



RIDAA
Repositorio Institucional
Digital de Acceso Abierto de la
Universidad Nacional de Quilmes



Universidad
Nacional
de Quilmes

Ocampo Vega, Diego Nicolás

Jueces, política y democracia : un análisis filosófico de las llamadas cuestiones políticas no judicializables



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Argentina.
Atribución - No Comercial - Sin Obra Derivada 2.5
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/ar/>

Documento descargado de RIDAA-UNQ Repositorio Institucional Digital de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes de la Universidad Nacional de Quilmes

Cita recomendada:

Ocampo Vega, D. N. (2017). *Jueces, política y democracia: un análisis filosófico de las llamadas cuestiones políticas no judiciales*. (Tesis de maestría). Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, Argentina. Disponible en RIDAA-UNQ Repositorio Institucional Digital de Acceso Abierto de la Universidad Nacional de Quilmes <http://ridaa.unq.edu.ar/handle/20.500.11807/2101>

Puede encontrar éste y otros documentos en: <https://ridaa.unq.edu.ar>

Jueces, Política y Democracia. *Un análisis filosófico de las llamadas cuestiones políticas no judiciales*

TESIS DE MAESTRÍA

Diego Nicolás Ocampo Vega

ocampovegadigo@gmail.com

Resumen

Las tres preguntas que van a guiar el desarrollo del trabajo son: I. ¿Cuál es la magnitud de las llamadas cuestiones políticas no judiciales? Es decir: ¿qué clases de asuntos se consideran pura o irreductiblemente políticos al extremo de tornarlos no judiciales?; II. ¿Cómo se justifica que estos asuntos queden fuera del ámbito del control de los jueces?; III. En caso de que se justifique el control judicial de las cuestiones políticas, ¿hasta qué punto debería extenderse el control de constitucionalidad de las cuestiones políticas en el ámbito de una democracia?

INDICE

INTRODUCCIÓN	4
LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUDICIALES.....	4
Esquema de la tesis.....	4
Relevancia teórica y práctica.....	6
Democracia, Constitución y Jueces.....	11
La tensión entre democracia y constitución. Contexto de las CPNJ	11
Los conceptos de política y derecho. Entre Democracia y Constitución	12
Los jueces y la dificultad contra mayoritaria.....	13
Las CPNJ desde dos modelos antagónicos: Dworkin/Waldron	14
CAPITULO PRIMERO	16
EL MODELO DE RONALD DWORKIN.....	16
Introducción general al capítulo	16
Introducción general a la obra de Ronald Dworkin.....	16
1. Los Conceptos Interpretativos	17
2. Democracia y Constitución	18
Democracia: dos conceptos antagónicos	19
Constitución y defensa del control de Constitucionalidad.....	20
3. Principios y Directrices políticas.....	22
Normas, principios y directrices	22
4. Recapitulación: El modelo de Dworkin y las CPNJ	24
El modelo de Dworkin	24
CAPITULO SEGUNDO	28
EL MODELO DE WALDRON	28
Estructura del capítulo.....	28
Introducción a Jeremy Waldron	28
1. Desacuerdos y fines en común	29
El núcleo de la teoría: desacuerdos y fines en común	29
La filosofía y su rol modesto.....	30
2. Democracia y Constitución	31

Democracia: defensa de una visión mayoritaria	31
Críticas a la Constitución y al control de constitucionalidad	32
Críticas al establecimiento de una Constitución	32
Objeciones al control de constitucionalidad	32
3. El derecho y la política	32
Derecho y Democracia.....	32
¿Quién decide qué derechos tenemos?	34
4. Recapitulación: El modelo de Waldron y las CPNJ	35
El modelo de Waldron.....	35
DEMOCRACIA	36
MAYORITARIA-PROCEDIMENTAL	36
CONSTITUCIÓN	36
CRITICA A LA MISMA.....	36
JUECES.....	36
ENCARGADOS DE APLICACIÓN DERECHO	36
CAPITULO TERCERO	38
El modelo del Constitucionalismo Dialógico	38
Estructura del capitulo.....	38
1. Introducción al Capítulo	38
2. Introducción al Constitucionalismo dialógico	39
Origen del Constitucionalismo Dialógico.....	39
Problemas de la democracia mayoritaria	41
3. Democracia y Constitución	43
Democracia Deliberativa y Constitucionalismo dialógico	43
Constitucionalismo y Constitucionalismo democrático.....	45
4. Recapitulación: El modelo del Constitucionalismo dialógico y las CPNJ	47
CONSIDERACIONES FINALES	50
Las Cuestiones políticas no judiciables entre Jueces democracia y política	50
Modelo Dworkin	50
Modelo Waldron	50
Modelo C. Dialógico	50
Bibliografía	53

INTRODUCCIÓN

LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUDICIALES

Ciertas cuestiones en democracia no deberían ser tratadas ni resueltas por los jueces por ser de carácter netamente político. En el análisis filosófico de cuáles serían estas cuestiones y el porqué de su exclusión se puede resumir el objeto de esta tesis.

Esto presupone un problema, articular una ecuación equilibrada de los conceptos de constitución, democracia y jueces. La respuesta no ha sido simple ni uniforme. Prueba ello la existencia de dos teorías paradigmáticas, enfrentadas: las propuestas articuladas por las ideas de Ronald Dworkin y Jeremy Waldron. Dos de los filósofos del derecho y políticos, más representativos sobre el tema del derecho, democracia y constitución, con teorías diametralmente opuestas. Al contrastarlas se pretende responder: ¿cuál es el alcance de las llamadas “cuestiones políticas no judiciales” y su justificación en una democracia en base a sus teorías?

Como aporte propio se va a defender una alternativa, denominada constitucionalismo dialógico o débil, que intenta, a través del equilibrio entre ambos proyectos, rescatar los puntos más fuertes de las teorías mencionadas, para pensar en un balance razonable.

Las tres preguntas que van a guiar el desarrollo del trabajo son:

- I. ¿Cuál es la magnitud de las llamadas cuestiones políticas no judiciales? Es decir: ¿qué clases de asuntos se consideran pura o irreductiblemente políticos al extremo de tornarlos no judiciales?
- II. ¿Cómo se justifica que estos asuntos queden fuera del ámbito del control de los jueces?
- III. En caso de que se justifique el control judicial de las cuestiones políticas, ¿hasta qué punto debería extenderse el control de constitucionalidad de las cuestiones políticas en el ámbito de una democracia?

Esquema de la tesis

La tesis está dividida en cinco partes: La introducción, tres capítulos (uno para cada modelo) y las consideraciones finales.

En la introducción, se establecen los lineamientos generales de las “cuestiones políticas no judiciales” (en adelante CPNJ). Para esto se señala el método utilizado y la relevancia teórica y práctica del problema. Luego se efectúa una breve reseña histórica del concepto de CPNJ en la jurisprudencia de la Corte de EEUU y de la Argentina. Después se presentan los tres problemas que estructuran las CPNJ: la tensión entre Constitución y Democracia, la judicialización de la política y la legitimidad de los jueces para el control de lo político. Por último, se realiza una presentación general al debate entre Dworkin y Waldron.

En el primer capítulo, en donde se reseña la teoría de Ronald Dworkin, para estructurar un modelo que permita analizar las CPNJ. En el segundo capítulo, acerca de la concepción de Waldron, a fin de construir un modelo que sea útil para el análisis de las CPNJ. En el tercer capítulo se ofrece una teoría intermedia, denominada Constitucionalismo Dialógico, que aspira a balancear ambas posturas. En la última parte se presentan las consideraciones finales mediante una breve recapitulación de lo desarrollado.

Método de trabajo: Análisis conceptual y equilibrio reflexivo

Esta tesis tiene como método de trabajo el uso del análisis conceptual y el equilibrio reflexivo. Emplea el análisis conceptual al hacer uso de la reconstrucción racional de conceptos, tarea propia de la filosofía analítica¹. Se explicitan cuáles son los conceptos relevantes de las CPNJ y sus relaciones lógicas. De esta manera se pretende clarificar los distintos problemas en juego y sus relaciones. A partir de esto se pretende estructurar un modelo que permita aislar los rasgos más relevantes (dejando a un lado matices, inflexiones o cuestiones de detalles).

En relación al carácter conceptual del trabajo cabe manifestar que esto no significa negar su impronta normativa. “Normativo” en el sentido que una estructuración determinada de nuestros conceptos sobre lo correcto, sobre lo bueno, lo bello, etc., incidirá no sólo en el modo en que organizaremos en forma inteligible o racional nuestras experiencias; tendrá también un impacto en lo que debemos pensar, sentir o hacer”² Para el caso, como se verá en secciones posteriores, la estructuración de lo que se considere democracia o constitución

¹ Véase: Hospers, John, Introducción al análisis filosófico, 1, Versión española de Julio Cesar Armero de San José, Alianza Editorial, 1976, Madrid y Williams Bernard, La Filosofía como una disciplina humanística, Trad de Adolfo García de la Sierna, México, FCE 2011.

² Lariguet Guillermo, *Filosofía Práctica, Impura y Normativa*, Revista Co-herencia Vol. 10, No 20 Enero - Junio 2014, pp. 187 - 213. Medellín, Colombia (ISSN 1794-5887) disponible en <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/co-herencia/article/view/2454>

va a incidir, de manera directa e inmediata, sobre el carácter de lo político y la legitimidad judicial en las CPNJ.

Esta estructuración se va a efectuar a partir de la lectura e interpretación de los principales textos de Ronald Dworkin y Jeremy Waldron. Quienes abordaron el problema desde el ámbito de la filosofía política y del derecho. Las teorías de los autores se constituyen en una suerte de caja de herramientas, que, desde la filosofía política y del derecho, sirven para identificar los supuestos subyacentes en ellas³. A partir de esto se va elaborar un modelo de las teorías de cada autor, que destaque los rasgos relevantes de las mismas, que sirva como guía acerca del significado de las CPNJ.

A fin de ofrecer una alternativa se va ponderar la posibilidad de adoptar un tercer modelo denominado Constitucionalismo Dialógico. Este intenta responder algunas de las objeciones y superar dificultades presentes en ambos modelos. Para esto se va hacer uso del método proporcionado por Rawls en su *Teoría de la justicia, el método del equilibrio reflexivo*. Este permite volver coherente y mostrar la armonía de un razonamiento a fin de acercase a una solución. “Es un equilibrio porque finalmente nuestros principios y juicios coinciden; y es reflexivo puesto que sabemos a qué principios se ajustan nuestros juicios reflexivos y conocemos las premisas de su derivación”⁴

Por ultimo corresponde señalar que este trabajo no es de “dogmática jurídica”, es decir no pretende examinar y sistematizar los distintos sentidos que pueda tener el termino CPNJ en los múltiples casos en los cuales se aplicó en la Corte Suprema⁵. Sí procura tender un puente con la práctica jurídica, a través de la ilustración de cada modelo con casos de la Corte Suprema de Justicia, en donde está en juego el concepto de CPNJ.

Relevancia teórica y práctica

La situación de precariedad de los presos en comisarías en la provincia de Buenos Aires, que un municipio reciba los fondos de coparticipación para tener autonomía, el derecho a la vivienda, la contaminación del Riachuelo y el impacto de esto sobre las

³ Cabe aclarar que los autores utilizados, si bien no hablan explícitamente del término cuestiones políticas no judiciales, hacen uso del concepto en todo su sistema teórico, al abordar la relación compleja entre democracia, políticas, jueces y derecho.

⁴ Rawls John, *Teoría de la Justicia*, Trad. de María Dolores González, 2° ed México, FCE, p.32

⁵ Una investigación netamente empírica sobre los fallos de la Corte Suprema de Justicia es importante pero puede acarrear un error, sin que se posea un respaldo teórico más amplio, un modelo, para mostrar el uso del concepto: debido a la variabilidad y maleabilidad que se le dio al mismo, durante los diferentes periodos históricos, se puede navegar sin rumbo en los distintos caminos en los que se bifurcaron las decisiones de la Corte Suprema.

personas que viven a la vera del río ante la inacción política, entre otras cuestiones, conforman las múltiples formas en las que es decisivo determinar qué se entiende por cuestión política⁶.

Las decisiones judiciales que se tomen, con fundamento en las CPNJ, repercutirán en el destino de muchos ciudadanos⁷. Lo cual significa que la determinación sobre qué se entiende por político, y por lo tanto excluido del control de los jueces, va a derivar en consecuencias prácticas muy importantes. Por ejemplo, de esto dependerá qué atención le preste la justicia a casos como la limpieza del Riachuelo o al hacinamiento en las cárceles.

Vale, para la importancia práctica de su discusión, rescatar lo mencionado por Ronald Dworkin en *Los Derechos en Serio*, al momento de destacar la trascendencia del estudio del concepto del derecho “Y aquí no se trata de rompecabezas para tener guardados en el armario y sacarlos afuera cuando llueve, para entretenernos. Estas cuestiones son fuente de continua incomodidad y nos reclaman insistentemente la atención. Nos molestan cuando nos enfrentamos con problemas concretos que debemos resolver en uno u otro sentido”⁸

En relación a su relevancia teórica, cabe destacar que pese a que este concepto es constantemente citado y discutido por jueces, abogados y doctrinarios del derecho con vistas a establecer un límite a la labor judicial, no hay acuerdo sobre su contenido y justificación. “Como bien se puede observar la Corte Suprema no ha producido doctrina coherente en esta materia. Por un lado se ve excusado de intervenir en casos donde se habrían producido flagrantes violaciones a la Constitución, por considerar que serían materias que en sí no permitirían el conocimiento jurisdiccional... para luego modificar su criterio en otros casos referidos al mismo tipo de cuestiones”.⁹

Cabe destacar que en algunos casos el concepto de CPNJ se constituyó en una herramienta política, para evadirse de tratar algunos temas complejos y delicados, que pudieran generar conflictos con otros poderes. “La cuestión política ha sido utilizada con demasiada frecuencia como una espesura a la que ha corrido a refugiarse la rama judicial.”¹⁰

⁶ Las cuestiones consideradas políticas por los tribunales abarcan, entre otras, las concernientes a derechos sociales, como el derecho a la vivienda (caso Aguilar) o control de las condiciones de las cárceles (caso Versbitsky s/ habeas corpus), así como las referidas a la reforma de la constitución, a asuntos electorales y al dictado del estado de sitio.

⁷ “La filosofía es, más bien, en estos campos, la extensión de nuestras más serias preocupaciones por otros medios, pero al menos debería introducir nuestras preocupaciones ordinarias de una forma humanamente reconocible.” Williams, Bernard, *La filosofía como una disciplina humanística*, op cit. P. 228

⁸ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Primera Edición 1984, Editorial Gedisa, Barcelona p. 61/62

⁹ Quiroga Lavie, Humberto, *Lecciones de Derecho Constitucional*, ediciones DEPAL; A, bs as. 1995, p. 62

¹⁰ Citando a Douglas en Linares Quintana *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*, 1978, Editorial Plus Ultra, Argentina, Buenos Aires, p. 509

El tema no tiene pretensión de originalidad, las relaciones entre el derecho y la política, han sido y siguen siendo abordadas por grandes autores de la filosofía política, del derecho y el derecho constitucional. Sin embargo, este trabajo aspira a aportar claridad conceptual al asunto de las cuestiones políticas desde un análisis filosófico.

Breve historia jurisprudencial de las cuestiones políticas

En esta sección se efectúa una breve síntesis histórica del concepto de las CPNJ. Esta da cuenta del origen en la jurisprudencia norteamericana, luego de su desarrollo en la Corte Suprema de Justicia de Argentina.¹¹

Origen y desarrollo de las CPNJ

La aparición del problema de las CPNJ se da conjuntamente con el fallo paradigmático sobre la creación del control de Constitucionalidad, *Marbury vs. Madison*. Allí, señala Linares Quintana¹², se establecieron las bases acerca de las cuestiones políticas, “sobre el principio de no justiciabilidad de las cuestiones políticas, expresando la decisión de la Corte Suprema Norteamericana, pero no determinó con precisión cual era el concepto definitorio de la materia”.¹³

Este nacimiento conjunto no es casual. Pensar las CPNJ, implica evaluar el límite del control de constitucionalidad por parte de los jueces sobre los demás poderes. Ambos problemas, como siameses, regla y límite, están interrelacionados. Es decir, reflexionar sobre la regla, el control de constitucionalidad, implica hacerlo sobre uno de sus límites, las cuestiones políticas. Ambos se encuentran asociados a la discusión referente a los conceptos de democracia, constitución y la legitimidad de los jueces.

