II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

CRISE DA DEMOCRACIA E DESIGUALDADES

A532
Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line] organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-764-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5. Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica. 9.Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34

UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

CRISE DA DEMOCRACIA E DESIGUALDADES

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado "mundo latino", com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão refere-se à crise da democracia e desigualdades, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

O Congresso contou com o trabalho de sistematização dos textos apresentados para cada grupo temático, estruturado em forma de relatoria. A relatoria do grupo Crise da Democracia e Desigualdades ficou sob a responsabilidade de do professor Juan Antonio Parcero, da Universidade do México, que agrupou os 20 trabalhos inscritos, provenientes do Brasil, Equador, Peru, México, Chile, Colombia e Espanha, em três grupos que abordam as seguintes questões: i) teorias da justiça; ii) justificação da intervenção do Estado; iii) conceituação de direitos humanos.

Ana Isabel Abril Olivo (Equador) expõe, de forma detalhada, o problema da omissão da Corte Constitucional equatoriana no controle da faculdade do poder executivo de contrair dívida pública e, com isso, acaba por acarretar a impossibilidade de dar garantias a direitos sociais como a saúde, a educação, dentre outros.

Alfonso Henriquez Ramirez (Chile) explora algumas concepções sobre a justiça distributiva – suficientismo e prioritarismo – e seus problemas relativos ao direito à educação. Betzabé Xenia Marciani Burgos (Peru) se propõe, de acordo com Parcero, a discutir sobre o tipo de intervenção estatal que resulta admissível no Estado Constitucional de Direito, sob bases liberais, mas com compromisso de bem estar social. Macario Alemany García (Espanha)

“muestra que la representación de personas con discapacidad mental y/o intelectual, cuando esta discapacidad afecta seriamente a su autonomía, no constituye necesariamente una violación de sus derechos a la igualdad y a la no discriminación”. Víctor Carlos Hurtado Estrada (México), com base na filosofia de Kant sobre como podemos reagir diante de leis injustas e maus governos, fala da desobediência civil, da rebelião e do tiranicídio, passando pelo problema de objeção de consciência.

Um segundo grupo, com nove trabalhos, lida com a crise da democracia e os riscos de corrupção e de governos populistas pelos quais passa a maioria das democracias latino-americanas.

Nesse sentido, Daniela Carolina Chávez Cruz e Patricio Santiago León Yambay (Equador) destacam o impacto que as economias de mercado provocam no sistema de (i)legalidade. André Luis Pontarolli (Brasil) analisa a afetação da qualidade democrática pela corrupção típica dos sistemas capitalistas. Eduardo Feron Santos Azevedo e Guilherme Petry Matzenbacher (Brasil), junto com Robert Dahl, nos chamam a atenção para o fato de que a tentativa de se inserir elementos substantivos em uma teoria democrática pode ser uma saída não apenas arriscada, como também antidemocrática. Juan Jose Janampa Almora (Espanha) sustenta que, ao contrário do constitucionalismo deliberativo, o constitucionalismo de princípios ou argumentativo não serve para resolver a crise da democracia.

Luciano Crotti Peixoto e Franciano Sabadim Assis (Brasil) defendem o registro civil para a efetividade da cidadania. Pamela Lili Fernández Reyes (México) traz sugestões para o enfrentamento da corrupção. Aurymayerli Acevedo Suarez e Zaida Maritza Rojas Castillo (Colômbia) analisam o populismo na América Latina. Rafael Rizzi e Irineu Francisco Barreto Junior (Brasil) defendem o investimento das novas tecnologias da informação e da comunicação (TICs) para incrementar a participação política dos cidadãos. Valentin Bartra Abensur (Peru) explora o conceito de democracia, crise e a influências das novas tecnologias digitais de massa.

No terceiro grupo estabelecido por Parcero, encontramos trabalhos que se concentram na situação atual do Brasil, com foco na reprodução das desigualdades, especialmente, de raça e classe social.

Fernando Pereira da Silva e Rafael Bitencourt Carvalhaes (Brasil) trouxeram o problema da desigualdade da riqueza, a defesa da educação de qualidade para todos e uma tributação mais justa, que desonere os mais pobres e onere a renda, o patrimônio, a movimentação financeira e a herança.

