso ideal que permitan llegar a dicho consenso. Esto último alude a un procedimiento de deliberación imparcial y libre de coacciones que genere un “poder comunicativo” en una sociedad democrática. Así, para Rawls el punto central del consenso está en los conceptos de justicia, y en Habermas en la legitimidad del procedimiento para llegar a tal consenso.

Según Habermas su enfoque superaría al de Rawls dado su carácter estrictamente procedimental, de manera que deja abierto el espacio de discusión y no pretende como Rawls eludir cuestiones filosóficamente controvertidas que de todas formas no puede evadir. Con ello Habermas alude a que el liberalismo político de Rawls afirma ser de carácter político y no metafísico, dejando fuera las diferentes doctrinas o visiones globales que son irreconciliables y en las que existe o se da el pluralismo. Para Rawls dichas doctrinas comprensivas serían parte del ámbito privado,

³⁰ v. HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez, Madrid, Trotta, 1998.

que se distingue del ámbito público porque en este último es posible llegar a un consenso racional sobre el concepto de justicia. No obstante Habermas al realizar esta crítica no da cuenta que, al igual que Rawls, intenta eludir las implicancias del pluralismo distinguiendo entre ética y moral. Con respecto a la ética, señala que éste sería un ámbito en el que es posible la existencia de diversas concepciones sobre el bien y el mal, a diferencia de la moral, donde sí es posible aplicar un procedimiento imparcial que pueda conducir a principios universales.

Asimismo, Habermas considera que su teoría logra conciliar, o más bien establecer la “cooriginalidad de los derechos del individuo y la participación democrática”, reprochando a Rawls porque subordina la democracia a los derechos liberales, al concebir que la autonomía pública es un medio para proteger la autonomía privada. No obstante, algunos autores han señalado que tal como Rawls subordina la democracia a los derechos liberales, Habermas hace la operación inversa, es decir, da prioridad a la democracia por sobre los derechos individuales, al establecer que la importancia de éstos se relaciona con que son los que permiten el establecimiento y desarrollo de un gobierno democrático.

Así, y como ya habíamos enunciado, si bien Mouffe reconoce que en las teorías de Habermas y Rawls existen algunas diferencias, coinciden en que ambas se proponen un tipo de acuerdo racional que niega lo político. Ello bajo dos puntos de vista; porque por una parte mediante dicho acuerdo relegan el pluralismo a ámbitos no públicos, teniendo en cuenta que el pluralismo es el presupuesto de la política; y por otra porque buscan una solución de tipo racional a la tensión fundamental existente en una democracia liberal, negando así su naturaleza paradójica.

Respecto de eso último, cabe señalar que dicha tensión es lo que para Mouffe constituye la “Paradoja Democrática”, es decir, la tensión constitutiva de la democracia liberal. Esta consiste en la articulación conflictiva entre sus dos componentes, esto es entre igualdad y libertad; entre gobierno democrático y derechos individuales. Según la autora, dichos componentes son de carácter irreconciliables e incompatibles, de manera que la tensión entre igualdad y libertad no puede ser superada, tal como

postulan las teorías del consenso, sino que sólo tiene cabida una estabilización del conflicto mediante negociaciones entre las distintas fuerzas políticas, en las cuales siempre se impondrá una de ellas estableciendo su hegemonía de manera contingente. Por ello, Mouffe sostiene que: “[...] pese a que sea efectivamente cierto que los derechos individuales y el autogobierno democrático son constitutivos de la democracia liberal, cuya novedad reside precisamente en la articulación de ambas tradiciones, existe una tensión entre sus respectivas “gramáticas” que nunca podrá ser eliminada. Sin duda, y contrariamente a lo que han argumentado adversarios como Carl Schmitt, esto no significa que la democracia liberal sea un régimen condenado al fracaso. Esta tensión, pese a no poder ser erradicada, se puede abordar de diferentes modos”³¹.

De esta manera, es que debe reconocerse la naturaleza paradójica de la democracia liberal, la cual no puede erradicarse, sino tan sólo negociarse dentro de contexto del pluralismo democrático. En este sentido es que Mouffe critica a los liberales y señala que es erróneo buscar soluciones finales racionales, ya que trae como inevitable consecuencia que se impongan restricciones al debate político. Para Mouffe estas son formas de escapismo a las que debe renunciarse y en lugar de ello debemos enfrentar la naturaleza paradójica de la democracia liberal y asumir las consecuencias del pluralismo.

Lo anterior no significa que el pluralismo sea total y esté exento de toda restricción, sino más bien Mouffe reconoce algunos límites. Éstos estarían dados por la discriminación, dentro del pluralismo, entre demandas legítimas y aquellas que deben ser excluidas del espacio político por cuanto cuestionan o ponen en riesgo las instituciones básicas de la democracia liberal. Ello porque en una comunidad política los ciudadanos comparten ciertos principios básicos que posibilitan la existencia del espacio político de debate agonista, de manera que deben ser excluidas aquellas demandas tendientes a destruir el sistema político mismo. En palabras de la autora: “El pluralismo que planteo requiere discriminar entre demandas que deben ser aceptadas como parte del debate agonista, y aquellas que deben ser excluidas. Una sociedad no

³¹ *Op. Cit.* MOUFFE, Chantal. La Paradoja Democrática. p. 106.

pueda aceptar aquellas que cuestionan sus instituciones básicas como adversarios legítimos³².

Sin embargo, Mouffe señala que los límites al pluralismo, que se expresan en la distinción entre demandas legítimas e ilegítimas, deben ser trazados en base a criterios estrictamente políticos, de manera que no deben confundirse con las distinciones que Rawls hace en este sentido, puesto que estas últimas están formuladas en base a criterios morales o de racionalidad y no políticos.

Otro aspecto central de la tesis de Mouffe, que será brevemente enunciado, se refiere a la crítica que hace al enfoque cosmopolita y la propuesta de un Orden Mundial Multipolar. El enfoque cosmopolita pretende extender el modelo de la democracia liberal al mundo entero, basándose en la premisa liberal de la superioridad de la democracia liberal frente a otros modelos. Así, los teóricos del cosmopolitismo sostienen la viabilidad de su enfoque bajo el supuesto de que los antagonismos son parte del pasado, y que en tiempos de globalización es posible construir un mundo unificado, regido por los principios y la legalidad de una democracia liberal.

Frente a ello Mouffe plantea que el enfoque cosmopolita, en todas sus versiones, constituye una negación de lo político, puesto que niega su carácter inherentemente antagonista. Entre las versiones de tal enfoque diferencia entre la neoliberal y la democrática. La primera sería aquella que promueve los valores esenciales del liberalismo, esto es, el libre comercio y la democracia liberal, otorgando un papel central a la globalización. La versión más democrática, en cambio, otorga un papel más relevante a la política y por tanto extiende la globalización a un ámbito más allá de lo económico. Dentro de la versión democrática distingue a su vez entre la perspectiva que centra su enfoque en la sociedad civil y aquella que se centra en lo político. La primera considera a la democracia como un espacio de participación y movilización entre ciudadanos globales, independientemente del Estado en que habitan. Para la segunda perspectiva la democracia no sólo se sitúa en la sociedad civil sino también en el espectro político, persiguiendo como objetivo la creación de una

³² *Op. Cit.* MOUFFE, Chantal. En Torno a lo político. p. 128.

comunidad internacional de acción política que reúna a todas las comunidades democráticas.

Para Mouffe todas las versiones del cosmopolitanismo niegan lo político al proponer un mundo unipolar que evade el antagonismo, constituyendo así otro intento de sobreponer la moral por sobre la política. En este sentido, el concepto que el cosmopolitanismo atribuye a los derechos humanos sería el de reivindicaciones morales, más que derechos democráticos que puedan ser válidamente ejercidos dentro de una democracia. Los derechos de un ciudadano global al ser desligados del gobierno democrático de un Estado quedan fuera de su protección, de manera que su ejercicio se transforma en una quimera.

Frente a esta negación de lo político y los riesgos que ello implica, Mouffe propone la creación de un “Orden Mundial de carácter multipolar”, que reemplace el orden unipolar existente. Éste consistiría básicamente en la creación y reconocimiento de una multiplicidad de poderes regionales que sean capaces de nivelar el poder. Esto es lo que para Mouffe se traduce en un modo de “pluralizar la hegemonía”, logrando superar la dependencia mundial hacia un solo foco de poder y extendiéndola varios, haciendo posible una política internacional. Al respecto afirma que: “Una vez que se admite que no existe un “más allá de la hegemonía”, la única estrategia concebible para superar la dependencia mundial de un solo poder es encontrar modos de “pluralizar” la hegemonía. Y esto sólo puede lograrse mediante un reconocimiento de una multiplicidad de poderes regionales. Solamente en este contexto ningún agente del orden internacional logrará, gracias a su poder, considerarse a sí mismo por encima de la ley, y de arrogarse el rol de la soberanía.”³³.

HANNAH ARENDT. QUÉ ES LA POLÍTICA.

Labor, trabajo y acción.

³³ *Op. Cit.* p. 125.

Para comprender la concepción de la política de Hannah Arendt es preciso comenzar señalando que circunscribe a la acción política dentro de la esfera de la vida activa del ser humano. En consecuencia, presupone para ello la clásica distinción entre una “vida activa” y una “vida contemplativa”, en tanto dos modos de vida distintos.

No obstante que antiguamente se consideró a la vida contemplativa como un modo de vida superior a la vida activa, lo relevante para Arendt es advertir que los hombres durante su vida pueden prescindir de la contemplación, pero no así de la vida activa, de la cual nunca pueden abstraerse completamente. Ello debido a que cada aspecto de la vida activa y en especial la acción política, son inherentes a su condición humana, cuestión que explicaremos más adelante. Al respecto advierte: “[...] es bastante posible para los seres humanos pasar por la vida sin abandonarse jamás a la contemplación, mientras que, por otra parte, ningún hombre puede permanecer en estado contemplativo durante toda su vida. En otras palabras, la vida activa no es solamente aquello a lo que están consagrados la mayoría de los hombres, sino también aquello de lo que ningún hombre puede escapar totalmente”³⁴. De ahí la importancia de referirnos en primer lugar a la vida activa, y a sus tres aspectos, para comprender lo político en el pensamiento de Hannah Arendt.

La vida activa, de acuerdo a Arendt, alude a tres tipos de actividades: la labor, el trabajo y la acción.

La labor corresponde a aquella actividad que se identifica con el ciclo vital del ser humano, y por tanto en ella impera la necesidad inherente a los procesos biológicos. Es ella quien produce lo necesario para la sobrevivencia del hombre en su metabolismo con la naturaleza, y por ello es común a todos los organismos vivos. El resultado del proceso de la labor son bienes de consumo inmediato, y como satisface necesidades humanas inacabables, no tiene un fin, sin por el contrario, se transforma en un ciclo constante y repetitivo. Su fin sólo llegará con la muerte del ser humano.

³⁴ ARENDT, Hannah. Labor, trabajo, acción. En su: De la Historia a la acción. Barcelona, Paidós, 1995. p. 89.

Por su parte, el trabajo se define por el hecho de producir objetos durables, constituye la actividad que genera el mundo artificial en el que vivimos. Así crea un mundo objetivo independiente de los seres humanos, que al componerse de objetos durables y no consumibles inmediatamente, resiste a la necesidad humana que guía a la labor. Uno de los elementos esenciales del trabajo está dado por el hecho de que la producción implica una violación a la naturaleza, la violencia y la destrucción del *homo faber* le permite adueñarse de ella. Asimismo, el proceso de fabricación se rige por la categoría medio-fin. El trabajo, como actividad humana, siempre está dirigido a la producción de un objeto en el mundo, el fin de la actividad productiva se alcanza una vez que termina el producto elaborado. Así la fabricación constituye sólo un medio, independiente del uso del producto. En consecuencia, la principal característica diferenciadora del trabajo, en contraposición a la labor y la acción, es que tiene un comienzo y un fin determinado y que por lo tanto es predecible, no así la labor que está encerrada en el ciclo del proceso biológico, ni tampoco la acción, que como veremos a continuación, no tiene un fin predecible.

Finalmente, la acción es la actividad que configura el mundo propiamente humano, y por la que los hombres se insertan en él, siendo éste el que se da entre los hombres. Es esencial por tanto aquí el hecho de la pluralidad de los hombres, siendo esta la condición humana de toda vida política. Es en la esfera de la acción y el discurso donde Arendt circunscribe a la política, porque es éste el ámbito de los asuntos específicamente humanos, así la acción trata del “[...] organizar la vida en común de muchos seres humanos [...]”³⁵.

En Grecia, específicamente en la *polis*, lo primordial era la acción política y por tanto ella se encontraba en el rango más elevado dentro de la vida activa. La labor y el trabajo eran presupuestos para la existencia del espacio político, debido a que sólo una vez satisfechas las necesidades biológicas y creado el mundo objetivo en el cual el ser humano se alberga, era posible la vida política. Liberados de sus necesidades los hombres podían llegar a gozar de libertad para el discurso y la acción, en cuya esfera aparecen los hombres en cuanto tales como seres libres e iguales.

³⁵ *Op. Cit.* p. 90.

La Acción

Antes de iniciarnos en las características principales de la acción política es necesario hacer cierta prevención. La descripción de la actividad política en Arendt se basa en la utilización de la *polis* griega como ejemplo paradigmático de ésta. Utiliza el ejemplo griego como axioma en toda su teoría. Es por ello que no realiza una ontología de lo político, sino que a través de un caso ejemplar, da un padrón a objeto de que éste sea capaz de iluminar a la política moderna, o lo que queda de ella en el mundo moderno.

La acción y por tanto la política es la condición humana por excelencia. La condición humana no debe confundirse con la naturaleza humana, esta última se caracteriza por ser aquello que define a lo humano como tal, así en el caso en que ésta desapareciera ya no estaríamos ante algo humano. Por el contrario la condición humana, pese a ser exclusivamente propia de lo humano, no lo define como tal, sino que está dada por la circunstancia de que los hombres habitan en la Tierra, y que por tanto es contingente. En sus palabras: “[...] la condición humana no es lo mismo que la naturaleza humana, y la suma total de actividades y capacidades que corresponden a la condición humana no constituye nada semejante a la naturaleza humana. Ni las que discutimos aquí, ni las que omitimos, como pensamiento y razón, ni siquiera la más minuciosa enumeración de todas ellas, constituyen las características esenciales de la existencia humana, en el sentido de que sin ellas dejaría de ser humana dicha existencia.”³⁶

En el caso de la acción política, la condición humana es la pluralidad de los hombres. Sólo en esta pluralidad se da aquel mundo entre los hombres que constituye la esfera de lo político. Si bien todas las actividades humanas se relacionan con la existencia de otros hombres, sólo la acción y el discurso dependen absolutamente de la pluralidad. Al respecto, Arendt señala: “Dondequiera que los hombres coincidan se

³⁶ ARENDT, Hannah. La condición humana. Barcelona, Paidós, 2005. p.37.

abre paso entre ellos un mundo y es en este <espacio entre> [*Zwischen-Raum*] donde tienen lugar todos los asuntos humanos”³⁷.

La pluralidad humana es la “[...] básica condición tanto de la acción como del discurso [...]”³⁸, que “[...] tiene el doble carácter de igualdad y distinción.”³⁹. Con ello la autora alude a que debido a que los hombres son iguales es que pueden entenderse en la esfera política, y a su vez, dado que cada ser humano se diferencia de otro es que requieren de tal entendimiento a través de la acción y del discurso. Otro aspecto importante de la pluralidad es la alteridad, lo cual no es lo mismo que la mera distinción. Es por la cualidad de la alteridad que el hombre define algo a través de una distinción, esto significa que para definir algo necesita distinguirlo de otra cosa, y por ello Arendt sostiene que “En el hombre, la alteridad que comparte con todo lo que es, y la distinción, que comparte con todo lo vivo, se convierte en unicidad, y la pluralidad humana es la paradójica pluralidad de los seres únicos”⁴⁰.

Los hombres son los únicos capaces de expresar esta distinción que se revela por medio de la acción y el discurso a través de los cuales éstos se presentan entre sí, en tanto hombres que viven en pluralidad. La acción y el discurso son esenciales para revelar la condición humana de la pluralidad, sin ellas desaparece la vida humana que se da entre los hombres, “[...] una vida sin acción y discurso [...] está literalmente muerta para el mundo; ha dejado de ser una vida humana porque ya no la viven los hombres.”⁴¹.

A través de la acción y el discurso los hombres se insertan en el mundo humano, lo cual para Arendt constituye un “segundo nacimiento” o un “nuevo comienzo”. Estos conceptos son de especial relevancia para entender la acción, puesto que para Arendt la acción se vincula estrechamente con la natalidad, considerándola una categoría central para el pensamiento político. Así “actuar”, que proviene de la

³⁷ ARENDT, Hannah. *Qué es la política*. Barcelona, Paidós, 1997. p. 57.

³⁸ *Op. Cit.* ARENDT, Hannah. *La condición humana*. p. 205.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ *Op. Cit.* p. 206.

⁴¹ *Ibíd.*

palabra griega *archein*, significa comenzar, y por lo tanto por medio de la acción es que el hombre expresa su capacidad de iniciar algo nuevo, lo que en materia política, en el ámbito de lo común, se traduce en la posibilidad de empezar procesos políticos que marquen un nuevo comienzo.

Esta capacidad de la acción como facultad de iniciar algo nuevo trae como consecuencia su carácter irreversible e imprevisible. Lo primero significa que una vez que actuamos no es posible deshacer lo hecho; por su parte, la imprevisibilidad se traduce en que no es posible prever las consecuencias de la acción, puesto que da inicio a una serie de procesos en cadena y de carácter ilimitado. Ello se debe a que toda acción, y en especial la acción política, se realiza en un contexto de pluralidad entre hombres, lo cual provoca una serie de reacciones, que a su vez configuran una nueva acción, iniciando nuevos procesos, pues “En la acción, por oposición al trabajo, es verdad que nunca podemos realmente saber qué estamos haciendo”⁴².

Dado el carácter irreversible e imprevisible de la acción es que Arendt anuncia la “fragilidad de los asuntos humanos”, cuyo remedio se encuentra en la facultad de perdonar y en la facultad de hacer y mantener las promesas. Específicamente, la redención a la irreversibilidad se halla en la facultad de perdonar pues, no obstante que los actos no pueden deshacerse, sí pueden ser perdonados por quienes resulten afectados, de manera que los agentes del acto pueden ser liberados de sus consecuencias. Por su parte la imprevisibilidad encontraría remedio en la facultad de hacer promesas, pues si bien es cierto que no podemos prever las consecuencias de nuestros actos es posible establecer ciertas “islas de seguridad” concretadas en lo prometido, que permiten así la realización de nuevos actos. Ambos remedios presuponen la pluralidad, ya que requieren de otros que perdonen y a otros a quienes hacer promesas. De esta manera, los remedios de la acción se derivan de sus propias características, así Arendt señala que: “A este respecto, perdonar y hacer promesas son como mecanismos de control establecidos en el propio seno de la facultad de iniciar procesos nuevos y sin fin.”⁴³.

⁴² *Op. Cit.* ARENDT, Hannah. Labor, trabajo, acción. En su: De la Historia a la acción. p. 106.

⁴³ *Op. Cit.* p. 107.

El sentido de la acción: La libertad.

En política es necesario diferenciar entre el fin y el sentido. El fin de una acción, sea política o no, está ubicado al exterior de ella, se obtiene una vez que la actividad ha terminado. En el caso del trabajo, su fin es el producto, que aparece sólo cuando la actividad productiva ha terminado. Por su parte, el sentido se encuentra al interior de la actividad, estará presente siempre que la acción mantenga su vigencia. El sentido de la política es la libertad, por lo tanto ella estará presente mientras la acción política perdure. Si la libertad fuera su fin, la política no sería más que un medio destinado a desaparecer una vez que la libertad lograra su aparición. Debido a que la libertad es el sentido de la política se encuentra al interior de ella; es su contenido. Por ello afirma que “En este sentido política y libertad son idénticas y donde no hay esta última tampoco hay espacio propiamente político.”⁴⁴.

En la *polis* la libertad se vinculaba estrechamente con lo político. Sólo en el espacio político los seres humanos se trataban entre iguales, creando así un espacio de libertad. Luego sólo en la esfera de lo político existía la libertad. No obstante era necesario previamente, como condición pre-política, liberarse de las necesidades de la vida. Ello implicaba que no podía mantenerse sujeto a la subordinación de otro, por ello los esclavos no tenían participación política. Esta liberación de las necesidades no era el contenido mismo de la libertad, ya que sólo consistía en una liberación previa para la inserción en la *polis*, permitiendo que surgiera la relación entre iguales. La igualdad así entendida no se relacionaba con la conocida igualdad ante la ley, ni tampoco con la justa igualdad de oportunidades, sino que con la libertad que nace allí donde los seres humanos se tratan como iguales. En consecuencia se requería de un espacio limitado donde surgiera la relación libre entre iguales, así Arendt señala: “Lo político en este sentido griego se centra, por lo tanto, en la libertad, comprendida negativamente como no ser dominado y no dominar, y positivamente como un espacio sólo establecible por

⁴⁴ *Op. Cit.* ARENDT, Hannah. Qué es la política. p. 79.

muchos, en que cada cual se mueva entre iguales. Sin tales otros, que son mis iguales, no hay libertad.”⁴⁵

El lugar de la acción: El espacio público.

La acción y el discurso se realizan en el espacio público de una sociedad, el cual se contrapone al espacio privado. Para los griegos esta esfera pública, la cual coincidía con la *polis*, se caracterizaba por ser el espacio de la libertad, precedida por la liberación de las necesidades de la vida y la ausencia de sometimiento al yugo de la autoridad de otro. Consecuentemente en la esfera pública existía una relación entre iguales sin relaciones de subordinación. La libertad e igualdad se relacionaban íntimamente pues sólo se es libre cuando se está entre iguales. Lo contrario ocurre en la esfera doméstica o privada ya que en ella la unidad de los hombres, en la familia, se debía a las necesidades y se basaba en relaciones jerárquicas de subordinación.

El significado de lo público se puede resumir como “ser visto y oído por todos”, y además también debe entenderse como el “mundo en común”. Lo primero significa que todo, en el espacio público, goza de cierta apariencia por lo que puede verse y oírse por las demás personas. La relación de igualdad permite que la misma cosa pueda ser vista por todos, pero desde diferentes perspectivas. Por su parte, el propio mundo debe entenderse como el mundo que se crea “entre los hombres”, conformado tanto por los objetos que produce el trabajo como también por los asuntos propiamente humanos. Al respecto Arendt señala: “Vivir juntos en el mundo significa en esencia que un mundo de cosas está entre quienes lo tienen en común, al igual que la mesa está localizada entre los que se sientan alrededor; el mundo, como todo lo que está en medio, une y separa a los hombres al mismo tiempo.”⁴⁶

En Grecia existía una separación excluyente entre la esfera pública y la privada. La primera era aquella de la *polis*, vinculada a la política conjuntamente con la libertad e igualdad, la acción y el discurso. En cambio el mundo privado era aquel de la familia,

⁴⁵ *Op. Cit.* p. 69.

⁴⁶ *Op. Cit.* ARENDT, Hannah. La condición humana. p. 73.

junto a sus relaciones de subordinación y dependencia, que se ligaba a la satisfacción de necesidades vitales. Llegada la Época Moderna se nubla esta nítida separación entre lo público y lo privado que caracterizaba al mundo griego. Así aparece la esfera social que no es estrictamente ni pública ni privada, sino que más bien consiste en la elevación de los intereses privados a la esfera de lo público. Lo que antiguamente se encontraba en el albergue resguardado de la familia, actualmente irrumpe en el espacio público, así asuntos como la seguridad, la satisfacción de necesidades vitales, la propiedad privada y el resguardo de la vida sustituyen a los asuntos propiamente públicos. Este auge de lo social, propio de la Época Moderna, no solamente implicó la desaparición de la esfera pública sino que también implicó la pérdida de la esfera privada tal como se conocía.

La Época Moderna y el auge de lo social: Violencia y Acción.

Para el espacio estrictamente político el auge de lo social, propio del Estado Moderno, produjo diversas consecuencias. El sentido de la política dejó de ser la libertad y se transformó en un medio para la consecución de fines. La categoría medio-fin ingresa así al ámbito público y político. Los fines de la política se vinculan ahora con la esfera social; especialmente con la seguridad y estabilidad de la sociedad y la productividad del libre desarrollo social. Así la acción política, tal como se concebía en la *polis*, fue sustituida por la seguridad del individuo en su ámbito privado, que se vincula a su vez con las necesidades de la vida biológica y la productividad. Esta elevación de la vida como bien supremo se tradujo en el protagonismo de la labor y el trabajo, por sobre las demás condiciones humanas.

La libertad siguió jugando un rol esencial, pero ya no según el concepto griego de relación que nace entre los hombres cuando se tratan como iguales, sino que circunscrita al espacio privado. La libertad no es más que la libre productividad en la esfera social, así Arendt señala: “[...] libertad y política permanecen separadas en lo decisivo y ser libre en el sentido de una actividad positiva, que se despliega libremente,

queda ubicada en el ámbito de la vida y la propiedad, donde de lo que se trata no es de nada común sino de cosas en su mayoría muy particulares.”⁴⁷

La política juega ahora un rol necesario para la propia vida; para su subsistencia. Para lograr tales fines fue fundamental la existencia de un Estado que monopolice aquello que ponía mayormente en riesgo a la misma; la violencia. Es consecuencial por tanto a este proceso el nacimiento del Estado como monopolio de la violencia, en palabras de la propia Arendt: “Desde el surgimiento del estado nacional la opinión corriente es que el deber del gobierno es tutelar la libertad de la sociedad hacia adentro y hacia afuera, si es necesario usando la violencia.”⁴⁸.

De esta manera, se extrae la violencia del ámbito de lo privado y se concentra en el espacio público estatal. Conjuntamente la teoría moderna concibió que, con la monopolización de la violencia en el Estado, se resguardaría la libertad en el ámbito privado. Ello debido a que la utilización de la violencia por el Estado se limitaría por el naciente Derecho Constitucional y el control que ejercen los gobernados. Sin embargo, no se consideró que la violencia unida al poder, característico del ámbito público, se incrementaría en su intensidad. Tal como hemos señalado, el ingreso de la lógica privada a la esfera de la política produjo a su vez que se introdujera en ella la categoría medio-fin, tan característica de la violencia concebida como instrumentalidad, por lo tanto era inevitable que la violencia hiciera su aparición. En la *polis* ello era impensable pues en la esfera política como espacio propio de la acción y el discurso, cuya arma era la persuasión, no tenía cabida la violencia puesto que es muda. En palabras de Arendt: “Ser político, vivir en una *polis*, significaba que todo se decía por medio de palabras y de persuasión, y no con la fuerza y la violencia. Para el modo de pensar griego, obligar a las personas por medio de la violencia, mandar en vez de persuadir, eran formas prepolíticas para tratar con la gente cuya existencia estaba al margen de la *polis*, del hogar y de la vida familiar [...]”⁴⁹.

⁴⁷ *Op. Cit.* ARENDT, Hannah. Qué es la política. p. 89.