Luego, en el caso *Baker v Carr*, se modificó el concepto, “en ella se rompió con una jurisprudencia constante de la Corte Suprema, según la cual las disputas electorales federales o estatales se consideraban political question... exentos de jurisdicción”¹⁴

En 1954, uno de los casos centrales de la sociedad norteamericana, *Brown vs. Board of Education*, se constituye en un paradigma de la actuación judicial sobre las CPNJ norteamericana para intentar dar fin a políticas de segregación racial en las escuelas efectuadas por las leyes de un estado.

¹¹ Para un desarrollo más amplio véase, Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*, op. cit., Carlos Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, op. Cit. Alfonso Santiago, *La Corte Suprema y el Control político, función política y posibles modelos institucionales*, Editorial Ábaco, 1999.

¹² Quintana Linares, *Tratado de Derecho Constitucional*, cit. p.433

¹³ Quintana Linares, *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*, 1978, Editorial Plus Ultra, Argentina, Buenos Aires p. 435

¹⁴ Ídem p. 436

Por su parte en Argentina al hiper-presidencialismo¹⁵, elaborado constitucionalmente, se le sumó la doctrina de la CPNJ, a partir de 1883, en el fallo *Cullen c/ Llerena*. En este se dictaminó que en lo concerniente a las intervenciones federales son cuestiones políticas que escapan al control de constitucionalidad por parte de los jueces. De este modo, señala Nino, se fue acercando el rol presidencial al de un monarca absoluto.¹⁶

La mencionada sentencia tiene como base los hechos acaecidos en 1883 cuando el apoderado del gobernador provisorio de la provincia de Santa Fe, nombrado por la revolución que derrocó -el treinta de julio de 1893- el Gobierno establecido, inició demanda ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación contra la persona que lo depuso invocando una ley de intervención federal, a la que califica de inconstitucional por haber sido sancionada violando el procedimiento previsto en la Constitución a tal efecto. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, declaró que carecía de jurisdicción para entender en la demanda por tratarse de una cuestión política. En dicha sentencia se determinó por mayoría que el estado de sitio era un acto político, como expresamente lo enuncia en sus considerandos: “constituía un acto político por su naturaleza, cuya verificación corresponde exclusivamente a los poderes políticos de la Nación”.

En 1983 con el retorno de la democracia, expresa Nino,¹⁷ luego de varios gobiernos democráticos interrumpidos y de distintos gobiernos de facto, en la Corte Suprema de Justicia, se fue generando una tendencia a restringir el alcance de la doctrina de las cuestiones políticas no judiciales¹⁸. A título de ejemplo, Carlos Nino menciona el caso Granada, del 3 de diciembre de 1985, en el cual la Corte admitió la revisión del estado de sitio, el caso Frente Justicialista de Liberación Nacional, en el que se abandonó la idea de

¹⁵ Las CPNJ tienen una historia jurisprudencial que se vincula con la historia institucional de nuestro país. La organización del poder en Latinoamérica, en particular en Argentina, ha tenido un peso importante sobre la evolución del mismo. La característica del hiper-presidencialismo argentino ha influido en un desarrollo coherente con las CPNJ durante la historia argentina. Destaca Nino, que el desarrollo democrático y los golpes de estado crearon una conciencia acrítica del valor de la constitución fueron en muchas oportunidades vías de escape de los jueces para evitar tratar ciertos asuntos. Este dictado tiene sus razones históricas, fundamentadas por Alberdi, principal referente de la constitución, en la debilidad institucional al momento de constituirse el país. “Yo no veo por qué en ciertos casos no puedan darse en facultades omnidas para vencer el atraso y la pobreza, cuando se dan para vencer el desorden, que no es más que el hijo de aquellos” Nino Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Editorial Astrea, 3° reimpresión, 2005, Buenos Aires, p. 524

¹⁶ La Argentina adopta el sistema de división de poderes defendido por Madison en el Federalista, de frenos y contrapesos, que consiste en que cada poder está dotado de un instrumento para resistir la presión y ambición del otro. El hiper-presidencialismo, ha desbalanceado el modelo original, como se indica en Nino, Carlos *Fundamentos*, op. cit.

¹⁷ Nino Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, cit, p.671

¹⁸ Como ejemplo de la variedad del uso del concepto basta con hacer una búsqueda en las páginas de fallos de la corte suprema de justicia, máximo órgano de justicia de argentina por motivos de espacio y extensión de este trabajo nos limitaremos a destacar solo estos dos casos, en el siguiente enlace: <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=cambiarPagina&numeroDePagina=1>

irreversibilidad de las cuestiones electorales, y el caso Ríos, del 23 de abril de 1987, entre otros.

Con los casos *Versbistky s/ Amparo* del año 2010 y *Beatriz Mendoza (contaminación del Riachuelo)*, entre otros, que incorporan el mecanismo de audiencias públicas para debatir los problemas con los involucrados, se confirma la tendencia mencionada, ampliándose el ámbito de cuestiones, que antes se consideraban de neto corte político, sobre las que se avoca la CSJN.

A fin de ilustrar el modo de argumentar de la Corte Suprema sobre las CPNJ se puede presentar como un caso paradigmático la sentencia de *Versbistky s/ Amparo*. En el año 2001 una ONG, CELS –Centro de Estudios Legales y Sociales- interpuso acción de habeas corpus, en defensa de todas las personas privadas de su libertad en la provincia de Buenos Aires, detenidas en establecimientos policiales superpoblados, denunciando la deplorable conservación e higiene de esos sitios y de todas aquellas detenidas en tales lugares, pese a que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

El caso llegó a la Corte Suprema de Argentina. En cuanto a las cuestiones de fondo está dio trámite a dos Audiencias Públicas, en donde ambas partes presentaron inquietudes y aportaron escritos. El Ministerio de Bs As reconoció falta de capacidad de alojamiento, acompañó programa de reformas y ampliación en desarrollo. Además se presentaron *amicus curiae* y el CELS amplió la información sobre las malas condiciones de los detenidos.

En la sentencia la CSJN destaca su rol en cuanto a la evaluación de las políticas, llevadas a cabo por los otros órganos, distinguiendo las cuestiones políticas propiamente: “Que a diferencia de la evaluación de políticas cuestión claramente no judiciales, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir controversias” Asimismo, menciona que política y derecho se superponen parcialmente en el ámbito de la justicia constitucional, ya que la Constitución sirve como marco para evaluar las mismas. Conforme se observa en los fragmentos del fallo que se transcriben: “Las políticas tienen marco constitucional- ignorar eso es neutralizar cualquier eficacia al control de constitucionalidad”. “Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. En base a esto la CSJN resolvió establecer una mesa de dialogo entre la provincia de Bs. As., distintas ONG y la justicia que propiciara el debate y aportara soluciones para el problema de la superpoblación carcelaria.

Como se observa, la Corte Suprema asume un rol activo en relación a las cuestiones políticas. Además se deja entrever en los casos planteados que el análisis de las CPNJ, remite a tres elementos subyacentes: el rol de los jueces, el modelo de democracia y el valor de la constitución. Estos elementos y su relación se analizarán en la siguiente sección.

Democracia, Constitución y Jueces

De modo general se puede decir que la delimitación del alcance de las cuestiones políticas no judiciales se circunscribe a determinar cuál es el ámbito dentro del cual la actividad política de los órganos ejecutivos y legislativos se halla sujeta al control del poder judicial.

El examen de tres conceptos, al menos, involucra el problema de las CPNJ: democracia, constitución y jueces. El modelo que se adopte sobre cada uno de ellos va a incidir, de modo directo, sobre la concepción de las mismas. Para fundamentar esta afirmación se va a exponer en primer lugar, el marco en donde se desarrolla el problema de las CPNJ: la tensión entre democracia y constitución. En segundo término, se va a presentar el modo en como el concepto de lo político se ve afectado por lo que se denomina Constitución en una Democracia; Por último, se va a desarrollar la dificultad contramayoritaria del control de constitucionalidad que afecta la legitimidad por parte de los jueces de conocer y juzgar los actos políticos.

La tensión entre democracia y constitución. Contexto de las CPNJ

Los interrogantes, acerca de dónde termina el derecho y se inicia lo que se considera netamente político y con ello cuál es el ámbito de competencia de un juez en democracia, tienen como trasfondo la tensión existente entre democracia y constitución.

Parecería que conforme uno acepta una mayor apertura en la deliberación se hace más difícil hablar de Constitución sin entrar en contradicción. De modo que una aceptación sin más del pre-compromiso constitucional conceptualmente no concordaría con el ideal de democracia. Por un lado, los constitucionalistas liberales reconocen la necesidad de un límite a la soberanía popular, pretendidamente justificado a través de la supuesta amenaza constante por parte de las mayorías, a través de diseños institucionales que atrincheran determinados aspectos para situarlos más allá de la decisión mayoritaria. La Constitución es vista en este caso como un mecanismo de pre-compromiso que resguarda ciertos derechos a través de un texto legal fijo. Como menciona Bayón el

constitucionalismo no haría sino dar forma institucional a la idea de que la política debe estar subordinada a la justicia.¹⁹

Por su parte la democracia tiene una larga historia. Desde sus comienzos en la Grecia clásica hasta hoy, existen muchas ideas diferentes sobre ella. La idea dominante se asocia con el gobierno de la mayoría y el debate abierto sobre los asuntos políticos. Es decir que se considera que la democracia se caracteriza por apelar a la libre discusión y debate político sobre todos los asuntos, sin restricciones, por parte de una mayoría.

Como sostiene Gargarella²⁰ esta tensión tiene origen en que apelan a ideales contrapuestos: el compromiso democrático no reconoce límites, en tanto que la constitución nos remite a pensar en límites infranqueables, en especial para limitar a mayorías. En el ámbito de esta tensión, entre democracia y constitución, se desarrollan los interrogantes sobre las CPNJ.

Los conceptos de política y derecho. Entre Democracia y Constitución

Reflexionar acerca de las cuestiones políticas no judiciales, es hacerlo acerca de la relación entre política y derecho. Establecer una Constitución tiene consecuencias directas sobre el alcance de lo político en una Democracia. Esto es parte de la discusión sobre el Estado Constitucional, entendido este en un sentido estricto, conforme manifiesta Bayón²¹, como aquel que refleja la estructura política de Estados Unidos y Argentina. Con tres características, la primera limitar el poder político en función de derechos fundamentales, conjuntamente con la rigidez constitucional y con la justicia constitucional. Rigidez como restricciones al procedimiento de reforma constitucional y con ello una limitación al órgano legislativo.

Esto, señala Carlos Nino²², se vincula con la historia del pensamiento jurídico moderno, que comienza con la pretensión de Montesquieu, de que los jueces debían limitarse a ser la boca por la que hable la ley. Esta, menciona Nino, "sumisión del derecho a

¹⁹ Bayón Juan Carlos, *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, en J. Betegón, F.J. Laporta, J.R. de Páramo, L. Prieto Sanchís (comps.), *Constitución y derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004), p. 23

²⁰ Gargarella, Roberto La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial/ Roberto Gargarella; prólogo de Cass Sunstein. 1a reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. (Pensamiento jurídico contemporáneo, 3) p. 27

²¹ Bayón, Juan Carlos, *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, en J. Betegón, F.J. Laporta, J.R. de Páramo, L. Prieto Sanchís (comps.), *Constitución y derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004), p.5

²² Nino Carlos Santiago, *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, 1ed, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014 p.15

la política”, tiene como fuente de legitimidad a la voluntad popular en una democracia. Con esta sumisión se pretendía un aislamiento de la política del derecho. Sin embargo, indica Nino²³ en América Latina, al igual que EEUU, el aislamiento de la política se ha producido a través del control de constitucionalidad como barrera por la cual se sustraen vastas áreas de decisión de los poderes legislativos y ejecutivo, sobre las que los jueces tienen la última palabra.

El diagnóstico de esta subordinación coincide con lo comentado por Dworkin en los *Derechos en Serio* “En los Estados Unidos los tribunales habían desempeñado un papel más importante que en Inglaterra en lo referente a adaptar el derecho del siglo XIX a las necesidades de la industrialización, y nuestra constitución dio carácter jurídico a problemas que en Inglaterra eran exclusivamente políticos. En Inglaterra, por ejemplo, el problema de si la legislación sobre salarios mínimos es justa era de índole política, pero en los Estados Unidos era al mismo tiempo un problema constitucional, es decir, judicial”²⁴

De ese modo los jueces, a la vez que se presentan como administradores de un derecho no politizado, son aquellos que poseen la última y única palabra sobre el control de constitucionalidad. Esta facultad no está exenta de problemas, el principal, la denominada dificultad contra-mayoritaria.

Los jueces y la dificultad contra mayoritaria

En el siglo XX Bickel, en *The least dangerous branch*, sintetiza de modo más claro la dificultad contra mayoritaria del poder judicial en una democracia: La dificultad reside en el hecho de que “cuando la Corte Suprema declara inconstitucional un acto legislativo o la acción de un miembro elector del ejecutivo, frustra (*thwarts*) la voluntad de representantes del pueblo actual del aquí y ahora: ejerce un control, no en nombre de la mayoría prevaleciente, sino en contra de ella. Eso es lo que, más allá de connotaciones místicas, ocurre” (...) “es la razón del cargo de antidemocrático que puede formularse al control judicial de constitucionalidad”.²⁵

Esta idea de Bickel es la que constituye la base del problema sobre las cuestiones políticas no judiciales, al cual se le han dado diferentes respuestas. Precisar los límites del dominio referido abre un interrogante crucial atinente a la relación entre autoridad política democrática y restricciones constitucionales fundadas en principios liberales.

²³ Ibíd., p. 17

²⁴ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, cit. p. 46

²⁵ Citado por Zuleta Puceiro en *Quien custodia a los custodios*, en Revista Universidad Di Tella, disponible on line www.derecho.uba.ar/publicaciones/.../quien-custodia-a-los-custodios.pdf, p.10

En este marco, resulta problemático el control judicial de lo que se estima pura o irreductiblemente político, dado que dicha facultad se atribuye a órganos cuya legitimidad democrática resulta, al menos, cuestionable. Expresado de otro modo: su ejercicio es atribución de personas no elegidas directamente por aplicación de la regla de la mayoría ni inmediatamente responsables ante el electorado. La presunción de déficit de legitimidad se acentúa especialmente en el caso de cargos vitalicios, ya que la obligación de rendir cuentas (accountability) frente a la ciudadanía es extremadamente débil.

Las CPNJ desde dos modelos antagónicos: Dworkin/Waldron

Es extensísima la literatura que ha tratado este problema y son copiosos los argumentos vertidos en favor y en contra del control de las cuestiones políticas por parte de los jueces.

A nivel de filosofía política esta conceptualización es parte de un problema mayor, la posición y el rol de los jueces en la democracia y el control de los actos políticos. En relación con este punto, se encuentran dos posturas extremas –una que aboga por un control amplio de las cuestiones políticas y otra altamente restrictiva, que deslegitima toda injerencia por parte de los jueces; entre ambos polos, se halla un sinnúmero de gradaciones.

Por ejemplo, John Ely en *Democracia y desconfianza* es uno de los referentes del campo con su idea de control procedimental de la democracia; el autor distingue entre las cuestiones de procedimiento y las de sustancia, argumentando a favor de un control de las cuestiones políticas en temas de proceso democrático.²⁶

Destaca Sebastián Linares²⁷ que “En el ámbito hispanoamericano, puede decirse que el tema fue tempranamente tratado por García de Enterría (1981), pero fueron diversos escritos del filósofo argentino Carlos Santiago Nino (desarrollando ideas que culminaron en su libro *La constitución de la democracia deliberativa*, 1996), y la obra de Roberto Gargarella *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter mayoritario del poder judicial* (1996) las que reavivaron la polémica.”¹ En el ámbito anglosajón, se menciona como ineludible la obra de Jeremy Waldron, en especial con su libro *Derecho y Desacuerdos*, los escritos de Ronald Dworkin, Ackerman en *La política del Dialogo Liberal*²⁸, Larry Kramer con el *Constitucionalismo popular*, por citar sólo los más importantes.