Péricles Stehmann Nunes, José Francisco Dias da Costa Lyra e Charlise Paula Colet Gimenez (Brasil), a partir de um marco teórico-conceitual vinculado à teoria dos sistemas de Luhmann e à obra de Marcelo Neves, analisam o problema da desigualdade em países que se encontram na modernidade periférica provocada pela globalização, como o Brasil. O trabalho de Rosilene dos Santos (Brasil) pretende compreender a realidade constitucional brasileira e critica a manipulação do sentido da Constituição atual pelo viés interpretativo dos juristas.

Augusto Sergio dos Santos de São Bernardo (Brasil) apresenta novos instrumentos metodológicos para tratar da história do direito e do pensamento jurídico brasileiro, de modo a considerar o que Wolkmer chamou de "direito histórico-crítico", que leva em conta marcos como a colonização e a escravidão, com o escopo de serem afirmados direitos humanos.

Pedro de Oliveira da Cunha Amorim de Souza (Brasil) faz uma reflexão sobre os estereótipos étnicos e sociais a partir da fotografia apresentada no jornal Meia Hora que contribuem para a construção simbólica da vida na favela e disseminação do medo, elemento importante para a legitimação da atuação do Estado e da polícia.

Lusmarina Campos Garcia (Brasil), em seu trabalho, faz uma leitura do direito como parte de uma ideologia que oculta as relações de dominação e luta de classes.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Natasha Pereira Silva

Organizadoras

A REESTRUTURAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO DAS IMPLICAÇÕES DE CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO: UMA RESPOSTA À CRISE DA DEMOCRACIA E SUA DESIGUALDADE

LA REESTRUCTURACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO DESDE LAS IMPLICANCIAS DEL CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO: UNA RESPUESTA A LA CRISIS DE LA DEMOCRACIA Y A LA DESIGUALDAD

Juan Jose Janampa Almora

Resumo

RESUMO: Neste artigo, analisaremos o constitucionalismo latino-americano e sua incompatibilidades com o constitucionalismo dos princípios ou argumentativos, o que propício para sustentar a reestruturação das dimensões jurídica e política do constitucionalismo delibatório, esta posição encontra justificativa porque oferece uma fórmula compatível com a erradicação da crise democrática e com a desigualdade, precisamente porque procura subtrair as decisões gerais das elites conservadoras e entregá-las à vontade dos cidadãos e do parlamento em condições deliberativas.

Palavras-chave: Palavras-chave: constitucionalismo latino-americano, Constitucionalismo do princípios, Constitucionalismo deliberativo, Estado constitucional, Democracia

Abstract/Resumen/Résumé

RESUMEN: En este trabajo se analizará el constitucionalismo Latinoamericano y sus incompatibilidades con el constitucionalismo de los principios o argumentativo, lo que propicia sostener la reestructuración de las dimensiones jurídicas y políticas desde el constitucionalismo deliberativo, esta postura encuentra justificación porque ofrece una fórmula compatible con la erradicación de la crisis democrática y con la desigualdad, justamente porque pretende sustraer las decisiones generales de las élites conservadoras y entregarlas a la voluntad ciudadana y al parlamento bajo condiciones deliberativas.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Palabras clave: constitucionalismo latinoamericano, Constitucionalismo de los principios, Constitucionalismo deliberativo, Estado constitucional, Democracia

La reestructuración del constitucionalismo latinoamericano desde las implicancias del constitucionalismo deliberativo: Una respuesta a la crisis de la democracia y a la desigualdad