⁴⁸ *Op. Cit.* p. 90.

⁴⁹ *Op. Cit.* ARENDT, Hannah. La condición humana. p. 53.

Si bien la política no se vinculaba a la violencia sí tenía una estrecha relación con el poder, y por ello afirma que: “El poder es lo que mantiene la existencia de la esfera pública, el potencial espacio de aparición entre los hombres que actúan y hablan.”⁵⁰. Así para Arendt la acción y el discurso, junto a su presupuesto de pluralidad, constituyen la base para que el poder surja, ya que el poder humano nace allí donde existen los muchos. El poder es la capacidad de actuar conjuntamente con los otros, no le corresponde a un individuo aislado. Si un sólo individuo está en el poder se debe a que está en concierto con otros. Por su parte la violencia no requiere de pluralidad ya que descansa en sus instrumentos. El poder, como concierto de muchos, se define por la pluralidad, la violencia en cambio, aunque puede aparecer allí donde los muchos, no requiere del concierto ya que unos pocos pueden ejercerla por medio de instrumentos. Así debe entenderse la dependencia y el descanso de ella en los instrumentos. De esto último deviene el carácter instrumental propio de la violencia, lleva implícita la categoría medio-fin, pues la violencia siempre será un medio para la consecución de ciertos fines, cuyo peligro radica en la posibilidad de que el fin sea superado por los medios.

En tanto medio, la violencia requiere de una justificación para ser utilizada, por el contrario el poder político, concebido como Arendt, es siempre un fin en sí mismo, por lo que si requiere de algo, esto es legitimidad. La justificación es aquel fin futuro en virtud del cual la utilización de la violencia, como medio, se hace necesaria. La legitimidad por el contrario se basa en una búsqueda en el pasado: “El poder surge allí donde las personas se juntan y actúan concertadamente, pero deriva su legitimidad de la reunión inicial más que de cualquier acción que pueda seguir a ésta. La legitimidad, cuando se ve desafiada, se basa en una apelación al pasado mientras que la justificación se refiere a un fin que se encuentra en el futuro. La violencia puede ser justificable pero nunca será legítima.”⁵¹

En la Época Moderna la conjunción poder y violencia hizo desaparecer la oposición propia entre ellas, y asimismo vinculó estrechamente a la política como espacio concertado donde nace el poder, con la violencia. El poder político, que

⁵⁰ *Op. Cit.* p. 226.

⁵¹ ARENDT, Hannah. Sobre la violencia. Madrid, Alianza Editorial, 2005. p. 71.

monopoliza a la violencia en la sociedad, se concibe como un medio para resguardar la vida y la libertad en el espacio privado. No obstante la violencia, al potenciarse con el poder político y conjuntamente con los avances tecnológicos en materia bélica, ha puesto en peligro los propios fines que perseguía.

Ante este escenario actual pareciera que no existiere una salida, al menos que rompiésemos con el sentido común moderno que vincula estrechamente al poder político con la violencia. Recordar a la *polis*, junto a su concepto de la política, podría iluminar a la Época Moderna ya que tal como señalamos allí la esfera política de la acción y el discurso era absolutamente opuesta a la violencia. Aún más tal distinción es necesaria porque: “El poder y la violencia son opuestos; donde uno domina absolutamente falta el otro. La violencia aparece donde el poder está en peligro pero, confiada a su propio impulso, acaba por hacer desaparecer al poder. Esto implica que no es correcto pensar que lo opuesto de la violencia es la no violencia; hablar de un poder no violento constituye en realidad una redundancia. La violencia puede destruir al poder; es absolutamente incapaz de crearlo.”⁵²

⁵² *Op. Cit.* p. 77.

UN CONCEPTO DE DERECHO

Una vez ya revisadas diversas nociones del concepto y el ámbito de aplicación de la política hemos identificado la esfera en que ésta se manifiesta. Con el fin de identificar el problema central que envuelve el control constitucional es menester hacer un alcance al derecho, concebido como sistema jurídico, para así comprender el conflicto que subyace al control de la legislatura mediante normas constitucionales.

Bajo el marco del conflicto entre política y derecho que subyace al control constitucional, el derecho se manifiesta como un conjunto de normas que regulan conductas humanas bajo la coerción de la aplicación de sanciones.

Esta visión del derecho es propia del positivismo jurídico que se manifiesta en autores como Hans Kelsen y H.L.A. Hart, la que posteriormente se fue abriendo a nuevas perspectivas, por ejemplo con la aproximación de autores como Ronald Dworkin, cuyas principales ideas revisaremos a continuación.

HANS KELSEN: UNA TEORÍA PURA DEL DERECHO.

Hans Kelsen propone una visión positivista del derecho, en contraposición a otras doctrinas. Su propósito fundamental es establecer una caracterización del derecho depurada de toda ideología y moralidad, así la finalidad del sistema jurídico es antideológica y antimetafísica, de allí el título de su libro fundamental en estas materias; "Teoría Pura del Derecho"⁵³.

La diferenciación fundamental que atraviesa su visión es la distinción entre el ser y el deber ser, es en el espacio de este último donde el sistema jurídico tiene cabida. Consecuentemente el derecho es concebido como el conjunto de órdenes

⁵³ KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho. México, Porrúa, 1979.

coercitivas que se materializan en una sanción. Las sanciones constituyen las denominadas normas primarias de las cuales es posible extraer otro tipo de normas, las que denomina secundarias, en estas últimas se expresa el contenido o mandato de la norma. El elemento definitorio de las normas jurídicas es por tanto la sanción como norma primaria, del tipo “Quien mate a otro será sancionado con pena de muerte”, de la cual es posible extraer el mandato que contiene la norma primaria: “No matar”.

La sanción es entendida como “actos de coacción estatuidos como reacción contra una acción u omisión, determinada por el orden jurídico”⁵⁴. La acción u omisión ordenada toma forma de un mandato, que se deriva de la propia sanción. Así, el sistema jurídico se conforma por sanciones, de las cuales se derivan a su vez mandatos.

En resumen, el sistema jurídico se conforma exclusivamente de normas primarias y secundarias. Su estructura es piramidal y jerárquica, en cuanto a que todas las normas se derivan de la “Norma Fundamental” que se encuentra en la cúspide de ésta. Así la validez de una norma no depende de su específico contenido o de su legitimidad en base a criterios morales, sino exclusivamente a la adecuación y derivación de ésta a la norma que se encuentra en una escala superior, derivación que al infinito se remitirá a la “Norma Fundante”.

Cada norma en particular, que en su totalidad conforman el orden jurídico, es válida si se deriva de la “Norma Fundamental”. La eficacia, por el contrario, se relaciona con la fuerza, con si el orden jurídico se hace efectivamente coacer en los hechos. No obstante la validez y la eficacia de una norma particular no tienen relación alguna, sólo será válido el ordenamiento jurídico en su totalidad si la “Norma Fundante” mantiene su eficacia. La Norma Fundante no tiene validez en otra norma, sino que corresponde a un hecho del cual deviene la producción del derecho, indicando así al órgano creador de derecho. En palabras de Kelsen: “[...] la norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción de derecho, y puede ser

⁵⁴ *Op. Cit.* p. 123.

designada, en este sentido, como constitución en sentido lógico-jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico-positivo.”⁵⁵

En resumen, para Kelsen el derecho es un orden coactivo, compuesto por normas primarias y secundarias que derivan su validez de la “Norma Fundante”, cuya eficacia se relaciona con la posibilidad cierta de aplicar una sanción al infractor de lo obligado por el mandato.

De esta definición purificadora del derecho se pueden deducir diversas consecuencias. En primer lugar, que los denominados derechos subjetivos son de carácter subordinado. Si el sistema jurídico se compone exclusivamente de normas, los derechos subjetivos sólo pueden devenir de aquellas, así no existen derechos contra el Estado ya que son sólo consecuencia del orden jurídico. No hay derechos morales anteriores al orden jurídico, estos sólo nacen de un orden positivo, y por lo tanto no hay más derechos que los establecidos en él. En segundo lugar se subordina también al orden positivo el concepto de Estado, ya que se reduce a un orden positivo de derecho.

H.L.A. HART: EL DERECHO COMO CONJUNTO DE REGLAS SOCIALES.

No obstante que puede encasillarse a Hart en la corriente positivista, en su libro “El Concepto de Derecho”⁵⁶ critica ciertas concepciones propias de autores como Kelsen que conciben al derecho como ordenes generales respaldadas con amenazas que se derivan del soberano o de sus subordinados. Ello porque tal definición no satisface todos los alcances del sistema jurídico moderno. En primer lugar, denuncia que en el ordenamiento jurídico existen normas que no consisten en órdenes coercitivas, sino que por el contrario otorgan potestades a ciertos organismos o a particulares. Asimismo, da cuenta que las ordenes coercitivas obligan también a quienes las emiten por lo que la concepción de soberano ilimitado no se condice con lo

⁵⁵ *Op. Cit.* p. 206.

⁵⁶ HART, H.L.A. El concepto de Derecho. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

prescrito por los sistemas jurídicos modernos. Finalmente, existen normas que no provienen de un acto conciente de creación de derecho por parte del legislador instituido como tal, sino que provienen de la costumbre.

Con el fin de salvar estas críticas, Hart postula una concepción del derecho como reglas sociales, que incluye a reglas primarias y secundarias, no obstante a ellas se le atribuye un significado distinto al señalado por Kelsen. De esta manera, el concepto de derecho no se subsume al establecimiento de una sanción, sino que se abre a otros elementos, restándole protagonismo a la coacción y destronando a la violencia de su figura como elemento principal en el sistema jurídico. Así, con la teoría de Hart, el concepto de derecho se vincula con elementos sociales ajenos a la monopolización de la fuerza, característica de la sanción.

Por reglas primarias entiende aquellas que crean deberes o prescriben hacer o no hacer, es decir, que mandan, permiten o prohíben. A ellas se les debe agregar las reglas secundarias que son aquellas que subsanan los defectos propios de las primeras, siendo estos: la falta de certeza, la estaticidad del sistema y la falta de un mecanismo institucionalizado que permita distinguir mediante pautas generales cuándo se viola una regla.

A la falta de certeza para determinar cuándo una norma pertenece al sistema jurídico, se le condice la “Regla de Reconocimiento”, entendiéndose por tal aquella norma que establece criterios para determinar cuáles son las normas que obligan a una comunidad. La estaticidad del sistema se refiere a que no existe dentro de las normas primarias algún mecanismo que permita renovaciones incluyendo, excluyendo o modificando normas de él. Para lograr dinamismo se formula la “Regla de Cambio” que es aquella que faculta a ciertos organismos o personas a realizar tales modificaciones al ordenamiento jurídico. Finalmente, al tercer problema se vincula una “Regla de Adjudicación”, siendo esta la que permite reconocer de modo institucionalizado un mecanismo que determine la infracción de una norma por parte de los obligados; así se relaciona íntimamente con la facultad de los actuales Tribunales de Justicia.

Asimismo señala que el derecho, al utilizar el lenguaje y crear reglas de tipo general, presenta ciertas dificultades para otorgar una solución específica a cada caso futuro, ya que es imposible que el legislador prevea todos los acontecimientos a los cuales se aplicará la regla. Por ello es que el derecho, al igual que el lenguaje, se caracteriza por su “textura abierta”, donde la discrecionalidad de los jueces juega un rol esencial; en palabras de Hart: “En todo sistema jurídico hay una importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por otros funcionarios, quienes la ejercen fijando el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que sólo han sido comunicadas en forma muy general por los precedentes revestidos de autoridad.”⁵⁷.

RONALD DWORKIN Y LA INCLUSIÓN DE LOS PRINCIPIOS.

Ronald Dworkin , en su libro “Los Derechos en serio”⁵⁸, critica al positivismo jurídico en cuanto a que concibe al derecho exclusivamente como un conjunto de reglas sociales. A partir del análisis de una serie de sentencias de los tribunales norteamericanos, da cuenta que en la resolución de los casos difíciles, esto es, aquellos en que el carácter general de las normas no permite llegar a una solución inequívoca de los conflictos jurídicos, los jueces invocan principios para su resolución. Así, la discrecionalidad a la que da lugar la “textura abierta” del derecho pareciera regirse por un nuevo elemento dentro del sistema jurídico, siendo éste, los principios. De esta manera, Dworkin llega a una nueva definición del contenido del derecho, en la que además de reglas sociales están incluidos los principios, entendiendo por tales al “[...] estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.”⁵⁹ .

⁵⁷ *Op. Cit.* p. 169.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. 2ª ed. Barcelona, Ariel, 1989.

⁵⁹ *Op. Cit.* p. 72.

Teniendo en consideración la evolución que ha tenido en la doctrina el concepto de derecho, puede señalarse que la concepción original que lo vinculaba exclusivamente al establecimiento de una sanción, ha ido atenuándose. Al incluirse en él las reglas sociales, la costumbre y los principios, el derecho ya no sólo consiste en un orden coercitivo emanado de ciertos organismos o instituciones, sino que su concepto se amplía. El derecho va entremezclándose con otras disciplinas sociales, tales como la moral, de las que si bien se diferencia, no puede obviarlas ni evitar su influencia. Así los principios nos remontan al acercamiento entre derecho y moral.

Los principios se diferencian de las normas en su forma de aplicabilidad, ya que estas últimas tienen una aplicación disyuntiva: si se verifica la existencia de su presupuesto de hecho, la norma se aplica, en caso contrario no recibirá aplicación. Por el contrario, los principios no tienen una aplicación automática sino que se caracterizan por gozar de una dimensión de peso o importancia. Frente a un conflicto entre normas la aplicación de una de ellas restará vigencia a la otra, en cambio en un conflicto entre principios se deberá ponderar el peso relativo de cada uno, no provocándose la mutua exclusión.

La discreción propia de la “textura abierta” del derecho debe ser abordada por el rol que los principios juegan en el sistema jurídico. Así, en el caso de la judicatura, serán los jueces quienes, ante un caso difícil, ponderarán los principios en juego, respetando el derecho de cada parte en el juicio. A este nuevo tipo de jueces Dworkin los denomina, en su libro “Los derechos en serio”, como “Hércules”, es así que afirma: “Los individuos tienen derecho a que se hagan respetar de manera coherente los principios en que se basan sus instituciones. Este derecho institucional, tal como lo define la moralidad constitucional de la comunidad, es lo que Hércules debe defender en contra de cualquier opinión incongruente, por más popular que sea.”⁶⁰.

⁶⁰ *Op. Cit.* p. 203.

ENTRE LA POLÍTICA Y EL DERECHO: EL CONTROL CONSTITUCIONAL

El concepto de derecho anteriormente analizado, con sus posteriores atenuaciones, definen el sistema jurídico poniendo énfasis en su carácter regulador. El carácter regulador se materializa en normas, reglas y principios que determinan normas de conducta dirigidas tanto al ciudadano particular como a las propias instituciones de las cuales emana el derecho. Estos caracteres iniciales han producido un fecundo desarrollo de la doctrina jurídica, en materias como el derecho constitucional y la Filosofía del Derecho, no obstante para efectos de reconocer el conflicto que subyace al control de constitucionalidad nos limitaremos a rescatar el carácter regulador del sistema jurídico. Ello en virtud de que no es sino como elemento regulador que el sistema jurídico se acerca al aspecto político de manera conflictiva y confrontacional. Sea que entendamos a la política como el espacio de definición del “enemigo”, bajo el concepto de liberalismo político, como prácticas hegemónicas o como espacio de libre acción y discusión; será el derecho quien regulará y limitará tal espacio, determinando su ámbito de aplicación o estableciendo qué decisiones políticas serán legítimas bajo un criterio jurídico.

Cuando de esta manera se escinden conceptualmente a la política y el derecho es posible vislumbrar el choque confrontacional que implica la posibilidad de dejar sin efecto decisiones propiamente políticas, en este caso legislación, por un órgano jurisdiccional, sea por facultades otorgadas a un Tribunal ordinario o a un Tribunal Constitucional. Más aún cuando la ineficacia se fundamenta en la contradicción de la norma particular con la Constitución. Es en este escenario donde los ámbitos de aplicabilidad de política y derecho parecieren confrontarse álgidamente, configurando uno de los conflictos más paradigmáticos entre ellos.

En el marco de las instituciones propias de un Estado Republicano este conflicto se traduce en la contradicción entre una norma emitida por el Poder Legislativo y su Carta Fundamental, cuando esta última se ubica en la cúspide de la pirámide jerárquica propia del sistema jurídico. La contradicción de la norma particular con la Carta Fundamental puede adoptar dos modalidades; puede tratarse de una

inconsistencia con las normas constitucionales que establecen el procedimiento para adoptar normas válidas (conflicto procedimental); o puede tratarse de una contradicción entre el contenido de la Constitución y la norma específica, en tal caso se declara su inconstitucionalidad en virtud del contenido de la norma (conflicto material). Este último caso reviste especial importancia cuando la inconsistencia se debe a una afectación, por la norma en particular, de los derechos fundamentales resguardados por la Constitución de un Estado, aún más si se concibe que tales derechos no se establecen por la Carta Fundamental sino que son sólo reconocidos por ella y por tanto existen con independencia a su positivización.

El control que ejerce el organismo llamado a declarar la inconstitucionalidad se ha denominado control constitucional. En las constituciones modernas esta facultad ha sido entregada a tribunales ordinarios o a organismos autónomos creados especialmente para este efecto, recibiendo en este último caso el nombre de tribunales constitucionales.

Todos los elementos que conforman el conflicto antedicho se agudizan aún más si se consideran los efectos que atrae la democracia constitucional como forma de gobierno. Es propia de la democracia su consideración como la más legítima de las formas de gobierno. La democracia en los Estados Modernos, debido a la explosión demográfica, reviste el carácter de democracia representativa, por lo que se institucionaliza paradigmáticamente en los parlamentos, generalmente divididos en cámaras. Los parlamentos ejercen la función legislativa mediante la dictación de normas generales o leyes generales. Luego, la posibilidad de que un organismo externo, como son los tribunales, ejerza facultades de revisión y posterior invalidación de decisiones adoptadas por la institución *per se* representativa y legitimada por la elección de la mayoría en una sociedad democrática trae consigo importantes cuestionamientos en cuanto a su legitimidad, aún más si típicamente la composición de los tribunales se debe a designaciones y no a elecciones populares. A este cuestionamiento de legitimidad se le ha denominado objeción contramayoritaria.

Es natural por tanto que del conflicto entre política y derecho subyacente a la configuración del control constitucional surjan preguntas como: ¿Por qué un órgano con una legitimidad democrática inferior, como es el Tribunal Constitucional, puede invalidar decisiones adoptadas por el órgano más representativo dentro del esquema institucional?, ¿Son los llamados derechos fundamentales un límite absoluto y a todo evento de cualquier ejercicio político?, ¿Qué espacios de deliberación sobreviven a una comunidad democrática después de adscribir a un esquema constitucional basado en los derechos fundamentales?, etc.

A todas estas interrogantes la doctrina ha tratado de hacer frente, utilizando para ello un despliegue de argumentos que a esta altura han sobrepasado los límites del conflicto inicial, apelando a elementos configurativos del propio liberalismo y otras tendencias. Es por ello que el escenario doctrinal actual se caracteriza por un intenso y enriquecido pluralismo, el cual analizaremos en los próximos capítulos.

CAPÍTULO II. FUNDAMENTOS DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

El conflicto envuelto en el control constitucional es la contradicción entre una norma particular y la Constitución. La mantención de la norma atentatoria en el sistema jurídico implica una afectación a la Carta Fundamental. Mediante la eliminación de esta afectación se garantiza la vigencia y eficacia de las normas constitucionales. La garantía de la Constitución es, por tanto, el objetivo y fundamento del control constitucional.

La norma en particular, tal como se ha señalado anteriormente, puede contravenir a la Carta Fundamental de dos diversas maneras; en primer lugar por haber sido adoptada no respetando el procedimiento que dispone para ese efecto la Constitución (control formal); y, en segundo lugar porque su contenido es contradictorio con el de las normas constitucionales (control material).

En las repúblicas democráticas la facultad de revisar la constitucionalidad de la legislación se ha radicado en los tribunales. El origen histórico del control se encuentra en la justicia norteamericana, especialmente en la facultad de la Corte Suprema para revisar la constitucionalidad de las normas al conocer un caso particular, hecho que ocurrió por primera vez en 1803 con el fallo del conocido caso “Marbury v/s Madison”. A ello se le ha denominado el “modelo norteamericano de control de constitucionalidad” en contraposición al “modelo europeo”. El modelo europeo nace con la teoría de Hans Kelsen y su proyecto de Constitución austriaca de 1920; se caracteriza porque el contencioso constitucional es facultad privativa y exclusiva de un Tribunal creado especialmente para ello, recibiendo la denominación de “Tribunal Constitucional”. Cabe también hacer referencia al control de constitucionalidad que está implícito cuando un tribunal ordinario, en el conocimiento de un caso particular de cualquier materia, decide no aplicar una ley al caso concreto, porque considera que contradice los preceptos constitucionales.

Asimismo, y en relación a lo anterior, se hace necesario diferenciar dos tipos diversos de declaración de inconstitucionalidad, según los efectos que produce en el ordenamiento jurídico. Una primera opción es que la anulación de la norma surta efectos solamente para el caso en particular, manteniendo su vigencia en el ordenamiento y pudiendo aplicarse en las demás relaciones jurídicas, lo que ocurrirá siempre en el caso que sean los tribunales ordinarios quienes no apliquen la norma al resolver un caso particular y también cuando así esté establecido en las facultades de la Corte Suprema en el modelo norteamericano. También puede ocurrir que la declaración de inconstitucionalidad tenga efectos generales, en cuanto a que la norma en cuestión deje de tener validez para todo el ordenamiento, desapareciendo del sistema jurídico, asimilable a una verdadera derogación. La concreción de este efecto dependerá de la regulación específica que tenga la materia en cada ordenamiento.

La institución del control de constitucionalidad no ha estado exenta de críticas. El problema fundamental ha sido denominado por la doctrina como “la objeción contramayoritaria”, la cual consiste básicamente en la dificultad de justificar, en una sociedad democrática, la facultad de los jueces (que no son elegidos democráticamente) de invalidar actos provenientes del legislador (elegido democráticamente). En la elección de los legisladores, y en los actos que emanan del ejercicio de sus facultades, se encontraría una de las máximas expresiones de la democracia, y por tanto el que los jueces, que no constituyen un poder democrático al no ser elegidos por la ciudadanía, puedan anular los actos legislativos, constituye de cierta manera un atentado a la democracia.

La “objeción contramayoritaria” se ha tratado de salvar con distintos argumentos tales como la apelación a principios como la Supremacía Constitucional, la Eficacia Directa, el principio de Juridicidad, etc. y paradigmáticamente con el “Fundacionalismo”. Este último se basa en el argumento según el cual los derechos fundamentales son anteriores a cualquier acto político y a la configuración del Estado, por lo que primarían frente a la democracia, concebida ésta como el mejor medio para protegerlos.

Lo anterior se relaciona estrechamente con la denominada “Paradoja Democrática”, a la cual hicimos referencia en el primer capítulo, al revisar la concepción política de Chantal Mouffe. Ésta consiste en el antagonismo existente entre los dos elementos constitutivos de la democracia liberal: los derechos liberales y el sistema político democrático. Cabe señalar, sin embargo, que tal como existen argumentos que tratan de conciliar estos dos elementos de la democracia liberal, existen también otros que no ven un conflicto entre el control constitucional y el *ethos* democrático, y por tanto, más que salvar la “objeción contramayoritaria” conciben al control constitucional como un factor de fortalecimiento de la democracia, cuestión que analizaremos en el capítulo siguiente.

En este capítulo se revisarán los principales fundamentos del control constitucional, tanto aquellos que se remiten a principios propios del ordenamiento jurídico, como también aquellos que se encuentran en una mirada más global del conflicto entre política y derecho. Bajo esta perspectiva en la propia estructura del sistema jurídico y en los derechos individuales se encontraría el fundamento del control constitucional. Asimismo, trasciende a todas estas teorías, la concepción de que el derecho, y especialmente los derechos individuales, constituyen frenos al poder político.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE LA CONSTITUCIÓN

LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL LEGISLADOR NEGATIVO

El establecimiento del control constitucional fue objeto de diversas críticas en sus inicios, ante ello la doctrina desplegó una serie de argumentos que lo justificaban. Kelsen fue el autor que en origen de la discusión, protagonizó la defensa de la revisión judicial, siendo para algunos el responsable de la instauración de tribunales constitucionales en toda Europa. En su libro “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”⁶¹ este autor concentra la mayoría de sus argumentos, que luego fueron mayormente desarrollados por la doctrina.

Uno de los principales fundamentos de la legitimidad del control constitucional se remite a la estructura del sistema jurídico, siendo éste, su carácter piramidal y jerárquico propio de la teoría de Kelsen. El ordenamiento jurídico se traduce así en un conjunto de normas que se encuentran en diversa jerarquía. En la cúspide de ésta se ubica la Norma Fundante que establece el hecho creador de derecho. La Norma Fundante otorga validez a las primeras normas del sistema jurídico, generalmente las normas constitucionales, que a su vez otorgan validez a una serie de normas inferiores, generalmente leyes, las que a su vez otorgan validez a las demás normas: reglamentos, decretos, etc. Finalmente las sentencias, como últimos elementos ubicados en la pirámide, tendrán validez sólo si se adecuan a la norma superior correspondiente. De esta manera, si una norma que se encuentra en la base inferior de la estructura piramidal contradice a una norma constitucional, que se encuentra en un estrato superior; carecería de validez. Esta contradicción, tal como señalamos previamente, puede tratarse de una contradicción en base al contenido o al procedimiento de dictación. Por tanto, la falta de validez fundamenta, de manera lógica, la declaración de inconstitucionalidad producto del control constitucional. Cabe señalar

⁶¹ KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?. Madrid, Tecnos, 1995.

que, en principio, la purificación del sistema jurídico de todo contenido, a que tanto alude Kelsen en la “Teoría Pura del Derecho”, pareciere dar un vuelco al poner atención en el contenido de la norma.

Al fundamentar el control de constitucionalidad, independientemente del órgano al cual se le otorgue esta función, en la estructura jerárquica y piramidal del sistema jurídico, no se está sino aseverando la supremacía de las normas constitucionales sobre las demás del sistema; a ello se le ha denominado Supremacía Constitucional.

Asumiendo la Supremacía Constitucional la declaración de inconstitucional no es más que un proceso lógico y necesario para la adecuación de todas las normas inferiores al sistema jurídico. Esta adecuación se logra mediante la declaración de inconstitucionalidad o también con la no aplicación de la norma por el juez ordinario al resolver un conflicto de intereses particulares, que lleva implícita también esta declaración. Esta adecuación permite asegurar y garantizar la coherencia del sistema jurídico.

La validez de una norma depende por tanto de que ésta haya sido dictada por el órgano competente, satisfaciendo los requisitos de procedimiento y cumpliendo con el contenido de las normas superiores comprendidas en el sistema jurídico. Sólo de esta manera la norma es válida, y por tanto, pertenece al ordenamiento jurídico en cuestión.