²⁶ En su libro, *Democracia y Desconfianza, una teoría del control de constitucionalidad*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 199, manifiesta que los jueces pueden intervenir a fin de resguardar a minorías discretas e insulares. Intenta presentar una visión procedimentalista la Carta Magna Norteamérica

²⁷ Linares Sebastián, La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes, Marcial Pons 2008, Madrid, p. 55

²⁸ Véase Ackerman, Bruce, *La política del dialogo liberal*, editorial Gedisa, 1ed 1999, Barcelona, en donde distingue entre política ordinaria y extraordinaria para fundamentar el vínculo entre democracia y constitución.

Dos de los autores que representan, de manera más clara y radical, cada una de las perspectivas opuestas del debate contemporáneo sobre el rol de los jueces en democracia son Ronald Dworkin y Jeremy Waldron. Ambos comparten la idea de derechos como eje central en su definición de democracia. Difieren, de modo rotundo, en el concepto de democracia, el valor que se le asigna a la constitución, la práctica del control de constitucionalidad y el rol de los jueces. Los dos han tenido una disputa sobre los conceptos enunciados, que se ha extendido a través de diversos textos, cuya principal referencia es la posibilidad del establecimiento de una carta de derecho, similar a la de EEUU, en Inglaterra.

Con ambos se intenta establecer modelos de respuesta teórica a la relación a las tres categorías (democracia, constitución y jueces) que están, de alguna manera, jugando dentro de las CPNJ.

Es importante señalar que en relación a los autores no me interesa un trabajo de tipo filológico o de análisis textual de sus obras. Esto significa, dada la vasta obra de ambos autores (la de Waldron todavía en construcción) la probabilidad de eliminar matices, detalles, sutilezas que aparecen en sus diversos trabajos.

Además, cabe aclarar, que no utilizan el término “cuestiones políticas no judiciales” sino que hacen uso del concepto, en un nivel de abstracción propio de la filosofía política y del derecho para interrogar sobre el valor de la constitución en una democracia.²⁹

Mediante el contraste entre estos dos polos, pretendo visualizar de manera clara cuáles son las dos posiciones básicas que se defienden sobre democracia, constitución y jueces y su consecuencia sobre la conceptualización de las CPNJ. Por último ofreceré una tercera opción, que intenta establecer un equilibrio entre ambos. Al rescatar, a través de un balance entre los dos modelos antagónicos mencionados, los mejores argumentos de ambos.

Los argumentos se desarrollarán en extenso en los capítulos subsiguientes. Mediante una recapitulación se mencionará el lugar que ocuparían las CPNJ en cada uno de estos modelos.

29 Aunque resulte obvia, es importante la distinción entre concepto y término. Por lo que se puede hablar de distintos términos, para hablar de fenómenos conceptuales idénticos.

CAPITULO PRIMERO

EL MODELO DE RONALD DWORKIN

Introducción general al capítulo

En este capítulo, dividido en cuatro secciones, se presenta la teoría de Ronald Dworkin, a fin de ser utilizada para un análisis de las CPNJ. Para esto, en primer término, se va a efectuar una introducción general a su obra. En la primera sección, se va a realizar una descripción de lo que Dworkin entiende por concepto interpretativo y la importancia que ello tiene para sus definiciones posteriores. Luego, en la segunda sección, dividida en dos partes, se va a exponer el concepto de democracia que adopta Dworkin y lo que ello implica para una defensa del control de constitucionalidad. En la tercera sección, se va a reseñar como la distinción entre cuestiones de principio y políticas públicas, sirve como guía para la distinción entre cuestiones políticas y de principio. Por último, se sintetizan estas ideas, se las vincula a fallos de la Corte Suprema de Justicia (CSJN) y se señala porque se considera que estos utilizan como trasfondo las ideas expuestas por Dworkin.

Introducción general a la obra de Ronald Dworkin

Dworkin, fallecido recientemente (2014), -ha marcado un giro copernicano en la filosofía del derecho. Sus teorías, complejas, extensas y densas, abarcan discusiones sobre la teoría de la justicia, el concepto del derecho, la filosofía moral, en temas como el aborto³⁰ y la pena de muerte, hasta una incursión en teología³¹.

Dada esta variedad de temas, se va a restringir la exposición de la compleja y profusa teoría de Dworkin a aquello que se podría considerar pertinente para analizar las CPNJ³². En Dworkin pensar las definiciones de las CPNJ se vincula a su idea de los

³⁰ Dworkin, Ronald, *El dominio de la Vida, Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, versión española de Ricardo Carraciolo y Víctor Ferreres, editorial Ariel Barcelona, 1994

³¹ Dworkin Ronald, *Religión sin Dios*, 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, FCE 2015

³² El desarrollo de las ideas de Dworkin se puede dividir en tres etapas, una fase inicial crítica, una segunda etapa, constructiva y una tercera de consolidación. Inicia en 1977 con una postura crítica a las posturas dominantes positivistas, con especial énfasis en Hart, con su libro *El Concepto del Derecho*. En su primer libro "Los derechos en serio" presenta su distinción más famosa entre reglas y principios. En la segunda etapa, constructiva, elabora las propuestas de principios, expandiendo la idea del derecho como un concepto interpretativo. Su principal obra de esta época es el libro *el Imperio de la Justicia*. Rescata el concepto de interpretación, desafía la noción de punto arquidémico, reclama jueces comprometidos. Por último, en su etapa de consolidación es donde desarrolla una teoría articulada en torno a la idea de la unidad del valor,

derechos como cartas de triunfos y a la particular incidencia que tiene esto para la democracia. Para ello la reconstrucción tiene como eje los puntos presentados como problemáticos en la introducción, es decir la relación entre democracia, constitución y jueces.

1. Los Conceptos Interpretativos

El primer paso para iniciar el análisis de su teoría consiste en explicar la distinción que Dworkin efectúa entre diferentes tipos de conceptos. Esta clasificación es importante para entender el modo en que se justifica adoptar una perspectiva diferente de los conceptos de democracia, derecho, entre otros³³.

Para esto Dworkin discrimina entre conceptos criteriológicos, naturales e interpretativos. El concepto de clase natural se da sobre aquellas cosas que tienen como referencia una estructura física o biológica. Se cita como ejemplo del mismo, el concepto de agua o de ADN. Por lo general lo utilizan las ciencias naturales o duras. Este tipo de concepto no es útil para las cuestiones políticas no judiciales, dado que estas son un hecho social o jurídico, no un hecho natural. Por lo cual dejaré la explicación del mismo fuera de análisis.

La justificación de porqué para Dworkin no existe un genuino conflicto entre democracia y constitución se centra en la diferencia que existe entre el concepto interpretativo y el criteriológico. El primero de ellos enumera una serie de criterios para su correcta aplicación. Si estos se cumplen estamos frente a un uso adecuado del concepto. Dworkin cita como ejemplo el concepto de “soltería”, en el que cumple el criterio de soltero todo aquel que es un varón no casado. En este tipo de concepto, menciona Dworkin, han quedado atrapado los filósofos del derecho positivistas como Hart. Quienes, según él, tratan la definición del derecho como una cuestión de búsqueda de criterios para su determinación. Para ellos el concepto criteriológico de derecho lo integra un núcleo de criterios compartidos y una zona difusa o casos difíciles en donde los jueces utilizan la discrecionalidad.

En cambio el concepto interpretativo, manifiesta Dworkin, nos impele a reflexionar y cuestionar aquello que exige alguna práctica que hemos construido.³⁴ Como lo afirma Dworkin: “Elaboramos el concepto asignando valor y finalidad a la práctica, y nos formamos

en donde incluye al derecho como una rama de la moral. Su principal referencia es su último libro *Justicia para Erizos* que defiende la idea de unidad del valor.

³³ -...-también los conceptos centrales de la moralidad política y social (los de justicia, libertad, igualdad, democracia, correcto e incorrecto, crueldad e insensibilidad) funcionan como conceptos interpretativos. Justicia con Toga, Marcial Pons, 2007, traducción de Marisa Iglesias Vila e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons Madrid p. 21

³⁴ Dworkin Ronald, Justicia con Toga, Marcial Pons, 2007, traducción de Marisa Iglesias Vila e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons Madrid, p. 21

opiniones acerca de las condiciones de verdad de las concretas tesis que se sostienen dentro de la práctica a la luz y finalidades que les asignamos”³⁵

Un ejemplo de este ejercicio de aplicación de una finalidad a la práctica es el propio concepto del derecho. Para Dworkin la interpretación de lo que es el derecho se vincula con el ideal de integridad.³⁶ Para entender en que consiste tal ideal, nos pide que imaginemos la redacción de una novela en cadena. La misma es escrita, a través del tiempo, por diferentes autores donde cada uno recibe una trama y debe continuar con ella, apelando a la mejor interpretación sobre el sentido de la misma para que sea coherente y legible.

Con esta metáfora nos señala cómo debe entenderse el derecho *qua* integridad. De acuerdo a tal metáfora, Dworkin considera que “los jueces que aceptan el ideal interpretativo de integridad deciden casos difíciles tratando de hallar, en un grupo de principio coherentes sobre los derechos y deberes de las personas, la mejor interpretación constructiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad”³⁷

Esta definición también se aplica al concepto de constitución. Esto porque, como expresa Dworkin, la misma también es derecho. Por lo cual cumple con todas las características de éste: se encuentra anclado en la historia, la práctica y en la integridad. Esta cuestión, como se verá al hablar del vínculo entre Democracia y Constitución en las siguientes secciones, es importante para comprender la interpretación de la constitución en una democracia.

El ideal de coherencia es parte de una preocupación más amplia por cuestiones de igualdad. Es decir del deber de tratar a todos de igual manera, que se va a reflejar en el análisis del concepto democracia, que trato a continuación.

2. Democracia y Constitución

Para Dworkin la tensión entre democracia y constitución, que se presentó como un problema en la introducción, es aparente. Esta afirmación se justifica con la adopción de un concepto distinto de democracia. Un concepto interpretativo de la democracia que aspire a ser coherente con la idea de Constitución. De acuerdo a esta concepción el control de constitucionalidad, al menos, resulta como no contrario a la democracia.

³⁵ *Ibíd.* p. 22

³⁶ *Ibíd.* p. 23

³⁷ Dworkin Ronald, La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria, traducida en el Número 7 Julio - Diciembre 2002 Revista Mexicana de Derecho Constitucional, disponible on line en <https://es.scribd.com/doc/156147674/Dworkin-La-Lectura-Moral-y-La-Premisa-Mayoritaria>

Democracia: dos conceptos antagónicos

Dworkin distingue³⁸ dos maneras de pensar el autogobierno: una concepción de democracia mayoritarista³⁹ y otra asociativa.

La primera se da cuando para la definición de democracia el poder político se funda en la mayor cantidad de gente. Este parámetro es el que guía todas las instituciones, que “deben diseñarse en función de acrecentar la probabilidad de que las leyes y políticas-....-prefiere la cantidad más grande de ciudadanos”⁴⁰

Dworkin considera que esta perspectiva representa una “cruda visión estadística” de la democracia. Con estadístico⁴¹ se refiere al hecho de que la democracia se constituye solo en un agregado de intereses ya existentes, la suma del mayor número.

Entiende que adoptar la idea de democracia mayoritarista no siempre hace lugar a la idea de justicia. Para ejemplificar esto ofrece un experimento mental. Pide que imaginemos un bote salvavidas repleto de gente que necesita reducir el número de personas para evitar que se hundan todos. Dworkin se cuestiona que en esta situación se pueda arribar a una decisión justa sobre quién debe abandonar el barco con una votación mayoritarista de democracia. Expresa Dworkin: “no sería equitativo hacer una votación, de manera tal que se ahogara al menos popular de ellos. Sería mucho más equitativo echarlo a suerte”.⁴² Echarlo a suerte, manifiesta, no sirve para nuestra época, pudo haber servido a los griegos en algunas ocasiones, pero dada la magnitud de los problemas en juego, no más. Se advierte con esto que pensar todo en términos de mayoritarismo no siempre nos acerca a una situación de justicia.

Por esta razón Dworkin propone un acercamiento distinto a partir de un nuevo concepto de democracia. Como se mencionó este es un concepto interpretativo⁴³, lo cual implica ver al concepto desde su mejor aspecto, como parte de la práctica de una comunidad, que requiere que se cumpla un valor para su conceptualización.

³⁸ Dworkin Ronald, Justicia para Erizos, 1ed, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, FCE, 2014, Traducido por Horacio Pons p. 464

³⁹ Su referencia principal es la propuesta desarrollada por Jeremy Waldron, con el cual discute el caso del bote salvavidas, a quien se analiza en el segundo capítulo.

⁴⁰ Dworkin Ronald, Justicia para Erizos, 1ed, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, FCE, 2014, Traducido por Horacio Pons p. 465

⁴¹ La acción colectiva es estadística cuando lo que el grupo hace es sólo un asunto de alguna función, extensa o específica, de lo que los miembros individuales del grupo hacen por sí mismos, esto es, sin ningún sentido de hacerlo como un grupo

⁴² Ibíd. p. 469.

⁴³ Dworkin Ronald, Justicia para Erizos, 1ed, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, FCE, 2014, Traducido por Horacio Pons p. 379

Si bien el concepto de democracia⁴⁴ en Dworkin ha ido variando, ampliándose y complejizándose a lo largo de sus trabajos,⁴⁵ siempre ha sido crítico en aceptar el concepto agregativo de democracia, aquel que solo computa como democrático un hecho por haber sido tomado por una mayoría. No obstante las variaciones, se puede sintetizar que el objeto definitorio de la democracia en Dworkin es que las decisiones políticas sean tomadas por instituciones que traten a todos los miembros de la sociedad con igual consideración y respeto. Es decir, lo importante en una democracia es que al resultado que arribe represente una mayor igualdad.

Su propuesta, a diferencia de la visión mayoritarista, propugna el gobierno del pueblo en su conjunto en carácter de socios, en donde existe el deber de que todos sean tratados con igual consideración y respeto. Como menciona Dworkin: “Los principios de la dignidad enuncian, por lo tanto, derechos políticos muy abstractos: estos triunfan sobre las políticas gubernamentales.-...- Establecemos y defendemos derechos específicos al preguntar, con mucho más detalle, que es lo que exige la igualdad de consideración y respeto”⁴⁶

La adopción de un concepto diferente de democracia implica un modo distinto de relación con la constitución. Es decir, el modelo de democracia asociativa de Dworkin conlleva consecuencias directas para la valoración del rol de los jueces y del control de constitucionalidad, como intento explicar a continuación.

Constitución y defensa del control de Constitucionalidad

Si uno opta por una visión mayoritarista como la citada, por definición, el control de constitucionalidad es antidemocrático. Esto porque los jueces siendo una minoría, no elegida directamente por el pueblo, el ejercicio del control constitucionalidad quedaría fuera del poder de la mayoría. La tensión entre democracia y constitución se resuelve, para esta postura, a favor de la primera opción. Por qué esto es así, resulta evidente en la siguiente reflexión de Dworkin:

“Espero que esté claro que la premisa mayoritaria ha tenido un potente --si acaso desapercibido-- agarre en la imaginación de los académicos y abogados constitucionalistas estadounidenses. Sólo esta diagnosis explica la visión casi unánime

⁴⁴ “El concepto de democracia es un concepto interpretativo y muy discutido” Dworkin Ronald, Justicia para Erizos, 1ed, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, FCE, 2014, Traducido por Horacio Pons p. 460

⁴⁵ Un buen trabajo sobre este asunto, variación y cambio del concepto de democracia en la obra de Dworkin es el trabajo de Gustavo Maurino, *LA DEMOCRACIA EN LA OBRA DE RONALD DWORKIN*, disponible en dspace.palermo.edu/dspace/bitstream/10226/.../1/Tesis%20Maurino.pdf, a quien utilizo como guía.

⁴⁶ Dworkin Ronald, Justicia para Erizos, 1ed, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, FCE, 2014, Traducido por Horacio Pons p. 402

que he descrito: que el control de constitucionalidad (judicial review)* compromete a la democracia, así que las preguntas centrales de la teoría constitucional deben ser sí y cuándo ese compromiso está justificado. Esa opinión es la hija de la concepción mayoritaria de democracia, y por lo tanto la nieta de la premisa mayoritaria.”⁴⁷

El modelo democrático que propone Dworkin desestima esa objeción al dar preminencia a la igualdad. Por este motivo, expresa, no cabe objetar en nombre de la democracia la existencia de instituciones y procedimientos que conducen con mayor probabilidad a resultados justos.