Juan José Janampa Almora*

RESUMEN: En este trabajo se analizará el constitucionalismo Latinoamericano y sus incompatibilidades con el constitucionalismo de los principios o argumentativo, lo que propicia sostener la reestructuración de las dimensiones jurídicas y políticas desde el constitucionalismo deliberativo, esta postura encuentra justificación porque ofrece una fórmula compatible con la erradicación de la crisis democrática y con la desigualdad, justamente porque pretende sustraer las decisiones generales de las élites conservadoras y entregarlas a la voluntad ciudadana y al parlamento bajo condiciones deliberativas.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalismo latinoamericano - Constitucionalismo de los principios – Constitucionalismo deliberativo – Estado constitucional – Democracia.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN II. LA TENSIÓN NECESARIA ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO Y LA DEMOCRACIA. III. LA INFLUENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO DE LOS PRINCIPIOS O ARGUMENTATIVO EN LOS DISEÑOS CONSTITUCIONALES Y EN SU VIRTUALIDAD CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA. IV. EL MODELO DEL CONSTITUCIONALISMO DELIBERATIVO. V. CONCLUSIONES.

I. Introducción

Detrás del modelo constitucional (Estado Constitucional) se encuentra una concepción denominada como el constitucionalismo de los principios, esta postura en el plano de la filosofía del Derecho constitucional le ha dado una lectura particular al alcance y a la importancia de las características del modelo del Estado Constitucional, no obstante, también existen otros modelos[1].

Las características que recoge mínimamente el modelo constitucional tienen que ver con la incorporación de los derechos fundamentales en la cúspide de la Constitución (límites materiales), la rigidez constitucional y la garantía constitucional. Este modelo se encuentra conectado con la forma de gobierno, es decir, con una concepción de la democracia, de aquí que se siga la existencia de una tensión necesaria entre constitucionalismo y democracia que en su virtualidad se le conoce como democracia

* Abogado egresado de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga – UNSCH (Perú). Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos en la Universidad Carlos III de Madrid. Máster en Democracia y Buen Gobierno en la Universidad de Salamanca.

[1] El modelo constitucional básicamente depende de la lectura particular al alcance o a la importancia de sus elementos que le dé la concepción del constitucionalismo que puede ser también positivista o garantista. PRIETO SANCHIS, Luis, Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista. Ensayo de interpretación de algunas divergencias, Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho, 34 (2011), pp. 231.

constitucional, en el que su relación debe ser resuelta a partir del ajuste y acomodo de las reglas de juego.

Esta respuesta teorizada – construcción de los diseños constitucionales en occidente frente a la democracia – si bien tiene sustento jurídico e histórico, no obstante, la lectura que propone el constitucionalismo de los principios (constitucionalismo fuerte) para este modelo es incompatible con el problema de la crisis de la democracia y el alto grado de desigualdad que acontece en el contexto Latinoamericano.

Esta idea encuentra sustento, en tanto que, en las constituciones latinoamericanas se suscita la existencia de una sobrepoblación de los derechos fundamentales que muchas veces son tinta en el papel, se hace presente la existencia de una concentración del poder y el carácter elitista y conservador de las decisiones, cuestión que viene siendo denunciado por distintos filósofos y juristas y que representan graves problemas que terminan disfrazando la eficacia de los derechos fundamentales desde el papel judicial (activismo judicial). Esto quiere decir que lo que en un momento se consideraba como una solución limitadora del poder impuesta por los adherentes del constitucionalismo de los principios frente a la democracia, ahora además de ser un remedio paliativo se ha vuelto en cómplice de la crisis de la democracia y de la desigualdad.

En la actualidad este modelo constitucional que viene influenciado por este tipo de constitucionalismo encuentra virtualidad en algunos diseños constitucionales de varios países latinoamericanos, pero no sólo se ha trasuntado sus contenidos teóricos sino también a irradiando los problemas que aquejan.

Generalmente la estructura del modelo constitucional en la mayoría de los países latinoamericanos por el lado del constitucionalismo está cubierta por una intervención fuerte por parte de los tribunales y cortes constitucionales generando un activismo judicial al punto no sólo de enmendar la plana al legislativo en sentido negativo sino sobre todo en sentido positivo, pretendiendo así sostener que quienes tienen la potestad para corregir una norma supuestamente defectuosa son los jueces constitucionales.

Sobre el particular se considera que es mejor sostener que los problemas que aquejan a la democracia debe ser resuelta en su mismo ámbito de desarrollo, por lo menos gran parte de las dificultades deben de solucionarse en su campo de acción, esto es, en la democracia, aunque claro está que esto no desmerece que exista una interacción con un tipo de constitucionalismo que plantea ciertos límites, en todo caso, este tipo de control

debe ser formal (modelo de garantía constitucional de carácter formal) y se debe rechazar uno sustancial.