La estructura jerárquica y piramidal, que fundamenta el control constitucional asegurando la adecuación de las normas al sistema jurídico, se relaciona estrechamente con el principio de Juridicidad. Este es un principio general del derecho cuyo contenido obliga a que cada norma jurídica del sistema sea coherente con las normas jurídicas que se encuentran en una escala superior. De esta manera, cada norma en particular puede reconducirse a una serie de otras normas que validan y fundamentan su contenido. El cumplimiento del principio de Juridicidad es fundamental para el reconocimiento de un Estado de Derecho, entendiéndolo a este último como

aquel gobierno que se rige, en cuanto a sus competencias y facultades, por las normas jurídicas y no por la voluntad de sus órganos.

Así, la Supremacía Constitucional implica la superioridad jerárquica de la Constitución sobre las demás normas jurídicas dentro del orden, y por su parte, el principio de Juridicidad obliga a que cada norma en particular se pueda reconducir a una serie de normas, subiendo en la pirámide normativa, hasta llegar a la Carta Fundamental. El tipo de contradicción entre una norma que se encuentra en una escala muy inferior a la Constitución, y esta última, es denominada por Kelsen como violación constitucional mediata, en contraposición a la contradicción de una ley que recibe la denominación de violación inmediata.

Dentro de la misma línea argumentativa cabe hacer referencia a la Eficacia Directa como otro principio que fundamenta el control constitucional, especialmente en el caso del sistema norteamericano. La Eficacia Directa se refiere a la posibilidad de aplicar la norma constitucional directamente a conflictos entre particulares, es decir, ampliar su aplicación. La aplicación de la Carta Fundamental llega más allá de la sujeción a ésta de los órganos estatales. Luego, es posible que un órgano estatal, como son los jueces ordinarios, apliquen la Constitución directamente en los litigios que han sido llamados a resolver. Sólo en esta hipótesis es posible que la judicatura declare tácitamente la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, al no aplicar una ley en la resolución de un conflicto. Así todo órgano estatal, especialmente los jueces, deberán revisar que la norma a aplicar esté en conformidad con los preceptos constitucionales, o si la propia norma constitucional otorga una solución al conflicto. En el primer caso, aplicarán la norma sólo si ésta cumple con los requisitos de procedimiento y si es adecuada en su contenido, de lo contrario, la omitirán. En el segundo caso, deberán aplicar la Constitución directamente.

Así, la Eficacia Directa faculta a los jueces ordinarios a realizar una verdadera revisión judicial de la Constitución al ejercer la función jurisdiccional. La Supremacía Constitucional se refleja no sólo en que la Constitución determina la forma de promulgación de las demás normas, siendo estas últimas su objeto de regulación, sino

con que su jerarquía se debe a una verdadera superioridad, al concebirla como una norma “superior”. La Eficacia Directa, por tanto, es fundamental para el control constitucional en aquella modalidad donde los tribunales ordinarios son los llamados a ejercer la revisión judicial. La Carta Fundamental opera no sólo en el ámbito de la legislatura, sino también en el plano de las relaciones jurídicas.

En consecuencia y en base a este razonamiento, toda norma del sistema puede de cierto modo ser reconducida a las normas constitucionales; sin embargo, tal como se explicara precedentemente, la “objeción contramayoritaria” surge espontáneamente cuando la declaración de inconstitucionalidad tiene como objeto una ley dictada por el Poder Legislativo de un Estado. En especial cuando es dictada por el Parlamento ya que, como órgano más representativo dentro del esquema institucional, sólo en esa instancia la democracia es de cierta manera puesta en jaque por el control constitucional.

Es en esta mirada al conflicto en que toma mayor agudeza una de las críticas fundamentales que tuvo que enfrentar el control constitucional en sus inicios: la afectación del principio de Separación de Poderes, que a su vez reconduce a la objeción contramayoritaria. La Separación de Poderes se traduce en que el ejercicio de los poderes estatales se encuentra diferenciado y diversificado, ya que sólo de esta manera se asegura un correcto ejercicio del poder, por el mutuo control que se produce entre ellos. Cada poder, mediante el ejercicio de sus facultades, se ve obligado a mantener cierta deferencia con los demás, de manera de no entrometerse en el campo de actuación ajeno. Esta deferencia se intensifica por la exigencia y resguardo que cada poder invierte en ejercer sus facultades de manera exclusiva.

La posibilidad de que un tribunal, como representante del Poder Judicial, tenga la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma, implica una anulación de las funciones propias del Poder Legislativo. Bajo la perspectiva de esta crítica se vulneraría el principio de Separación de Poderes ya que la revisión judicial de constitucionalidad implica una intromisión en las facultades del Poder Legislativo. Existe así una verdadera extralimitación de facultades por la judicatura puesto que,

clásicamente, se concibe a esta última como una aplicadora de las normas jurídicas, no como una creadora de éstas. Bajo esta perspectiva los jueces son llamados a aplicar y adoptar la legislatura, sin atender al origen de la norma. Más aún más si se pone énfasis en que el origen de la norma es democrático, el nacimiento de la objeción contramayoritaria es inevitable. Para salvar la afectación del principio de Separación de Poderes Kelsen crea el concepto de “legislador negativo”.

Kelsen reconoce que, en principio, la posibilidad de anular la aplicación de una norma por su carácter inconstitucional, sea de manera general o para el caso específico, configura una verdadera intromisión del Poder Judicial en las atribuciones del Poder Legislativo. No obstante, la intromisión desaparece cuando se concibe que el Poder Judicial puede proceder a la anulación de la ley en base al ejercicio de sus facultades propiamente legislativas y no judiciales. La crítica deja de tener vigencia así si se concibe al control constitucional como ejercicio del propio Poder Legislativo, independiente del órgano en específico que ejerza tal función.

En consecuencia, en el momento en que los tribunales declaran la inconstitucionalidad de una ley, no actúan conforme al Poder Judicial, sino en conformidad al Legislativo. Que tal órgano se organice como un tribunal se debe a otro tipo de argumentos que expondremos a continuación, pero en ningún caso ello implica que su actuar siempre sea el ejercicio de funciones propiamente jurisdiccionales.

Kelsen señala que la principal diferencia entre la función legislativa y la judicial consiste en que la primera dicta normas generales y la segunda normas de carácter particular. En base a ello afirma que el proceso de anulación de una norma, mediante su declaración de inconstitucionalidad, implica una medida de carácter general, tal como lo fue la dictación de la misma. La única diferencia es su carácter negativo, del cual deriva la denominación de “legislador negativo”, en sus palabras: “Ahora bien, anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por tanto, una función legislativa. *Un Tribunal que*

*tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano con Poder Legislativo.*⁶².

Si se concibe al control constitucional que ejercen los tribunales como ejercicio de una función legislativa, sea en el modelo europeo o en el norteamericano, ya no corresponde concebir su establecimiento como una afectación al principio de Separación de Poderes. Pues este principio ha evolucionado significativamente; en un principio éste implicaba que el ejercicio de cada poder debía coincidir con un órgano en especial, actualmente se entiende que más que división de poderes se trata de separación de funciones propiamente judiciales, legislativas y ejecutivas. Cada función en especial puede ser ejercida por diversos órganos dentro del esquema institucional. Esta distribución de funciones, propia de las repúblicas democráticas, asegura que los diversos órganos se fiscalicen mutuamente en el ejercicio de las mismas. Es en base a esta distinción que Kelsen señala: “La anulación de las leyes por un Tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como un reparto del Poder Legislativo entre dos órganos que como una intrusión en el Poder Legislativo.”⁶³

Estos argumentos son aplicables tanto si la revisión judicial es facultad de un tribunal constitucional o de un tribunal ordinario, ya que en este último caso, señala Kelsen, la inaplicabilidad de una ley a un caso particular, en razón de su inconstitucionalidad, elimina una norma general, operando como “legislador negativo”. La diferencia se percibe en su implicancia: la eliminación de la norma general sólo surte efectos para un caso particular.

En base a estos argumentos el control constitucional logra zafarse de la potencial afectación del principio de Separación de Poderes, no obstante la “objeción contramayoritaria” mantiene su vigencia, en cuanto a que ella se reformula al cuestionar el ejercicio de las funciones propiamente legislativas por parte de un órgano cuya conformación no se corresponde con la democracia, como lo es un tribunal.

⁶² *Op. Cit.* p. 37.

⁶³ *Op. Cit.* p. 38.

Otra crítica importante al establecimiento del control constitucional es la supuesta afectación de la soberanía del Parlamento que implica la revisión de sus actos por parte de una institución diversa. Se refuta lo anterior aseverando que la soberanía no pertenece a los órganos o instituciones en particular, sino que ésta es ejercida por el Estado como totalidad. La soberanía se manifiesta paradigmáticamente en la adopción de una Constitución, a la cual los demás órganos se someten. El Poder Legislativo está sometido a las normas constitucionales y los demás poderes tanto a estas últimas como a la legislatura. El control constitucional no afecta la soberanía del Parlamento, sino que por el contrario, resguarda que el Poder Legislativo dé cumplimiento a la Constitución, garantizándola, y así resguardando el ejercicio de la soberanía que lleva implícita en sus orígenes.

Todos los argumentos previamente desarrollados fundamentan la posibilidad que un órgano ajeno al Poder Legislativo tenga la facultad de revisar la legislación y declarar, en su caso, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, cuando exista una contradicción con la Carta Fundamental. Que sean los tribunales quienes están llamados a ejercer tal facultad tampoco ha sido una materia pacífica, sino que por el contrario, ello fue objeto de profundas discusiones en la doctrina, pues una corriente de ella señala que era el Presidente, es decir, el Poder Ejecutivo, quien debe ejercer ese control.

¿QUIÉN DEBE SER EL DEFENSOR DE LA CONSTITUCIÓN?: KELSEN VS. SCHMITT

Respecto a cuál debe ser el órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad la mayoría de la doctrina postula que éste debe ser un tribunal, sea uno específicamente diseñado para ello como el tribunal constitucional en el modelo europeo, o uno ya existente como la Corte Suprema de acuerdo al modelo norteamericano. Se rechaza así la posibilidad de que sea el legislador quien ejerza el control de constitucionalidad, porque si son los actos legislativos los que están sujetos al control, éste sería “juez de su propia causa”. Asimismo se rechaza también la

postura minoritaria que sostiene la idea de que sea el Poder Ejecutivo o el jefe de Estado el encargado de defender la Constitución, ya que los actos del jefe de Estado también están sujetos al control de constitucionalidad y por tanto también en este caso estaría siendo “juez de su propia causa”.

De esta manera es que, dada su especialidad profesional y la garantía de imparcialidad, la mayoría defiende la idea de un control a cargo de un tribunal. Los jueces serían ajenos a los intereses que el gobierno o el legislador tendrían en la aprobación de un acto que eventualmente podría contradecir a la Constitución, de modo que ésta queda mejor resguardada si el control de constitucionalidad permanece a cargo de un tribunal.

Hans Kelsen en su libro “¿Quién debe ser defensor de la Constitución? y Carl Schmitt en “La defensa de la Constitución”⁶⁴ discuten precisamente acerca de este tema, es decir, en torno a quién debe ser el órgano encargado de defender la Constitución, encontrándose en posturas totalmente contrarias.

Kelsen defiende la idea del control constitucional a cargo de un órgano judicial, específicamente un tribunal constitucional, argumentando que de esta manera quedan mejor resguardadas las constituciones frente a sus potenciales violaciones. Las violaciones a la Constitución, que justifican la existencia de un órgano que la defienda, implican la verificación de un hecho que por acción u omisión la contravenga, y esto último sólo podría ocurrir por el incumplimiento de una obligación por parte de aquellos que se encuentran sujetos a las normas constitucionales, que son principalmente el Poder Legislativo y el Ejecutivo. Asimismo, Kelsen señala que la Constitución tiene una función política, la cual consiste en “[...] poner límites jurídicos al ejercicio del *poder*.”⁶⁵, de modo que el resguardo de la Constitución debe consistir en asegurar que dichos límites jurídicos no sean transgredidos.

Kelsen discute con Schmitt respecto de quién debe ser el órgano que debe tener a su cargo la defensa de la Constitución. Si para Schmitt, en Alemania, debe ser

⁶⁴ SCHMITT, Carl. La defensa de la constitución. 2ª ed, Madrid, Tecnos, 1998.

⁶⁵ *Op. Cit.* KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?. p. 5.

el Presidente del *Reich* y por tanto el jefe de Estado, para Kelsen, como ya adelantamos, debe ser el Tribunal Constitucional.

Los fundamentos de Schmitt para sostener lo anterior se basan, en primer lugar, en que la decisión sobre la inconstitucionalidad no reviste un carácter judicial sino que consiste en una decisión política, de modo que dicha decisión no debe encargársele a un juez, órgano de carácter jurisdiccional, sino a un órgano político como lo es el jefe de Estado. Aquí debemos recordar la tesis de Schmitt en su concepto de lo político, según la cual ante conflictos de esta índole, es decir, políticos, no existe una solución jurídica posible de prever que se encuentre regulada por el derecho, sino que éstos se solucionan por fuera de él.

Ante la postura de Schmitt, Kelsen sostiene que si bien es cierto que los conflictos constitucionales también tiene un carácter político, ello no implica que éstos no puedan ser resueltos vía judicial. Según Kelsen no existe una contradicción entre la función jurisdiccional y la política, pues la jurisdicción siempre cumple un rol político, debido a que por una parte los jueces en la resolución de los conflictos crean derecho, y por otra, porque todo conflicto político es un conflicto de intereses, de poderes, que puede ser resuelto vía jurídica, que es precisamente lo que hacen los jueces civiles, penales, etc. al resolver las controversias entre las partes de un conflicto. En palabras de Kelsen: “Todo conflicto jurídico es, por cierto, un conflicto de intereses, es decir, un conflicto de poder; toda disputa jurídica es consecuentemente una controversia política, y todo conflicto que sea caracterizado como conflicto político o de intereses o de poder *puede ser resuelto como controversia jurídica [...]*”⁶⁶. De esta manera, para Kelsen, el Tribunal Constitucional cumple una función política que consiste en resolver los conflictos de intereses opuestos que dan lugar a la defensa de la Constitución. Para Schmitt ello no es así, la función judicial es distinta a la política, y los tribunales, al dictar sentencia, lo que hacen es aplicar normas que no son de carácter dudoso y por tanto no existiría un verdadero conflicto. Kelsen señala justamente lo contrario, para quien, por regla general, la jurisdicción comienza cuando el contenido de las normas se torna dudoso y esto último ocurre en la mayoría de los casos.

⁶⁶ *Op. Cit.* p. 19.

Para Kelsen los tribunales no sólo aplican derecho sino que también crean derecho. En el caso del Tribunal Constitucional, en tanto órgano defensor de la Constitución, opera como “legislador negativo”, pues en lugar de crear normas individuales, como ocurre en el caso de un tribunal ordinario civil, penal o administrativo, lo que hace es destruir normas de carácter general que contravienen a la Constitución.

Respecto al procedimiento del Tribunal Constitucional para determinar la inconstitucionalidad de los actos de los órganos del Estado, según Kelsen, el más adecuado es el procedimiento contencioso. Ello debido a que en dicho procedimiento pueden participar todos los intereses contrapuestos en juego, que toman especial relevancia en la defensa de la Constitución, tomándose la decisión del caso en base a tales intereses.

Otro de los fundamentos que utiliza Kelsen para justificar que sea el Tribunal Constitucional el defensor de la Constitución radica en su imparcialidad. Ante un conflicto de intereses tan relevante, como el que envuelve el control de constitucionalidad, pueden verse involucrados intereses contrapuestos entre el Gobierno y el Parlamento; siendo los jueces extraños a las partes, y dado el carácter estrictamente profesional de su función, se transforman así en los más indicados para ejercer dicho control.

Para Schmitt en cambio, el Presidente del *Reich* o jefe de Estado es el mejor defensor de la Constitución pues hace contrapeso al pluralismo que se da en el parlamento, y por tanto permite así conservar la unidad del pueblo. Ello debido a que, como advierte Kelsen, según Schmitt la voluntad del pueblo no se expresa necesariamente en el Parlamento, escenario del pluralismo y de confrontación de intereses, sino que se expresa en el Presidente del *Reich*, quien tiene por tanto la misión de preservar la unidad del Estado. Para Schmitt el pluralismo se opone a la existencia de un “Estado total”, puesto que pone en peligro su propia unidad. En Kelsen, en cambio, no se asume tal oposición ya que el “Estado total” puede ser

pluralista, concibiendo que la posición de Schmitt es de carácter ideológico. Además, de acuerdo a lo señalado por Kelsen, si lo que busca Schmitt al postular que el jefe de Estado hace contrapeso al parlamento es la independencia e imparcialidad como presupuesto del órgano defensor de la Constitución, puede rebatírsele que la imparcialidad y la independencia quedan mucho mejor resguardadas por los jueces, dado su carácter profesional.

Teniendo en consideración lo indicado precedentemente es que es posible señalar que Schmitt y Kelsen tienen concepciones totalmente distintas acerca de la política, el derecho y la función de cada uno. Si para Schmitt, como advertimos en el capítulo anterior, la política consiste en la dinámica amigo-enemigo que no puede ser resuelta por el derecho, para Kelsen se relaciona con conflictos de intereses opuestos o de poder, que pueden encontrar su solución en sede jurídica, y por lo mismo, concibe que la función política de la Constitución es la de limitar el poder.

En este mismo sentido es que puede afirmarse que los autores divergen también en el propio concepto y contenido del control constitucional y por tanto del órgano que debe ejercerlo. Kelsen defiende el control constitucional a cargo de un tribunal no porque crea que estos conflictos no son de carácter político, sino que justamente debido a tal carácter, en el que existen intereses opuestos en juego, los jueces se transforman en los más aptos para resolverlos dado su carácter profesional e imparcial respecto de dichos intereses. Para Schmitt, en cambio, el mejor defensor de la Constitución es el jefe de Estado, pues, al ser la decisión de inconstitucionalidad de carácter político, estos conflictos deben ser resueltos en sede política y no judicial. Lo anterior se relaciona con que, para este último autor, el jefe de Estado, esto es el soberano, tiene la misión de preservar la unidad del Estado, siendo ésta su misión principal. Los conflictos políticos que se promueven entre “amigos y enemigos”, en que la unidad es puesta en riesgo, deben ser solucionados por el soberano, decidiendo así las controversias constitucionales.

De este modo, puede concluirse que “la defensa de la Constitución” para Schmitt es un concepto totalmente distinto al de Kelsen, pues ésta, según el primero,

se relaciona con aquellos aspectos que implican la decisión sobre la misma aplicabilidad de la Constitución. Se refiere a aquellos casos en que debe decidirse si la Constitución debe aplicarse o suspenderse, y por tanto alude a decisiones tales como la declaración de guerra, conclusión de la paz, disolución del parlamento, etc. Kelsen, en cambio, entiende la “defensa de la constitución” en su significado tradicional de control constitucional, y por tanto se relaciona con los actos del Estado que contradicen la Constitución, sea por defectos en el procedimiento con que fueron dictados dichos actos, o por su contenido, y por ello señala que: “La tesis de que *sólo* el Presidente del Reich sea el defensor de la Constitución puede lograr una aparente justificación únicamente si al concepto de <defensor de la Constitución>- es decir, el órgano que ha de asegurar la constitucionalidad de determinados actos del Estado, en cuanto que ha de reaccionar de una determinada manera contra los violadores de la Constitución- se le confiere una significación que nunca estuvo ligada a ese término y a la que nunca debe ligarse, en el caso de que el *Presidente de Reich*, como defensor de la Constitución, deba ser contrapuesto a un *Tribunal constitucional* [...]”⁶⁷.

Según Kelsen, lo que Schmitt concibe como “defensa de la Constitución” no es tal, sino que consiste más bien en la “realización de la Constitución”, razón por la cual más adelante afirma que: “[...] Carl Schmitt, en el concepto de defensor de la Constitución que utiliza, abarca otras funciones totalmente diversas a la de control de constitucionalidad, poniendo el acento precisamente en aquellas que no lo son.”⁶⁸

Es también consecuencia de lo anterior que, de acuerdo a los conceptos de Kelsen, las violaciones a la Constitución que son protegidas por medio del control constitucional, provienen de actos de los poderes del Estado que pueden tener su origen en el jefe de Estado, lo cual no puede ser considerado por Schmitt pues es el jefe de Estado su defensor.

⁶⁷ *Op. Cit.* p. 69.

⁶⁸ *Op. Cit.* p. 71.

REVISIÓN JUDICIAL Y LA RAZÓN PÚBLICA

Por su parte John Rawls ha tratado el tema de la revisión judicial desde su “Liberalismo Político”, al respecto es esencial en esta materia el concepto de “Razón Pública”. A este concepto se le atribuye el fundamento último del control constitucional. Para un acercamiento al concepto de Razón Pública cabe recordar que, para la teoría rawlsiana, es primordial para la estabilidad de una sociedad justa de cooperación que exista un consenso traslapado de doctrinas sobre aquello que se conoce como la base pública de justificación sobre cuestiones políticas fundamentales. El contenido de este acuerdo (sobre la concepción política de la justicia), es el contenido de lo que se denomina Razón Pública.

Para conceptualizar a la Razón Pública cabe señalar que, para Rawls, toda asociación o conjunto de individuos tiene una manera de organizarse mediante la cual planea su futuro y establece parámetros para juzgar el pasado, lo que denomina su razón. La razón específicamente pública es la razón de los ciudadanos que, como cuerpo colectivo, dan origen a una sociedad democrática. A través de la Razón Pública los ciudadanos hacen valer los preceptos y derechos establecidos en la Constitución, que expresan los principios de justicia como imparcialidad, estableciendo verdaderos límites al poder político, especialmente cuando éste, mediante la legislación, afecta materias referidas a elementos constitucionales esenciales y cuestiones de justicia básica.

Como se señalara en el capítulo anterior, una sociedad democrática constitucional requiere para lograr estabilidad y a fin de cuentas para que el ejercicio del poder político sea legítimo, de un acuerdo en materia política. A este acuerdo se le denomina también consenso traslapado de doctrinas comprensivas. El contenido de este acuerdo debe referirse a los elementos constitucionales esenciales y a las cuestiones de justicia básica.

Los elementos constitucionales esenciales comprenden diversas materias; en primer lugar, la estructura institucional básica del Estado y su sistema político y; en segundo lugar, el establecimiento de los derechos individuales. La estructura institucional requiere de la división característica en los tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, junto a sus implicancias para un sistema democrático. Por su parte, el establecimiento de los derechos individuales requiere el reconocimiento de libertades como la de expresión, conciencia, reunión, etc. y de derechos como el de sufragio, igualdad para optar a cargos públicos, entre otros. En cuanto a las cuestiones de justicia básica cabe remitirse al concepto de justicia como imparcialidad, clave en la teoría de Rawls, y a la figura representativa de la “posición original”, ya desarrolladas extensamente el primer capítulo.

Cabe concluir por tanto que no toda razón que guía al conjunto político de una sociedad es propiamente Razón Pública, sino que el concepto se limita sólo a la organización de una sociedad democrática, de justa cooperación. Asimismo, dentro de la categoría de sociedad democrática, cabe recordar que es esencial que se hayan adoptado los principios de la justicia como imparcialidad, tratados previamente, junto a sus consecuencias para el campo de la política.

La Razón Pública que debe guiar a los ciudadanos al tratar materias políticas, es un límite que se justifica a fin de cuentas porque sólo de esta manera se asegura el consenso traslapado de doctrinas comprensivas que permite la existencia del liberalismo político. En materia ciudadana la Razón Pública se expresa en el “principio o deber de civildad” que obliga a los ciudadanos a votar y expresarse en el foro público, cuando las elecciones y el debate se refieran a los elementos constitucionales esenciales y a los asuntos de justicia básica, conforme a lo razonable, de manera tal que puedan explicarse y llegar a acuerdos conforme a la justicia. Es este el contenido de la ciudadanía democrática; de la relación entre los individuos cuando en materia política han adoptado un consenso traslapado y cuando la democracia es producto de una relación entre ciudadanos. Cabe señalar que la adopción de la Razón Pública y, por tanto, el cumplimiento del deber de civildad, se debe a que los ciudadanos la han incluido mediante sus propias doctrinas razonables. Para ello se requiere recordar que

las doctrinas razonables son aquellas que, independientemente de las materias que abarquen, adoptan en materia política el acuerdo propio del liberalismo político, ya explicado en el capítulo anterior. Es por ello que el cumplimiento del principio de civilidad no se impone, sino que se deriva de las propias doctrinas a las que suscribe el ciudadano. No se trata de un *modus vivendi*, como acuerdo de convivencia, sino que el cumplimiento se debe a la propia adopción y creencia sobre la propia doctrina razonable.

La Razón Pública limita por tanto a los ciudadanos, pero también a los poderes estatales. Se aplica al Poder Legislativo y al Ejecutivo en todas sus decisiones políticas, pero especialmente vincula al Poder Judicial a través del ejercicio de la facultad del control constitucional, siendo esta última la problemática que nos convoca. En sus palabras: “Se aplica también, de manera especial, al Poder Judicial y, sobretodo, a la Suprema Corte, en una democracia constitucional donde existe la revisión judicial en todas las instancias.”⁶⁹.

Cabe recordar que en el sistema norteamericano la revisión judicial le corresponde a la Corte Suprema, por el contrario en el sistema europeo esta facultad es privativa del Tribunal Constitucional. No obstante, para efectos del rol de la Razón Pública en el control constitucional ello es irrelevante, siendo aplicable a ambos sistemas.

Así la Corte Suprema, a través del control constitucional, expresaría la Razón Pública de manera paradigmática. Ello debido a que los jueces al resolver todo tipo de litigio, y en especial el contencioso constitucional, están obligados a fundamentar sus decisiones por su deber de motivación. Este deber implica la exigencia profesional de tener una comprensión cabal de materias jurídicas, tales como las constitucionales. Ello no ocurre en materia legislativa ni ejecutiva, por lo que la jurisdicción se transforma así en la expresión de la Razón Pública. Es por ello que Rawls afirma que: “Esto es así porque los jueces deben explicar y justificar sus decisiones basados en su conocimiento y comprensión de la Constitución y de los estatutos y casos precedentes.

⁶⁹ *Op. Cit.* RAWLS, John. Liberalismo Político. p. 207.

Como los actos de los poderes Legislativo y Ejecutivo no necesitan justificarse de esta manera, el papel especial de la Suprema Corte constituye el más claro ejemplo de la Razón Pública aplicada.”⁷⁰.

Los fundamentos tras los argumentos de Rawls, que a su vez fundamentan el propio control constitucional, se remiten a los denominados “principios del constitucionalismo” que agrupa en cinco apartados diversos. En primer lugar, se refiere a la distinción, propia de Locke, entre el poder constituyente del pueblo y el poder ordinario. El poder constituyente es aquel que establece los lineamientos de un nuevo orden, guiando así el actuar posterior del poder ordinario, cuando el régimen anterior ha socavado. En segundo lugar, distingue entre la ley ordinaria, propia del Poder Legislativo como poder ordinario, y la ley más alta, que es la expresión del poder constituyente. Luego reconoce a la Constitución como la ley más alta, y en un cuarto lugar, agrega que en ésta se determinan los elementos constitucionales esenciales mediante su declaración de derechos. Finalmente, el último principio se refiere a la exigencia de separación de poderes conjuntamente al ideal de que el poder supremo se ejerce en una relación de las tres ramas y no radica exclusivamente en una de ellas.