Ello lo lleva a defender la existencia de un espacio protegido de derechos indisponible por las mayorías legislativas, así como la necesidad de depositar la última palabra institucional en un procedimiento no mayoritario (la revisión judicial de las leyes). Como lo expresa en el siguiente párrafo:

“El control de constitucionalidad es una posible (aunque lo destaco, solo una posible) estrategia para mejorar la legitimidad de un gobierno- gracias a la protección de la independencia ética de una minoría, por ejemplo-y, de ese modo, garantizar el derecho moral de una mayoría a imponer su voluntad en otros asuntos”⁴⁸

La posición de Dworkin consiste en una defensa del resguardo de derechos fundamentales en una constitución, con un control judicial con atribuciones para derogar o abolir toda disposición contraria a los principios constitucionales.

Manifiesta Dworkin que los jueces al interpretar la constitución, bajo una lectura moral de la misma, deben actuar de igual forma que la expuesta para el novelista en cadena, dando cuenta de su integridad y coherencia. “Deben considerarse a sí mismos como socios de otros oficiales, pasados y futuros, quienes conjuntamente elaboran una moralidad constitucional coherente, y deben cuidar de ver qué aquello que contribuyen encuadre (fits) con el resto.”⁴⁹

Cabe aclarar que la modalidad de la “defensa” se fue modificando a través del transcurso de su teoría. Se dio paso, de una defensa del control de constitucionalidad judicial, en sus inicios, como el lugar en donde se debaten y resguardan los principios, a una defensa condicional donde al menos esta institución no produce resultados injustos.

Para finalizar se puede resumir la posición Dworkin en que la teoría no insiste en que haya control constitucional, pero tampoco la repele. Los límites de este control pueden ser precisados, como lo explico a continuación, por la diferencia entre principios y directrices políticas.

⁴⁷ Dworkin Ronald, La lectura mayoritaria de la Constitución y la premisa mayoritaria, cit. p. 24

⁴⁸ Dworkin Ronald, Justicia para Erizos, cit. p. 467

⁴⁹ Dworkin Ronald, La lectura moral de la constitución y la premisa mayoritaria, cit. op. P. 14

3. Principios y Directrices políticas

Luego de presentada la justificación de la defensa del control de constitucionalidad en el modelo de democracia de Dworkin, corresponde especificar dónde concluye esté y empiezan las cuestiones políticas no judiciales. Lo cual requiere analizar la distinción que efectúa Dworkin entre asuntos de principios y políticas públicas o directrices políticas⁵⁰.

Carlos Nino, referente del debate sobre control de constitucionalidad en Latinoamérica, promueve esa tesis. Tal como lo expresa en un trabajo sobre las cuestiones políticas: “Entonces, ¿cuál es este criterio de distinción entre cuestiones políticas y cuestiones jurídicas que nuestra Corte Suprema, a diferencia de la Corte Suprema norteamericana ha llevado lejos? Tal vez existe una intuición subyacente al tema de las cuestiones políticas y que, quizás, podría ser captada por una distinción que ha hecho hace algunos años el profesor Ronald Dworkin4.”⁵¹

Normas, principios y directrices

Para explicar la diferencia entre principios y directrices, se hace necesario mencionar una de sus tesis más conocidas contra el positivismo, la introducción de los principios en el sistema jurídico. Para esto Dworkin distingue, en primer lugar, entre las normas y los principios.

El positivismo jurídico, cuyo principal referente era Hart con su libro *El concepto del derecho*, hacía hincapié en la idea de que para conocer qué es el derecho se debía averiguar cuáles eran las reglas de reconocimiento que poseía una sociedad.

Dworkin, señala que esta concepción no da cuenta de los principios, un elemento importante en los sistemas jurídicos. A estos lo caracteriza, en forma genérica, como el conjunto de estándares que no son normas. Se diferencia de estas últimas por cuestiones de lógica, las normas son bivalentes, es decir aplicables de manera disyuntiva; en tanto que a los principios se los clasifica por su peso o importancia.⁵²

Como explica Dworkin: “Llamo principio a un estándar que ha de ser observado, no por que favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera

⁵⁰ Esta distinción tiene un trasfondo filosófico en el que subyace una crítica a la doctrina del utilitarismo que plantea el uso de la mayor cantidad de bienes para el mayor número de personas, uso de las personas como medios. Además una defensa kantiana de los derechos como fin en sí mismos

⁵¹ Nino Carlos, *La filosofía del control de constitucionalidad*, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 4 Septiembre-Diciembre 1989, p. 82

⁵² Dworkin Ronald *Los derechos en serio*, Primera Edición 1984, Editorial Gedisa, Barcelona p.72

favorable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.

Por otra parte están las directrices políticas u objetivos sociales, que se caracterizarían por ser de tipo *agregativo*, ya que toman a los individuos en su conjunto y no separadamente (así, la seguridad pública, el desarrollo económico, el bienestar general, entre otros).⁵³

Frente al interrogante de si los jueces toman decisiones políticas, Dworkin nos señala que tenemos que distinguir, al menos, entre estos dos sentidos de política: principios de moral política y directrices políticas. Como lo expresa Dworkin: “No obstante, deseo plantear que si los jueces deben basar sus decisiones en consideraciones políticas, de modo tal que la decisión no sea la que buscan algunos grupos políticos, sino que además se funde en la creencia de que ciertos principios de moralidad política son correctos”⁵⁴

Dworkin considera que los jueces se basan en ciertos principios de moral, a los que toman como correctos, para resolver sus casos. Entre estos principios de moral, incluye principios de moral política.

De esta clasificación depende la forma especial de argumentar que tiene cada uno⁵⁵: “Se trata de la distinción (que ya intenté explicar y defender en otras ocasiones) entre argumentos basados en principios políticos, que apelan a los derechos políticos de los ciudadanos individuales, y argumentos fundados en políticas públicas, que sostienen que decisión dada debe promover alguna concepción de bienestar general o interés público”.

⁵³ Linares Sebastián, La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes, Marcial Pons, 2008, Madrid p.65

⁵⁴ Dworkin Ronald, Una cuestión de Principios, 1ª edición Buenos Aires, Siglo Veintiuno editores, 2012 p. 26

⁵⁵ *Ibíd.* p. 27

“La Constitución es el barco moral, y debemos mantener la valentía de la convicción que la llena, la convicción de que podemos ser todos ciudadanos iguales de una república moral”⁵⁶.

4. Recapitulación: El modelo de Dworkin y las CPNJ

A partir de lo señalado en las secciones anteriores se va a efectuar una recapitulación de la teoría de Dworkin. De este modo, se intenta dar respuesta a los interrogantes desarrollados en la introducción referidos a la tensión democracia-constitución, constitución y judicialización de la política y al problema de la legitimidad del control judicial, los cuales constituyen ejes de la conceptualización de las CPNJ.

El modelo de Dworkin

El modelo de Dworkin reformula, a través de los conceptos interpretativos, las concepciones de democracia y constitución para que integren un todo coherente.

La democracia, no es presentada exclusivamente por sus rasgos mayoritarios, sino que debe cumplir ciertos fines. Esto se confirma con la definición de Dworkin: “...La democracia significa gobierno sujeto a condiciones --podríamos llamar a estas las condiciones “democráticas”-- del estatus igual para todos los ciudadanos”⁵⁷

En esta concepción de democracia, la constitución se constituye en el centro de la actividad democrática, a partir de una lectura moral de la misma. “Cuando nosotros entendamos mejor a la democracia, veremos que la lectura moral de una constitución política no es antidemocrática sino, por el contrario, es prácticamente indispensable para la democracia”⁵⁸

Es decir, de acuerdo a este modelo la regla general está dada por la democracia, entendida como igual consideración y respeto, el control de constitucionalidad por parte de los jueces de la actividad desarrollada por los otros órganos políticos (legislativo y ejecutivo), sin que esto implique ninguna contradicción con esta. El control lo realizan los jueces a través de la valoración e interpretación de los principios morales abstractos que se encuentran consagrados en la constitución.

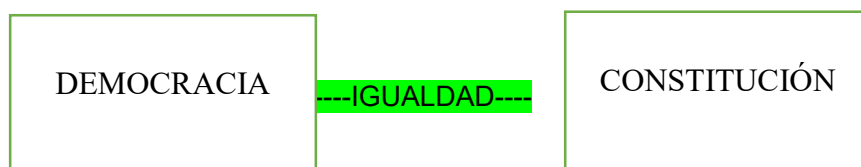
⁵⁶ Dworkin Ronald, La lectura moral de la constitución y la premisa mayoritaria, cit. p. 15

⁵⁷ Ibíd. p.23

⁵⁸ Ibíd. P.23

Democracia	Igual consideración y respeto
Constitución	Principios morales abstractos
Jueces	Mejor calificados para razonar con principios

Esto lleva a reconsiderar, la tensión enunciada entre democracia y constitución como un falso conflicto. Las dos ideas, democracia y constitución que, aparentemente, se encuentran en tensión, si se reflexiona del modo adecuado, se puede encontrar la coherencia entre ambas. El elemento aglutinante es la idea de igualdad.



Esto es concordante con el proyecto de Dworkin que aspira a la unidad de valor, empresa a la que representa como un erizo, en alusión a la famosa afirmación del poeta Arquíloco: “El zorro sabe muchas cosas; el erizo sabe una, pero grande”.⁵⁹ Para Dworkin es deber de los filósofos sociales y políticos interpretar las concepciones para que se refuercen mutuamente. Como lo afirma en el siguiente párrafo:

“El objetivo debe ser, primero, construir concepciones o interpretaciones de cada uno de estos valores que refuercen al resto, una concepción de la democracia, por ejemplo, que sea útil para la igualdad y la libertad, y concepciones de cada uno de estos valores que sean también útiles para la democracia así entendida”⁶⁰

⁵⁹ “Este libro defiende una amplia y antigua tesis filosófica: la unidad del valor.-...-Su título se refiere a un verso de un poeta griego de la Antigüedad, Arquíloco, que Isaiah Berlin hizo célebre para nosotros. El zorro sabe muchas cosas; el erizo sabe una, pero grande. El valor es una cosa grande” Ronald Dworkin, Justicia para Erizos, 1ed, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, FCE, 2014, Traducido por Horacio Pons, p. 15 “Nada es más fácil que articular definiciones de libertad igualdad, democracia, comunidad y justicia que estén en conflicto entre sí” Ronald Dworkin, Justicia con Toga, Marcial Pons, 2007, traducción de Marisa Iglesias Vila e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons Madrid p. 134

⁶⁰ Dworkin Ronald, Justicia con Toga, cit. p. 179

Por su parte, la subordinación de la política al derecho es valorada por Dworkin como algo positivo, dado que permite debatir determinados asuntos como una cuestión de principios. Lo que significa optar por un debate centrado en argumentos de principios más que en intereses.

La concepción de Dworkin se contrapone con una idea dominante en la dogmática jurídica, donde pareciera existir una distinción tajante entre derecho y política, los cuales están exentos de relacionarse. Esta idea es subsidiaria de la posición del positivismo normativo, que intenta separar de forma dicotómica los fundamentos de la moral, el derecho y la política. Para esta postura por un lado se encontraría la política, en donde se presenta la mayoría y por otro el derecho. Así los jueces, actuando como la boca de la ley, solo deben ocuparse de interpretar el derecho promulgado. De ese modo el argumento tradicional es que solo deben tomarse las decisiones políticas por funcionarios elegidos mediante el voto popular.

La concepción dworkiniana incorpora a la política en el derecho, desde un punto de vista diferente. El derecho incluye una forma de política, la moralidad política, como el conjunto de principios que, como el caso de Argentina y de EEUU, se encuentran contemplados en la Constitución. Este énfasis en los principios, presenta al derecho como una carta de triunfo sobre las decisiones mayoritarias.

El límite que encuentra el control de constitucionalidad en una democracia son las cuestiones políticas, entendidas estas en el sentido de directrices políticas. Sin embargo, siempre que se encuentren en juego cuestiones de principio en las directrices políticas, las primeras triunfan sobre estas últimas.

Además esto se vincula con la idea de derecho como integridad, expuesta en la sección primera, que incorpora la interpretación constructiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad.⁶¹ La idea del derecho como concepto interpretativo incluye la moralidad política dentro del mismo, que integra como un todo coherente al momento de realizar la tarea interpretativa.

JUECES	Principios/Moral Política
OTROS PODERES	Directrices Políticas

⁶¹ Integrar lo político en el derecho le plantea exigencias a la Democracia, como lo describe Maurino y Gargarella en fallo del derecho a la vivienda: “No se nos escapa que el reconocimiento de un contenido robusto al derecho a la vivienda (que lo asocie, por ejemplo, con algo genuinamente parecido a un “derecho a la vivienda”) implicaría una serie de deberes de parte del Estado que difícilmente puedan ser, en términos operativos, garantizados o satisfechos en el corto plazo, o cuya realización, en todo caso, no podría alcanzarse plenamente sin que la fisonomía del estado y de sus políticas públicas deban cambiar radicalmente. Evidentemente, la manera de afrontar esos desafíos no debe consistir en debilitar el derecho en cuestión, sino –en primer lugar– en afirmar su normatividad y activar una evaluación intensa sobre las políticas del Estado” Gargarella Roberto y Gustavo Maurino, *Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la Jurisprudencia del TSJC*, en Revista Lecciones y Ensayos N° 89 p. 346

La cuestión política no judicializable sería solo aquella que está estructurada en forma de directrices políticas. Cabe aclarar que Dworkin entiende que los otros poderes, como el legislativo, también pueden meditar en forma de principios pero esto no resulta habitual o no sería el mejor ámbito de discusión.

Dworkin considera que los jueces, pese a que no son elegidos de forma directa por los ciudadanos en sus cargos, tienen más desarrollada la técnica de analizar la coherencia especulativa para determinar si algo es derecho, que entre los legisladores o entre la gran mayoría de los ciudadanos que eligen a los legisladores.⁶² De este modo, los principios morales están presentes siempre, en la teoría de Dworkin. Los valores están impactando en las cuestiones constitucionales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) ha utilizado el modelo de Dworkin en diversos fallos, mencionándolos explícitamente o implícitamente en varios de sus argumentos. Esto sucede cuando la CSJN presenta su función como la de “custodios y defensores de la constitución y de la democracia” mediante el uso de estándares.

Por ejemplo, el estándar enunciado en el fallo *Versbisky*, que se cita en la introducción, puede ser comparado con la idea dworkiniana del derecho. La idea de estándar para la política guarda una similitud con la de los principios en Dworkin, a través de una lectura moral de la Constitución. Con ello se presenta una defensa sustancial del control de lo político por parte de los jueces. Como lo expresan los jueces de la Corte: “Que a diferencia de la evaluación de políticas cuestión claramente no judiciales, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos”. Además el criterio coincide con el modelo de Dworkin, en considerar a jueces como los mejores defensores de la constitución. “Irrenunciables custodios de la Constitución Nacional.”.

En conclusión, expresa Dworkin, la pregunta a formular no debe ser “¿Es verdad que las decisiones judiciales sobre cuestiones de principio (en oposición las cuestiones de políticas públicas) atentan contra alguna teoría plausible de la democracia?” ⁶³ En su lugar el interrogante que debe responderse es ¿Un individuo gana más poder que el que pierde? La respuesta es simple para el ideal de Democracia que propugna: todo gobierno aceptable debe tratar a las personas como iguales. Verlo de este modo, como un foro de principios resguardado por los jueces, entiende Dworkin, no solo no es anti-democrático, sino que enriquece la democracia.