En este sentido, el objetivo principal de este trabajo dada las características patológicas del constitucionalismo Latinoamericano será sostener que el constitucionalismo deliberativo defiende un modelo compatible con una mejor respuesta frente a la crisis de la democracia y la desigualdad, de modo que asume la democracia en serio, que defiende la desconcentración del poder, la imperiosa necesidad de la participación popular en las decisiones y que dentro del modelo constitucional aboga por un control jurisdiccional formal.

II. La tensión necesaria entre el constitucionalismo y la democracia.

Para una mejor comprensión de la relación entre constitucionalismo y democracia, se debe tener en cuenta que la relación se puede plantear en dos formas como una tensión lógicamente necesaria[2] y como ausencia de tensión[3]. Teniendo en cuenta el primer aspecto las posturas que se mantienen firmes con una mayor defensa del constitucionalismo[4] terminan debilitando en alguna de sus formas a la democracia, mientras que otras posiciones defienden los ideales del valor de la democracia[5] en el que terminan afectando a ciertos postulados del constitucionalismo[6].

---

[2] Si se toma en cuenta a la democracia y al constitucionalismo como contenidos de cosas diferentes estamos hablando en término de contradicción, mientras que si hablamos de elementos del mismo discurso lo hacemos en términos de tensión. ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico,* Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 243.

[3] "(…) La visión deliberativa de la democracia basada sobre su valor epistémico resuelve esta tensión entre el proceso y el contenido. Bajo esta visión, no hay tensión entre el reconocimiento de los derechos y el funcionamiento del proceso democrático, dado que el valor de éste reside en su capacidad para poder decidir asuntos morales como lo es el contenido, alcance y jerarquía de los derechos. SANTIAGO NINO, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa,* Editorial Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 190.

[4] DWORKIN, Ronald, Los derechos en serio, Editorial Ariel, Barcelona, 2012, pp. 150-152. Uno de los autores que defiende esta postura es José Juan Moreso quien sostiene que "si se acepta una teoría de la justicia que contiene principios que establezca derechos básicos, entonces hay poderosas razones para que al menos algunos de estos derechos se convierta en el diseño institucional justo en derechos constitucionales con cierta primacía sobre las decisiones legislativas ordinarias y, también, que hay poderosas razones para confiar a los órganos jurisdiccionales algunos aspectos de la protección de estos derechos constitucionales". MORESO, José Juan, *Derechos y justicia procesal imperfecta,* Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional, Núm. 1, Año 2000, pp. 17.

[5] WALDRON, Jeremy, Derecho y desacuerdos, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 29-116. SANTIAGO NINO, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa,* Ob. Cit., pp. 154-201.

[6] La tensión entre el constitucionalismo y la democracia casi siempre depende del primero, esto quiere decir que, la configuración estará mayormente condicionada por el discurso del constitucionalismo, esto sucede siempre y cuando lo permita el modelo particular de la democracia y de sus instituciones. SANTIAGO NINO, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa,* Ob. Cit., pp. 17.

A esta tensión en todo caso se le conoce como una entre la razón y la voluntad (Derecho y el poder), "se produce en este caso entre una razón para la que las decisiones mayoritarias significan un potencial peligro, y una voluntad mayoritaria que puede verse limitada en sus posibilidades por las razones constitucionales"[7].

En este sentido, el diseño institucional del "Estado Constitucional" ha sido configurado por las tesis surgidas en el constitucionalismo contemporáneo cuyo antecedente histórico se remonta al constitucionalismo moderno[8] principalmente se puede encontrar los primeros antecedentes en el modelo estadounidense[9] y posteriormente en el europeo de inspiración kelseniana[10].