En base a estos principios del constitucionalismo, Rawls construye su teoría de la democracia constitucional dualista, basada en la distinción entre dos tipos de legislaciones. La primera de ellas es la ley más alta del pueblo, que se expresa en la Constitución y que es reflejo del poder constituyente. El segundo tipo de legislación es la ley ordinaria, que emana de los cuerpos legislativos como expresión del poder ordinario. Tanto por su relación jerárquica como por su mayor legitimidad, la ley ordinaria debe respetar y adecuarse a los preceptos de la ley más alta. Uno de los mecanismos a través de los cuales se garantiza la ley más alta expresada en la Constitución es el establecimiento del control constitucional vía revisión judicial.

Bajo el concepto de democracia dualista la “objeción contramayoritaria” no tiene cabida, pues la revisión judicial se realiza a fin de resguardar la ley más alta, la cual tiene mayor legitimidad democrática que una ley ordinaria. Si la ley ordinaria intenta

⁷⁰ *Ibíd.*

afectar o modificar la ley más alta, está afectando a la mayor expresión de la democracia, por lo que la “objeción contramayoritaria” pierde todo sentido. Así para Rawls, no obstante que una ley ordinaria provenga del Poder Legislativo, que en principio es la institución más democrática en su conformación, y que sus actos sean aprobados por una mayoría; estos no pueden contravenir la Constitución, que es la expresión del ideal político del pueblo.

Rawls rechaza así la supremacía parlamentaria, sustituyéndola por la supremacía constitucional, aludida y explicada anteriormente para referirnos a la idea de “legislador negativo”. De este modo, el control constitucional constituye una garantía para la Constitución y el ejercicio del poder constituyente, debido a que de esta manera se evita que las mayorías transitorias y los ideales políticos temporales puedan afectar los principios consagrados en la Constitución.

La Corte Suprema, al resolver conflictos constitucionales, debe utilizar como referentes los preceptos de la Razón Pública. Así, Rawls salva la “objeción contramayoritaria” señalando que la Corte Suprema, en el control constitucional, utiliza como parámetro el acuerdo político sobre los elementos constitucionales esenciales, que no es más que el contenido de la Razón Pública, y por ello afirma que: “La Suprema Corte no es antimayoritaria respecto de la ley más alta cuando sus decisiones concuerdan razonablemente con la Constitución misma, con las enmiendas que se le hayan hecho y con las interpretaciones de ella que se hayan ordenado políticamente.”⁷¹

De esta manera, la facultad de revisión judicial junto al hecho de que los magistrados de la Corte Suprema tengan la obligación de fundamentar sus decisiones, convierte a la Judicatura en el poder político que debe llegar a la más óptima interpretación de la Constitución. Para estos efectos, y tal como se extrae de la cita, deben recurrir no sólo al texto constitucional, sino también a las prácticas y políticas constitucionales históricas que le anteceden. A fin de cuentas ello implica que deben

⁷¹ *Op. Cit.* p. 222.

utilizar como parámetro a la Razón Pública, pues es ésta la mejor interpretación posible.

Es en este punto donde se puede vislumbrar el hito más extremo en la aplicabilidad de la Razón Pública; porque aquí Rawls asevera que una enmienda a la Constitución que se contrapone a los preceptos de la Razón Pública, no obstante sea aprobada por el quórum necesario, no es válida. La algidez de su teoría niega aquí cualquier fundamento de la “objeción contramayoritaria” cuando puedan verse afectados los derechos y libertades básicos expresados en la Constitución. De esta manera asevera que, ante tal enmienda, la Corte Suprema debe pronunciarse rechazando dicha reforma y denunciando su invalidez, argumentado para ello que es contraria a la Razón Pública.

Es por ello también que la Suprema Corte es una entidad ejemplar de la Razón Pública, pues al resolver el contencioso constitucional ocupará un lugar esencial en la discusión política, de manera que los demás poderes del Estado y los ciudadanos en el foro público deberán también utilizar los límites de la Razón Pública al discutir conflictos tan relevantes en los que se ven envueltos los elementos constitucionales esenciales. Es aquí por tanto donde se expresa más intensamente el principio de civilidad y confluyen, en la discusión política, todos los poderes del Estado, cumpliendo un rol esencial el Poder Judicial que, a través de la Corte Suprema, debe expresar y guiarse por la Razón Pública al fundamentar sus decisiones.

Así, de acuerdo a la teoría de Rawls, los verdaderos límites a la política, y por tanto a la democracia, están dados por su concepto de Razón Pública, la que constituye el fundamento último del control constitucional, como garantía a su respecto. Es por ello que una enmienda contraria a la Razón Pública no podría ser una ley válida, sino que, en caso de que esto efectivamente ocurra, se transformaría más bien en una revolución o un derrumbe constitucional. En sus palabras: “De suceder eso, si se derogaran- y no es concebible que el ejercicio del poder político tomara ese sesgo-, ello equivaldría a un derrumbe constitucional, o a una revolución en el sentido propio de la palabra, y no a una enmienda válida de la Constitución. La práctica con éxito de

sus ideas y principios durante más de dos siglos colocan las restricciones sobre lo que ahora puede considerarse enmiendas constitucionales, cualquiera que haya sido la verdad al respecto, al principio de la vida constitucional.”⁷².

Ante ello no cabe más que concluir que el concepto de “democracia constitucional dualista” de Rawls, al incluir a la Razón Pública, se diferencia del concepto tradicional que utilizan otros autores. Ello en cuanto a que por sobre la ley ordinaria, e incluso sobre la ley más alta, se ubica la Razón Pública manifestada por los ciudadanos en el “principio de civilidad” y especialmente en la Suprema Corte al ejercer el control constitucional. En este último caso la jerarquía se hace patente al permitir que la Razón Pública se imponga incluso ante enmiendas constitucionales.

⁷² *Op. Cit.* p. 227.

UNA LECTURA MORAL DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

Ronald Dworkin ha diseñado una solución a la problemática que subyace al control constitucional en su artículo titulado “La lectura moral y la premisa mayoritarista”⁷³. Inicia el texto asumiendo que la revisión judicial que realiza la Corte Suprema en el modelo norteamericano ha sido objeto de profundas críticas respecto a su legitimidad. Ello en cuanto se ha sostenido que tal revisión tendría el carácter de antidemocrática y por tanto atentaría contra la voluntad de la mayoría. Así se afecta la soberanía del propio pueblo al dejar que, en última instancia, sea una elite de jueces quienes tomen decisiones de carácter constitucional y que por tanto comprometan cuestiones fundamentales de moral política. En consecuencia Dworkin reconoce la “objeción contramayoritaria” como uno de los principales problemas que enfrenta el control constitucional de las leyes.

Para salvar tales críticas Dworkin, a diferencia de otros autores, propone volver la atención hacia el concepto de democracia en que se fundan tales argumentos. El autor se vuelca hacia este concepto para solucionar la “objeción contramayoritaria” y así dejar entrever cuál es el sentido o valor que la fundamenta y legitima como la mejor forma de gobierno. En un análisis del concepto logra distinguir entre dos diversas tipologías de la democracia: la “democracia mayoritaria” y la “democracia constitucional”, esta última propia de Estados Unidos.

La democracia mayoritaria es aquella que se funda en la “premisa mayoritarista”, según la cual el valor de la democracia radica en que las decisiones adoptadas por el proceso político se basan en que la mayoría de los ciudadanos han manifestado su voluntad conforme a ella. Luego, toda decisión adoptada conforme a la regla de la mayoría sería justa sin importar el resultado específico de la misma. En sus palabras: “Ésta es una tesis sobre los *resultados* justos del proceso político: insiste en

⁷³ DWORKIN, Ronald. La Lectura moral y la premisa mayoritarista. En: HONGJU KOH, Harold y SLYE, Ronald (compiladores). Democracia deliberativa y derechos humanos. Barcelona, Gedisa, 2004.

que los procedimientos políticos deberían ser diseñados para que, por lo menos en las cuestiones importantes, la decisión alcanzada sea la que favorece a una mayoría o pluralidad de ciudadanos, o que hubiere favorecido a esa mayoría si se hubiere tenido la información adecuada y el tiempo suficiente para reflexionar.”⁷⁴. Bajo la democracia mayoritaria toda invalidación de una norma, adoptada por un órgano estructurado conforme a la premisa mayoritarista, por un tribunal conformado por jueces no elegidos democráticamente, implica una afectación a la misma y la “objeción contramayoritaria” tiene completa cabida.

Por su parte la democracia constitucional o concepción constitucional de la democracia, pese a que no rechaza la “premis mayoritarista”, no considera que ésta sea su elemento definitorio, sino que por el contrario, alude a que el valor o sentido de la democracia se basa en la consideración de los individuos bajo un estatus igualitario. De esta manera, los procesos políticos justos se vinculan con que las decisiones adoptadas se sustenten en esta consideración igualitaria de los ciudadanos. Es por ello que señala: “[...] la concepción constitucional requiere estos procedimientos mayoritarios como resultado de su consideración por el estatus igual de los ciudadanos, y no por estar comprometida con el ideal de la regla de la mayoría.”⁷⁵. Bajo esta perspectiva el control constitucional, pese a no ser una decisión adoptada por un organismo estructurado conforme a la premisa mayoritaria, no se opondría a la esencia de la democracia al fomentar el respeto por el estatus igual de los ciudadanos. Es por ello que: “Cuando las instituciones mayoritarias proveen y respetan las condiciones democráticas, entonces el veredicto de estas instituciones debería ser aceptado por todos por esa razón. Pero cuando no lo hacen, o cuando no las proveen o respetan suficientemente, entonces no pueden objetarse, en nombre de la democracia, otros procedimientos que protejan y respeten mejor esas condiciones.”⁷⁶

Para fundamentar esta distinción entre democracia mayoritaria y democracia constitucional, Dworkin alude a tres ideales políticos o virtudes revolucionarias: la

⁷⁴ *Op. Cit.* p. 116.

⁷⁵ *Op. Cit.* p. 117.

⁷⁶ *Ibid.*

libertad, la igualdad y la fraternidad, bajo su versión de comunidad. Mediante este análisis intenta determinar cuál de las dos concepciones de la democracia se ajusta más a ellas, para así justificar su adopción a la democracia constitucional. Para un acercamiento a la forma en que estos ideales políticos se relacionan con ambos tipos de democracia, Dworkin distingue entre una lectura estadística y una comunal de la acción colectiva política. La lectura estadística concibe a la democracia como la relación entre el individuo y su voto particular con el gobierno. En cambio la lectura comunal pone énfasis en la figura del pueblo quien, mediante la expresión política, se relaciona como conjunto ciudadano con sus gobernantes. Así, esta última lectura apela a la figura de un “nosotros, el pueblo” que, mediante la estructura institucional, se manifiesta democráticamente.

Inicia su análisis explicitando que la crítica al control constitucional, como antidemocrático, se funda en que la revisión judicial de la legislatura atentaría contra la libertad al sustraer de la decisión de la mayoría cuestiones esenciales para la comunidad. Al respecto, especifica que la libertad a la cual se hace referencia sería la libertad positiva, como autogobierno, en contraposición a las libertades negativas de los modernos, como espacio de no interferencia. La libertad positiva de autogobierno implica que la comunidad, para ser libre, debe poder autodeterminarse como pueblo, para lo cual es esencial que sea ésta quien determine la legislatura a regir en un Estado democrático. Esta libertad positiva sólo tiene sentido bajo la lectura comunal de la acción política, es decir, en la perspectiva que adopta a toda la ciudadanía en relación con sus gobernantes, puesto que bajo una mirada estadística o individual la propia premisa mayoritaria, al someter a todos a la regla de la mayoría, atentaría con la libertad positiva del individuo. Bajo una mirada estadística, el control constitucional propende a la libertad positiva del individuo al invalidar decisiones políticas que sean atentatorias a sus derechos individuales como espacio de no interferencia.

En consecuencia, la afectación de la libertad, que implica el control constitucional, sólo tiene sentido bajo la perspectiva de que el afectado es el “nosotros, el pueblo” al que se le ha limitado su capacidad de autodeterminación. No obstante, continúa el autor, para que exista esa comunidad que desea autogobernarse es

necesario que los ciudadanos que la componen, considerados individualmente, tengan cierta pertenencia moral con el “nosotros, el pueblo”. La pertenencia moral sólo se producirá allí donde existan ciertas condiciones que la hagan posible. Estas condiciones son las que caracterizan a la democracia constitucional, en contraposición a la democracia mayoritaria. Las condiciones antedichas se refieren a aquellas históricas de límites de territorialidad y también aquellas denominadas relacionales, que se refieren a los derechos de participación política, al establecimiento del sufragio universal, la libertad de expresión, preocupación por las minorías y sus necesidades, etc. A fin de cuentas la mayoría de estas condiciones se refieren a derechos individuales que son respetados en la democracia constitucional, pues se protegen ante las decisiones de la mayoría.

Con respecto al principio de igualdad, especifica que la única igualdad que puede estar comprometida en el control constitucional es la igualdad política, ya que la económica está fuera del alcance de estas materias. Al respecto, señala que nuevamente sólo bajo la lectura comunal es posible que la igualdad política se vea afectada pues en una mirada estadística el efecto de un voto, individualmente considerado, es insignificante, por lo que el efecto de la revisión judicial también es de tal carácter. Por el contrario, bajo la perspectiva comunal, la igualdad política se ve comprometida debido a que ella estará presente cuando los ciudadanos sean quienes determinen el comportamiento del gobierno. En sus palabras: “La igualdad política se da cuando el pueblo regula la actividad de sus funcionarios, en última instancia, y no viceversa.”⁷⁷. No obstante, bajo esta perspectiva la igualdad política se traduce en el derecho de autodeterminación de los pueblos que no es más que la concreción de la libertad positiva, por lo que es posible aplicar los mismos argumentos ya argüidos con anterioridad. Es por ello que aquí también la democracia constitucional, con sus presupuestos de aplicabilidad, satisface mejor el principio de igualdad política.

Finalmente, en cuanto al principio de fraternidad como comunidad, Dworkin lo identifica con la democracia deliberativa, es decir, con aquel gobierno donde los ciudadanos se encuentran activamente comprometidos con el proceso político. Para

⁷⁷ *Op. Cit.* p. 130.

ello se requiere que existan las oportunidades de discusión pública donde los individuos puedan manifestarse en el discurso político. De esta manera, el control constitucional, al verificarse dentro de las paredes de un tribunal, limitaría el espacio público de discusión que permite a la ciudadanía comprometerse según el principio de comunidad. Sin embargo, señala Dworkin, no existe la seguridad que esa discusión se realice más fructuosamente en el parlamento, sino que por el contrario, el ambiente que rodea a la decisión judicial es propicio para ese tipo de foro público. Al respecto señala: “La calidad de la discusión podría ser mejor, y sus contribuciones podrían ser más auténticamente deliberativas y estar guiadas por un espíritu público, en un debate público general que preceda o siga a una decisión judicial que en la batalla política que culmina en el voto en la legislatura o en un referéndum.”⁷⁸. Es por estas razones que aún el principio de comunidad podría reflejarse en una democracia constitucional donde esté establecido el control constitucional.

En consecuencia una democracia constitucional, propia de Estados Unidos y de su jurisprudencia, es aquella que, pese a no rechazar la premisa mayoritaria, se basa en la existencia de ciertos derechos individuales concebidos como “cartas de triunfos políticos en manos de los individuos”. Tales derechos no pueden ser invalidados por decisiones adoptadas conforme a la regla de la mayoría, para lo cual el control constitucional es fundamental como forma de garantía.

De esta manera defiende el control constitucional ante la “objeción contramayoritaria”, pero aún más defiende una manera especial de interpretación de la Constitución, siendo esta la lectura moral de la misma. La lectura moral se basa en la observación de que en las diversas constituciones se alude, mediante cláusulas abstractas, a ciertos derechos individuales. Estas cláusulas, bajo una lectura moral, deben interpretarse considerando los principios que aluden finalmente a un concepto de justicia. Ello se condice con su concepción del sistema jurídico como conjunto de normas, reglas sociales y principios, al que nos referimos en el primer capítulo. Ello pues, al reconocer la textura abierta del derecho y la inclusión de principios morales al ordenamiento jurídico, el juez, tanto en el caso particular como en el control

⁷⁸ *Op. Cit.* p. 131.

constitucional, debe otorgar una solución jurídica al conflicto mediante la remisión a tales principios, lo que en el derecho constitucional recibe el nombre de lectura moral de la Constitución.

La lectura moral, que ha inspirado la jurisprudencia constitucional norteamericana desde “Marbury vs. Madison”, “[...] incorpora la moralidad política al corazón del derecho constitucional”⁷⁹. Esta forma específica de interpretar la Constitución ha sido según Dworkin una práctica constitucional histórica en Estados Unidos, que sin embargo ha sido duramente criticada por la teoría constitucional. Estas críticas se han dirigido principalmente al carácter antidemocrático de la lectura moral, aludiendo a que se entregaría en manos de una elite, en este caso los jueces, cuestiones tan importantes como las que dicen relación con la interpretación de la Constitución y la determinación de la moralidad política.

Así nuevamente las críticas se relacionan con el carácter antidemocrático de ciertas prácticas constitucionales, frente a lo cual Dworkin responde en la misma línea de argumentación anteriormente explicada cuando nos referimos a la “objeción contramayoritaria”. Ello consiste en proporcionar un concepto de democracia constitucional que compatibilice tanto al control constitucional como a la lectura moral de la Constitución con la democracia.

Asimismo, defiende la lectura moral frente a sus críticos señalando que ésta no consiste simplemente en que los jueces puedan incorporar convicciones personales en su lectura de la Constitución. La lectura moral no consistiría en aquello, sino que alude a la incorporación de principios morales de justicia política que tiene como limitación: por una parte a la historia constitucional y por otra al requisito de integridad. En cuanto a la historia, la lectura moral de la Constitución debe considerar la redacción original de los textos, los principios en que se inspiraron los legisladores, como también las prácticas constitucionales que le siguieron, ello pues el derecho está anclado en la historia y la prácticas constitucionales posteriores.

⁷⁹ *Op. Cit.* p. 102.

La integridad, por su parte, es un límite tanto para los jueces en el control constitucional y la lectura de la Constitución, como también para los legisladores. Este requisito debe entenderse como una exigencia de coherencia de todo el sistema jurídico teniendo presente la totalidad de su estructura, pues los jueces deben interpretar considerando a la Constitución como un todo, así como deben considerar los precedentes jurisdiccionales. En este sentido, también apela a la buena fe interpretativa, y es así como señala que: “La lectura moral les pide que encuentren la mejor concepción de los principios morales constitucionales, el mejor entendimiento de lo que la igualdad de estatus moral de hombres y mujeres realmente requiere; por ejemplo, que encaje con el amplio relato de los antecedentes históricos de Estados Unidos.”⁸⁰

De esta manera, Dworkin defiende una concepción de democracia constitucional que resguarde los derechos individuales entendidos como “cartas de triunfos políticos de los individuos”. Para ello, un mecanismo de resguardo es el control constitucional, el cual no representa peligro para la democracia, pues a ésta la entiende desde una concepción constitucional fundada en la equidad y no según la premisa mayoritaria en base a la regla de la mayoría. Así también la lectura moral de la Constitución tampoco constituiría una práctica antidemocrática, sino una práctica acorde con una democracia constitucional como la de Estados Unidos que protege ante todo los derechos de los individuos. Cabe recordar aquí al “Juez Hércules” al que alude Dworkin en su concepto de derecho ya abordado en el primer capítulo, respecto del cual señala: “Cuando [Hércules] interviene en el proceso de gobierno para declarar inconstitucional algún estatuto u otro acto del gobierno, lo hace al servicio de su juicio más concienzudo acerca de qué es en realidad la democracia y qué quiere decir en realidad la Constitución, madre y guardiana de la democracia.”⁸¹.

Así, es posible concluir que un concepto de justicia atraviesa toda la teoría de Dworkin, y es así como la equidad y la justicia, en tanto principios morales, juegan un rol legitimador de toda acción política, razón por la cual se opone al escepticismo

⁸⁰ *Op. Cit.* p. 111.

⁸¹ DWORKIN, Ronald. El imperio de la justicia. Barcelona, Gedisa, 1988. p. 280.

moral. Estos conceptos se han definido y desarrollado a lo largo de toda su bibliografía, tales como sus textos “Los derechos en serio” y “El imperio de la justicia”.

LOS DERECHOS INDIVIDUALES COMO FUNDAMENTO ÚLTIMO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

Tratados los principales fundamentos asociados al establecimiento del control constitucional, cabe hacer referencia al fundamento que sin lugar a dudas es el más popular y que, en cierta medida, abarca a todos los demás, siendo éste la protección de los derechos fundamentales como objetivo de la revisión judicial. En cierta medida la apelación a los derechos fundamentales es una unidad común a todo este capítulo ya que, sea que se traduzca en la supremacía de la Constitución o a la apelación a una Razón Pública, los derechos individuales parecieren trascender a todos estos argumentos como los verdaderos legitimadores de la anulación de la legislación por parte de un tribunal.

Pese a que los inicios del reconocimiento de los derechos fundamentales se remontan a las declaraciones de derechos francesa y norteamericana del siglo XVIII, estos fueron objeto de profundos avances en el siglo XX, a causa de las guerras propias de dicho siglo. Especial relevancia tiene el surgimiento extraordinario de los derechos humanos, tanto como rama dentro del estudio de la disciplina del derecho, como también por la adopción que de éstos se hiciera en innumerables tratados internacionales, materializando así la responsabilidad del Estado. Un avance importantísimo en este ámbito ha sido el establecimiento de tribunales internacionales para hacer valer la responsabilidad estatal en materia de afectación de derechos humanos.

Por su parte el Derecho Constitucional absorbió tales avances en la propia concepción sobre la Constitución como cuerpo regulatorio. Si en sus inicios el establecimiento de una Constitución implicaba una regulación de los poderes públicos, actualmente es inevitable la inclusión en ésta de un catálogo de derechos. Así, se ha hecho común la distinción entre una parte orgánica de la Carta Fundamental, que se encarga de la regulación de los tres poderes y sus diversas instituciones autónomas, y

una parte dogmática, que reconoce un listado de derechos individuales como inherentes a los individuos.

Asimismo la parte dogmática de la Constitución ha adoptado un protagonismo fundamental, en cuanto a que tales derechos se conciben como el fundamento último de la propia unidad estatal. El reconocimiento y el resguardo de los derechos individuales fundamentan el establecimiento del Estado y los poderes públicos, así la organización institucional se debe a que representan una instancia necesaria para que la positivización de los derechos se transforme en la real garantía del individuo frente al Estado y frente a la sociedad. Consecuentemente con lo anterior la parte orgánica de la Constitución debe seguir como principio rector el respeto, garantía y promoción de los derechos fundamentales.

Conforme al desarrollo de los derechos humanos en tratados internacionales, la Constitución se adecua a estos avances en materia de Derecho Público Internacional, incluyendo ciertas normas que se conectan con las fuentes internacionales. Se establecen mecanismos para incluir dentro del ordenamiento nacional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y así pasan a transformarse en leyes nacionales siendo aplicables por los órganos al interior de la realidad nacional. Al respecto, ha surgido bastante controversia en cuanto a si esta adaptación se produce automáticamente o si se requiere de un procedimiento que haga efectiva la intromisión al ordenamiento jurídico nacional. Generalmente se ha adoptado esta segunda alternativa en la regulación constitucional, lo que a su vez ha puesto en discusión si en caso que ello no ocurriera sería posible hacer efectiva una verdadera responsabilidad del Estado por omisión.

En todos estos avances se percibe que la doctrina actual en materia de derechos individuales no sólo reconoce a éstos como inherentes a la persona, sino que ello se traduce en que se conciben como anteriores a toda unidad política, por lo que el Estado, y la Constitución, sólo los reconocen. Asimismo este reconocimiento no es necesario para la apelación a los derechos humanos, ya que la propia existencia del individuo lo habilita como titular de éstos. La concepción de los derechos como

verdaderas “cartas de triunfo” ante el Estado se ha posicionado así en la doctrina constitucional.

Además de señalar el desarrollo de la doctrina constitucional en materia de derechos humanos, cabe mencionar que si durante la Revolución Francesa el principal temor se refería a los potenciales abusos de la judicatura al individuo, actualmente denominados afectación a los derechos, hoy, debido a los acontecimientos históricos del siglo XX, este temor se ha dirigido principalmente a la acción legislativa y a los posibles abusos del poder político.

Todos estos antecedentes de cierta manera permiten explicar la vigencia e importancia del análisis del control constitucional. Ello pues su establecimiento no sólo ha implicado una discusión en tanto reestructuración institucional, sino que ha puesto sobre el tapete todo el desarrollo en materia de derechos fundamentales.

En este escenario el control constitucional se fundamenta en la protección de los derechos individuales ante posibles afectaciones de los poderes estatales. La declaración de inaplicabilidad de una norma atentatoria de los derechos permite hacer realidad el respeto de los mismos, agrupándose, entre otros, junto con los recursos judiciales como verdaderos mecanismos que permiten que la positivización de los derechos no se transforme sólo en un catálogo escrito, sino que se traduzcan a la realidad.

Tal como se ha señalado a lo largo de esta presentación, el establecimiento del control constitucional dio paso a profundas críticas agrupadas en el concepto de “objeción contramayoritaria”. No obstante, la apelación a la protección de los derechos fundamentales como fundamento último del control constitucional pareciere, en cierta medida, salvar esta objeción. Ello en cuanto a que, concebidos los derechos como anteriores a toda organización política, la democracia, como forma de gobierno, se encuentra subordinada a sus propios orígenes.

Si la democracia, junto a toda la conformación estatal, está destinada a la promoción y protección de los derechos fundamentales, el establecimiento del control constitucional está conforme con la propia democracia, y la “objeción contramayoritaria” pierde todo sentido. Por el contrario, la revisión judicial se encuentra en la misma línea que la democracia, son mecanismos destinados a que la unidad estatal cumpla con su principal objetivo y fundamento. Desde esta perspectiva el control constitucional refuerza el ideal de la democracia, siendo éste, el reconocimiento y protección de los derechos del individuo.

En cuanto a que sean los tribunales los encargados de hacer efectivo el control constitucional, cabe señalar que dentro del esquema institucional la judicatura pareciere ser la más apta para tal labor. Ello en cuanto a que, tal como señalamos previamente, el momento histórico actual los ubica como los mejores protectores ante el peligro, y también porque su funcionamiento característico, en base a un conflicto particular, les permite conocer el conflicto mediante el impulso del propio afectado, es decir, el individuo al cual se le han desconocido sus derechos individuales.