⁶² Ronald Dworkin, *Una cuestión de Principios*, 1ª edición Buenos Aires, Siglo Veintiuno editores, 2012, p. 43

⁶³ *Ibíd.* p. 42

CAPITULO SEGUNDO

EL MODELO DE WALDRON

Estructura del capítulo

El presente capítulo, dividido en cuatro secciones, desarrolla la teoría de Jeremy Waldron. En la primera sección se efectúa una síntesis de los elementos básicos de su teoría, las nociones de desacuerdo y fin en común. En la segunda sección se reseña su concepción de democracia mayoritarista. Luego se desarrollan las objeciones efectuadas por Waldron al establecimiento de la constitución y el control de constitucionalidad. Estas ideas van a tener repercusión en la tercera sección, acerca de la concepción del derecho que adopta Waldron. Se señala la importancia del derecho en su teoría y quién es el encargado de decidir en circunstancias de desacuerdos entre ciudadanos. En la sección final, se pretende, mediante una recapitulación, analizar las implicancias de adoptar el modelo de Waldron en relación a los interrogantes expuestos en la introducción acerca de las CPNJ.

Introducción a Jeremy Waldron

Resalta Gargarella⁶⁴ que con la publicación del libro *Derechos y Desacuerdos*, Jeremy Waldron se ha consagrado como uno de los referentes de los círculos académicos y de la filosofía política. Ese libro es el utilizado en este trabajo para el análisis de su teoría y lo que ella significa para las cuestiones políticas no judiciales.

Waldron postula una teoría basada en derecho en una democracia, desde una óptica diametralmente opuesta a la postura defendida por Dworkin. En particular se presenta como una revisión crítica a su concepción de democracia y constitución. Por algunos autores es señalado como el filósofo que más se ha preocupado por socavar los cimientos de la revisión judicial.⁶⁵

⁶⁴ Waldron Jeremy, "Derechos y Desacuerdos", Marcial Pons editora, 1° edición 2003, Madrid p. 2

⁶⁵ Linares Sebastián, La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes, cit. p. 67

1. Desacuerdos y fines en común

El núcleo de la teoría: desacuerdos y fines en común

A efectos de comprender su teoría es inevitable iniciar la exposición con aquello que constituye su núcleo: el desacuerdo y la necesidad de coordinación. Para Waldron estos constituyen los dos presupuestos básicos para pensar las sociedades democráticas modernas. Resultan importantes dado que funcionan como ejes sobre el cual se articulan sus concepciones acerca de la legislación, la democracia, los derechos, el control de constitucionalidad, entre otros.

El primer elemento es el desacuerdo. Waldron sostiene que tenemos desacuerdos profundos, de diversa índole, sobre qué es la justicia, el derecho, morales, etc., que se encuentran presentes en todos los ámbitos de una comunidad. Estos desacuerdos son subsidiarios de dos circunstancias, una que hace referencia al modo en cómo están constituidas las sociedades modernas y otra acerca del estatus o carácter de nuestros juicios.

Las sociedades modernas están constituidas por una pluralidad de personas. La integran una multitud de sujetos con diferentes proyectos y concepciones que participan en las democracias modernas. Somos una multitud con diferencias sobre muchísimas cosas, todas ellas importantes.

En relación a los individuos, señala que existen diferencias que son constitutivas en el modo de razonar de las personas, las cargas del juicio. Estas, en referencia a Rawls, integran los juicios y persisten más allá de las deliberaciones de buena fe o deseos de concordar.⁶⁶

Como lo expresa Waldron: “En cualquier concepción plausible, la vida humana compromete múltiples valores y es natural que la gente discrepe sobre la manera de ponderarlos y darle prioridad. Y también en cualquier concepción plausible, las respectivas posiciones, perspectivas y experiencias sobre la vida le proporcionarán a cada persona una base diferente desde la que realizar los delicados juicios”⁶⁷

Pese a estos desacuerdos, en los individuos continua la necesidad de actuar en común con otras personas aunque no se coincida sobre cuestiones básicas. Esta necesidad de coordinar nuestras acciones, que nos compele a llegar a acuerdos, se constituye en el segundo elemento básico de su filosofía.

⁶⁶ “Muchos de nuestros juicios más relevantes se hacen bajo condiciones de las que no es de esperar que permitan que personas conscientes, en pleno uso de sus facultades de razón, ni siquiera después de discusión libre, lleguen unánimemente a la misma conclusión” Rawls cit. por Waldron, *Derechos y Desacuerdos*, cit. p. 183

⁶⁷ *Ibíd.* cit. p. 183

Manifiesta Waldron que el desacuerdo y la necesidad de actuar en común forman una pareja indisoluble, que se justifican mutuamente: "Los desacuerdos no importarían si no necesitaríamos un curso de acción concertado, y la necesidad de este curso común de acción no daría lugar a la política tal y como la conocemos si no existieran, al menos potencialmente, desacuerdos sobre cuál debe ser el curso de acción"⁶⁸

A estas dos condiciones las denomina "las circunstancias de la política"⁶⁹. Porque son los requisitos mínimos sin lo cual no se puede hablar de política en una sociedad. Ambas suponen que el hecho del desacuerdo siempre persistirá y toda indagación social debe contemplarlo como parte de su estructura. Esto repercute en el modo de pensar las consecuencias que se derivan de la presencia del desacuerdo en la vida social, como se señala a continuación.

La filosofía y su rol modesto

Constatar el hecho del desacuerdo afecta el objeto de la filosofía del derecho y la filosofía política. Por estas circunstancias, Waldron reclama, en clara alusión a Dworkin, una actitud diferente en los debates. Las discusiones sobre principios y políticas, deben ser abordadas desde un rol modesto por filósofos del derecho y otros teóricos sociales. Como se pregunta Waldron, en el siguiente párrafo:

"¿Pensamos que nosotros o los filósofos que leemos somos profetas o legisladores? ¿O aceptamos que somos ciudadanos, que cada uno de nosotros uno entre millones de ciudadanos?" "Estoy convencido de que debemos aferrarnos aquí, filosóficamente, a la idea de desasosiego y de duda."⁷⁰

Waldron afirma que no es posible desarrollar esta tarea desde la reflexión exclusiva de una o pocas personas. Determinar que principios y políticas deben regirnos en una democracia es tarea de la mayoría de las personas. Su concepción de la democracia, que pretende ser coherente con estas ideas, se expone a continuación.

⁶⁸ Ibíd. p.172

⁶⁹ Esto en alusión a Rawls "De igual forma, el hecho de los desacuerdos políticos junto con la necesidad intensamente percibida de decisiones sociales sobre ciertas cuestiones conforman las "circunstancias de la equidad" o como las he denominado en otro el capítulo V, "circunstancias de la política". Waldron Derechos y Desacuerdos, cit. p.272. Para Rawls, las circunstancias de la justicia, está integrada por dos elementos básicos para que esta exista: escasez moderada y altruismo limitado. Véase Rawls, John, Teoría de la Justicia, trad. María Dolores González, 2ed México, FCE 1995

⁷⁰ Ibíd. p. 287

2. Democracia y Constitución

Waldron defiende una postura democrática mayoritarista con base en la idea de derechos. Esto en consonancia con las dos condiciones expuestas en la sección anterior, necesidad de actuar en común y desacuerdo. Esto tiene repercusiones sobre el valor que le otorga a la constitución y el control de constitucionalidad. Como quedara en evidencia, los argumentos waldronianos confrontan directamente con la concepción planteada por Dworkin.

Democracia: defensa de una visión mayoritaria

Como se manifestó, debido al desacuerdo no existe una base sustantiva previa que respalde las decisiones que se necesitan tomar en una sociedad. Pero dado que se requiere de acuerdos a fin de llevar adelante un curso de acción, debemos optar por algún procedimiento. Para Waldron el más justo es el democrático, que a través de la participación de la mayoría, permite llegar a un acuerdo.⁷¹

Esta concepción se considera la más justa dado que presupone un compromiso con la igualdad. En circunstancias de desacuerdo se atribuye igual peso a todos. Esto significa considerar a todos en carácter de iguales para participar sobre las cuestiones que nos importan. Además porque, según Waldron, es respetuosa con el ideal de auto-gobierno, ya que reconoce a los sujetos como personas autónomas capaces de gobernarse a sí mismos.

Waldron expresa que esto se ve realizado a través de la votación⁷² en la Legislatura. El trabajo de creación de leyes, procedimiento que desarrollan los legisladores, es el que crea el derecho. Este es el que permite actuar a la luz de los desacuerdos⁷³ Ahí reside su pretensión de autoridad, otorgando la posibilidad a un curso de acción. Como lo afirma Waldron: “La autoridad del derecho descansa en la necesidad de actuar en conjunto pese a los desacuerdos”⁷⁴

Planteado su modelo, Waldron debe hacer frente a críticas, como la de Dworkin, que califica a esta perspectiva como “una cruda visión estadística de la democracia”. Para Waldron estas objeciones se desentienden del hecho del desacuerdo. En ese contexto la votación es la única opción viable ante la necesidad de actuar en conjunto. Como lo expresa

⁷¹ Esta postura es denominada procedimentalista. Dado que se puede considerar que postula una visión procedimentalista de la democracia, es calificada esta como un procedimiento destinado a llegar en acuerdo sobre las diferencias, que permitan concertar proyectos en común.

⁷² Al método de votación le dedica un largo capítulo en su libro *Derechos y Desacuerdos*, destacando la poca atención prestada por los filósofos del derecho a este instrumento democrático.

⁷³ Waldron Jeremy, “Derechos y Desacuerdos”, cit. p. 63

⁷⁴ Ibid p. 61

Waldron, este es “el tributo que la política paga a la realidad de que los problemas y las oportunidades sociales nos sitúan frente a millones de personas y no frente a los dos o tres individuos con los que se sienten cómodos los filósofos morales”⁷⁵

Además objeta, por inapropiado, el ejemplo del bote salvavidas, utilizado como argumento fulminante por Dworkin para graficar que la idea de democracia no lleva siempre a resultados justos. Para Waldron no es posible extrapolar de esa situación límite los fundamentos de la vida democrática en una sociedad moderna. Lo expresa de este modo: “No está del todo claro que se pueda extrapolar del uso inapropiado de la decisión mayoritaria en un bote salvavidas lo inadecuado de asociar la democracia con, la democracia representativa o la base democrática de la legislación”⁷⁶

Ante al cuestionamiento de Dworkin de que esta es una apelación a una petición de principio, un razonamiento circular, ya que el modelo mayoritario de democracia presupone la defensa del mayoritarismo, Waldron admite la circularidad de su argumento, pero manifiesta que no existe otra alternativa, dado que cuando no hay coincidencia sobre cuestiones de sustancia, la única posibilidad es recurrir al procedimiento mayoritario.

En síntesis, para Waldron la única opción que contempla de modo adecuado las circunstancias de la política en la sociedad moderna, es la democracia mayoritaria. Entendida esta como la participación del mayor número de personas, que representadas por los legisladores, toman sus decisiones por el voto mayoritario.

Esta forma de entender la democracia tiene consecuencias directas sobre la Constitución y el control constitucional, como se verá en la próxima sección.

Críticas a la Constitución y al control de constitucionalidad

3. El derecho y la política

Derecho y Democracia

Un rasgo que distingue al modelo de Waldron es que, a pesar de defender una postura mayoritaria, su concepción democrática resalta la importancia de los derechos. Para explicar en qué consiste la relación entre democracia y derechos, distingue dos tipos de derechos: los asociados a la democracia (el de participación y otros) y aquellos que no forman parte de esta.

⁷⁵ Ibid p. 60

⁷⁶Waldron Jeremy, A mayoraty in a lifeboat, disponible on-line en <http://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/documents/waldron.pdf> (la traducción es mía) p. 8

Para Waldron el derecho de participación es considerado un elemento esencial de la democracia, el derecho de los derechos, porque el “ejercicio parece particularmente apropiado en situaciones en las que los portadores razonables de derechos discrepan.”⁸⁴

“La idea de democracia no es incompatible con la idea de derechos individuales. Por el contrario, no puede haber una democracia a menos que los individuos posean y ejerzan regularmente (...) el derecho de participación en la elaboración de leyes”⁸⁵

Asimismo forman parte de aquellos derechos los que no están vinculados directamente con la participación pero que le prestan un importante apoyo, “representan en todo caso condiciones necesarias para su legitimidad”, ⁸⁶ por ejemplo, la libertad de expresión. Por último, se encuentran los derechos, no vinculados directamente a la democracia, los cuales surgirán eventualmente en un debate democrático.

Fundamenta la atribución de derechos, en que es un acto de fe en la capacidad de deliberar. Resulta imposible por un lado ser portador de derechos y por el otro no ser considerado como alguien que tiene la capacidad para averiguar cuáles son sus derechos. Como lo corrobora este párrafo de Waldron: “La idea de derechos está basada en una concepción del ser humano como un agente dotado de razón, con una habilidad para deliberar moralmente, para ver las cosas desde el punto de vista de los otros y para trascender la preocupación sobre sus propios intereses particulares o parciales”⁸⁷

Por último, en relación a su posición en cuanto al concepto del derecho Waldron ha sido calificado como positivista normativo⁸⁸. Dado que considera que es un deber aspirar a erradicar las apreciaciones morales por parte de los jueces a fin de garantizar certeza sobre los derechos de los ciudadanos. Para Waldron, como sostiene Gargarella, en el siguiente párrafo: “el derecho debe ser tal que las decisiones jurídicas puedan ser tomadas sin la intervención de juicios morales.”⁸⁹ Es decir, como manifiesta Moreso, “tiene una lectura prescriptiva: recomienda una forma de identificar el derecho, una forma que presupone que el derecho puede ser de tal manera que sea posible identificarlo sin recurrir a la moralidad”

90

⁸⁴ Ibid. p. 326

⁸⁵ Ibid. p 337

⁸⁶ Ibid. p. 387

⁸⁷ Ibid. p.347

⁸⁸ Véase Roberto Gargarella, Estudio preliminar, La Filosofía del derecho de Jeremy Waldron: Convivir entre desacuerdos, en Waldron, Jeremy, Derecho y Desacuerdos, cit. Moreso Josep “El positivismo jurídico y la aplicación del derecho” Edición digital a partir de *Doxa :Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 27 (2004)

⁸⁹ Introducción a Waldron Jeremy, en “Derechos y Desacuerdos”, cit. p.

⁹⁰ Moreso Josep Joan, “El positivismo jurídico y la aplicación del derecho” Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 27 (2004), pp. 45-62. **URI:** <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc959z8>

¿Quién decide qué derechos tenemos?

En ausencia del mecanismo del control de constitucionalidad por parte de los jueces, reaparece el interrogante acerca de quién decide frente al desacuerdo. Si bien Waldron manifiesta que su trabajo no pretende ser una propuesta de tipo institucional, presenta pautas que sirven como guía⁹¹. “¿Cómo tomar decisiones colectivas en política? Todo lo que podemos decir es que esto es algo sobre lo que debemos seguir trabajando”⁹²

De acuerdo a Waldron, definir qué derechos tenemos cuando todos estamos en desacuerdo, reclama una estructura mental diferente, “filosóficamente más modesta, jurídicamente menos arrogante y políticamente menos aterrorizada que la actual mentalidad de la constitucionalización”⁹³.

En franca oposición a Dworkin, Waldron discrepa acerca de la distinción tajante entre cuestiones de principios y de política. Ambos, para la versión waldroniana, son parte del proceso político y se encuentran sujetos a idénticas variaciones. “Los desacuerdos acerca de las cuestiones de principio, como he señalado, son la regla general en la política, y no la excepción. Se sigue que aquellos que valoran la participación política popular no deberían dejar de hacerlo cuando traspasan el umbral de los desacuerdos sobre los derechos”⁹⁴

Waldron alerta ante la tendencia en el análisis de estas cuestiones de una mirada exclusivamente judicial, que nos ciegue para abordar una solución institucional diferente. Para esto considera que hay que ampliar el enfoque a diversas instituciones, como las legislaturas. “Las únicas estructuras que les interesan a los filósofos del derecho contemporáneos son las del razonamiento judicial. Están intoxicados de tribunales de justicia y cegados a casi todo los demás por los encantos de la justicia constitucional”⁹⁵ La respuesta sobre quien debe decidir conforme la idea de democracia planteada en Waldron es clara: los afectados por esos derechos. “Cuando alguien pregunta: “¿quién decidirá qué derechos tengo?”, una respuesta (mi respuesta) es: “la gente cuyos derechos están en cuestión tiene el derecho a participar en iguales términos en esta decisión”⁹⁶ Es decir, una opción, compatible con su modelo democrático, es la gente a través de sus representantes en la legislatura. Menciona Linares, que “Llevado al plano institucional, esto no es otra cosa

⁹¹ “En otras palabras, este libro no debe ser leído como una propuesta política o constitucional. En su lugar, es un intento de mejorar nuestra comprensión de las cuestiones en conflicto en diversas prácticas, instituciones y propuestas” Waldron Jeremy, “Derechos y Desacuerdos”, cit. p. 73

⁹² Waldron Jeremy, “Derechos y Desacuerdos”, cit. p. 382

⁹³ *Ibíd.* p. 323

⁹⁴ *Ibíd.* p. 72

⁹⁵ Waldron Jeremy, “Derechos y Desacuerdos”, cit. p. 65

⁹⁶ Waldron Jeremy, “Derechos y Desacuerdos” p. 338

que decir que la regla de la mayoría legislativa (o, en su caso, la mayoría ciudadana expresada en un referéndum) debe tener la última palabra institucional.”⁹⁷

“Gran parte de lo que sigue-...- puede verse como un intento de aceptar el desafío de Unger, de vislumbrar una teoría del derecho genuinamente democrática”⁹⁸

4. Recapitulación: El modelo de Waldron y las CPNJ

A partir de lo enunciado en las secciones anteriores se va a efectuar una recapitulación que destaque los rasgos relevantes del modelo de Waldron. Con esto se intenta responder los interrogantes del capítulo uno, acerca de la tensión entre democracia-constitución, la politización del derecho y la legitimidad de los jueces para el control constitucional, que integran las preguntas sobre las CPNJ.