En sentido estricto, el constitucionalismo de los principios de raigambre liberal que se traduce en la arquitectura institucional del Estado Constitucional contempla tres rasgos esenciales, "en el Estado constitucional el poder normativo del legislador democrático está sujeto a limites materiales cuyo contenido puede ser de lo más diverso, (…) el límite es sin duda representado por los derechos fundamentales (…) con la intensión de conjurar el riesgo de que se malogre ese fin primordial, el Estado constitucional más exigente y restringido (…) se añade a este primer elemento otros dos, relativo al modo de salvaguardarlo: la rigidez de la Constitución y la justicia constitucional"[11].

---

[7] "La razón es la de la Constitución y los derechos, la de los contenidos sustantivos protegidos a través de su inclusión en el texto constitucional. La voluntad es la de las mayorías que toman decisiones en el marco de un sistema democrático". ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Ob. Cit., pp. 279-280.

[8] El constitucionalismo moderno nace junto al propio Estado moderno, es decir, en el contexto del proceso de formación del Estado moderno europeo, el cual consta de dos momentos: 1) Cuando se asienta el principio de soberanía y el desarrollo de concentración del poder sobre el territorio, y 2) Cuando se buscan las ideas del actuar del constitucionalismo, como la pluralidad, la limitación del poder, las garantías y la participación. FIORAVANTI, Maurizio, Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales, en Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira (Traductores), Editorial Trotta, Madrid, 2014, pp. 17.

[9] Por ejemplo, el poder de los tribunales para sostener la constitucionalidad de las normas jurídicas sancionadas por órganos democráticos es una de las características centrales de las democracias constitucionales o liberales. La idea fue introducida por la opinión del Juez John Marshall en el famoso caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Marbury vs. Madison.

[10] Es Hans Kelsen quien sostiene que la comprensión adecuada de la teoría de la estructura jerárquica del orden jurídico se reconduce a un análisis detallado de la construcción escalonada del orden jurídico, esto quiere decir que de la implementación de la jerarquía normativa se desprende los elementos como la forma de Estado, la producción normativa y el carácter agravado que necesita la Constitución. KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia Constitucional)*, en Rolando Tamayo y Salmorán (traductor), Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de ensayos jurídicos, Núm. 5, pp. 20-21.

[11] BAYON MOHÍNO, 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, pp. 69. Algunos mencionan algunos elementos más: "Los componentes del constitucionalismo contemporáneo en sentido amplio se diseñan sobre la constitución rígida, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la fuerza vinculante de la Constitución, la sobre interpretación de la Constitución, la aplicación directa de la

La rigidez constitucional actúa o bien a nivel de la estructura y relaciones de los diversos órganos del Estado como en los procedimientos constitucionales o bien sobre los derechos fundamentales. En cuanto a los derechos, se puede decir que su aplicación tiende a ser gradual y este depende no sólo de ciertos requisitos jurídico-formales sino también del contexto político, histórico y social[12].

Una de las lecturas que se hace sobre el constitucionalismo liberal[13] pretende postular a los derechos constitucionales bajo la idea del "coto vedado"[14] acaeciendo en este caso lo que se ha llamado la indisponibilidad de los derechos por el legislador, el cual se presenta como un límite al poder mayoritario. De este modo, la rigidez se convierte en el instrumento necesario e imprescindible del constitucionalismo.

Sobre el particular, la defensa teórica de la tesis del coto vedado no es pacífica en la literatura jurídica, ésta ha generado una serie de críticas específicas: en primer lugar, se plantea la idea de "la negación de la participación del sujeto en determinadas cuestiones"[15]; luego, en segundo lugar, "la progresiva reducción del escenario en el que se debe desarrollar la negociación política" [16] y agregaría uno más la simplificación de la agenda sobre lo que se debe debatir.

Con relación al control de constitucionalidad éste puede tener varios diseños, puede ser o bien un control judicial difuso o concentrado e inclusive un control político[17]. Cabe manifestar que es conveniente hacer una incisión relativamente parcial de la rigidez constitucional, aunque no hasta el punto de desligarlo, pues existe si se quiere una relación

---

Constitución, la interpretación de las leyes conforme a la Constitución y la influencia de la Constitución en las relaciones políticas". GUASTINI, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano", en Miguel Carbonell (editor), *Neo*constitucionalismo, Trotta, Madrid, 2003, pp. 50-57.