CAPÍTULO III. MÁS ALLÁ DE LA OBJECIÓN CONTRAMAYORITARIA

*En cada hombre hay algo sagrado.
Pero no es su persona.
Tampoco es la persona humana. Es él, ese hombre, simplemente.*

*Simone Weil.
La personne et le Sacré, 1950.*

El tercer y último capítulo de esta investigación constituye una recopilación de diversas teorías que, pese a ser extremadamente diversas entre sí, tienen en común una visión no tradicional ante el conflicto existente entre la política y el derecho que trasciende al establecimiento de la revisión judicial en el ordenamiento constitucional.

La ubicación de este capítulo al final de la investigación se debe a que de cierta manera estas teorías constituyen un enfrentamiento, o una alternativa, ante la visión tradicional desarrollada en el capítulo II. En efecto, los fundamentos del control constitucional desarrollados en el capítulo precedente justifican el establecimiento de la revisión judicial de los actos legislativos en base a diversos argumentos que tienen en común dar primacía al derecho ante la contingencia de lo político. Revistiendo la forma de normas comunes o blindado bajo la denominación de derechos fundamentales; el derecho define lo que es legítimo por sobre la contingencia de la actividad política, en este sentido el control constitucional se reconoce como la herramienta para institucionalizar esta primacía.

La objeción contramayoritaria fue tempranamente acallada por los sólidos argumentos planteados por los defensores del control constitucional. Sin embargo, las posturas críticas al establecimiento irreflexivo del control constitucional no se reducen a la objeción contramayoritaria, sino que por el contrario, comprenden una amplia gama de diversas teorías que se revisarán a continuación.

Las diferencias entre estas visiones son profundas, en tanto que cada una de ellas se relaciona con tradiciones y doctrinas extremadamente contradictorias entre sí. No obstante, mantienen en común la postura de revitalizar la política ante la preeminencia del derecho según fuera expuesto en el capítulo anterior.

De esta manera, todas ellas comparten a su vez una tendencia a reafirmar cierta autonomía de la actividad política dentro de una organización social, en independencia del ordenamiento jurídico en particular.

EL ROL DEL CONTROL CONSTITUCIONAL BAJO LA DEFINICIÓN DE LO POLÍTICO DE CARL SCHMITT

LA POSTURA DE CARL SCHMITT

Carl Schmitt desarrolla su postura sobre el control constitucional en su libro “La Defensa de la Constitución”⁸², al mismo tiempo que analiza la Constitución de Weimar de la República Alemana. Luego de un análisis sobre las normas constitucionales alemanas vigentes, concluye que pese a que el control material de constitucionalidad de una norma, tal como lo conocemos, le compete a los tribunales, ello no se corresponde con una verdadera defensa de la Constitución.

Lo anterior, en tanto que el control judicial difuso que ejercen los tribunales mediante la dictación de una sentencia para el caso particular implica simplemente la subsunción de una norma general a una particular. Este ejercicio no comprende el verdadero sentido de una defensa de la institucionalidad que lleva implícito todo control constitucional como lo conocemos en la actualidad, en sus palabras; “[...] no es exacto decir que el juez que pronuncia el fallo ha «negado validez» a la ley que dejó de aplicarse; con mayor exactitud pudiera decirse que se trata de una «no aplicación de la ley» al proceso concreto objeto del fallo, que para las decisiones de otras instancias produce un efecto de precedencia más o menos calculable. Ante todo la justicia queda sujeta a la ley, pero por el hecho de situar la sujeción a la ley constitucional por encima de la sujeción a la ley simple, el poder judicial no se convierte en protector de la Constitución”.⁸³ Por el contrario, la defensa de la Constitución está dada por la mantención de la unidad del Estado ante situaciones que atenten contra ella. Al respecto, cobran vida las críticas al Parlamentarismo desarrolladas en su libro “Sobre el Parlamentarismo”⁸⁴, en las que, bajo la concepción del Parlamento como espacio del

⁸² SCHMITT, Carl. La defensa de la Constitución. Madrid, Tecnos, 1983.

⁸³ *Op. Cit.* p. 55.

⁸⁴ *Op. Cit.* SCHMITT, Carl. Sobre el Parlamentarismo.

pluralismo, éste se caracterizaría por una eterna discusión que dificulta la toma de decisiones políticas.

Bajo este escenario el Presidente del Reich debe tener las facultades necesarias para preservar la unidad del Estado cuando ésta se vea amenazada por la ingobernabilidad que le atribuye al Parlamentarismo. En este sentido hace referencia a las atribuciones establecidas en diversos articulados de la Constitución de Weimar, entre otras, la facultad para disolver el Parlamento y promover plebiscitos.

Bajo este análisis circunscrito a la normativa alemana de la República de Weimar está envuelta la postura doctrinaria de Carl Schmitt sobre el control constitucional. En efecto, más allá del establecimiento del Presidente del Reich como el defensor de la Constitución alemana según la legislación vigente en un momento histórico determinado, el autor postula que en todo ordenamiento debe ser el Poder Ejecutivo el encargado de defender la Constitución. Ello en tanto todo régimen político, y sobre todo el parlamentario, requiere de cierta institucionalidad que está dada por la necesaria unidad del pueblo en un Estado. Esta unidad sólo podrá ser efectivamente resguardada por la decisión fundamental que lleva implícita toda institucionalidad, es decir, la decisión política que distingue entre el amigo y el enemigo.

En este punto es necesario retomar la clásica concepción que de la política hace el autor ya tratada en capítulos anteriores, definiéndola como aquella decisión entre un nosotros-amigo y un otro-enemigo, que implica adicionalmente la exclusión de este último del espacio político. Esta decisión es específica y esencialmente política en tanto en ella se funda la tan anhelada unidad estatal, que tal como señalábamos constituye la base de toda institucionalidad.

Por su parte la soberanía radica en la facultad de adoptar la decisión específicamente política, cuyo punto más álgido se manifiesta en el estado de excepción. En sus propias palabras: “[...] el reagrupamiento humano *decisivo*, y como consecuencia de ello la unidad política, todas las veces que existe, es la unidad decisiva y “soberana” en el sentido de que la decisión sobre el caso decisivo, aun

cuando éste sea el caso de excepción, por necesidad lógica debe corresponderle siempre a ella.”⁸⁵

En consecuencia, bajo la teoría schmittiana, el soberano es quien decide sobre el estado de excepción en momentos de anormalidad, y defiende así la unidad estatal conjuntamente con la respectiva constitución, mediante su propia suspensión.

De acuerdo a esta concepción política decisionista, la decisión propiamente política constituye la categoría central de toda organización estatal. El ordenamiento jurídico se encuentra siempre sujeto a la decisión política en que se funda la institucionalidad, la que adopta la forma jurídica del estado de excepción. En esta concepción la voluntad política siempre supera toda forma jurídica, la decisión sobrepasa así a la norma y en definitiva la política tiene primacía por sobre el derecho. En este sentido el control constitucional, como institución regulada por el ordenamiento jurídico, es irrelevante y pierde todo sentido pues siempre podrá ser superado por la decisión propiamente política.

No obstante, es el propio ordenamiento jurídico el que lleva implícita esta superposición de la política mediante la figura del estado de excepción. Consecuentemente, es en el propio estado de excepción donde radica el poder soberano.

Según lo señalado previamente, para Schmitt, el soberano, quien adopta la decisión específicamente política y decide sobre el estado de excepción, debe ser el Presidente del Reich ya que es el órgano mejor capacitado para mantener y resguardar la unidad estatal. No obstante, cabe señalar que bajo los presupuestos políticos de Schmitt es irrelevante quién, bajo la normativa aplicable en un determinado momento histórico, es el llamado por la norma a adoptar esas decisiones, pues siempre la decisión política superará toda regulación mediante la figura del estado de excepción. De esta manera, bajo el esquema conceptual del autor no es posible distinguir entre

⁸⁵ *Op. Cit.* p.187.

tan diversas realidades políticas como son los distintos tipos de Estado y de gobierno (autoritario, democrático, parlamentario, monárquico, totalitario, etc.).

Esta indiferenciación no permite apreciar que entre esas diversas organizaciones políticas y sociales existen profundas diferencias en cuanto a su legitimidad, participación política de los ciudadanos, respeto a los derechos fundamentales, etc.

Esta crítica a la teoría schmittiana cobra aún mayor relevancia si se considera que su concepción de la política desestima la esperanza que ha guiado al Derecho Constitucional desde sus orígenes, siendo esta la posibilidad de regular mediante la adopción de una Constitución la actividad política resguardando así los derechos fundamentales.

Asimismo, desde otra perspectiva, anula también la ilusión de aquellos que ven en la política una actividad propiamente humana, una verdadera condición humana, derivada de la necesaria convivencia entre los hombres.

ENTRE EL AGONISMO Y EL CONTROL CONSTITUCIONAL

Según lo desarrollado en el primer capítulo de esta investigación, Chantal Mouffe ha adoptado la distinción schmittiana entre amigo y enemigo para definir lo propiamente político en su teoría del Agonismo. No obstante, arriba a conclusiones absolutamente diversas ya que concibe la posibilidad de que dentro de la sociedad convivan democráticamente fuerzas políticas en pugna, siempre que sean tratadas como adversarios legítimos y no como enemigos.

Para que la convivencia entre las fuerzas políticas en pugna en una sociedad sea democrática, se requiere mantener abiertos canales legítimos de comunicación para las constantes expresiones contrahegemónicas que, según su naturaleza política, se dirigen a destituir la hegemonía imperante en un momento histórico dado.

Conforme a lo anterior, los planteamientos de Mouffe se oponen al establecimiento de instituciones constitucionales o legales que dificulten la expresión y el normal desenvolvimiento del adversario legítimo dentro del escenario político. Por el contrario, el auténtico Agonismo que alimenta la democracia requiere que las pretensiones de las fuerzas políticas tengan espacios institucionalmente reconocidos donde puedan expresarse legítimamente, ya que en caso contrario lo harán por vías ilegítimas, destruyendo el pluralismo y las bases democráticas de la organización política de la sociedad.

Bajo este marco teórico toda institución mediante la cual se adopten decisiones propiamente políticas, mediante procedimientos no democráticos ni abiertos a la participación popular, se contradeciría con los principios configurativos de la teoría agonista.

Al respecto, el control constitucional pareciera formar parte de aquel grupo de instituciones que producen el efecto indeseado por el Agonismo, esto es, ahogar o desincentivar la expresión contrahegemónica de las distintas fuerzas políticas en pugna. Según el Agonismo, las decisiones y discusiones exclusivamente políticas, sobre la configuración del ordenamiento social, deben producirse en los parlamentos, ya que es la institución donde, idealmente, se encuentran representadas todas las fuerzas políticas existentes en una sociedad.

En este sentido, la revisión judicial de la legislatura implica que los espacios de discusión propiamente legislativos sean reemplazados por los de los órganos jurisdiccionales que ejercen el control constitucional. Ello en tanto que en los tribunales no están representadas todas las fuerzas políticas ya que no se trata de una institución de carácter político. Bajo estos presupuestos el control constitucional constituye un mecanismo ahogante e inhabilitante para el desarrollo del Agonismo.

En este punto cabe hacer referencia a la tensión constitutiva de la democracia liberal, la que Mouffe denomina “Paradoja Democrática”. Ésta consiste en la

irreconciliable tensión entre un gobierno con instituciones democráticas y el respeto a todo evento de los derechos individuales. Al respecto, y según lo ya demostrado en el segundo capítulo, el control constitucional pareciera responder a esa paradoja, dando así primacía a los derechos fundamentales.

Para Mouffe, por el contrario, la tensión es irresoluble pero asimismo es posible de estabilizar mediante vías institucionales de negociación entre las distintas fuerzas políticas, que a fin de cuentas culminarán en la imposición de cierta hegemonía, pero siempre de manera contingente dejando abierto el espacio de discusión y juego político.

Concluyentemente, de la postura del Agonismo ante la paradoja democrática se puede extraer también una postura ante la problemática que implica el establecimiento del control constitucional. En efecto, retomando la solución estabilizadora que propone el Agonismo, ante un conflicto político no caben limitaciones a la expresión democrática, sino que por el contrario, se debe mirar al adversario como un agonista, entablando un diálogo político y de negociación mediante las válvulas de expresión establecidas institucionalmente. Esta solución pareciera a lo menos contraria a la imposición de normas constitucionales vía dictación de una sentencia que conlleva el ejercicio del control constitucional por los tribunales de justicia.

LA CRÍTICA DE JEREMY WALDRON

Una de las críticas más agudas realizadas al control judicial de constitucionalidad ha sido la formulada por Jeremy Waldron. Sus objeciones se han dirigido al constitucionalismo en general como también al control constitucional en específico, reivindicando la regla de la mayoría como el procedimiento más adecuado para adoptar decisiones en el desacuerdo, asumiendo que este último es presupuesto de toda vida política.

En una de sus principales obras, titulada “Derecho y desacuerdos”⁸⁶, sostiene que a partir del reconocimiento de derechos morales de las personas no se puede inferir que éstas tengan un derecho legal a aquello. En este mismo sentido señala que de una teoría basada en derechos, o de premisas morales basadas en derechos, no puede deducirse que los derechos garantizados constitucionalmente sean un mecanismo político deseable en tanto los derechos “atrincherados” en las constituciones presentan la desventaja de la rigidez. Incluso afirma que, aún cuando los procesos de reforma constitucional no presenten mayor dificultad para su modificación, el mecanismo del control constitucional a cargo de un tribunal no constituye un procedimiento acorde y respetuoso de los derechos democráticos para resolver los desacuerdos políticos que existen en torno al alcance de los derechos. En este sentido sostiene que: “[...] nuestro respeto por tales derechos democráticos se pone seriamente en peligro cuando se realizan propuestas de trasladar las decisiones acerca de la concepción y la revisión de los principios básicos del poder legislativo al judicial, del pueblo y de sus instituciones representativas, que reconocemos imperfectas, a un puñado de hombres y mujeres, supuestamente sabios, instruidos, virtuosos y de altos principios [...]”⁸⁷.

⁸⁶ WALDRON, Jeremy. Derecho y desacuerdos. Madrid, Marcial Pons, 2005.

⁸⁷ *Op. Cit.* p. 254.

Siguiendo con esta línea argumentativa afirma que al sostener que tal inmunidad constitucional es necesaria, se inhabilita a este respecto a los legisladores y por tanto a todos los ciudadanos a quienes representan, excluyéndoseles de las decisiones relevantes de la vida política. Incorporar derechos en un documento constitucional atrincherado implica adoptar una actitud de desconfianza hacia los ciudadanos, lo cual parece incongruente con el fundamento de la atribución original de sus derechos.

En las teorías del derecho la concepción de las personas como portadoras de derechos, y por tanto su atribución, se basa en la premisa de que el agente cuenta con la autonomía, responsabilidad y capacidad de pensar en cómo utilizar sus derechos, y por tanto de decidir su alcance. De esta manera, una desconfianza hacia los ciudadanos no encaja con dicha autonomía y responsabilidad, presupuestos del contenido de los derechos que son atrincherados. En sus palabras: “Lo que he intentado mostrar hasta el momento es que no hay nada obvio en combinar el respeto por los derechos con una profunda desconfianza en las capacidades democráticas y representativas de las personas al momento de ejercerlos. En consonancia, no hay nada perverso en afirmar: «Las razones que me hacen pensar en el ser humano como portador de derechos son las mismas razones que me permiten confiar en él como portador de responsabilidades políticas. Precisamente porque yo veo a toda persona como un potencial agente moral, dotado de dignidad y autonomía, desearía confiar al pueblo *en masse* la obligación del autogobierno».”⁸⁸.

Al respecto, Waldron parte de la base que el desacuerdo es una circunstancia básica de la vida política. A diferencia de lo sostenido por Rawls, el desacuerdo no sólo recaería sobre las distintas concepciones del bien, sino que también sobre las teorías de la justicia. Los derechos mismos son objeto de desacuerdo político, pues los ciudadanos discrepan acerca de qué derechos tienen o desean tener, y también acerca de su alcance. Es por ello que se requiere de un principio de autoridad que resuelva el desacuerdo sobre los derechos.

⁸⁸ *Op. Cit.* p. 266.

Una de las posibles respuestas a la pregunta por la autoridad es dejar la decisión última a cargo de un tribunal mediante el control de constitucionalidad, sin embargo, dicha respuesta no es la única, ni la defendida por Waldron. Otra alternativa es aquella del “mayoritarismo participativo”, esto es, dejar en manos de los ciudadanos, a través de la regla del voto de la mayoría, todas las decisiones acerca de sus derechos. Esta última es la opción de Waldron, quién consecuente con lo anterior consagra el derecho de participación como el “derecho de los derechos”; ello debido a que la participación es el derecho cuyo ejercicio es el más apropiado para resolver situaciones en que los portadores de los propios derechos discrepan acerca de qué derechos tienen. Existe una base de justicia e igualdad en acto de incluir a los propios portadores de derechos en la decisión que debe tomarse frente al desacuerdo. Al fin y al cabo se trata de sus derechos y pareciere inapropiado excluir del debate y de la decisión a quienes va a afectar directamente la determinación de los derechos existentes, junto con su alcance.

La opción del “mayoritarismo participativo” puede resultar incómoda por el temor que existe ante el riesgo de que las mayorías puedan atentar contra los derechos individuales. Conforme a ello podría postularse que al momento de existir desacuerdo entre los ciudadanos sobre alguna cuestión relevante, ello si bien debe ser resuelto mediante el voto mayoritario, nunca debe significar una violación a los derechos individuales. Sin embargo, para Waldron, la limitación que ello conlleva no sirve como teoría de la autoridad, pues los mismos derechos son objeto de desacuerdo político dentro de una sociedad. Por ello es que sostener que los derechos deben triunfar sobre las decisiones mayoritarias implica adoptar como “carta de triunfo” una de las distintas concepciones acerca de tales derechos, sobre las cuales siempre ha existido desacuerdo. No obstante, realizar esta declaración en nombre de toda la sociedad significaría “[...] incurrir en una petición de principio sobre el propio desacuerdo en cuestión [...]”⁸⁹.

Adicionalmente, el control de constitucionalidad es a menudo defendido como mecanismo de protección ante la posibilidad de que, mediante el procedimiento

⁸⁹ *Op. Cit.* p. 293.

democrático, se produzcan resultados injustos o atentatorios contra las minorías. Ante esto el autor agrega que tales resultados pueden producirse con cualquiera de los procedimientos elegidos para resolver el desacuerdo, tal como lo ha demostrado la práctica de la Corte Suprema estadounidense, la que muchas veces ha adoptado decisiones que pueden ser consideradas injustas.

Una posible crítica a la suscripción del “mayoritarismo participativo” es que implicaría una opción circular, en tanto consiste en el procedimiento para decidir y a la vez constituye uno de los derechos objeto de decisión. Al respecto el autor replica señalando que considera peligroso admitir que los “derechos-escudo” (los que tratan de protegerse frente a posibles ataques mayoritarios) se encuentran al mismo nivel que el derecho de participación. Si consideráramos que se encuentran en el mismo nivel, ante un conflicto entre un “derecho-escudo” y el derecho a participación debe ceder uno en favor del otro; o bien prevalece el derecho-escudo (en cuyo caso las mayorías no tienen derecho a participar y elegir las leyes que los rijan); o bien prevalece la participación (en cuyo caso el derecho escudo cede ante la voluntad popular). En su lugar Waldron sostiene la inexistencia de tal conflicto de derechos, debido a que, a diferencia de los otros derechos, el derecho de participación se presenta como una de las posibles respuestas a la pregunta por la autoridad. En este sentido Waldron plantea que: “[...] el rol especial de la participación en una teoría de los derechos no consiste en que tenga prioridad moral sobre los demás derechos. En cambio, es el resultado del hecho de que la participación es un derecho cuyo ejercicio parece peculiarmente apropiado en situaciones en las que los portadores razonables de derechos discrepan acerca de qué derechos tienen.”⁹⁰.

La ventaja de la participación democrática frente al problema de los desacuerdos sobre los derechos es que es una “solución basada en derechos”. Se funda en las mismas premisas y capacidades de los derechos. Ello porque al igual que la atribución original de derechos, la participación considera a los portadores de derechos como agentes razonables que cuentan con la capacidad y responsabilidad de decidir acerca de sus derechos. Al respecto Waldron afirma que: “[...] el atractivo de la

⁹⁰ *Op. Cit.* p. 277.

participación democrática consiste en el hecho de que es una solución *basada en derechos* al problema del desacuerdo sobre los derechos. Apela a las propias capacidades que los derechos *como tales* connotan, y revela una forma de respeto en la resolución del desacuerdo político en consonancia con el respeto que los derechos evocan en sí mismos.⁹¹

La participación democrática no constituye la única “solución basada en derechos”. El “instrumentalismo de los derechos” constituye otro enfoque basado en derechos que aboga por responder a la pregunta por el principio de autoridad señalando que éste debe ser aquel que minimice las violaciones a los derechos que puedan resultar del proceso político. Por ello, según los instrumentalistas, el enfoque participativo defendido por Waldron; si bien concuerda con las capacidades de los portadores de derechos, resulta irresponsable. Por su parte, Waldron critica el enfoque instrumentalista de derechos en tanto asume una verdad acerca de cuáles son los derechos que no pueden vulnerarse (teniendo en cuenta que existen distintas concepciones en torno ellos) y por tanto adopta una de las posturas del desacuerdo, incurriendo nuevamente en una petición de principios.

De esta manera Waldron concluye que la participación democrática constituye la mejor manera de resolver el problema de autoridad frente al desacuerdo de derechos: no tiene el problema del instrumentalismo de incurrir en petición de principios y concuerda con el respeto y ejercicio habitual de los derechos que son confiados a los portadores de derechos. En sus palabras: “[...] los portadores de derechos tienen el derecho a resolver por sí mismos los desacuerdos que poseen en términos de igualdad [...]. En este sentido podemos afirmar que la participación es la respuesta más natural de los teóricos de los derechos al problema de la autoridad y a los desacuerdos acerca de los derechos que ocasionan dicho problema. En resumen, el derecho de participación es entonces, como William Cobbett sugería, el «derecho de los derechos».⁹²

⁹¹ *Op. Cit.* p. 300.

⁹² *Op. Cit.* p. 303.

El respeto por los derechos individuales pareciera incompatible con una imagen de desconfianza absoluta hacia los legisladores y hacia los ciudadanos en tanto portadores de derechos. Frente a ello podría sostenerse que los límites constitucionales y el control constitucional constituyen mecanismos de protección que los propios portadores de derechos han establecido, mediante decisión popular, a fin de precaverse de sus propios errores. De esta manera puede argumentarse que tales arreglos constitucionales son “precompromisos” que no constituyen un atentado contra la autonomía de los portadores de derechos, sino que son el medio a través del cual la voluntad popular asegura y pone resguardos a su propio ejercicio, de modo responsable.

Sin embargo, para Waldron, dicho argumento no se salva de ciertas objeciones, pues que la decisión inicial sea adoptada por lo portadores de derechos en ejercicio de su autonomía y de manera democrática, esto no implica que las medidas posteriores que se adoptadas mediante el “precompromiso” preserven esa autonomía o democracia. Así por ejemplo, si el pueblo vota por una dictadura, ello no significa que ésta sea una forma de gobierno democrática. En este mismo sentido es que, en el ámbito constitucional, entregar a los jueces la decisión última acerca del alcance de los derechos, haciendo que su juicio prevalezca por sobre el de los representantes del pueblo, no constituye un arreglo democrático.

Teniendo presente que el desacuerdo es una circunstancia básica de la política, los ciudadanos deben contar con todos los espacios a fin de expresar la diversidad de sus opiniones, de manera que las decisiones se adopten sobre la base de un previo debate público. El desacuerdo versa sobre cuestiones esenciales para la vida política, como lo es el desacuerdo en torno a los derechos, y deben ser los propios portadores de los derechos quienes decidan su alcance. No hay razón para excluirlos del debate y de la decisión, sino que por el contrario, la misma atribución original de tales derechos explica que sus portadores sean capaces y responsables de decidir sobre cuestiones políticas relevantes. Teniendo en cuenta lo anterior Waldron afirma que: “Por esta razón, entonces, y porque estas cuestiones de *background* de la estructura política, el proceso político y la cultura política siguen siendo el objeto del desacuerdo continuo,

sano y benigno, el modelo de antipánico del precompromiso odiseico parece singularmente inapropiado como base o modelo para la teoría constitucional.”⁹³.

De este modo, una de las conclusiones del autor en comento es que democracia y derechos individuales no son en absoluto incompatibles, sino que por el contrario se encuentran en total congruencia. En efecto, la democracia no es concebible sin el derecho a participación, y tanto los derechos como la participación ciudadana en el proceso político descansan sobre la misma premisa, siendo ésta, la capacidad moral de las personas de decidir sobre sus intereses y los de los demás. En consonancia con lo anterior, Waldron señala que: “Cuando señalamos a alguien como portador de derechos (*rights-bearer*) expresamos algún tipo de confianza en las capacidades morales de esa persona, en especial en su capacidad para pensar responsablemente sobre la relación moral entre sus intereses y los intereses de los demás. La posesión de esta capacidad -un sentido de la justicia, si se prefiere- es la base principal para tener competencia democrática. Nuestra convicción de que los hombres y mujeres comunes poseen lo necesario para participar responsablemente en el gobierno de su sociedad es, de hecho, la misma convicción que aquella sobre la que se basa la *atribución* de derechos.”⁹⁴.

En consecuencia, las críticas al control constitucional no pueden estar formuladas sobre la oposición entre la democracia y los derechos, pues esta contradicción es inexistente, en su lugar las objeciones democráticas al control deben también basarse en derechos. Conforme a ello Waldron se pregunta cómo deben ser protegidos los derechos en un sistema democrático de toma de decisiones.

En un primer acercamiento el autor distingue entre dos tipos de derechos, que en su conjunto denomina “derechos asociados a la democracia”. Estos derechos son; **a)** aquellos requeridos para la constitución de la democracia; y **b)** derechos que representan las condiciones necesarias para la legitimidad de la democracia.

⁹³ *Op. Cit.* p. 335.

⁹⁴ *Op. Cit.* p. 337.

Los primeros se refieren principalmente al derecho de participación, pues frente a los desacuerdos que requieran de una decisión política, la democracia requiere que todos los ciudadanos tengan derecho a participar de manera igualitaria, y por ello: “[...] no puede haber democracia a menos que se erija el derecho de participación y a menos que las complejas reglas del proceso político de representación estén regidas fundamentalmente por este derecho. Si algunos quedan excluidos del proceso, o si el proceso mismo es desigualitario o inadecuado, entonces tanto los derechos como la democracia se ven comprometidos.”⁹⁵.

El segundo tipo de derechos son aquellos que proporcionan las condiciones de legitimidad para que la democracia sea posible, son las “[...] precondiciones para el ejercicio significativo o efectivo de los primeros.”⁹⁶. De esta manera éstos, aún cuando no sean constitutivos de la democracia, son condiciones para su real ejercicio. Dentro de tales derechos se incluirían por ejemplo la libertad de expresión y la de asociación. El respeto de tales derechos es esencial para el desarrollo de la democracia, de modo que no podríamos hablar de una auténtica legitimidad democrática si no fueran respetados por la sociedad, en este caso además el procedimiento de decisión mayoritaria perdería todo sentido.