El modelo de Waldron

Para una mejor comprensión de las CPNJ desde el modelo de Waldron es necesario repasar lo expuesto acerca de la democracia, las críticas a la constitución y su noción del derecho.

Waldron defiende una visión mayoritaria de la democracia, con énfasis en el procedimiento como método para arribar a fines en común que permitan llevar adelante acciones conjuntas. Esta concepción es la más justa dado que es la que, para Waldron, necesariamente respeta los valores de igualdad y autonomía de los individuos.

Al efectuar una crítica profunda al establecimiento de un esquema constitucional, la idea de constitución rígida, como resguardo de derechos restringidos, coto vedado a la mayoría, se debe dejar de lado. Esta exclusión, conjuntamente con la concepción mayoritaria, conlleva varias consecuencias sobre el derecho y la política.

En primer término, caduca la subordinación de la política al derecho. Las vastas áreas, que en forma de derecho se encontraban consagradas en la Constitución, vuelven al

⁹⁷ Linares Sebastián, La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes, Marcial Pons, 2008, Madrid p. 37

⁹⁸ Waldron Derechos y Desacuerdos, cit. p. 65

ámbito de la política. A su vez, esto significa relegar la idea de derecho a un ámbito más acotado.

Esto implica que, para el modelo de Waldron, el derecho y la política se diferencian de forma tajante. El derecho es resultado de la votación en las legislaturas. Una vez establecido como derecho, a fin de respetar el procedimiento democrático, este debe ser aplicado e interpretado por los jueces sin incorporar cuestiones de tipo moral.

Frente a la tensión entre democracia y constitución, enunciada en el primer capítulo, claramente el modelo de Waldron se inclina a favor de la primera. En estas circunstancias la idea de CPNJ adquiere otro sentido. En una sociedad democrática en la que no se encuentra contemplada una Constitución, vastas áreas de la política ya no se definen por su pertenencia a la misma.

DEMOCRACIA	MAYORITARIA-PROCEDIMENTAL
CONSTITUCIÓN	CRITICA A LA MISMA
JUECES	ENCARGADOS DE APLICACIÓN DERECHO

A diferencia de la teoría de Dworkin para la cual las cuestiones de principio adquieren un aura especial, los principios ex ante de un procedimiento democrático no tienen un lugar relevante frente al debate legislativo. Los principios y los objetivos sociales son parte de un mismo proceso político. Para determinar el contenido y la distribución de derechos individuales debemos recurrir a la misma idea de autoridad.

Los jueces no actúan como garantes o custodios de los estándares morales consagrados en las constituciones, sino de leyes, entendidas estas desde la perspectiva del positivismo normativo. Por parte de aquellos que al interpretar la ley deben excluir juicios de tipo moral. Esto se debe a la falta de legitimidad democrática de los jueces, no para tratar asuntos que exceden el derecho. No son elegidos por voto directo y poseen, por lo general, cargos vitalicios, al desacuerdo intrínseco de las sociedades modernas. Por lo cual la posición de los jueces en el ámbito democrático para juzgar cuestiones políticas se reduce sensiblemente.

El rol de los legisladores se amplía, debido a su mayor legitimidad frente a un juez. Ya que estos son elegidos por medio de elecciones periódicas y libres en las que todos los ciudadanos participan.

JUECES	DERECHO (POSITIVISMO NORMATIVO)
LEGISLATURAS	DEBATE PRINCIPIOS Y OBJETIVOS SOCIALES

Por último, en caso de desacuerdo o diferencias sobre el contenido del derecho, una ley puede ser modificada cuantas veces sean necesario para su mejoría.

Enunciado el modelo de Waldron, cabe preguntarse si dado que frente a las cuestiones políticas, ante el desacuerdo sobre el derecho, solo queda apelar a la mayoría ¿Se pierde algo al excluir que los jueces intervengan como custodios de la constitución? Si se analizan los casos ilustrativos presentados al inicio, el problema se presenta cuando el debate se encuentra obturado. Sea porque las personas afectadas están fuera de la posibilidad de participar por encontrarse en condiciones de desventajas o porque el objeto del debate legislativo se encuentra clausurado.

Waldron es consciente de que esto sucede en democracia, como observa en *Derecho y desacuerdo*: “Los que disienten con la opinión mayoritaria necesitan contar con un seguro de que su oposición no producirá una respuesta represiva o devastadora. En algunos países (incluso en algunos que se autodenominan democracias) este seguro es muy débil o inexistente”⁹⁹ Por ejemplo, en el caso Versbistky, los presos, con condiciones inhumanas no son parte del debate y no se encuentran en la agenda pública, su voz se encuentra invisibilizada. Waldron no ofrece una alternativa para estas situaciones. Solo queda la vía de la mayoría.

Cabe aclarar que tampoco se puede equiparar el modelo a posturas como las expuestas en el fallo Cullen c/ Llerena, citado en la introducción, dado que estas a la vez que restringe el papel del poder judicial, amplían el del poder ejecutivo, como parte de una postura híper-presidencialista.

En síntesis la postura de Waldron nos permite iluminar la noción habitual de CPNJ desde otra perspectiva, al presentarse como una *teoría del derecho genuinamente democrática*. Democracia, constitución, control de constitucionalidad y rol de los jueces, se presentan como contrapunto al modelo de Dworkin. Pero las afirmaciones de Waldron pueden ser matizadas a partir de teorías como las presentadas en el próximo capítulo.

⁹⁹ Waldron Jeremy, “Derechos y Desacuerdos”, cit. p. 382

CAPITULO TERCERO

El modelo del Constitucionalismo Dialógico

Estructura del capítulo

Presentados los modelos de Ronald Dworkin y Jeremy Waldron, en los capítulos uno y dos, se va a efectuar un breve balance de los mismos. Luego se va a defender una tercera opción, que incorpora puntos que ambos aceptarían por separado, para intentar corregir algunas de las debilidades más evidentes de ambos modelos. Esto se hará a través de una concepción que se considera superadora, denominada Constitucionalismo Dialógico. Para eso en la primera sección se va a efectuar una introducción al Constitucionalismo Dialógico. A continuación, se van a mencionar algunos de los problemas que se presentan en el modelo de democracia de Waldron. En la segunda sección, se va a presentar la concepción de la democracia deliberativa, en la que existe relativo consenso en asociarlo al constitucionalismo dialógico. Además se vinculará el Constitucionalismo Dialógico con el movimiento del Constitucionalismo Democrático, en un intento de otorgar mayor legitimidad a la interpretación constitucional. Por último, se va a efectuar una recapitulación del modelo y vincularlo a las CPNJ.

1. Introducción al Capítulo

Cuando se observan los modelos de Dworkin y Waldron pareciera que las opciones acerca del control judicial de las CPNJ se limitaran a dos alternativas mutuamente excluyentes: supremacía judicial o legislativa.¹⁰⁰

Es decir por un lado el modelo de Dworkin con su concepción de la democracia asociativa, que conlleva una defensa del control de constitucionalidad judicial en el sentido fuerte, basado en la idea de igualdad. Este modelo supone la primacía de los jueces acerca de las cuestiones políticas. Para este la elección de un procedimiento solo se justifica por la calidad de los resultados que es probable que produzca. Esta posición puede ser objetada por no contemplar de manera adecuada las ideas de desacuerdos y participación. Al dar prioridad al resultado niega que la igualdad de participación constituya un valor autónomo.

¹⁰⁰Bayón, Juan Carlos, *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, en J. Betegón, F.J. Laporta, J.R. de Páramo, L. Prieto Sanchís (comps.), *Constitución y derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004), p. 71;

Por otra parte, el modelo de Waldron, con base en la idea de democracia mayoritaria con una opción de supremacía parlamentaria exclusiva. Esta entendida como un procedimiento para la toma de decisiones por los legisladores a través del voto. A través de esto el respeto por la igualdad de participación y la autonomía. Este modelo puede ser objetado porque no presentar alternativas al procedimiento de mayoría lo cual involucra riesgos para las minorías. Es decir dado que no prevé otro mecanismo distinto que el de la votación mayoritaria la igualdad participación y autonomía tiene probabilidades de ser vulneradas.

Sin embargo existen alternativas a la dicotomía presentada, las que voy a presentar en seguida¹⁰¹. Esta intenta alcanzar un equilibrio reflexivo entre ambos modelos, al destacar sus aspectos positivos e intenta, al menos, sus fallas evidentes. La concepción en cuestión, con impulso en los últimos años, es la representada por la familia de concepciones que abarca el denominado Constitucionalismo Dialógico.¹⁰² Esta corriente de propuestas recibe su nombre en que hace hincapié en la idea de diálogo en democracia. Como lo expresa Gargarella: “hay una idea interesante que se ha planteado en la literatura y en buena medida parece haber quedado inexplorada: la de que la revisión judicial es parte de un “diálogo” entre los jueces y las legislaturas”¹⁰³

A mi entender, incorporar la perspectiva del Constitucionalismo Dialógico al análisis de las CPNJ, permite introducir un balance razonable entre los modelos de Dworkin y Waldron. Desde esta perspectiva pensar las complejas relaciones entre política y derecho adquiere otro matiz. En el presente capítulo se va a intentar defender esta afirmación.

2. Introducción al Constitucionalismo dialógico

Origen del Constitucionalismo Dialógico

¹⁰¹ Estoy de acuerdo con la visión de Mark Tushnet en que “en el plano constitucional las innovaciones no son algo frecuente. Algunas-muy pocas- fueron introducidas a lo largo del tiempo y se ven reflejadas en la representación proporcional a fines del siglo XVIII, las cortes constitucionalizadas centralizadas y especializadas inventadas por Hans Kelsen a fines de la década de 1920, el sistema semi presidencial francés de los años cincuenta y algunos otros pocos ejemplos-...-”Tushnet, Mark, *Revisión Judicial Dialógica*, en Gargarella Roberto (Comp.) Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática, 1ª edición, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 105

¹⁰² También recibe el nombre de constitucionalismo débil, para contraponerlo con la concepción tradicional de constitucionalismo fuerte, en donde el juez, de forma aislada, tiene la única y última palabra sobre la constitución.

¹⁰³ Gargarella Roberto, Presentación, El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos, Roberto Gargarella, en Gargarella Roberto (Comp.) Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática, cit. p. 10

El Constitucionalismo Dialógico tiene su origen en una preocupación por buscar alternativas que permitan limitar la falta de legitimidad democrática de los jueces en relación a la revisión judicial.

Su principal referencia histórica es la reforma en 1982 de la constitución de Canadá que incluyó la “cláusula de no obstante”. Con ella el poder legislativo puede insistir con el valor de una norma, durante un plazo de 5 años, no obstante la declaración de inconstitucionalidad. Con esta cláusula se pretendía producir un cierto dialogo entre el poder legislativo y el judicial, en donde este último advierte la posible incongruencia de una ley con el texto inconstitucional.

En Argentina, como destaca Gargarella, su caso paradigmático es la causa Beatriz Mendoza acerca de la limpieza del Riachuelo, en donde se produjo el llamado a reuniones de dialogo, en audiencia públicas, entre el poder ejecutivo y la ciudadanía, coordinadas por el poder judicial. “Esta vocación por ampliar la participación y la transparencia se ha observado también en otras medidas del tribunal, como las audiencias públicas convocadas durante un año y medio que precedió al dictado de la sentencia. En Septiembre de 2006 comenzó la discusión del plan gubernamental sobre la cuenca”¹⁰⁴

Las formas de dialogo, señala Tushnet, subrayan un aspecto importante: el dialogo ocurre a lo largo del tiempo o de forma secuencial.¹⁰⁵ Algunos autores sugieren que los distintos modos en que debe realizarse el dialogo es atendiendo a las circunstancias constitucionales y no a una concepción enteramente abstracta.¹⁰⁶

Este control significa articular con otros poderes para que la última y única palabra no sea de los jueces sino, en lo posible, de los legisladores. Esta posición propugna un diálogo democrático y permite rever o repensar aquellas cuestiones políticas que por diferentes circunstancias, no se encuentran abiertas a un debate democrático. La regla general es expresada con claridad por Rosalind Dixon:

“La perspectiva dialógica -...- mantiene siempre viva la preocupación por asegurar que la intervención judicial, cuyo propósito es las falencias del quehacer legislativo, se ciña a los límites materiales, en el contexto de las inquietudes generales por la capacidad de la democracia en su conjunto para dar respuesta a la ciudadanía por medio del proceso de deliberación constitucional”¹⁰⁷

¹⁰⁴ Véase con más detalles Gargarella Roberto (Comp.) Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática, 1ª edición, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014

¹⁰⁵ *Ibíd.* p.109

¹⁰⁶ *Ibíd.* p. 88

¹⁰⁷ *Ibíd.* p. 77

Una enumeración, a efectos ejemplificativos, incluye desde la citada cláusula canadiense del “no obstante”, hasta las audiencias públicas en causas como Versbitsky, su aplicación en el caso de los desplazados en el conflicto de la guerrilla colombiana por parte de Corte Constitucional Colombiana, en Sudáfrica, con el caso Grootboom sobre el derecho a la vivienda etc.¹⁰⁸ Estos procuran conciliar, al mismo tiempo, la débil legitimidad de los jueces en la revisión judicial y los problemas de obturación del proceso democrático. Esto al establecer mecanismos que tienden a superar la lógica binaria del todo o nada que postulan los modelos del constitucionalismo o del parlamentarismo fuerte. Como sostiene Bayón¹⁰⁹, este diseño a la vez que respeta el mayor valor intrínseco del procedimiento democrático – lo que implica que no sean los jueces constitucionales los que, en la práctica, tengan la última palabra sobre el contenido y alcance de los derechos, aprovecha las posibles ventajas instrumentales del control jurisdiccional de constitucionalidad.

Entiendo que propugnar la deliberación entre los diversos poderes puede dar solución a algunos de los problemas que presentan los modelos desarrollados en los capítulos de este trabajo. En particular, uno de ellos, mencionado en el capítulo dos, la falta de alternativas y resguardo de la propuesta de democracia mayoritaria de Waldron, que paso a exponer en la próxima sección.

Problemas de la democracia mayoritaria

En el modelo de Waldron, como se señaló en el capítulo dos, frente a las cuestiones políticas solo queda apelar a la mayoría. Sin embargo en las democracias mayoritarias pueden existir obstáculos que impidan o demoren el desarrollo de debates o cursos de acción por causa de la misma mayoría. El modelo waldroneano no presenta alternativas ante esa circunstancia.