[12] FERRERES COMELLA, Víctor, *Una defensa de la rigidez constitucional,* Doxa, cuadernos de filosofía del Derecho, Nº 23 (2000), pp. 32.

[13] Desde mi perspectiva puedo sostener que el distinto enfoque que se haga del constitucionalismo dependerá de la forma en que se interprete los límites al poder. En este ámbito juega un rol muy importante la concepción del Derecho que adopte la lectura, o sea el constitucionalismo como filosofía jurídica.

[14] GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Representación y democracia, en Ernesto Garzón Valdés, Derecho, Ética y Política, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 644-645.

[15] PRIETO SANCHIS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2009, pp. 106.

[16] ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico,* Ob. Cit., pp. 302-305.

[17] Esta idea surge básicamente cuando se atañe que: "no es verdad que un sistema que no utilice el control judicial de constitucionalidad es una imposibilidad lógica o que tal sistema niega la supremacía de la constitución. La revisión es necesaria, pero esta no tiene que ser necesariamente judicial. El poder del control judicial de constitucionalidad es contingente, incluso cuando el sistema tenga una constitución suprema". SANTIAGO NINO, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa,* Ob. Cit., pp. 269.

funcional de actividad temporal entre ambos, en la medida que este último garantiza al primero, lo que hace de la "revisión" una condición necesaria[18].

Es más, se puede decir que el control judicial también es contingente pues la garantía no sólo puede quedar configurado con la presencia del control jurisdiccional sustancial sino también por uno que sea sólo procedimental[19]. Aunque para algunos la presencia del control jurisdiccional de constitucionalidad (sustancial) es lógicamente necesaria para que pueda germinar la tesis de la institucionalización de la razón y la pretensión de corrección o para Luigi Ferrajoli que propende a descubrir y criticar al sistema jurídico en los desajustes entre el ser y el deber del Derecho, cuya labor es del jurista[20].

La rigidez constitucional y el control constitucional – revisión judicial – se encuentran en el centro de la concepción política y ética que se viene denominando constitucionalismo[21], estas plantean algunas serias dificultades de legitimidad que son defendidas desde posturas más alineadas al valor de la democracia: 1) el problema de los límites de la deliberación, de las limitaciones de los ámbitos materiales en lo que es posible la decisión del legislador democrático, y 2) el problema de legitimidad de las instituciones del constitucionalismo y de la actividad controladora de la producción normativa del legislador democrático. El primero enfoca su crítica en los mecanismos de la justicia constitucional y el segundo a la rigidez constitucional[22]. En las dos propuestas puede darse como denunció Alexander Bickel la "objeción contramayoritaria"[23].

---

[18] Este componente se presenta como "la garantía necesaria (e incluso, para algunos bien el presupuesto o bien la consecuencia lógica) de la primacía constitucional, esto es, de la auténtica superioridad jurídica – y no meramente política – de la Constitución sobre la ley". BAYON MOHÍNO, Juan Carlos, *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, Ob. Cit., pp. 70.

[19] BAYON MOHÍNO, Juan Carlos, Derechos, Democracia y Constitución, *Discusiones*: Derechos y Justicia Constitucional, Núm. 1, Año 2000, pp. 71.

[20] El garantismo de Ferrajoli necesita de la "existencia de un Estado constitucional de Derecho, se muestra como una condición esencial para que pueda llevarse a cabo ese programa teórico, pues sin un marco normativo supremo y dotado de contenidos materiales difícilmente puede producirse, ni advertirse desajuste alguno". PRIETO SANCHIS, Luis, Justicia Constitucional y Derechos fundamentales, Ob. Cit., pp. 106.

[21] La idea de constitucionalismo incluye al menos dos ideas-fuerza. "La primera tiene que ver con la estructura jerarquizada del ordenamiento, es la exigencia de que por encima de las leyes emanadas del poder legislativo se sitúe un texto jurídico que tenga primacía sobre ellas, es decir que sea jerárquicamente superior a las leyes, y al que se llama comúnmente Constitución. La segunda, que es diferenciable de la anterior y no se deriva necesariamente de ella, es la idea que postula que esa primacía de la Constitución sobre la ley ha de garantizarse recurriendo a procedimientos judiciales y debe llevarse a cabo por órganos del poder judicial". LAPORTA, Francisco J., "El ámbito de la Constitución", Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho, Nº 24, (2001), pp. 460-461.