En base a lo anterior, algunos autores han sostenido que no puede hacerse una objeción democrática al control judicial de constitucionalidad pues los arreglos constitucionales de este tipo protegen los derechos asociados a la democracia.

Uno de los principales defensores de esta doctrina es Ronald Dworkin, ya tratado en el segundo capítulo de esta investigación, quien argumenta que el establecimiento del control constitucional en los Estados Unidos ha sido un factor de fortalecimiento de la democracia. Ello se debería en parte a que el control de constitucionalidad ha contribuido a que la sociedad norteamericana sea más justa y además ha mejorado el nivel del debate público sobre cuestiones jurídica y políticamente relevantes.

⁹⁵ *Op. Cit.* p. 338.

⁹⁶ *Op. Cit.* p. 340.

No obstante que Waldron coincide con este autor en que los derechos y la democracia no son en absoluto incompatibles, como también en que existen ciertos derechos individuales que constituyen condiciones de legitimidad para el ejercicio de la democracia, se aleja de éste en lo que se refiere a la conveniencia del establecimiento del control judicial de constitucionalidad.

Para Waldron, sostener que el control de constitucionalidad contribuye a la democracia porque ha hecho más justas a las sociedades en las que se ha establecido, es bastante cuestionable. En efecto, que la sociedad norteamericana se haya hecho más justa es bastante difícil de valorar y verificar, pues para ello deben considerarse no sólo los casos en que efectivamente se han prevenido injusticias, sino también aquellas injusticias que se han causado mediante el control judicial. Además, debe considerarse que existen sociedades que han adoptado un sistema distinto (Inglaterra y Nueva Zelanda) y que sin embargo son igual de libres, justas y democráticas que los Estados Unidos.

Respecto al argumento relativo al mejoramiento del debate público producido por el impacto de la jurisprudencia constitucional, Waldron replica que no existen razones para pensar que la calidad de la participación ciudadana y del debate público mejora con el establecimiento del control judicial. En países como el Reino Unido y Nueva Zelanda, en que por ejemplo no está constitucionalizado el aborto, el debate al respecto ha sido tan robusto y serio como en Estados Unidos. Más bien, el que en el parlamento y en la sociedad norteamericana exista un debate abierto y activo es a pesar de las gestiones de la Corte Suprema y no gracias a ésta. Además debe tomarse en cuenta que, aún cuando sea cierto que algunas personas puedan interesarse en las decisiones de la Corte, ello no significa una mejora en el debate público, y en este sentido afirma que: “Podemos esperar que el ejercicio del poder por parte de unas pocas celebridades vestidas de negro ciertamente *fascine* a una población más o

menos articulada. Pero esto difícilmente puede ser la esencia de una ciudadanía activa.⁹⁷

Uno de los argumentos centrales de Dworkin en su defensa al control judicial consiste en que si un tribunal es la institución más adecuada para determinar si la legislación promulgada es acorde o no a los principios democráticos consagrados en la Constitución, no debe repararse en que su composición no sea democrática, ni en la falta de responsabilidad de los jueces en sus decisiones, sino que sólo debe tenerse en cuenta que son los tribunales quienes tienen mayor probabilidad de tomar las decisiones correctas. Al respecto, Waldron asevera que siempre se produce un daño a la democracia cuando utilizamos medios no democráticos, aún cuando con éstos alcancemos resultados que contribuyan al mejoramiento de la democracia.

El proceso y no sólo el resultado deben considerarse al determinar la legitimidad de determinada decisión, de lo contrario se produce un menoscabo a la democracia, y por ello es preferible que las instituciones democráticas sean quienes decidan las cuestiones que versan en torno a ella. En palabras del autor: “Hay algo que se pierde, desde un punto de vista democrático, cuando un individuo o una institución no electa ni responsable (*unaccountable*) toma una decisión vinculante acerca de lo que implica la democracia. Si toma la decisión correcta, entonces –seguro- se producirá algún beneficio democrático que oponer a ésta pérdida, pero nunca será lo mismo que si no hubiera habido pérdida alguna en primer lugar. Por otra parte, si una institución que sí es electa y responsable (*accountable*) toma la decisión equivocada sobre lo que implica la democracia en el contenido de la decisión, no es insensato que los ciudadanos se consuelen pensando que al menos han cometido su *propio* error acerca de la democracia y no que se les haya impuesto el error de algún otro. Puede que el proceso no sea lo único que nos importe en la toma de decisiones democráticas; pero no debemos afirmar que, dado que la decisión versa sobre la democracia, el proceso es irrelevante.”⁹⁸

⁹⁷ *Op. Cit.* p. 447.

⁹⁸ *Op. Cit.* p. 351.

Otro de los argumentos criticados por Waldron es aquel que acusa al parlamento de ser “juez de su propia causa” al decidir sobre los derechos de manera definitiva. Al respecto, señala que el principio de *nemo iudex in sua causa* supone la pretensión de resolver una cuestión en la que se tienen intereses, y en que estos son opuestos a los de otros individuos o grupo. Sin embargo, invocarlo en este caso parece inadecuado debido a que siempre la decisión última relativa a los derechos de los ciudadanos debe estar en manos de alguien. Quien decida de alguna u otra manera va a resultar afectado por la decisión, pues tanto los miembros de la Corte, como de cualquier institución, son parte de la comunidad. Por lo tanto, lo más adecuado es que sea toda la comunidad (o sus representantes) quienes decidan sobre las cuestiones que afectan a todos sus miembros. En sus palabras: “Pero parece bastante inapropiado invocar este principio en una situación en que la comunidad en su conjunto intenta resolver alguna cuestión relativa a los derechos de *todos* los miembros de la comunidad, e intenta hacerlo sobre base de una igual participación. Entonces, parece no sólo inobjetable sino *correcto* el que todos los afectados por una cuestión de derechos deban participar en la decisión [...]”⁹⁹.

Waldron se aparta finalmente de las tesis de Dworkin en las consecuencias de que una decisión mayoritaria incurra en una petición de principios. Ello, de acuerdo a Dworkin, podría darse en el caso que mediante el voto de la mayoría se decida establecer un derecho respecto del cual otro grupo de ciudadanos se manifiesta en contra de hacerlo, o bien por el contrario cuando la decisión mayoritaria sea el no establecerlo y la otra parte de la población esté interesada en que así se haga. De esta manera, se estaría decidiendo en favor de las expectativas de un grupo o facción del Parlamento (la mayoría) y en contra de la minoría.

Sin embargo, y aún cuando se estime que una decisión mayoritaria pueda incurrir en petición de principios, la solución no es recurrir al control judicial de constitucionalidad para resolver el desacuerdo, puesto que éste, como cualquier otro procedimiento, probablemente también incurra en ello. En efecto, no obstante que todos los procedimientos impliquen una petición de principios, la decisión mayoritaria

⁹⁹ *Op. Cit.* p. 355.

del pueblo goza de la mayor legitimidad debido a que, al menos, permite que toda la comunidad manifieste su opinión y participe en los asuntos que les involucran. Al respecto Waldron señala: “Otros sistemas políticos poseen todos los peligros relacionados con la legitimidad del mayoritarismo popular: pueden hacer las cosas mal; pueden producir un impacto injusto sobre determinados individuos o grupos; en síntesis pueden actuar tiránicamente. Pero tienen además una deficiencia de legitimidad que el mayoritarismo popular no tiene: no permiten la voz y el voto de todos los ciudadanos de la sociedad en un procedimiento de decisión última; en lugar de eso, proceden a tomar decisiones últimas sobre los derechos de millones de personas sobre la base de las voces y los votos de unos pocos.”¹⁰⁰

Teniendo en consideración todo lo anterior es que podemos señalar que Waldron es uno de los más importantes críticos del control judicial de constitucionalidad y, a la vez, un defensor de la regla de mayoría como el mecanismo más adecuado para resolver el desacuerdo en torno a los derechos, así como todo tipo de desacuerdo político que se produzca entre los ciudadanos de una sociedad democrática.

Además de su crítica a la eficacia práctica, sus objeciones al control judicial se basan en el mismo argumento que utiliza para criticar a la constitucionalización de una carta de derechos. Ambas instituciones paralizan al parlamento y por tanto suponen que los ciudadanos no son capaces de decidir acerca de cuestiones básicas vinculadas a sus derechos, desconfiando así de sus capacidades políticas y morales. Miran al individuo como un ser egoísta que sólo actúa a favor de sus intereses, carente de responsabilidad política, lo cual parece incongruente con la atribución de derechos que se confiere a las personas.

Por el contrario, la regla de mayoría es totalmente acorde a la consideración del ciudadano como portador de derechos y por tanto responsable y capaz de tomar decisiones acerca de sus propios derechos. El que la regla de la mayoría sea el recurso más apropiado para resolver el desacuerdo frente a cuestiones jurídica y

¹⁰⁰ *Op. Cit.* p. 357.

políticamente relevantes, queda además demostrado si se tiene en consideración que, tal como argumenta Waldron en otro de sus textos¹⁰¹, incluso las mismas normas para la toma de decisiones de los jueces en el control de constitucionalidad están regidas por dicha regla,

Así, para Waldron, la regla de la mayoría, en tanto expresión del derecho de participación, es la manera más adecuada por la que los ciudadanos de una democracia deciden ante el desacuerdo. El derecho a participación contiene una base de igualdad que permite que todos los miembros de una comunidad expresen su voz y voto respecto de los temas que les involucran, tal como lo es la determinación acerca de sus derechos. No hay razón para excluir de tales decisiones a los propios titulares de derechos. En ese sentido afirma que el tomarse los derechos en serio se vincula también con la manera en que resolvemos los temas en que otros tienen opiniones distintas, razón por cual debemos “[...] respetar la condición elemental de *estar con otros*, que es a la vez la esencia de la política y el principio de reconocimiento que reside en el corazón de la idea de los derechos [...]. Tomar los derechos en serio, entonces, es responder respetuosamente a este aspecto de la otredad, y estar deseosos de participar dinámicamente, pero como un igual, en la determinación de cómo debemos vivir conjuntamente en las circunstancias y en la sociedad que compartimos.”¹⁰²

¹⁰¹ V. WALDRON, Jeremy. Deliberación, desacuerdo y votación. En: HONGJU KOH, Harold y SLYE, Ronald (compiladores). Democracia deliberativa y derechos humanos. Barcelona, Gedisa, 2004.

¹⁰² *Op. Cit.* WALDRON, Jeremy. Derecho y desacuerdos. p. 372.

EL DUALISMO CONSTITUCIONAL DE BRUCE ACKERMAN

Bruce Ackerman es un teórico estadounidense que con su bibliografía ha aportado enormemente a la teoría constitucional. Especial atención merece su libro "We the People"¹⁰³, publicado el año 1991, en el que desarrolla los principales conceptos de su teoría constitucional, entre ellos, el dualismo constitucional. No obstante que el libro comprende mucho más que el control constitucional y la objeción contramayoritaria, se ha transformado en lectura obligatoria en la materia. Es por ello que, actualmente, cualquier tratamiento de la problemática relativa al control judicial de la legislatura debe contener una revisión de los principales lineamientos de su teoría.

El planteamiento de Ackerman en relación al control judicial se basa en el desarrollo de un nuevo concepto de la democracia; el de la democracia dualista. Previo a definir los límites y el alcance del dualismo constitucional es necesario diferenciar este concepto de otras tendencias, algunas de las cuales ya se revisaron en capítulos anteriores. El propio Ackerman, en un texto escrito conjuntamente con Carlos Rosenkratz¹⁰⁴, distingue entre tres diversos modelos teóricos de democracia; la democracia monista (monismo constitucional); la democracia fundamentalista (fundamentalismo constitucional); y la democracia dualista (dualismo constitucional).

El monismo constitucional consiste en aquella concepción de la democracia que considera al poder legislativo, ejercido por los representantes del pueblo, como la máxima expresión de poder político dentro de un ordenamiento jurídico. En virtud de lo anterior, cualquier control del ejercicio de ese poder, especialmente el que realiza la judicatura, es concebido como antidemocrático, de manera que esta tendencia se vincula con la formulación de la objeción contramayoritaria. En palabras de los autores:

¹⁰³ ACKERMAN, Bruce. *We the People*. Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.

¹⁰⁴ ACKERMAN, Bruce. y ROSENKRATZ, Carlos. *Tres Concepciones de la Democracia Constitucional. En: Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad*. Madrid, Centros de Estudios Constitucionales, 1991.

“El monismo constitucional consiste básicamente en la idea que la democracia requiere que gobiernen aquellos representantes elegidos por el pueblo y que el pleno poder de dictar leyes les sea conferido a estos representantes, en tanto y cuanto su elección haya sido libre”.

Para esta concepción no existe autoridad más legitimada democráticamente que el Parlamento, cuando ha sido conformado según un proceso democrático. Para comprender esta idea es necesario vincularla con cierta concepción de la representatividad. En efecto, para que los presupuestos del monismo constitucional sean válidos el pueblo debe fundirse en sus representantes, de manera tal de difuminar cualquier diferencia entre las decisiones del pueblo y la de sus representantes. Sólo bajo estos presupuestos el ejercicio del poder legislativo del Parlamento goza de la legitimidad democrática necesaria para constituirse en la voz más autorizada y legítima dentro de una organización política.

En conclusión, el monismo constitucional concibe sólo un tipo de expresión legislativa: la del Parlamento en el ejercicio de sus potestades. Este ejercicio de potestades se sitúa en la cumbre del ordenamiento jurídico ya que reviste la mayor autoridad democrática. Cualquier intervención y control que se ejerza sobre ella debe fundamentarse en otro tipo de razones, ya que la legitimidad democrática la detentan exclusivamente las leyes del Parlamento.

El sitio que ocupa la legislatura en el ordenamiento jurídico lleva implícita la consideración de que la democracia y la soberanía del pueblo son la mayor autoridad constitucional, es decir, constituyen la única expresión legítima del poder político en una sociedad. Es este punto el que diferencia al monismo del fundamentalismo constitucional.

El fundamentalismo constitucional limita el ejercicio de la legislatura mediante la imposición de ciertos principios o derechos que deben ser respetados aún en contra de la expresión de la voluntad mayoritaria. No obstante concibe a la democracia y a la soberanía popular como modelos necesarios para el legítimo ejercicio del poder

político, limita sus expresiones mediante la inclusión de los derechos y principios en el ordenamiento jurídico. En otras palabras, se compromete profundamente con el respeto de los derechos fundamentales, aún en desmedro de ciertas expresiones democráticas.

Es fácil identificar que dentro de este modelo de democracia se sitúan las concepciones y autores tratados en el segundo capítulo. Ello en tanto, cada uno de ellos, mediante sus diferentes argumentaciones, imponen ciertas limitaciones al poder democrático. Asimismo otorgan a éstas un valor significativo, salvando así la objeción contramayoritaria.

Finalmente, el dualismo constitucional se diferencia de los dos modelos anteriores mediante la inclusión de una nueva tipología de democracia; la dualista. En ésta democracia se distinguen dos tipos de decisiones políticas, adjudicándole a cada una de ellas una cierta legitimidad. Así, distingue entre aquellas decisiones tomadas por el pueblo, producto de momentos constitucionales, de aquellas adoptadas por el Parlamento, o por los representantes, en momentos de política normal.

Los momentos de política normal u ordinaria, tal como se deriva de su nombre, se generan constantemente, diariamente, en el día a día de una organización política. Por su parte los momentos constitucionales se caracterizan por ser especialmente excepcionales, requieren de ciertos presupuestos difíciles de satisfacer, por lo que su ocurrencia no es periódica y constituyen un evento a lo menos especial dentro del desenvolvimiento de una organización política.

En cuanto a la legitimidad democrática, el dualismo constitucional reconoce que ésta es mayor para las decisiones adoptadas en momentos constitucionales. Por el contrario, y no obstante que las decisiones adoptadas en momentos de política normal gozan de la legitimidad democrática suficiente como para constituir el ejercicio del poder político, las decisiones de la política normal deben ceder ante la mayor legitimidad de los momentos constitucionales.

La distinta legitimidad democrática que goza cada una de estas decisiones se debe fundamentalmente a quiénes son los protagonistas en cada una de ellas. En los momentos de política normal las decisiones son adoptadas por los representantes del pueblo, previamente elegidos por éste mediante procedimientos democráticos. En cambio, los momentos constitucionales se caracterizan por movilizaciones donde participa un número importante de ciudadanos que han tenido la posibilidad de expresar su opinión, formando así una mayoría extraordinaria.

En los momentos de política ordinaria no existe el debate ni la movilización popular que caracterizan a los momentos constitucionales, ello debido a que en los primeros la ciudadanía descansa en el ejercicio del poder político de sus representantes democráticamente elegidos. En ello radica la diferencia de legitimidad democrática, ya que en los momentos constitucionales se produce la mayor expresión de la soberanía popular.

De acuerdo con Ackerman los denominados momentos constitucionales requieren de la presencia de los siguientes requisitos: (i) que uno de los tres poderes del Estado señale que ostenta un mandato para promulgar legislación reformadora de la Constitución; (ii) que uno de los otros poderes del Estado se oponga a la dictación de la legislación reformadora, provocándose así un conflicto de poderes; (iii) una movilización popular, donde se involucre una importante cantidad de ciudadanos y en la que el pueblo tenga la oportunidad de discutir y elegir entre las distintas opciones que conforman el conflicto de poderes; (iv) la manifestación de la voluntad popular conforme a la dictación de la legislación reformadora; y, (v) la aceptación de esta voluntad por parte de los poderes del Estado y, conjuntamente, la codificación del momento constitucional mediante la dictación de sentencias preservacionistas por la Corte Suprema.

Ackerman da tres ejemplos de momentos constitucionales a lo largo de la historia de Estados Unidos, en los que se cumplieron todos estos requisitos logrando así dar vida a la concepción de la democracia dualista.

El primer momento constitucional norteamericano es aquel acaecido en la década de 1780, justo después de la Declaración de Independencia, que finalizó con las primeras diez enmiendas a la Constitución. El segundo momento constitucional es el del período de Reconstrucción, luego de la Guerra Civil, en el que se adoptaron las reformas constitucionales relativas a la incorporación de la igual protección de la ley y el reforzamiento del debido proceso. Finalmente, el más reciente momento constitucional norteamericano es el conocido “New Deal” de la década de los 40’s, cuyo momento representativo fue la elección del Presidente Roosevelt.

Tal como señalamos previamente, la teoría de la democracia dualista ha tenido importantes repercusiones, al intentar dar respuesta a diversas cuestiones de la teoría constitucional. A modo ejemplar; entrega ciertos lineamientos para la problemática que gira en torno a la consagración constitucional de los derechos; y, permite un acercamiento a los conceptos de poder constituyente y poder constituido. No obstante, en cuanto a aquello que interesa en la presente investigación, la democracia dualista es fecunda para pensar en una solución a todas las problemáticas que han surgido a raíz del establecimiento del control judicial de constitucionalidad.

Es mediante el concepto de dualismo constitucional, o de democracia dualista, que Ackerman busca disolver la objeción contramayoritaria. En efecto, la distinción entre momentos de política normal y momentos constitucionales le permite hacer frente a los argumentos en los que se basa la objeción contramayoritaria. Sin embargo, para entender esta disolución del conflicto se requiere previamente de cierta explicación en torno al funcionamiento del control constitucional en una democracia dualista.

La existencia de dos carriles legislativos –política normal y política constitucional- absolutamente diferenciados, permite una aplicación del control legislativo constitucional también diferenciada.

En los momentos normales, de política normal, donde las decisiones políticas son adoptadas por los representantes del pueblo conforme al mandato que se les ha otorgado para ello, el control constitucional funciona en toda su magnitud, según lo

conocemos actualmente. La legislatura es revisada por el tribunal encargado de ejercer el control constitucional según la normativa de la Constitución de la República en un rol preservacionista de los tribunales de justicia.

Por el contrario, en los momentos constitucionales los actos legislativos del pueblo no están sujetos a ninguna revisión judicial, menos aún al control bajo los preceptos de la Constitución de la República. En esos momentos la Corte Suprema, en el caso de Estados Unidos, juega un rol codificador.

En consecuencia, el control constitucional sólo tiene aplicabilidad en los momentos de política normal, cuando es ejercido a raíz de la revisión de la legislación que adoptan los representantes del pueblo en el Parlamento o en el gobierno. Desde la teoría dualista, en tales momentos, la objeción contramayoritaria ya no tiene vigencia. Ello en tanto la revisión judicial se realiza conforme a los preceptos de la Constitución que han sido adoptados en momentos constitucionales anteriores. En éstos, según vimos, la democracia y la premisa mayoritaria tuvieron plena aplicación, razón por la que los preceptos constitucionales gozan de una legitimidad democrática inigualable. Las decisiones de los representantes, para que logren validez y legitimidad democrática, deben conformarse con el mandato del pueblo, y por tanto concordar con la Constitución de la República. La objeción contramayoritaria nunca ha objetado lo anterior, sino que dice de la incapacidad del Parlamento para reformar la Constitución vigente, mediante la dictación de normativa bajo procedimientos democráticos.

En palabras del autor: “[...] no niego la legitimidad de las decisiones tomadas por Congresos durante períodos de política normal. [...] Sin embargo, el equilibrio democrático debe ser recalibrado cuando una ley del Congreso ofende los juicios considerados promulgados como ley superior por previas generaciones de norteamericanos”.¹⁰⁵

¹⁰⁵ ACKERMAN, Bruce. La Política del Diálogo Liberal. Barcelona, Gedisa, 1999. p. 89.

El rol que ejerce el tribunal en un momento constitucional es radicalmente distinto a aquel que ejercen en los momentos de política normal. En estos últimos los tribunales competentes deben ejercer el control constitucional. La revisión judicial que ejercen los tribunales implica realizar una comparación entre la norma jurídica dictada por los representantes y las normas y principios constitucionales, los que a su vez son resultado de la positivización de momentos constitucionales. En el caso que la norma en particular contradiga la normativa constitucional que ha sido producida en los momentos constitucionales, o que forme parte de la Constitución, deberá ser declarada inconstitucional y perderá por tanto toda vigencia.

De esta manera los tribunales, mediante el ejercicio del control constitucional, resguardan y preservan los principios y normas que han sido producto de la manifestación del pueblo en los momentos constitucionales.

Este rol de los tribunales en los momentos de política normal es denominado “rol preservacionista”, en tanto preserva la voluntad del pueblo, plasmada en la Constitución, de legislación contradictoria que emiten los representantes del pueblo en el Parlamento o en el gobierno.

La declaración de inconstitucionalidad que realizan los tribunales al ejercer el control constitucional no obsta a que se produzcan reformas constitucionales o nuevos momentos constitucionales. Por el contrario, el rol preservacionista lleva implícito también un rol provocador de reformas y momentos constitucionales.

En efecto, la declaración de inconstitucionalidad constituye a su vez un llamado a los representantes, en tanto les comunica que para realizar la reforma a la Constitución deseada tendrán que proceder a reformarla según el procedimiento establecido al efecto, o tendrán que convocar al pueblo a manifestar su voluntad mediante la formación de un momento constitucional. En palabras de Ackerman: “En lugar de palabras fáciles acerca de un «mandato del pueblo», los presidentes y representantes deben ganar la autoridad constitucional para pronunciarse a nivel legislativo superior, participando en procesos especialmente arduos de persuasión

pública y movilización cívica que requieran repetidos retornos al electorado en busca de apoyo popular para un fundamental cambio de principios”¹⁰⁶. Al respecto, en otro de sus textos, afirma: “Por contraste, el dualismo ve a la Corte Suprema y al contralor constitucional, como una institución de preservación de una sociedad democrática bien ordenada que, más que amenazar a la democracia, *sirve* a la democracia protegiendo las decisiones de una ciudadanía movilizada contra las decisiones de los representantes que no han obtenido la clase de apoyo requerida para obtener la máxima legitimidad”¹⁰⁷.

Por el contrario, el rol de los tribunales en los momentos constitucionales consiste en positivizar las decisiones adoptadas por la ciudadanía. Ese rol lo juega plasmando en sus decisiones las reformas adoptadas en un momento constitucional.

Tal como señalábamos, Ackerman resuelve la objeción contramayoritaria del control constitucional a través de su teoría de la democracia dualista. Ello en tanto la judicatura estará siempre legitimizada por el *ethos* democrático que implica la manifestación de la voluntad de la ciudadanía en los momentos constitucionales. Durante los momentos de política normal el control constitucional estará destinado a resguardar la legislación democráticamente superior, es decir, las decisiones adoptadas en momentos constitucionales. En cambio en los momentos constitucionales su rol será codificar la legislación democráticamente superior.

Sin duda los momentos constitucionales producen verdaderas reformas a la Constitución, ya que tal como se ha señalado implican modificaciones estructurales al ordenamiento constitucional. No obstante, tales momentos no satisfacen el procedimiento de reforma establecido para ese efecto. Por el contrario, y según puede observarse de sus requisitos, los momentos constitucionales responden a procesos históricos espontáneos que se caracterizan por movimientos populares casi

¹⁰⁶ *Op. Cit.* p. 89.

¹⁰⁷ *Op. Cit.* ACKERMAN, Bruce. y ROSENKRATZ, Carlos. Tres Concepciones de la Democracia Constitucional. p. 21.

incontrolables y que, de cierta manera, producen un quiebre en el normal desenvolvimiento de la política.

Conforme a lo anterior, con el establecimiento de los momentos constitucionales se reconoce un procedimiento de reforma de la Constitución fuera de la institucionalidad, que no obstante goza de la más alta legitimidad democrática. Estas reformas extraordinarias e informales representan sin duda el punto más álgido de la teoría de Ackerman y que ha provocado las críticas más agudas.

Las principales críticas a la democracia dualista se dirigen a la dificultad de la teoría para determinar cuándo estamos en presencia de un momento constitucional y, asimismo, se cuestiona la validez de procedimientos de reforma extraordinario, es decir, diversos al procedimiento de reforma establecido en la Constitución.

En cuanto a la primera crítica, responde a la vaguedad con la que están definidos los requisitos de los momentos constitucionales. Según se desprende de su lectura, los requisitos para determinar la configuración de un momento constitucional son muy amplios y abstractos. Más aún, considerando la magnitud de la movilización popular en un momento constitucional, hace casi imposible para los ciudadanos comprender las causas, características y fuerza del momento que están viviendo. Según lo ha demostrado la historia, generalmente los protagonistas de los principales momentos históricos no han estado concientes de la importancia y los efectos de las circunstancias.