Carlos Nino coincide con este diagnóstico general. Para este la decisión de la mayoría podría estar viciada por fallas en la deliberación, que afecten la legitimidad de la misma. Considera que no se le puede delegar al mismo poder con fallas para que decida si lo satisface o no. Por lo cual afirma Nino: “-...- Es por ello que es necesario contar con órganos independientes que controlen si esos presupuestos y esas condiciones del procedimiento de discusión, de debate y de decisión democrática se han satisfecho o no;

¹⁰⁸ Para una evaluación detallada véase, Ramiro Álvaro Ugarte, Juicio a la exclusión, 1ª edición, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014

¹⁰⁹ Bayón, Juan Carlos, *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, cit. p. 74

órganos cuya propia legitimidad no dependa de avatares, de mayorías que pueden estar afectadas por las fallas que mencioné.”¹¹⁰

Una clasificación de algunos de los problemas que pueden aparecer en los procesos legislativos, es la elaborada por Rosalind Dixon.¹¹¹ La autora divide los inconvenientes que pueden presentarse en “puntos ciegos” y “cargas de inercia”. El primero de ellos hace referencia a situaciones en que, por diferentes causas, se producen deficiencias de perspectiva en los legisladores para abordar algunos asuntos. Es decir, puntos ciegos es una expresión metafórica vinculada a los problemas de visión que impiden la percepción de determinado tema. El mismo se subdivide en tres categorías, puntos ciegos de aplicación, de perspectiva y de acomodamiento.

Los *puntos ciegos de aplicación* se presentan cuando las legislaturas no prevén que la aplicación de las leyes admiten un procedimiento no conforme a derecho. Esto debido a presiones en la deliberación o condicionamientos en la racionalidad. Los *puntos ciegos de perspectiva* aluden al caso en que los legisladores no puedan prever el impacto de las leyes en los ciudadanos por que falten incorporan diferentes puntos de vista. Por último se denominan *puntos ciegos de acomodamiento* cuando “ciertos legisladores con limitada experiencia en el ámbito legal, en su afán por alcanzar determinado objetivo legislativo, podrían no advertir hasta qué punto una demanda fundada en derechos particulares podría acomodarse con un costo tolerablemente bajo en el marco de su propio objetivo legislativo”.¹¹²

Por su parte las “cargas de inercia” son aquellas que se ocasionan ante demoras de los legisladores en atender determinados asuntos. Estas se clasifican de acuerdo a las causas que determinen la demora, en: cargas de inercia por prioridad, por coalición y burocráticas. Las *Cargas de inercia por prioridad*: cuando la Legislatura resta prioridad a determinadas demandas para otorgarlas a otras de mayor impacto electoral. *Cargas de inercia por coalición* “surgen cuando cierto asunto divide la cohesión interna del partido que detenta el control de la Legislatura, imponiendo así altos costos internos sobre la coherencia y la integridad del partido como precio para alcanzar determinado resultado legislativo”¹¹³. Por ultimo las *Cargas de inercia burocráticas* surgen ante la demora administrativa y la falta de control legislativo sobre el desarrollo de las políticas de derechos.

¹¹⁰ Nino Carlos, *La Filosofía del control constitucionalidad* en Revista del Centro de Estudios Constitucionales –JQ Núm.4. Septiembre-diciembre, 1989, p. 80

¹¹¹ Dixon Rosalind, *Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una mirada acerca de las diferencias entre revisiones fuertes y débiles*, en Gargarella Roberto (comp), Por una Justicia dialógica, p. 68

¹¹² *Ibíd.* p. 68

¹¹³ *Ibíd.* P. 69

Esta es una clasificación posible, de las múltiples que se pueden presentar, que refleja circunstancias en las cuales la mayoría no puede contemplar alternativas a la minoría. En estas los jueces tienen la posibilidad de intervenir para destrabar el conflicto democrático. Es decir, el constitucionalismo dialógico pretende que, frente a estos obstáculos, las Cortes, como se verá en la próxima sección, se constituyan en foros de deliberación, donde los afectados, a través de su propia voz, puedan subsanar algunos de los problemas enunciados.

En síntesis, desde esta perspectiva el constitucionalismo dialógico se presenta como el modelo que intenta poner en agenda problemas o situaciones incómodas para la agenda legislativa. Afrontar estos obstáculos presupone una conceptualización diferente de democracia y de Constitución, que se desarrolla en la siguiente sección.

3. Democracia y Constitución

La defensa del Constitucionalismo Dialógico supone asumir concepciones diferentes de democracia y constitución a las expuestas por los modelos de Dworkin y Waldron. Estas deben incorporar la idea de diálogo y participación en sus fundamentos. Por eso en esta sección se van a exponer dos alternativas que incorporan esas ideas, la concepción de la democracia deliberativa y el movimiento denominado Constitucionalismo Democrático. Estas explicitan las razones subyacentes en las que se basa la adopción del Constitucionalismo Dialógico.

Democracia Deliberativa y Constitucionalismo dialógico

La concepción del Constitucionalismo Dialógico puede ser conceptualmente asociada a la idea de democracia deliberativa. Esto debido al énfasis que muestran ambas concepciones con la idea de diálogo o deliberación, entre ciudadanos libres e iguales.¹¹⁴

Elster señala que la idea de “democracia deliberativa” es tan antigua como la de democracia, situando como primer antecedente la Atenas del siglo V¹¹⁵. En el siglo XX

¹¹⁵ Elster menciona el discurso de Pericles como ejemplo del valor de la deliberación en la democracia ateniense: “-...-tanto si tomamos decisiones como si estudiamos cuidadosamente los acontecimientos, consideramos no que las discusiones sean una rémora para las acciones, sino más bien que es perjudicial no examinar las cosas a fondo con los debates, antes de pasar a la acción. (Tucídides II 37-40)” Elster Jon, Introducción a la Democracia Deliberativa, 1ed enero de 2001, Barcelona, Editorial Gedisa p. 22

resurgió la misma con el impulso que le dio la teoría de Habermas y su idea de la acción comunicativa. En Latinoamérica es importante el aporte que ha efectuado Carlos Nino.

Existe una familia de modelos, con diferentes matices y complejidades, acerca de lo que se entiende por Democracia Deliberativa. Una definición general, que podrían suscribir la totalidad de los modelos, es la que postula Elster:¹¹⁶ La democracia deliberativa es aquella que abarca en su parte democrática, la toma colectiva de decisiones por parte de todos los que van a ser afectados, y en su faz deliberativa, incluye la toma de decisiones por medio de argumentos ofrecidos por y para los participantes, racionalidad e imparcialidad¹¹⁷.

Por su parte, Carlos Nino considera que la democracia deliberativa posee un valor epistemológico. A través de la discusión y la decisión mayoritaria, se promueven procedimientos que tienden a la imparcialidad y al conocimiento de los hechos relevantes. Esto se logra a partir de su capacidad para ayudarnos a identificar decisiones correctas. En el sentido de decisiones imparciales, decisiones no sesgadas en favor de ningún grupo en particular.

Gargarella¹¹⁸ destaca cuatro rasgos característicos de la democracia deliberativa que sirven para su delimitación: 1) Anti-elitista, “rechaza el criterio según el cual alguna persona o grupo de personas se encuentran capacitadas para decidir imparcialmente en nombre de todos los demás”, 2) No toma las preferencias de los individuos como dadas¹¹⁹; 3) “Parte desde una posición individualista -...- consiste, básicamente, en tomar a las personas y no a los grupos como unidades fundamentales del proceso democrático.”; 4) Considera que el sistema político de toma de decisiones debe basarse, primordialmente, en la discusión.

Incorporar la noción de deliberación a la democracia aporta beneficios a la misma. Elster¹²⁰ enumera alguno de ellos: Entre otras cuestiones, considera que estimula la posibilidad de revelar información privada “Si la habilidad de informar y razonar, se

¹¹⁶ Ibíd. P. 23

¹¹⁷ Señala Elster que las diferencias más profundas entre los que defienden esta postura se presentan sobre que debe entenderse por deliberación.

¹¹⁸ Gargarella, Roberto, publicado en: <http://www.insumisos.com/lecturas/insumisas/la%20democracia%20deliberativa%20en%20el%20analisis%20de%20el%20sistema%20repres.pdf>

¹¹⁹ En palabras de Carlos Nino, “su capacidad para transformar las preferencias y las inclinaciones de las personas, y de ese modo inserta el proceso democrático dentro del dominio de la moral. De acuerdo con esta concepción, la virtud, de la democracia yace precisamente en la incorporación de mecanismos que transforman las preferencias auto-interesadas originarias de las personas en otras más altruistas e imparciales” Nino Carlos, La constitución de la democracia deliberativa, Editorial Gedisa p.3

¹²⁰ Elster Jon, Introducción a la Democracia Deliberativa, 1ed enero de 2001, Barcelona, Editorial Gedisa p. 24

encuentra, por el motivo que sea, distribuida en forma desigual entre los participantes, la deliberación mejora la distribución y el conocimiento de los méritos relativos de medios diferentes”¹²¹; Además disminuye el impacto de la racionalidad circumscripita; provoca o induce un modo determinado de justificar demandas; legitima la elección final; conduce a decisiones superiores en la clasificación de Pareto; favorece mejores decisiones en términos de justicia distributiva; fomenta un consenso más amplio y mejora las cualidades morales o intelectuales de los participantes.

La concepción deliberativa se presenta como un ideal regulativo, que establece el parámetro que debe cumplir una democracia. Propugna que fundamentar y dar razones contribuye al momento de tomar un curso de acción, realizar una mejor elección. Cabe aclarar que la deliberación no descarta el recurso al voto. Aspirar a la unanimidad es utópico,¹²² debido a las cargas del juicio y a la pluralidad de concepciones en las sociedades modernas.

Por las razones expuestas se puede concluir que la concepción democrática deliberativa se encuentra como trasfondo de la idea de Constitucionalismo Dialógico.

Sin embargo esta no es compatible con una concepción judicial del control constitucional como última palabra. Esto debido a que en la misma se toman las decisiones de forma aislada y sin la participación en la deliberación de los afectados. A fin de mostrar una opción coherente con el modelo del Constitucionalismo Dialógico, se va a exponer su vínculo con el Constitucionalismo Democrático.

Constitucionalismo y Constitucionalismo democrático

Las críticas al establecimiento de la Constitución están resumidas en el capítulo segundo por Waldron. Para este, como se señaló, la misma constituye una afectación al debate democrático y a la autonomía personal. Estas objeciones tienen como principal referencia al control de constitucionalidad que concibe el rol de los jueces como una tarea aislada, poseedores de la última y la única palabra sobre la interpretación de la misma.

A fin de salvar esas críticas se puede vincular el modelo del Constitucionalismo Dialógico con el movimiento del Constitucionalismo Democrático¹²³. Esto dado que ambos

¹²¹ Ibíd. p. 24

¹²² Entre otras cosas por las cargas del juicio, dilemas etc. Véase Lariguet, Guillermo, ¡Las normas deben ser acordadas por todos los afectados! Una crítica a la ética del discurso, publicado en Universitas Revista de Filosofía, Derecho y Política, n° 14, julio 2011, ISSN 1698-7950, pp. 75-89 disponible on-line en universitas.idhbc.es/n14/14-05.pdf

¹²³ Señala Jaramillo que el Constitucionalismo democrático no es una teoría en sentido estricto. Es más bien una idea amplia que le interesa analizar el significado de una Constitución no solo entre magistrados sino las interacciones con el pueblo. Post Robert y Siegel Reva,

coinciden en defender argumentos que intentan otorgar una mayor participación en la revisión judicial.

Este movimiento impulsa la correspondencia del establecimiento y existencia de una constitución con la participación democrática y popular. El Constitucionalismo Democrático reconoce los déficits enunciados por el modelo de Waldron, pero considera que algunas de esas objeciones pueden ser mitigadas enfocando la interpretación de la Constitución desde la participación ciudadana. Es decir, se pueden aminorar si se incorpora una perspectiva diferente al constitucionalismo tradicional.

Desde el Constitucionalismo Democrático concuerdan en que la intención de Madison con el establecimiento de la Constitución fue la de dejar fuera asuntos de la coyuntura política. Con esto el derecho absorbió amplias áreas de la política. Como lo expresan en el siguiente párrafo:

“La constitucionalización del derecho a derivado en una progresiva judicialización de la política, porque cuando los derechos y principios irradian íntegramente la estructura del poder público debido al deber de interpretar toda la normativa conforme la constitución, se limita la soberanía del legislador y de los parlamentos y se obliga a todas las instituciones a seguir los dictados constitucionales. Los jueces, al llevar la Constitución por cuenta de su naturaleza normativa a todas las áreas del derecho, han influenciado de manera directa las relaciones políticas”¹²⁴

A fin de intentar moderar esa concepción, Post y Siegel, introducen la distinción entre la última y la única palabra. En una democracia, si no se pretende quedar en la inmovilidad y en una discusión infinita, alguien debe tener la última palabra¹²⁵. El papel de los jueces sigue siendo trascendente. Sin embargo, esto no significa que esa sea la única y definitiva palabra. Las discusiones sobre el contenido de la constitución se deben extender a foros diferentes de los tribunales: medios, organizaciones sociales, movimientos sociales, movilizaciones, debates académicos, legislaturas, etc. Esto incluye una propuesta pedagógica, cambiar la enseñanza centrada en la labor judicial e incluir perspectivas sociales diferentes sobre la interpretación constitucional. A nivel institucional, en vinculación con el Constitucionalismo Dialógico, se propugna la implementación de vías que posibiliten la idea de dialogo entre el Poder Judicial y otros ámbitos. Esto a través de realización de audiencias públicas, intervenciones en debates, amicus curiae y otras herramientas similares.

Constitucionalismo democrático, Por una reconciliación entre Constitución y pueblo, traducción Leonardo Jaramillo, 1° ed Buenos Aires; Siglo Veintiuno Editores 2013, P.12

¹²⁴Post Robert y Siegel Reva, Constitucionalismo democrático, Por una reconciliación entre Constitución y pueblo, cit. p. 17

¹²⁵ “A diferencia de Madbury vs. Madison que integro e ingreso esa facultad Los tribunales no deben tener la última, (y, en todo caso, nunca la única) palabra” Ibíd. p. 19

Esto tiene su fundamento, según Robert Post y Siegel, en que la Constitución “Adquiere su legitimidad y su efectividad como producto de un diálogo progresivo.”¹²⁶ Por este motivo se valoran los desacuerdos interpretativos en cuestiones constitucionales. Estos permiten dar legitimidad a la Constitución, la dinámica política por atribuir una interpretación permite involucrarse en esta.¹²⁷ Los desacuerdos sobre una Constitución permiten lograr mayores acuerdos y estabilidad en las sociedades democráticas modernas “ya que permite a personas con convicciones muy diferentes considerar que expresa sus compromisos más fundamentales y que constituye la norma fundacional.”¹²⁸

Esta postura coincide con la afirmación de Waldron, en que el razonamiento en relación al derecho esta intoxicado de perspectivas judiciales. Como lo expresan Post y Siegel: “Solo en los libros de texto sobre procedimientos jurídicos el derecho es una cuestión contenciosa completamente aparte de la política”¹²⁹

En conclusión, con estas referencias al Constitucionalismo Democrático se intenta mostrar otra cara del constitucionalismo. La cual no se limite a lo que puedan decir de ella los jueces, sino que importe una necesaria participación, amplia y abierta de los ciudadanos a fin de establecer su sentido, con ello ampliando su legitimidad democrática. Esta concepción sirve como complemento a los fundamentos del Constitucionalismo Dialógico.

4. Recapitulación: El modelo del Constitucionalismo dialógico y las CPNJ

El modelo del constitucionalismo dialógico aparece como una propuesta razonable que podrían aceptar los modelos de Dworkin y Waldron, al efectuar un balance entre la participación y los resultados de un procedimiento.¹³⁰ Asume la tensión entre democracia y constitución e intenta conciliarla a través de la concepción de la democracia deliberativa. Como expresa Tushnet “-...-la revisión dialógica coloca en primer plano la inevitable tensión que existe, dentro del constitucionalismo democrático, entre sus compromisos con el autogobierno popular y con el establecimiento de limitaciones sobre las mayorías populares”¹³¹

Frente a la judicialización de la política por medio de la constitución, procura establecer mecanismos que permitan una visión dinámica del derecho, al quitar la

¹²⁶ Ibid p. 19

¹²⁷ Ibid p. 22

¹²⁸ Ibid p. 35

¹²⁹ Ibid. p. 25

¹³⁰ Bayón, Juan Carlos, *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, p. 74

¹³¹ Tushnet Mark, *Revisión Judicial Dialógica*, cit. p. 109

exclusividad del control constitucional de los jueces, por medio de un dialogo entre poderes. Para esto incentiva, a través de diversos mecanismos, el reenvío a la legislatura, e incluye la participación de los afectados al momento de juzgar el sentido de la constitución.