[22] ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Ob. Cit., pp. 287.

[23] BICKEL, Alexander, The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics, Yale University Press, New Haven, 1962, pp. 16.

Ahora bien, visto desde un ángulo el diseño ¿cómo la democracia toma virtualidad en el constitucionalismo? La democracia se puede definir de muchas formas esto quiere decir que en este elemento también acaecen los problemas en cuanto a la concepción de la democracia, pero lo que no se puede negar es que sea cualquiera la concepción no hay definición que pueda excluir al *poder*[24]. Así los modelos de democracia (concepciones), que son muy diferentes, tendrán una relación distinta con el constitucionalismo, que hará depender la máxima o mínima robustez[25] de sus elementos.

En el entorno de los modelos de la democracia representativa se puede notar la existencia de algunas tensiones que sólo puede ser resueltas a través del ajuste y acomodamiento de los ideales en juego[26]. Una forma de armonizar esta tensión y de entender a la democracia es la siguiente: se sostiene que la democracia tiene una serie de condiciones o reglas de juego que ayudan a la consolidación, entre ellas se tiene: "a la condición de la igualdad democrática (condición de inclusión y condición de equivalencia), la condición de libertad democrática (condición de pluralismo en la información y condición de pluralismo político), la condición de eficiencia de la democracia (regla de la mayoría) y una condición de salvaguardia o de supervivencia de la democracia (limitación del poder de la mayoría)". Esta última condición que implica la *limitación del propio poder de la mayoría* es la que da lugar a la tensión entre Democracia y Constitución o entre la voluntad y razón. La última *regla de juego* necesita de los derechos fundamentales como *precondición necesaria* para su supervivencia[27].

En este sentido, "los derechos fundamentales (o, mejor como veremos, algunos derechos fundamentales) son (algunas de) sus *precondiciones.* Refiriéndose específicamente a las cuatro grandes libertades de los modernos – libertad personal, de pensamiento, de reunión, de asociación – (…) son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego"[28]. Aunque según estas precondiciones se deben incluir algunos derechos sociales (derecho a la educación) y la separación o división de poderes[29].

---

[24] NORBERTO, Bobbio, *El futuro de la democracia,* en José F. Fernández Santillán (traductor), Fondo de Cultura económica, México, 1986., pp. 8.
[25] SANTIAGO NINO, Carlos, *La constitución de la democracia deliberativa,* Ob. Cit., pp. 14.
[26] Ídem, pp. 15.
[27] Michalengo Bovero, Nuevas reflexiones sobre Democracia y Constitución en el Prefacio del libro de SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica,* Fondo de Cultura Económica – Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006., pp. 34.
[28] Michalengo Bovero, Nuevas reflexiones sobre Democracia y Constitución en el Prefacio, Ob. Cit., pp. 34-35.
[29] Ibidem, pp. 38-39.

Es en este punto en el que interactúa lo que el coto vedado que no deja de ser una lectura del constitucionalismo complementado con la democracia[30], convirtiéndose los derechos como límites al poder. En este extremo, se puede observar la gestación de la relación recíproca entre el Derecho y el poder donde "el Derecho y el poder son dos caras de la misma moneda: solo el poder puede crear Derecho y sólo el Derecho puede limitar el poder"[31]. Asentándose de este modo lo mencionado por Francisco Laporta, en cuanto a que las normas jurídicas se conciben siempre como criaturas del poder[32], en este caso, los derechos fundamentales vendrían a ser parte de esta calificación[33].

III. La influencia del constitucionalismo de los principios en los diseños constitucionales y en su virtualidad constitucional en América Latina

En el marco de la filosofía del Derecho constitucional, la postura del constitucionalismo de los principios o argumentativo, defiende en su filosofía jurídica la defensa metodológica de la conexión conceptual entre el Derecho y la moral correcta o fundamentada[34] en el que se plantea como objetivo la reconstrucción de los sistemas jurídicos que rigen en los Estado constitucionales, postura que como es evidente condiciona el modelo constitucional.