Sin embargo, la crítica más profunda a la democracia dualista está dada por el reconocimiento a procesos de reforma constitucional extraordinarios, fuera de la institucionalidad que, a fin de cuentas, llevan implícita la aceptación de cierta primacía a la contingencia de lo político por sobre el derecho, -como ordenamiento jurídico en general, y como positivizador de derechos fundamentales-. En tales momentos, la contingencia de lo político hace sucumbir la legalidad transformándola en su contenido, lo que antes era ilegal o inconstitucional deja de serlo, abriendo así una vía distinta de modificación del derecho, una verdadera nueva fuente del derecho. En sus propias

palabras, “Claro que la solución dualista no puede seducir a fundamentalistas convencidos. Esto es así porque para el fundamentalista los derechos son definidos con independencia del proceso democrático y entonces puede suceder que exista una disonancia entre los «Derechos» con mayúscula, es decir los derechos de acuerdo a la concepción filosófica que uno suscriba, y, los «derechos» con minúscula, es decir los derechos reconocidos por una ciudadanía movilizada en momentos constitucionales. [...] En otras palabras, la diferencia entre el dualismo y el fundamentalismo es que el dualismo es democrático primero y protector de derechos después (definidos de acuerdo a la decisión democrática de una mayoría movilizada).”¹⁰⁸

Es a tales procesos modificadores a los que teme la doctrina tradicional y que se intentan prevenir mediante el establecimiento del control constitucional. A lo anterior Ackerman, con cierta fe en la capacidad democrática de los ciudadanos responde, en los siguientes términos, comentando la decisión alemana de post-guerra de declarar irreformables ciertos preceptos constitucionales: “Los alemanes consolidaron estas protecciones de gran alcance en respuesta a la pesadilla nazi. Esta experiencia los condujo a rechazar la premisa básica de la teoría dualista, esto es, que a fin de cuentas uno debería confiar en la facultad legislativa superior del pueblo.”¹⁰⁹

¹⁰⁸ *Op. Cit.* p. 25.

¹⁰⁹ *Op. Cit.* ACKERMAN, Bruce. La Política del Diálogo Liberal. p. 96.

LA POSTURA CRÍTICA DE LA DOCTRINA NACIONAL

En la doctrina nacional se destaca Fernando Atria por su postura crítica respecto del control constitucional. Cuestiona el actual consenso doctrinario respecto de la conveniencia de la revisión judicial de constitucionalidad de los actos legislativos. Así, este autor postula que no obstante se han dado diversos argumentos para justificar el control judicial de constitucionalidad, éstos no han sido suficientes. Dichos argumentos se sostienen fundamentalmente en la teoría democrática, la teoría del derecho y su estructura, y la protección de los derechos fundamentales.

Para Atria el debate acerca del control de constitucionalidad ante todo se vincula con una cuestión política, constituye una decisión acerca de la conveniencia de establecer la revisión judicial de los actos legislativos. Así, al tratarse de un asunto político, los fundamentos del control no deben buscarse en la teoría democrática o en la teoría del derecho, sino en razones políticas, en la experiencia y en la tradición jurídica de cada país.

Los fundamentos que tradicionalmente se han proporcionado para justificar el control de constitucionalidad se enmarcan en el intento de escapar de lo político, de su contingencia. Lo anterior nos conduce a una problemática más amplia, dentro de la cual está incluida la cuestión acerca del control de constitucionalidad, siendo ésta la relación entre derecho y política y los mecanismos a través de los cuales el derecho intenta sobreponerse a la política a fin de reducir su contingencia.

De esta manera, las críticas que Fernando Atria formula al control de constitucionalidad no son de aquellas referidas a la objeción contramayoritaria y que apuntan a su carácter antidemocrático, sino que sus observaciones están dirigidas al tipo de fundamento utilizado en defensa de la revisión judicial de constitucionalidad de actos normativos provenientes de otros órganos del Estado.

Uno de los argumentos que frecuentemente se ha utilizado ya sea para criticar o para establecer la exigencia del control judicial de constitucionalidad, ha sido el de la “teoría democrática”. Así sus críticos alegan que es una institución antidemocrática y sus defensores señalan que el control constitucional es una exigencia de la democracia. Estos últimos defienden la idea de que la revisión judicial de constitucionalidad constituye un mecanismo de fortalecimiento de la democracia debido a que protege a las minorías frente a las eventuales decisiones mayoritarias que podrían violar sus derechos. En este sentido los tribunales, mediante el control constitucional, constituyen el mejor guardián de los derechos. Frente a ello, Atria señala que la teoría democrática sólo advierte el riesgo de que las mayorías puedan abusar de su poder en desmedro de los derechos de la minorías, pero con ello no dan una solución al problema, sino que, al ofrecer como mecanismo institucional el control constitucional de los jueces, sólo desplazan el peligro a otra sede. Los tribunales también pueden abusar del poder que se les proporciona mediante el control de constitucionalidad y así atentar contra los derechos de las minorías; pues en los hechos ha sido frecuente que cuando se ha atentado masivamente en contra de los derechos de las personas, los tribunales han sido intervenidos no siendo los mejores guardianes de la Constitución ni de los derechos, tal como ocurrió en el caso chileno.

Teniendo presente lo anterior, argumenta Atria, la teoría democrática no basta para fundamentar la exigencia del control judicial de constitucionalidad, debido a que la decisión acerca de su conveniencia es una cuestión política que debe respaldarse en los hechos, en la experiencia y no en teorías. En sus palabras: “A nivel de la teoría democrática no hay ninguna razón para sostener que la democracia exige confiar en que los jueces van a usar responsablemente su poder antes que las mayorías. Quién es (en estos términos) más *confiable* sólo puede ser una cuestión *política*, dependiente de las peculiaridades de experiencia y tradición de cada país [...]. La teoría democrática sólo puede llamar la atención sobre el riesgo de que en un sistema democrático las mayorías abusen de sus poderes, pero no puede ofrecer una salvaguardia institucional que elimine el problema: sólo puede desplazarlo a otra sede.

El Estado de Derecho sólo exige sujeción a la ley, pero mal podría *exigir* jurisdicción constitucional.”¹¹⁰.

Otros de los fundamentos utilizados para justificar el control constitucional han sido aquellos que se basan en la teoría del derecho y su estructura. Así, tal como advierte Atria, se ha señalado reiteradamente que el fundamento último de la revisión judicial de constitucionalidad, del cual se deriva su establecimiento, es el principio de Supremacía Constitucional. Se señala que, dado que la Constitución es la norma suprema del sistema jurídico, de la cual depende la validez de toda otra norma inferior, es que los tribunales, en tanto órganos llamados a aplicar el derecho, están obligados a ignorar el precepto legal o la norma que la contravenga, sin requerir para ello una regla especial que los autorice. Este es el argumento desarrollado en el famoso caso “*Marbury vs. Madison*”, sin embargo, para el autor en comentario dicho argumento es falaz pues no es suficiente para establecer el control constitucional. Del hecho que los tribunales estén obligados a aplicar la ley y fallar conforme a derecho, no se deriva que puedan declarar la inconstitucionalidad de una ley particular, pues para ello se requiere de un argumento adicional. Por ello el razonamiento anterior no comprende la estructura del derecho: el que una norma sea contraria a derecho no confiere automáticamente competencia a un órgano para declarar su invalidez. Así la idea de Supremacía Constitucional no responde a la pregunta en cuanto a si el órgano judicial tiene la última palabra en la interpretación de la Constitución al decidir si una norma es o no conforme a ella. En este sentido Atria afirma que: “[...] del solo hecho de que alguien tenga competencia para y la obligación de decidir qué es derecho para el caso no se sigue que ese alguien tenga la facultad de pronunciarse sobre la compatibilidad de una ley con la Constitución.”¹¹¹.

Otra versión de este mismo argumento, (esto es aquel que se sostiene en la idea de supremacía constitucional para justificar la exigencia del control constitucional), es la de aquellos que afirman que el principio de Supremacía Constitucional sólo es

¹¹⁰ ATRIA Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. Estudios Públicos 79 (invierno 2000). p. 358.

¹¹¹ *Op. Cit.* p. 364

real y se hace efectivo cuando existen mecanismos institucionales que protejan dicha superioridad, siendo el control judicial de constitucionalidad un mecanismo para ello. Ante esto, Atria señala que tal afirmación confunde la aplicación judicial del derecho con su aplicación sin más. Con ello se asume que los tribunales son los únicos que aplican derecho y hacen efectiva la superioridad de la Constitución, y en ese sentido afirma que: “La Constitución puede ser aplicada por un tribunal ordinario o todos los tribunales ordinarios, puede ser aplicada por un tribunal constitucional [...] o por el parlamento mismo. En resumen, cuando la pregunta es ¿ha de tener un órgano judicial la última palabra respecto de la interpretación de la constitución? La idea de supremacía constitucional no la responde”.¹¹².

La conclusión es que el argumento de la Supremacía Constitucional tampoco es suficiente para justificar el control constitucional, puesto que de dicho principio no se deriva su exigencia, así “[...] la inexistencia del control judicial de constitucionalidad no implica el fin de la supremacía constitucional y, recíprocamente, la supremacía constitucional no exige que a los tribunales se les reconozca el poder de declarar las leyes y otros actos normativos de otros poderes del Estado inconstitucionales. Los tribunales no son los únicos que aplican el derecho. El debate sobre la revisión judicial de constitucionalidad debe darse al nivel de la tradiciones e historias jurídicas involucradas, no a niveles de lógica jurídica o teoría democrática”.¹¹³

La “autoridad del derecho” ha sido también una de las líneas argumentativas que, desde la teoría de la estructura del derecho, se ha proporcionado para fundamentar la necesidad del control constitucional. Algunos autores como Schauer y Alexander sostienen que, dada su autoridad, la Constitución tiene fuerza normativa incluso cuando se crea que sus directrices son equivocadas. Se sostiene que es intrínseco al concepto de autoridad el hecho que la Constitución, así como todo el derecho, provea de razones para la acción que sean independientes de su contenido. Por ello la misma Constitución exige a un intérprete definitivo, cuyas interpretaciones

¹¹² ATRIA, Fernando. El derecho y la contingencia de lo político. *En*: Revista de Derecho y Humanidades Nº 11, 2005. p. 21.

¹¹³ *Op. Cit.* ATRIA Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. p. 367.

sean válidas, aún cuando se estimen equivocadas. Asimismo concluyen que es preferible que dicho intérprete dotado de definitividad sea la Corte Suprema antes que el Congreso, puesto que las Constituciones han sido creadas precisamente para proteger a las minorías frente a los eventuales excesos mayoritarios.

Según Atria, dicho argumento tampoco es útil para demostrar la necesidad de la revisión judicial. En primer lugar, debido a que el argumento se sostiene en la idea que una de las funciones del derecho es proporcionar soluciones a problemas de carácter sustantivo ofreciendo razones para la acción cuyo valor es independiente de su contenido, ya que éste es en varias ocasiones irrelevante. Sin embargo, como se advierte, en el derecho también existen reglas cuyo contenido concreto es de gran peso, e incluso puede que sea de enorme magnitud (tales como las disposiciones constitucionales que aluden a cuestiones moralmente significativas). Respecto de estas últimas, Schauer y Alexander reconocen su existencia pero no dan solución al problema, más bien lo omiten. De esta manera su argumento sólo funciona si la única o más importante función de la Constitución y de todo el derecho es la solución de problemas sustantivos mediante razones para la acción con peso independiente de su contenido, pues como señala Atria: “Si es sólo una más (junto a, por ejemplo, la estimulación de una política democrática), entonces el argumento deja de ser uno conceptual, [...] para convertirse en uno *político*, acerca del peso relativo de una cosa valiosa (*i.e.* el valor independiente del contenido) frente a otra (el valor dependiente del contenido, *e.g.* el valor de justicia sustantiva de las reglas).”¹¹⁴.

Otra de las críticas que Atria formula al argumento de la autoridad del derecho se dirige a la afirmación de Schauer y Alexander según la cual sin el establecimiento del control constitucional queda frustrada una de las importantes funciones de la Constitución al existir diversas interpretaciones sobre su significado, lo que intentan solucionar atribuyendo a la Corte Suprema la calidad de intérprete final. No obstante, Atria señala que ello no constituye una solución del problema, pues tal como consta en los hechos, las Cortes cambian a menudo su opinión, en sus palabras: “No hay razón para pensar que la sola existencia de un intérprete final eliminará la atribución de

¹¹⁴ *Op. Cit.* p. 369.

diversos significados a la Constitución, las Cortes cambian de opinión con una asiduidad no despreciable.”¹¹⁵

La protección de los derechos fundamentales, tal como ya se ha señalado, ha sido uno de los argumentos más fuertes para justificar la necesidad del control constitucional. Así, se argumenta que la revisión judicial de constitucionalidad es necesaria por cuanto el legislador puede violar derechos, de manera que si no puede reclamarse de dichas violaciones, el reconocimiento de tales derechos pierde sentido. El control constitucional sería así el mecanismo institucional mediante el cual se protege el respeto de los derechos constitucionales frente a las posibles violaciones de derechos por parte de las mayorías.

El argumento anterior, basado en la protección de derechos, ha sido invocado por la doctrina fundacionalista, tratada en el acápite anterior. Ackerman señala que para un fundacionalista no es problemática la objeción contramayoritaria, pues conciben a la democracia de una manera instrumental para la protección de los derechos, y por tanto, mientras el sistema de protección sea efectivo pasa a ser secundario el que sea o no democrático. Sin embargo, Atria advierte que incluso un Estado fundacional debe adscribir a un sistema de revisión judicial sólo en la medida que sea una alternativa más efectiva que otras para la protección de los derechos. Ello, por tanto, dependerá de una cuestión de hecho y no es posible derivarlo *a priori* de teorías, y en este sentido señala que: “Cual es el (sistema) adecuado depende, no de consideraciones teóricas sobre el concepto de democracia o el tipo de legitimidad reclamado para sí por el Estado en cuestión, sino de “las condiciones históricas y las experiencias, cultura política e instituciones políticas concretas” del mismo”¹¹⁶.

Lo decisivo para establecer la necesidad del control judicial de constitucionalidad es por tanto la experiencia y la tradición jurídico política. Si el argumento se basa en un asunto de hecho, esto es que el legislador podría abusar de su poder y atentar contra los derechos, debe responderse también con una cuestión

¹¹⁵ *Op. Cit.* p. 370.

¹¹⁶ *Op. Cit.* p. 361.

fáctica: muchas veces el legislador o las mayorías no han demostrado ser un peligro para los derechos humanos, sino otros poderes del Estado. En el caso chileno, por ejemplo, durante la dictadura, los tribunales no demostraron ser los mejores guardianes de los derechos, y por tanto el argumento de la amenaza del legislador es perfectamente aplicable a órganos jurisdiccionales, de manera que según su experiencia y tradición jurídica, en Chile, el control judicial de constitucionalidad no ha demostrado ser un mecanismo conveniente de protección de los derechos.

La experiencia y tradición histórica deben por tanto jugar un rol destacado en la decisión de establecer la conveniencia del control judicial de constitucionalidad. Se trata ante todo de una decisión de carácter político que debe ser resuelta con razones políticas. Por ello Atria sostiene que los fundamentos que se han ofrecido para justificar la necesidad de la revisión judicial de constitucionalidad fracasan, pues no toman en cuenta la experiencia. La teoría de la democracia, del Estado de Derecho y la idea de Supremacía Constitucional son insuficientes para explicar la necesidad del control constitucional, ellas no lo exigen y por tanto se requiere para esto de un argumento adicional. Tales teorías no responden a la pregunta sobre qué órgano debe decidir si una norma es o no conforme a la Constitución, no responden la pregunta de si debe ser un tribunal ordinario, la Corte Suprema o el Congreso, y por qué es más conveniente que sea uno u otro, pues cualquiera podría abusar de su poder, de modo que se trata de una cuestión política de distribución de poder.

De esta manera, Atria concluye que: “el problema del control judicial de constitucionalidad no es solucionado ni por la teoría democrática ni por la teoría del derecho que son, por así decirlo, demasiado “delgadas” para eso. La justificación debe darse en términos de la experiencia, sobre la base de las tradiciones históricas y jurídicas de los países en cuestión. La decisión es *política*, y debe basarse sobre razones políticas: argumentos de justicia y de conveniencia: ¿es el precio a ser pagado por un sistema de revisión judicial de constitucionalidad demasiado alto en términos de otros valores políticamente relevantes? De esto se sigue que nadie tiene un *derecho* a la protección judicial de sus derechos constitucionales, si por derecho se entiende, siguiendo la estipulación de Dworkin, “cartas de triunfo frente a decisiones políticas”. El

intento de presentar la revisión judicial de constitucionalidad como una cuestión que tiene que ver con lo que una *verdadera* democracia exige es parte de la obsesión liberal con el vaciamiento de la política [...]”¹¹⁷.

En consecuencia, para Atria, la problemática que gira en torno al control constitucional, es una cuestión política, cuya solución no se encuentra ni en la teoría de la democracia ni en la del derecho. Como toda cuestión política, es contingente y por tanto al tomar la decisión acerca de la conveniencia del control constitucional debe considerarse la experiencia y la tradición jurídico política de cada país. De esta manera todos los argumentos que surgen desde dichas teorías se enmarcan dentro de los intentos de sujetar la política al derecho, de reducir su contingencia. El que se considere que el legislador es un peligro para los derechos, implica una desconfianza en la política y en la democracia, y por ello Atria afirma que: “La decisión de transformar a los jueces en “guardianes de un nuevo orden constitucional” implica una visión de la política democrática como una amenaza a los derechos y al orden constitucional.”¹¹⁸. Sin embargo, cabe tener en cuenta que no ha sido el “exceso de democracia” lo que ha provocado violaciones a los derechos humanos, sino más bien la falta de ella.

El derecho muchas veces no es el mejor mecanismo de protección de los derechos humanos, así en los casos extremos, cuando éste se encuentra suspendido no puede brindar protección. No obstante, también en los casos de normalidad la sujeción de la política al derecho, cuestión que engloba a la problemática del control de constitucionalidad, puede ser riesgoso, pues “Si intentamos sujetar la política al derecho, podemos perder a ambos: al derecho porque se hace contingente, vulgarizándose, la política porque se hace no contingente, en el sentido de que se transforma en una actividad puramente gerencial, reducida a simple racionalidad de medios, pues los fines a los que esa actividad gerencial se orienta ya están determinados por la constitución y sus intérpretes autorizados.”¹¹⁹.

¹¹⁷ *Op. Cit.* p. 377.

¹¹⁸ ATRIA, Fernando. La Hora del derecho: Los ‘derechos humanos’ Entre la política y el derecho. Estudios públicos 91 (invierno 2003). p. 65.

¹¹⁹ *Op. Cit.* ATRIA, Fernando. El derecho y la contingencia de lo político. p. 37.

Una concepción de la política unida a la de violencia es lo que hace temer a los actos políticos y la que se encuentra detrás del debate y de los argumentos del control constitucional. Sin embargo, podría rescatarse una visión de la política como a la que apela Hannah Arendt, desligada de la violencia, concebida como una “actividad propiamente humana”.

POLÍTICA SIN VIOLENCIA

Habiendo revisado en este capítulo las principales críticas y reformulaciones que se han efectuado al control constitucional, puede señalarse que en todas ellas se vislumbra una reivindicación de la política en tanto espacio autónomo de acción y de vital importancia para los asuntos humanos. Sin embargo, es necesario precisar que entre ellas existen profundas diferencias, así, si bien es cierto que en la postura de Carl Schmitt nos encontramos con una apelación a la política como el lugar crucial de decisión, éste lo hace de manera muy distinta a la de todos los demás autores recién comentados. Pues, como se señalara, para Schmitt lo decisivo está en la dicotomía amigo/enemigo que da contenido específico a lo político, en cambio, los demás autores apelan a una política que no se reduce a tal diferenciación, sino que es concebida como un espacio de entendimiento y deliberación en que los hombres son capaces de organizar su vida en común de manera pacífica.

Así, no obstante que Waldron, Ackerman y Atria proporcionan un argumento distinto en torno a la problemática del control constitucional, confluyen en el intento de rescatar a la política de su visión actual en tanto actividad a la que debe temerse y frente a la cual cabe poner resguardos. De esta manera, es posible sostener que comparten una visión de la política cercana a la planteada por Hannah Arendt.

Aún cuando en Arendt no encontramos un tratamiento específico de la problemática que gira en torno al control de constitucionalidad de los jueces, su planteamiento lleva implícito el tratamiento del conflicto entre la política y el derecho que nos convoca. En este sentido, no realiza propiamente una defensa a la democracia sino que aboga por un espacio público de participación ciudadana que no se vincula necesariamente con una determinada forma de gobierno, pero que sí excluye a aquellas que implican la anulación de lo político, como lo es el totalitarismo. Asimismo, su concepción de la política se traduce en ciertas reservas al desarrollo del constitucionalismo en la Época Moderna.

Se hace necesario aquí recordar el concepto de política y acción ya desarrollados en el primer capítulo. En el pensamiento arendtiano la política se concibe en su sentido griego, esto es, como una actividad propiamente humana que se desarrolla en el espacio público que surge entre iguales y donde la libertad adquiere sentido. Con la llegada de la Época Moderna estos elementos de la política se dispersan; ingresa la lógica propia de la esfera privada (medio-fin) al espacio público; se asimila la política con la violencia; la libertad se vincula con el aseguramiento de la vida y la propiedad, ámbitos propios de la esfera privada y esta última se resguarda del poder mediante el reconocimiento de las denominadas libertades negativas.

La interpretación de Arendt sobre el nacimiento del Derecho Constitucional en el siglo XVIII se puede extraer de su libro "Sobre la Revolución"¹²⁰. El nacimiento del Derecho Constitucional respondería a la necesidad del Estado Moderno de asegurar las libertades negativas frente a la violencia vinculada a la política. Por su parte, las libertades negativas se relacionan exclusivamente con la esfera privada, que adquiere una importancia estratégica con el auge de lo social. En este sentido señala: "Las libertades civiles, al igual que el bienestar privado, caen dentro de la esfera del gobierno limitado, y su salvaguardia no depende de la forma de gobierno [...] las libertades que el gobierno constitucional garantiza tienen todas un carácter negativo, incluido el derecho de representación para el establecimiento de nuevos impuestos, que se convirtió más tarde en el derecho a voto; no son ciertamente «poderes en sí mismos, sino simplemente una exención de los abusos del poder»; no pretenden una participación en el gobierno sino una salvaguardia contra éste."¹²¹

De esta manera la política se desvincula del espacio público entre iguales que da origen a la libertad, relacionándose exclusivamente con el poder estatal monopolizador de la violencia. Así, el Derecho Constitucional nace como un resguardo de los gobernados frente al nuevo poder estatal que amenaza la esfera privada.

¹²⁰ ARENDT, Hannah. *Sobre la Revolución*. Madrid, Alianza Editorial, 1988.

¹²¹ *Op. Cit.* p. 144.

No obstante lo anterior, en la Revolución Francesa y Americana los humanos lucharon por la reivindicación de la olvidada libertad pública. En efecto, en ambos momentos históricos los revolucionarios se movilizaron para alcanzar esta libertad, en palabras de Arendt: “Si los hombres que, desde ambos lados del Atlántico, estaban prestos a realizar la revolución tuvieron algo en común con anterioridad a producirse los acontecimientos que iban a determinar sus vidas [...], fue una preocupación apasionada por la libertad pública en el sentido que la entendieron Montesquieu o Burke [...]”¹²².

Tanto en el caso francés como en el americano el concepto de libertad vuelve a adquirir un sentido público, así la política retoma aquellos elementos que le eran propios en Grecia: “[...] los americanos sabían que la libertad pública consiste en una participación en los asuntos públicos y que cualquier actividad impuesta por estos asuntos no constituía en modo alguno una carga, sino que confería a quienes la desempeñaban en público un sentimiento de felicidad inaccesible por cualquier otro medio [...]”¹²³.

En sus inicios ambas revoluciones tenían como objetivo la fundación de la libertad pública que añoraban. Este acto de fundación implicaba la institucionalización de un nuevo orden político donde la acción y el discurso hicieran surgir la libertad. La liberación que los movilizó a la revolución se vinculaba así, con la libertad en sentido público.

Para Arendt una revolución fructífera es aquella que culmina con la instauración de un nuevo orden político perdurable en el tiempo. Para ello los revolucionarios consideraron imprescindible la instauración de una nueva constitución que plasmara ese nuevo orden. No obstante, al realizar dicha tarea los hombres de la revolución olvidaron sus incentivos iniciales, ya que en vez de asegurar ese espacio público de deliberación, consagraron derechos individuales como limitaciones al poder político.

¹²² *Op. Cit.* p. 118.

¹²³ *Op. Cit.* p. 119.

Así las declaraciones de derechos aseguraron libertades completamente ajenas a ese espacio público tan deseado en los inicios de la revolución.

En consecuencia, el establecimiento de una Constitución, como instauración de un nuevo orden, forma parte de los procesos revolucionarios exitosos. Por el contrario, el gobierno constitucional responde exclusivamente a la limitación del poder político mediante el reconocimiento de derechos individuales, que no necesariamente debe provenir de un proceso revolucionario. En este sentido, es que la autora critica el constitucionalismo moderno, afirmando: “La idea de gobierno constitucional no es, desde luego, en ningún sentido revolucionaria en su contenido o en su origen; no significa otra cosa que un gobierno limitado por el Derecho y la salvaguardia de las libertades civiles mediante garantías constitucionales [...] no fueron concebidos para instituir los nuevos poderes revolucionarios del pueblo, sino, por el contrario, se creyeron necesarios para limitar el poder del gobierno, incluso en los cuerpos políticos de nueva fundación.”¹²⁴

Conforme a lo anterior, ambas revoluciones, pese a que en sus inicios tuvieron como objetivo instaurar el espacio público de deliberación entre iguales, fracasaron en tal intento. Así, al momento de instaurar el nuevo orden por el que se movilizaron, se concentraron en reconocer constitucionalmente una serie de derechos individuales.

Para Arendt, el respeto de los derechos fundamentales dista mucho de su sólo reconocimiento en una declaración, pues requiere de la existencia de una comunidad política a la que pueda vincularse cada ciudadano. En su libro “Los Orígenes de Totalitarismo”¹²⁵ la autora revisa la historia de los apátridas y refugiados durante el transcurso de ambas guerras mundiales, concluyendo que estas minorías son el reflejo de las deficiencias en la protección de los derechos individuales cuando estos se desvinculan de la figura de un Estado Nación.

¹²⁴ *Op. Cit.* p. 144.

¹²⁵ ARENDT, Hannah. Los Orígenes del Totalitarismo. Madrid, Alianza Editorial, 2006.

En consecuencia, en el Estado Nación el respeto de los derechos individuales no surte efecto si no son respaldados por cierta institucionalidad que los reconozca, garantice y promueva. En sus palabras: “Los derechos del hombre, después de todo habían sido definidos como «inalienables» porque se suponía que eran independientes de todos los gobiernos; pero resultó que, en el momento en que los seres humanos carecían de su propio gobierno y tenían que recurrir a sus mínimos derechos, no quedaba ninguna autoridad para protegerles ni ninguna institución que deseara garantizarlos”¹²⁶, y más adelante continúa: “Los derechos del hombre, supuestamente inalienables, demostraron ser inaplicables- incluso en países cuyas Constituciones estaban basadas en ellos- allí donde habían personas que no parecían ser ciudadanas de un estado soberano”¹²⁷.

En este punto es necesario mencionar el concepto de la acción y su relación con la libertad e igualdad en el pensamiento arendtiano. La política es la condición humana por excelencia y sólo en el espacio público, propio de la acción y el discurso, los hombres son tratados como iguales en libertad. Los ideales de libertad e igualdad, que guiaron tanto a la Revolución Francesa como la Americana, sólo podrían adquirir un verdadero sentido en el espacio político. Es por ello que la autora niega que tales principios se garanticen mediante las declaraciones de derechos, y plantea que se requiere adicionalmente de una comunidad política que las haga realidad.