Es decir el constitucionalismo dialógico, ante la falta de legitimidad de los jueces en relación al control de constitucionalidad y de las cuestiones políticas, procura restringir las opciones de resolución de forma aislada mediante la última palabra. A los jueces no les corresponde zanjar desacuerdos razonables, pero si tratar de apurar la discusión de las razones, obligar a reflexionar con razones para que lo haga como la voz democrática deliberativa.

Democracia	Deliberativa
Constitución	Constitucionalismo popular
Jueces	Modelo Dialógico

En la Corte Suprema parece ser el modelo adoptado para algunos casos. Al resolverlos los jueces presentan soluciones similares a las sugeridas por el Constitucionalismo dialógico. En el caso “Verbitsky”, a través de la convocatoria de audiencias públicas, nos encontramos frente a un dialogo entre las partes. Allí la Corte aparece como un mediador. Es decir, que en una situación que podría ser calificada como un problema de carga de inercia, la intervención del poder judicial constituye un impulso. Como lo expresa Grossman en un párrafo: “La Corte era renuente a actuar de forma tal que pareciera que estaba incursionando en el diseño de políticas públicas.” Coincide en que una democracia requiere de deliberación para obtener -...-Las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso.”¹³²

La Corte juega un rol similar en el caso del Amparo de la Municipalidad de la Rioja. En este se denunciaba la ausencia de debate legislativo que propiciara el dictado de una ley de coparticipación. Al sentenciar, la Corte Suprema hace notar esa ausencia de deliberación y remite el mismo al poder legislativo para que cumplan con el compromiso constitucional.

El ejemplo paradigmático, mencionado en las secciones precedentes, es la causa Beatriz Mendoza acerca de la contaminación del Riachuelo. La Corte Suprema, frente a un problema desatendido por las mayorías democráticas, ha impulsado el desarrollo de políticas públicas para intentar lograr el saneamiento. En estas se ha impulsado la

¹³² Grossman Lucas, Escasez e igualdad, 1ed Igualitaria, CABA p. 148 y 149

realización de audiencias y la participación ciudadana para ampliar el conocimiento y el control.

Como lo expresa Merlinsky: “-...- la causa “Beatriz Mendoza” ha generado una arena pública de deliberación, la Corte es el árbitro principal de esas deliberaciones y con sus sentencias genera tensiones y movimientos que están destinados a poner en marcha a otros actores: los que deberían asumir la función de llevar una política pública, pero también aquellos que han producido el daño ambiental.” ¹³³

Cabe advertir que en esta sección se presenta un panorama general del Constitucionalismo Dialógico pero que se debe impulsar una definición sistemática y de mayor precisión. Caso contrario, como señala Gargarella¹³⁴, se corre el riesgo de que las personas involucradas (funcionario público, doctrinarios, etc.) intenten “sacar ventaja” indebida del prestigio que presenta la idea de diálogo.

En conclusión, el constitucionalismo dialógico surge como una alternativa interesante para aportar matices a los dos modelos presentados, Dworkin – Waldron, sobre la compleja relación entre política, jueces y democracia. Esta posición, a la vez que propugna un diálogo democrático, permite rever o repensar aquellas cuestiones políticas que por diferentes circunstancias, no se encuentran abiertas a un debate democrático. Es un intento de conciliar la supremacía judicial con el predominio del poder legislativo para abordar las CPNJ.

¹³³ Merlinsky Gabriela, Política, derechos y justicia ambiental, El conflicto del Riachuelo, 1 edición, Ciudad autónoma de Buenos Aires, FCE, p. 113. Véase el mismo para un análisis más amplio sobre el origen del conflicto del Riachuelo y su abordaje judicial.

¹³⁴ Gargarella Roberto, Por un Constitucionalismo Dialógico, cit. p. 124

CONSIDERACIONES FINALES

Las Cuestiones políticas no judiciales entre Jueces democracia y política

Essentially, all models are wrong, but some are useful¹³⁵

En este trabajo he destacado que para una mejor comprensión de las cuestiones políticas no judiciales, había que revisar la conceptualización de la democracia, la constitución y el rol de los jueces.

Se señaló que definir las cuestiones políticas no judiciales es parte de un problema más amplio, vinculado a la tensión entre democracia y constitución. Además se advirtió, que la judicialización de la política surge con el dictado de la constitución que atrinchera derechos, excluyéndolos del ámbito de la política. Por último, se indicó que la falta de legitimidad para entender sobre cuestiones políticas, por parte de los jueces está dada por que son funcionarios elegidos indirectamente y de forma vitalicia.

Estos asuntos se analizaron desde dos perspectivas teóricas opuestas, la de Ronald Dworkin y la de Jeremy Waldron, con las que se construyó un modelo de cada una para clarificar los problemas subyacentes en las CPNJ.

Los modelos esquematizan conceptualmente el mapa de la discusión contemporánea en torno a las cuestiones políticas. Como se vio, cada uno de ellos adopta una concepción diferente de democracia. La forma de caracterizar la democracia conduce a una interpretación de lo que significa poseer una Constitución y, en última instancia, a valorar la legitimidad de la labor de los jueces sobre las cuestiones políticas. Por último se presentó una propuesta, denominada Constitucionalismo Dialógico, que a través del equilibrio reflexivo intenta efectuar un balance entre ambos modelos.

Modelo Dworkin	Modelo Waldron	Modelo C. Dialógico
democracia igualitarista	democracia mayoritaria	democracia deliberativa
lectura moral de la constitución	crítica constitución-anti-democrática	lectura igualitarista-constitucionalismo democrático
Cuestión política no judiciales restringida	Cuestión política no judiciales amplia	Cuestión política no judiciales débil

¹³⁵George Box, para una historia de la cita véase: https://en.wikipedia.org/wiki/All_models_are_wrong

Para presentar a los modelos desde otra perspectiva, se puede recurrir a la metáfora de las cartas de un juego de naipes. Esta que es usada expresamente por Dworkin y Waldron, puede ampliarse al constitucionalismo dialógico o débil.

Dworkin lo hace al equiparar a los derechos con “cartas de triunfo” frente a las decisiones que toma la mayoría. En una democracia igualitaria, como la propuesta por Dworkin, a través de una lectura moral de la constitución, los jueces son los encargados de equilibrar las desigualdades ante un ataque de las mayorías. Con las cartas en mano intervienen en política siempre que se alteren la igualdad. “tienen derechos cuando por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio” ¹³⁶

Se resume la crítica de Waldron a Dworkin, objetando el uso de derecho como “cartas de triunfo” de la mayoría. Previo a comenzar a utilizar a las cartas en un juego es necesario ponernos de acuerdos sobre cuáles son los palos de la baraja que utilizamos. Existen desacuerdos que impiden conocer en qué consisten los mismos. Usa en el epígrafe del libro, una cita de Tomas Hobbes¹³⁷ que hace referencia al juego de cartas para resumir su concepción: “no podemos jugar nuestras cartas de triunfo si estamos en desacuerdo sobre cuáles son los palos de la baraja”¹³⁸.

En tanto que el constitucionalismo dialógico podría equipararse a un crupier que solo interviene cuando las reglas del juego de cartas democrático se ve interrumpido, pero sin decidir sobre el fondo de las cuestiones, dada la falta de legitimidad democrática de los jueces. Con la defensa de este modelo se intenta realizar un balance entre las cuestiones de fondo (Dworkin) y las formas (Waldron). El modelo de Waldron se muestra más legítimo con la democracia, pero como se mencionó, no presenta alternativas frente a obstáculos que se pueden presentar en la misma.

En un trabajo más detallado, seguramente se debería trazar más distinciones internas en cuanto a posiciones y matices. Consciente de que las teorías de Dworkin, Waldron y del Constitucionalismo Dialógico, son más complejas y densas, de lo que se

¹³⁶ Dworkin Ronald, Los Derechos en Serios, cit. p. 37

¹³⁷ “Quienes se piensan más sabios que todos los demás, claman y exigen como juez a la recta razón, pero no buscan sino conseguir que esas cosas sean determinadas por su razón exclusiva. Esto es tan intolerable en la sociedad de los hombres como en los juegos de naipes sería, tras determinarse el triunfo, utilizar como tal en toda ocasión el palo de la baraja del cual se tienen más cartas en la mano (Thomas Hobbes, Leviatán, -1651- cap. V”

¹³⁸ Waldron Jeremy, Derechos y Desacuerdos, cit. p. 68

presentó acá. Preferí ser esquemático, a riesgo de omitir detalles, a fin de poder construir un modelo básico que permite clarificar algunos de los interrogantes que suscitan las CPNJ.

Las afirmaciones sobre los autores pueden ser matizadas, para aceptar algunas de las sugerencias presentadas por el Constitucionalismo Dialógico. Por ejemplo, Waldron, en un artículo reciente, *The core against judicial review*¹³⁹, expresa que su crítica principal se dirige a lo que él llama el control judicial fuerte. Que no rechazaría un control de tipo débil o similar, al estilo del constitucionalismo dialógico.

En tanto que Dworkin, en su última obra, *Justicia para Erizos*, presenta al control judicial fuerte como una forma posible de control. Esta defensa condicional, en la última versión, pareciera ser de orden contextual e histórica, remitiéndose a labor desarrollada del control de constitucional por la corte suprema de justicia norteamericana. Como lo manifiesta Dworkin en el siguiente párrafo:

“nada garantiza de antemano que el control de constitucionalidad hará o no hará de una comunidad mayoritaria una comunidad más legítima. Pueden imaginarse otras estrategias que acaso demuestren ser superiores, para supervisar y corregir las políticas mayoritarias”¹⁴⁰

Lo expuesto por el Constitucionalismo Dialógico, provisorio y en construcción, pretende ser una nueva aproximación a un viejo interrogante.

Quedan pendientes cuestiones para desarrollar como el uso de la categoría CPNJ, como forma de sustraerse de problemas o encubrir razonamientos. Trabajo que requiere un método de sociología jurídica combinado con el análisis de fallos. Se puede encarar, en futuras investigaciones, el problema de las cuestiones políticas desde la perspectiva desde la división de poderes, con énfasis sobre el sistema de check and balance, y otros similares. Asimismo queda por estudiar el vínculo entre las CPNJ y la aplicación de los derechos sociales, un buen ejemplo de ese estudio es libro de Grossman *Escasez y igualdad*. De igual modo falta vincular de forma más exhaustiva los modelos presentados con mayor cantidad de casos de la Corte Suprema.

Si bien los modelos presentados, son herramientas destinadas a clarificar problemas complejos y vastos, pueden parecer demasiados simples para abarcar la infinita variedad de situaciones que se presentan en la realidad, espero que sean útiles como una guía para comenzar a pensar el problema de las cuestiones políticas no judiciales.

¹³⁹Disponible online: http://cddl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron_core_of_the_case_against_judicial_review.pdf

¹⁴⁰ Dworkin Ronald, *Justicia para Erizos*, 1ed, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, FCE, 2014, Traducido por Horacio Pons p. 482

Bibliografía

- Ackerman Bruce, *La política del diálogo liberal*, Editorial Gedisa, Primera Edición 1999, Barcelona
- Barreda Leticia, *La Corte Suprema en escena*, Editorial Siglo Veintiuno Editores, 2012 Buenos Aires
- Bayón Juan Carlos, *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo* en J. Betegón, F.J. Laporta, J.R. de Páramo, L. Prieto Sanchís (comps.), *Constitución y derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004), 67-138.
- Bayón, Juan Carlos, *ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE «EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL EN LA TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA»* DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007) disponible en <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02427232092031053754491/index.htm>
- Burt Robert, *Constitución y Conflicto*, Eudeba, Universidad de Buenos Aires, 1º edición: junio de 2000
- Courtis Christian, *El caso “Verbitsky”: ¿nuevos rumbos en el control judicial de la actividad de los poderes políticos?*, Disponible en www.cels.org.ar/common/documentos/courtis_christian.pdf
- Dworkin Ronald, *Una cuestión de principios*, Editorial Siglo XXI, colección derecho y política, 2012, Buenos Aires
- Idem, *El imperio de la Justicia*, Primera Edición 1988, Editorial Gedisa, Barcelona
- Ídem, *Los derechos en serio*, Primera Edición 1984, Editorial Gedisa, Barcelona
- Idem, *Justicia con Toga*, Marcial Pons, 2007, traducción de Marisa Iglesias Vila e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons Madrid
- Idem, *La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria*, traducida en el Número 7 Julio - Diciembre 2002 Revista Mexicana de Derecho Constitucional, disponible on line en <https://es.scribd.com/doc/156147674/Dworkin-La-Lectura-Moral-y-La-Premisa-Mayoritaria>
- Idem, *Justicia para Erizos*, 1ed, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, FCE, 2014, Traducido por Horacio Pons
- Elster Jon, *Introducción a la Democracia Deliberativa*, 1ed enero de 2001, Barcelona, Editorial Gedisa
- Idem, *Ulises Desatado, Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Primera Ed. 2002, Editorial Gedisa, Barcelona

- Epp Charles, *La revolución de los derechos Abogados, activistas y cortes supremas en perspectivas comparadas* Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires 2013
- Gargarella Roberto, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial prólogo de Cass Sunstein*, 1ª reimp. Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011. (Pensamiento jurídico contemporáneo, 3)
- Gargarella Roberto, *Crítica de la Constitución-sus zonas oscuras*, 2004, Capital Intelectual, Buenos Aires
- Gargarella Roberto (Comp.) *Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, 1ª edición, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014,
- Gargarella Roberto y Gustavo Maurino, *Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la Jurisprudencia del TSJC*, en Revista Lecciones y Ensayos N° 89 2011.
- Garzón Valdés Ernesto, *El papel del poder judicial en la transición a la democracia*, en Malem Jorge, Orozco Jesús y Vázquez Rodolfo, Compiladores, *La función judicial, ética y democracia*, Editorial Gedisa, Primera Edición Julio de 2003, Barcelona
- Grossman Lucas, *Igualdad y Escasez: Los derechos sociales en la Constitución* 1° ed Buenos Aires, Librería, 2008
- Gargarella Roberto y Bergallo Paola Comp. *La constitución 20/20*, Editorial Siglo XXI, 2012, 1° Edición Buenos Aires
- Lariguet Guillermo, *¡Las normas deben ser acordadas por todos los afectados! Una crítica a la ética del discurso*, Universitas: Revista de filosofía, derecho y política, ISSN-e 1698-7950, N°. 14, 2011, págs. 75-89
- Lariguet Guillermo, *Dilemas morales y Derecho. Una crítica a David Martínez*, Revista Discusiones N° 8
- Linares Sebastián, *La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, 2008, Madrid
- Merlinsky Gabriela, *Política, derechos y justicia ambiental, El conflicto del Riachuelo*, 1 ed- Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2013
- Moreso Josep Joan, "El positivismo jurídico y la aplicación del derecho" Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 27 (2004), pp. 45-62. **URI:** <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc959z8>
- Nino Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Editorial Astrea, 3° reimpresión, 2005, Buenos Aires
- Nino Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1997 Nino Carlos, *La filosofía del control de constitucionalidad*, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 4 Septiembre-Diciembre 1989

- Nino Carlos *Una Teoría de la justicia para la democracia. Hacer Justicia, pensar la igualdad y defender las libertades*, 1° ed –Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013
- Idem, Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho, 1ed, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014
- Quintana Linares, *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*, 1978, Editorial Plus Ultra, Argentina, Buenos Aires
- Siegel Reva-Post Robert *Constitucionalismo Democrático*, Editorial Siglo veintiuno editores, 2013 Buenos Aires
- Schuck, Peter H., *El poder judicial en una democracia* (2004). SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Paper 31. Disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/31
- Tushnet, Mark, Revisión Judicial Dialógica, Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 14 disponible en http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858
- Waldron Jeremy, “Derechos y Desacuerdos”, Marcial Pons editora, 1° edición 2003, Madrid
- Idem, *A mayoraty in a lifeboat*, disponible on-line en <http://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/documents/waldron.pdf>
- Zuleta Puceiro, Enrique, Quien custodia a los custodios, en Revista Universidad Di Tella, disponible en www.derecho.uba.ar/publicaciones/.../quien-custodia-a-los-custodios.pdf