La libertad, igualdad e incluso la dignidad humana que fundamentan las declaraciones de derechos, surgen en el espacio político de la acción y el discurso. Sin este espacio público los humanos, aún cuando se les haya reconocido una serie de derechos, no pueden ser libres e iguales. Por ello la autora afirma que: “El hombre, así, puede perder todos sus derechos del hombre sin perder su cualidad esencial como hombre, su dignidad humana. Sólo la pérdida de la comunidad misma le arroja fuera de la humanidad”¹²⁸.

¹²⁶ *Op. Cit.* p. 414.

¹²⁷ *Op. Cit.* p. 416.

¹²⁸ *Op. Cit.* p. 421.

Reconocidos y analizados los principales planteamientos de la teoría arendtiana, es posible extraer algunas conclusiones aplicables a la problemática del control constitucional que nos convoca. En este sentido, el control judicial de la legislatura se enmarca dentro de las instituciones propias de un gobierno constitucional limitado al que la autora formula ciertas reservas. Así, la revisión judicial propia del gobierno constitucional -fundada en el aseguramiento de los derechos individuales-, se condice con aquella visión que reconoce a los derechos fundamentales como verdaderas cartas de triunfo de los individuos frente al poder político. El control constitucional garantiza así que el ejercicio del poder político no afecte dichos derechos.

Esa visión, bajo el planteamiento de Arendt, responde a la asimilación entre política y violencia característica de la Época Moderna. Sólo dicha asimilación puede explicar el temor hacia el ejercicio del poder político por parte de una comunidad. Por el contrario, si entendemos al poder como la capacidad de actuar concertadamente a través del discurso y lo desvinculamos de la utilización violencia, ya no existe justificación para temer y por tanto limitar a la acción y el discurso.

En este sentido, sería ilógico también sostener que la acción política podría atentar en contra de su propio sentido, esto es la libertad, igualdad y dignidad humana. En efecto, la clásica fundamentación del control constitucional en base a la protección de los derechos fundamentales que realizan los defensores de su establecimiento se basa en último término en dichos principios. Luego, para Arendt la política consiste en un presupuesto para que los hombres sean libres e iguales y no su obstáculo.

Por otro lado, el presupuesto de aplicabilidad del control constitucional, esto es, limitar mediante la ley al poder político, también pierde eficacia al disolver la asimilación entre política y violencia. Así Arendt afirma que: “[...] el poder, contrariamente a lo que podríamos pensar, no puede ser contrarrestado, al menos de modo efectivo, mediante leyes, ya que el llamado poder que detenta el gobernante en el gobierno constitucional, limitado y legítimo, no es, en realidad, poder, sino violencia, es la fuerza multiplicada del único que ha monopolizado el poder de la mayoría. Las

leyes, por otra parte, se ven en peligro constante de ser abolidas por el poder de la mayoría, y debe notarse que, en un conflicto entre la ley y el poder, raras veces la victoria es para la ley. Aún suponiendo que la ley es capaz de contrarrestar al poder -y sobre esta presunción deben descansar todas las formas de gobierno verdaderamente democráticas, sino quieren degenerar en la peor y más arbitraria de las tiranías-, las limitaciones impuestas por la ley al poder sólo pueden traer como resultado una disminución de su potencia. La única forma de detener al poder y mantenerlo, no obstante, intacto es mediante el poder [...]"¹²⁹.

Luego, el llamado es a crear poder político y no a limitarlo.

¹²⁹ *Op. Cit.* ARENDT, Hannah. Sobre la Revolución. p. 154.

CONCLUSIONES

El debate en torno al establecimiento del control judicial de constitucionalidad dentro de un determinado ordenamiento jurídico, tradicionalmente identificado con la objeción contramayoritaria, no se reduce simplemente a una cuestión de distribución de poderes o funciones estatales, como son todas aquellas decisiones relativas al diseño institucional del Estado. En este caso en particular el debate común se intensifica ya que lleva envuelto además una discusión doctrinaria más profunda sobre la conflictiva relación entre la política y el derecho.

Cualquier acercamiento al conflicto entre la política y el derecho requiere antes que todo aclarar cuáles serán los alcances de cada una de estas actividades humanas. Existe numerosa bibliografía dedicada a conceptualizar a la política y el derecho, existiendo variados conceptos sobre cada una de estas áreas. La decisión sobre cuál de dichos conceptos se utilizará para analizar el conflicto entre ambas reviste de una importancia fundamental y no arbitraria, puesto que necesariamente implica una manera especial de ver el conflicto y sus aparentes soluciones.

La relación entre política y derecho no siempre es conflictiva, sino que la contradicción sólo surge cuando se considera necesario resguardar mediante normas ciertos valores supuestamente amenazados por el ejercicio del poder político. Así, el conflicto se da cuando el derecho intenta poner límites a la política, o bien cuando éste se ve superado por ésta. Al respecto existe un fecundo desarrollo doctrinal tanto desde la Filosofía Política como desde la Filosofía del Derecho que analizan en extenso las distintas maneras en que ambas actividades humanas pueden relacionarse.

En este contexto es que se sitúa la problemática que gira en torno al control judicial de constitucionalidad. No obstante, la mayoría de la doctrina se ha enfocado exclusivamente en cómo dar solución a la objeción contramayoritaria, dejando de lado muchos otros elementos que comprenden la relación entre la política y el derecho.

Una primera tendencia doctrinaria, representada por autores como Kelsen, Dworkin y Rawls, fundamenta y legitima el establecimiento del control constitucional en función de su objetivo, siendo este la protección de los derechos individuales ante posibles atentados del poder político.

Estos planteamientos llevan implícitos una visión conflictiva sobre la relación entre la política y el derecho. En efecto, se concibe que el derecho tiene entre sus funciones la de resguardar y proteger al individuo frente al poder político. Para otorgar eficacia a dicha protección se considera necesario que el derecho tenga primacía por sobre la política, siendo el control constitucional una de las instituciones que manifiestan dicha primacía.

El fundamento tras este planteamiento responde a la desconfianza y temor ante el ejercicio del poder político que caracteriza a la época moderna. Dicha desconfianza lleva implícita una vinculación entre la política y la violencia que justifica limitar a la primera.

Por su parte, existen otros autores que mediante diversos planteamientos intentan reivindicar a la política de esa visión precavida y temerosa. Bien sea por planteamientos que se remiten a la incapacidad de limitar a la decisión soberana o mediante una apelación al intrínseco valor de la democracia y de la soberanía popular, dichos autores cuestionan los fundamentos del establecimiento del control constitucional en tanto se basan en una concepción muy estrecha de la política, la democracia y la participación pública.

En conclusión, el tratamiento que la doctrina da al control constitucional, más allá de remitirse exclusivamente a su discutible carácter democrático o antidemocrático, se amplía a la determinación del valor que tiene la acción pública y política de los ciudadanos dentro de una organización estatal.

En este contexto el planteamiento de Hannah Arendt puede ser muy iluminador, quien mediante la apelación a nuevos conceptos de política y poder, intenta desdibujar

los significados modernos que sirven de referente para toda la doctrina. Ello en tanto su pensamiento sobre la acción política disuelve la típica dicotomía entre democracia y derechos individuales mediante el reconocimiento de un nuevo sentido a la acción política humana. Lo anterior, en tanto en el pensamiento arendtiano la política constituye el supuesto para que los principios de libertad, igualdad y dignidad -que subyacen a los derechos fundamentales-, adquieran sentido. La política así se reivindica como el espacio público que surge entre iguales y donde la libertad adquiere sentido y por tanto le resulta ajena toda violencia que pueda atentar contra el ciudadano.

Tras la crítica de Arendt al constitucionalismo como gobierno limitado por el derecho se puede vislumbrar una aguda crítica al concepto moderno de política. Para Arendt el concepto moderno de política está erróneamente vinculado a un elemento que le es completamente ajeno, la violencia. El constitucionalismo, y por tanto la revisión judicial, lo que intentan limitar es la violencia vinculada al poder político, no obstante, el poder, y no la violencia, son propios de la política. El poder como capacidad de actuar concertadamente es lo que define realmente a la política, la violencia le es extraña en tanto se relaciona con la fuerza y descansa en instrumentos. La violencia es muda, en cambio la política descansa en la acción y el discurso; la política requiere de la pluralidad de los hombres, en cambio la violencia puede ser ejercida por uno solo; la política tiene sentido en sí misma, su sentido es la libertad, en cambio la violencia constituye sólo un medio para la consecución de fines y por tanto su uso requiere de justificación.

Sólo una política ligada a la violencia debe ser limitada por el derecho, pero no así una política cuyo sentido es la libertad. Aún más, sólo si concebimos a la política como violencia se justifica su limitación por el derecho, pero si retomamos su real significado, asociado al poder, sólo se puede contrarrestar con más poder.

En este sentido es que estas páginas no tienen la pretensión de cerrar el debate, sino que por el contrario se dirigen a aportar nuevas directrices y elementos a la discusión. Teniendo en cuenta que el debate doctrinal en torno al control

constitucional se vincula con la relación entre la política y el derecho, y por tanto con el determinado valor que le atribuyamos a cada uno de ellos, es que la constante búsqueda de nuevos significados que iluminen la discusión siempre abrirá nuevos caminos.

Así, no es el exceso de acción política lo que nos acerca al terror, sino la falta de ésta.

ANEXO

EL ESTADO DE EXCEPCIÓN COMO ESPACIO DE CONFLICTO

Junto con el control constitucional, el estado de excepción constituye otro aspecto o zona en que confluye la política y el derecho, siendo éste quizás el punto más álgido del conflicto. Así, el estado de excepción se encontraría en la zona límite entre el ámbito propio de la política y el ámbito propio del derecho. Cabe señalar que al referirnos al “estado de excepción” se alude al concepto general y no a un decreto en específico, y por lo tanto se refiere a todas aquellas situaciones o momentos que tienen lugar cuando, frente a un peligro interno o externo, debe suspenderse la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico justamente para proteger su vigencia.

El estado de excepción, así entendido, ha sido objeto de diversos tipos de análisis y ha ocupado distintos lugares en la tradición jurídica. Así, una parte de la doctrina ha intentado incluirlo dentro del ordenamiento jurídico, argumentado que si bien es cierto que los hechos que fundan al estado de excepción pueden ser externos al derecho, éste debe contemplarse y más aún regularse en el ordenamiento jurídico, pues el fundamento último del estado de excepción es la propia conservación del derecho y del Estado.

En cambio, para otros, el estado de excepción debe situarse por fuera del derecho, puesto que constituye una situación extrajurídica, una situación de facto, que incluso puede llegar a ser antijurídica. En este sentido es que se argumenta que si durante la vigencia del estado de excepción el ordenamiento jurídico se encuentra suspendido, este último no puede regularlo, pues allí justamente no operan las normas.

Los autores liberales que hemos tratado en los apartados anteriores, tales como Kelsen y Rawls, en general no se refieren ni profundizan mayormente sobre el

estado de excepción, ello debido a que su preocupación fundamental y sus teorías están dirigidas a las situaciones de normalidad en las que tienen plena vigencia y aplicabilidad las normas del ordenamiento jurídico.

Lo anterior es justamente lo que critica el jurista alemán Carl Schmitt, quien dirige una parte esencial de su obra al estado de excepción, criticando la postura de Kelsen que da primacía a las reglas por sobre la excepción. Para Schmitt la excepción es fundamental, tanto así que en su "Teología Política"¹³⁰ afirma que: "ES SOBERANO QUIEN DECIDE el estado de excepción."¹³¹. Ello porque la categoría esencial para Schmitt en un Estado no es la norma, sino la soberanía, pues ésta es la que permite dar unidad al Estado, siendo ésta su finalidad principal. La soberanía a su vez implica una decisión, la que se manifiesta en toda su intensidad cuando se determina la procedencia del estado de excepción, esto es, "[...] la suspensión del orden vigente en su totalidad."¹³². Así, en la soberanía se haya la decisión acerca de la aplicabilidad del ordenamiento jurídico, esto es, de si nos encontramos o no frente a una situación de normalidad en la que tienen plena vigencia las normas del orden jurídico, o en estado de excepción, en el que se suspende el derecho para su propia conservación. En este sentido es que Schmitt sostiene que: "[...] la facultad de suprimir la ley vigente -ya sea de manera general o en el caso particular- es a tal grado la verdadera característica de la soberanía, que Bodin pretende derivar de ella todos los demás atributos (declaración de guerra y conclusión de la paz, nombramiento de los funcionarios, última instancia, prerrogativa del indulto, etcétera)."¹³³.

En consecuencia, es en el caso crítico del estado de excepción donde aparece la soberanía con toda su fuerza, siendo por tanto soberano quien decide el estado de excepción. A su vez, el caso excepcional no puede estar descrito en el orden jurídico vigente, puesto que lo excede, y a lo más podría contemplarse de manera general como un caso de peligro o necesidad extrema, determinando quién decide el estado de

¹³⁰ SCHMITT, Carl. Teología Política I. En: ORESTES AGUILAR, HÉCTOR. Carl Schmitt, Teólogo de la Política. México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

¹³¹ *Op. Cit.* p. 23.

¹³² *Op. Cit.* p. 27.

¹³³ *Op. Cit.* p. 25.

excepción pero no qué normas regirán. Ello debido a que en él no rigen las normas y no hay posibilidad de prever el caso excepcional.

El estado de excepción, no obstante suspenderse el derecho, no deja de vincularse al ordenamiento jurídico, pues al referirse a él continúa ubicándose dentro de su contexto, aún cuando sea mediante su suspensión o exclusión. En relación a ello, Schmitt afirma que: “Se ubica fuera del orden jurídico normal y con todo forma parte de él, porque le corresponde la decisión de si la constitución puede suspenderse *in toto*.”¹³⁴. Así, lo que ocurre durante el estado de excepción es que la norma se separa de su aplicación, y por tanto, no obstante que la norma deja de estar vigente, ello es justamente para crear una situación que haga posible su aplicación.

Teniendo en cuenta lo anterior es que Schmitt critica al liberalismo y al positivismo jurídico de Kelsen. Para Schmitt un concepto de norma y de derecho como el de Kelsen, vacío de contenido, no tiene relevancia alguna. En primer lugar debido a que son los conceptos límites, tales como el de soberanía y el de excepción, los esenciales para un Estado, pues tal como señala: “Lo normal no demuestra nada, la excepción lo demuestra todo; no sólo confirma la regla sino que la regla sólo vive gracias a aquélla.”¹³⁵. Asimismo critica el formalismo de Kelsen, esto es el no tomar en cuenta el contenido y sólo dar primacía a la forma. Para Schmitt, la “norma pura” o el “derecho puro” no dicen nada, puesto que lo decisivo está en quién aplica la norma y el mandato que hay detrás de ella. Ello porque ambos se fundan en la idea de soberanía en la cual se encuentra arraigada la idea de decisión y de contingencia, otorgando contenido a la soberanía. Si la soberanía es lo único que queda en un estado de excepción es porque ella es la única capaz de establecer un orden, que a su vez emana de una decisión, siendo contenido y no pura forma.

En “La dictadura”¹³⁶, texto publicado un año antes que “Teología Política”, Schmitt trata el estado de excepción a través de la figura de la dictadura. Ésta puede

¹³⁴ *Op. Cit.* p. 24.

¹³⁵ *Op. Cit.* p. 28.

¹³⁶ SCHMITT, Carl. La dictadura. Madrid, Alianza Editorial, 1985.

ser dos tipos: la dictadura comisarial y la soberana. La primera, Schmitt la entiende como aquella suspensión del ordenamiento jurídico que tiene por finalidad defender o conservar la propia Constitución. La dictadura soberana en cambio, no se limita a ello, sino que tiene por objeto instaurar un nuevo orden y por tanto trae consigo la posibilidad de crear un estado de cosas distinto, lo que se traduce en una nueva Constitución, siendo éste el punto más crítico del estado de excepción. En la dictadura soberana juega un rol fundamental el “poder constituyente”, que se distingue del poder ya constituido, y que a pesar de no estar contemplado en la Constitución se conecta con el ordenamiento jurídico, porque opera como un poder fundante del nuevo orden.

De esta manera en la teoría schmittiana, no obstante que el estado de excepción se encuentra por fuera del derecho puesto que consiste en su suspensión, estos conceptos se vinculan estrechamente, debido a que, al remitirse siempre al ordenamiento jurídico, aunque sea mediante su suspensión, el estado de excepción se inscribe, a través de su exclusión, en el derecho. Por ello señala que: “La dictadura, ya sea comisarial o soberana, implica una referencia a un contexto jurídico”¹³⁷, y en este mismo sentido afirma: “[...] el estado de excepción sigue siendo algo distinto de la anarquía el caos, aún subsiste un orden en el sentido jurídico, si bien no se trata de un orden jurídico.”¹³⁸.

La postura de Schmitt sobre el estado de excepción puede leerse también en contraposición o en discusión con la de Walter Benjamín, para quien: “La tradición de los oprimidos nos enseña entretanto que el “estado de emergencia” en que vivimos es la regla.”¹³⁹. En su texto “Para una crítica de la Violencia”¹⁴⁰, Benjamín si bien no alude al concepto de estado de excepción, distingue entre dos tipos de violencia: una violencia mítica-jurídica y una violencia divina-revolucionaria. La primera sería aquella que tiene por finalidad conservar o fundar derecho, y por tanto es la violencia que está

¹³⁷ *Op. Cit.* p. 185.

¹³⁸ *Op. Cit.* SCHMITT, Carl. Teología Política I. En: ORESTES AGUILAR, HÉCTOR. Carl Schmitt, Teólogo de la Política. p. 27.

¹³⁹ BENJAMIN, Walter. Sobre el concepto de la historia. En su: Conceptos de filosofía de la historia. La Plata, Terramar Ediciones, 2007. p. 69.

¹⁴⁰ BENJAMIN, Walter. Para una crítica de la violencia. En su: Conceptos de filosofía de la historia. La Plata, Terramar Ediciones, 2007.

presente en el derecho mismo, pero que como tal, opera fuera de aquel. Así, el derecho requiere de su “fuera” para confirmarse y en este sentido es que ha de monopolizar la violencia para salvaguardarse a sí mismo, es decir, para su propia conservación. Con esta violencia fundadora o conservadora que coexiste en el derecho, Benjamin está evidenciado las zonas de excepción a la cual el derecho ha de apelar. De este modo, sin la violencia la aplicación del derecho no puede resolverse, por ello la suspensión del derecho, como situación de excepción, permite su aplicación. Esta idea debe conectarse con su octava tesis de la filosofía de la historia, esta es, que el estado de excepción haya devenido en regla, con lo que alude a que dichas zonas de excepción se han vuelto indistinguibles respecto de las situaciones de normalidad.

Sin embargo, esta violencia mítico-jurídica, que opera como medio respecto de un fin (conservar o fundar derecho), se diferencia de lo que se denomina “violencia divina o revolucionaria”, es decir, aquella violencia que como tal sólo se despliega en tanto medio, no respecto de fines, siendo así violencia pura, que se aparta de la relación existente entre violencia y derecho. De esta manera, la característica central de ésta, es que no funda ni conserva derecho, sino que más bien lo destituye, lo cual permitiría abrir una nueva época histórica.

Esta tesis de Benjamín se aleja a la de Schmitt, en cuanto a que, como ya señalamos, éste último no concibe una violencia totalmente extraña al derecho. Schmitt siempre reconduce la violencia al derecho, pues el estado de excepción queda anclado en el derecho a través de su misma exclusión, de manera que la violencia pura a la que alude Benjamin escapa de los conceptos schmittianos, quedando liberada de su relación con el derecho.

Una tesis similar a la de Benjamin es la de Giorgio Agamben, para quien el estado de excepción constituye una zona de anomia, vacía de derecho, o más bien, una zona de indistinción absoluta entre hecho y derecho, que intenta ser capturada por este último a fin de asegurar su preservación, en palabras de Agamben: “[...] Este espacio vacío de derecho parece ser, por alguna razón, tan esencial al orden jurídico que éste debe tratar por todos los medios de asegurarse una relación con aquél; casi

como si para fundarse, debiera mantenerse necesariamente en relación con una anomia. Por un lado, el vacío jurídico que está en cuestión en el estado de excepción parece absolutamente impensable para el derecho; por el otro, este impensable reviste sin embargo para el orden jurídico una importancia estratégica tan decisiva que se trata a cualquier costo de no dejarlo escapar.”¹⁴¹.

Lo decisivo para Agamben radica en que en la modernidad el estado de excepción tiende a transformarse en el paradigma de gobierno de la política contemporánea, cuyo significado biopolítico es la aparición del *Homo sacer*¹⁴², esto es de aquellas vidas que son despojadas de todo estatuto jurídico y de todo derecho, pero que son incluidas en el ordenamiento a través de dicha exclusión. En este sentido afirma que: “El totalitarismo moderno puede ser definido, en este sentido, como la instauración, a través del estado de excepción, de una guerra civil legal, que permite la eliminación física no sólo de los adversarios políticos sino de categorías enteras de ciudadanos que por cualquier razón resultan no integrables en el sistema político.”¹⁴³

Agamben ve una salida a la actual situación, la de un estado de excepción convertido en regla, en la acción humana de la política depurada del derecho que la ha contaminado. Por ello señala que la acción política ha sido eclipsada por derecho, concibiéndose a ésta, a lo más, como violencia que instauro derecho o como un poder que negocia con éste, siendo la política en realidad “[...] aquella acción que corta el nexo entre violencia y derecho.”¹⁴⁴.

De esta manera es que podemos señalar que el control constitucional y el estado de excepción pueden definirse como dos zonas en las que confluye la política y el derecho de manera problemática, en que cada área intenta imponerse sobre la otra. Ante ello, las distintas visiones y tradiciones tratan de justificar el imperio de los hechos políticos por sobre el derecho, o de defender la soberanía del derecho ante todo. Así el

¹⁴¹ AGAMBEN, Giorgio. Estado de excepción. 2ª ed. Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, 2005. p. 100.

¹⁴² v. AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer* El poder soberano y la nuda vida. Valencia, Pre-Textos, 1998.

¹⁴³ *Op. Cit.* AGAMBEN, Giorgio. Estado de excepción. p. 25.

¹⁴⁴ *Op. Cit.* p. 157.

control constitucional se encontraría dentro de los bordes menos conflictivos pue se presenta en situaciones de normalidad en que no se llega a cuestionar el funcionamiento del ordenamiento jurídico. En cambio, el estado de excepción representa el punto más álgido del conflicto, debido a que los hechos políticos ponen en jaque la misma aplicabilidad del derecho, el cual intenta de todas formas capturar y regular las situaciones que lo desbordan.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Bruce. y ROSENKRATZ, Carlos. Tres Concepciones de la Democracia Constitucional. En: Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad. Madrid, Centros de Estudios Constitucionales, 1991a.

ACKERMAN, Bruce. We the People. Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 1991b.

ACKERMAN, Bruce. La Política del Diálogo Liberal. Barcelona, Gedisa, 1999.

AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer El poder soberano y la nuda vida. Valencia, Pre-Textos, 1998.

AGAMBEN, Giorgio. Estado de excepción. 2ª ed. Buenos Aires, Adriana Hidalgo editora, 2005.

ARENDT, Hannah. Sobre la Revolución. Madrid, Alianza Editorial, 1988.

ARENDT, Hannah. Labor, trabajo, acción. En su: De la Historia a la acción. Barcelona, Paidós, 1995.

ARENDT, Hannah. Qué es la política. Barcelona, Paidós, 1997.

ARENDT, Hannah. La condición humana. Barcelona, Paidós, 2005a.

ARENDT, Hannah. Sobre la violencia. Madrid, Alianza Editorial, 2005b.

ARENDT, Hannah. Los Orígenes del Totalitarismo. Madrid, Alianza Editorial, 2006.

ATRIA Fernando. Revisión Judicial: El síndrome de la víctima insatisfecha. Estudios Públicos N°79, (invierno 2000).

ATRIA, Fernando. La Hora del derecho: Los 'derechos humanos' Entre la política y el derecho. Estudios públicos N°91, (invierno 2003).

ATRIA, Fernando. El derecho y la contingencia de lo político. En: Revista de Derecho y Humanidades N°11, 2005.

BENJAMIN, Walter. Para una crítica de la violencia. En su: Conceptos de filosofía de la historia. La Plata, Terramar Ediciones, 2007a.

BENJAMIN, Walter. Sobre el concepto de la historia. En su: Conceptos de filosofía de la historia. La Plata, Terramar Ediciones, 2007b.

DWORKIN, Ronald. El imperio de la justicia. Barcelona, Gedisa, 1988.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. 2ª ed. Barcelona, Ariel, 1989.

DWORKIN, Ronald. La Lectura moral y la premisa mayoritarista. En: HONGJU KOH, Harold y SLYE, Ronald (compiladores). Democracia deliberativa y derechos humanos. Barcelona, Gedisa, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Facticidad y validez. Madrid, Trotta, 1998.

HART, H.L.A. El concepto de Derecho. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho. México, Porrúa, 1979.

KELSEN, Hans. ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Madrid, Tecnos, 1995.

MOUFFE, Chantal. La Paradoja Democrática. Barcelona, Gedisa, 2003.

MOUFFE, Chantal. En Torno a lo político. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.

ORO TAPIA, Luís. Crítica de Carl Schmitt al Liberalismo. [en línea] Estudios Públicos, otoño 2005 http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_3539.html [consulta: 26 marzo 2009].

RAWLS, John. Liberalismo político. México, Fondo de Cultura Económica, 1995a.

RAWLS, John. Teoría de la Justicia. 2ª ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1995b.

RUIZ, Carlos. Democracia y liberalismo en Ronald Dworkin. [en línea] <http://www.filosofía.uchile.cl>.

SCHMITT, Carl. La dictadura. Madrid, Alianza Editorial, 1985.

SCHMITT, Carl. Sobre el Parlamentarismo. 2ª ed. Madrid, Tecnos, 1996.

SCHMITT, Carl. La defensa de la constitución. 2ª ed, Madrid, Tecnos, 1998.

SCHMITT, Carl. El Concepto de lo político. En: ORESTES AGUILAR, HÉCTOR. Carl Schmitt, Teólogo de la Política. México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

SCHMITT, Carl. Teología Política I. En: ORESTES AGUILAR, HÉCTOR. Carl Schmitt, Teólogo de la Política. México, Fondo de Cultura Económica, 2001

WALDRON, Jeremy. Rights and Majorities: Rousseau revisited. En: Liberal Rights: Colected Papers 1981-1991, Cambridge Studies in Philosophy & Public Policy, 1993.

WALDRON, Jeremy. Deliberación, desacuerdo y votación. En: HONGJU KOH, Harold y SLYE, Ronald (compiladores). Democracia deliberativa y derechos humanos. Barcelona, Gedisa, 2004.

WALDRON, Jeremy. Derecho y desacuerdos. Madrid, Marcial Pons, 2005.