Es pues Robert Alexy quien desde un plano más general evalúa los modelos constitucionales de los Estados constitucionales occidentales[35]. Todo ello teniendo como base la lectura de la institucionalización de la razón (la pretensión de corrección que sostiene la fórmula de que *la injusticia extrema no es derecho*, la tesis del caso especial – la teoría de la argumentación –, la teoría de los principios, la intervención de la jurisdicción constitucional y la institucionalización de la democracia deliberativa)[36].

---

[30] GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Representación y democracia, Ob. Cit., pp. 644-645.
[31] NORBERTO, Bobbio, *El futuro de la democracia,* Ob. Cit., pp. 10.
[32] LAPORTA, Francisco, J, *El imperio de la ley. Una visión actual,* Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 71.
[33] "Puede que las criaturas jusfundamentales sean por su origen criaturas del poder, pero una vez instaladas en el reino de la justificación (el único en que son inteligibles), sólo valen por su condición de criaturas de la moralidad". GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos. Editorial Trotta, Madrid, 2009,* pp. 24.
[34] ALEXY, R., El concepto y la validez del Derecho, Gedisa, Segunda edición, Barcelona, 2004, p. 77.
ALEXY, R., El no positivismo incluyente, Doxa, Cuadernos de filosofía del Derecho, 36 (2013), pp. 18.
[35] GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos.* Ob. Cit., pp. 19.
[36] "Una institucionalización completa de los derechos humanos presupone no solo su transformación en derecho positivo a nivel constitucional, sino también su protección a través de una jurisdicción constitucional. Siendo la democracia pieza fundamental del intento de la institucionalización procedimental de la racionalidad discursiva". ALEXY, R., *La doble naturaleza del Derecho,* Editorial Trotta, Madrid, 2016, pp. 11.

La tesis central es la idea de *pretensión de corrección*[37], núcleo esencial de su filosofía del Derecho que puede desenvolverse únicamente en la forma política del constitucionalismo democrático[38]. El autor señala que *"la institucionalización de la razón"* es una empresa compleja en el que se distingue cuatro aspectos: La *"fórmula de Radbruch"* que constituye su límite extremo, externo y último del derecho (la injusticia extrema no es derecho)[39], en el que la pretensión de corrección constituye un importante apoyo para la fórmula, pero que por sí sola no basta para justificarla, para ello se necesita de las *"razones normativas"*, esto es, que junto a los principios de seguridad jurídica y justicia, se encuentra la perspectiva del participante que es necesaria para el derecho y por tanto pertenece a su naturaleza (lo que el derecho debe ser penetra en lo que el derecho es). No obstante, este límite externo no es suficiente para la institucionalización de la razón, o sea, no sólo hay que conseguir confrontar positividad y corrección en el límite último, sino también hay que establecer su vinculación en el interior, y esto sólo es factible en la forma política del constitucionalismo democrático. De este modo, la teoría del discurso[40] conduce al constitucionalismo democrático porque plantea dos exigencias en el contenido y en la estructura del sistema jurídico: derechos fundamentales y democracia[41].

La segunda exigencia tiene que ver con este último elemento, de esta manera el principio del discurso exige la democracia deliberativa teniendo como elemento central a los argumentos en el que todos los implicados discuten sobre la solución política correcta. Y la democracia deliberativa presupone la posibilidad de la racionalidad discursiva (quien

---

[37] "Según, la tesis de la doble naturaleza, el derecho tiene tanto una dimensión fáctica o real como una dimensión ideal o crítica. La necesidad de esta vinculación deriva de dos principios contrapuestos: el de seguridad jurídica y el de justicia. Como la pretensión de corrección incluye los dos principios, ambos están necesariamente conectados al derecho. El principio de seguridad jurídica reclama sujetarse a aquello que ha sido establecido conforme al ordenamiento y es eficaz socialmente; el de justicia exige la corrección moral de la decisión". ALEXY, R., *La doble naturaleza del Derecho,* Ob. Cit., p. 36.

[38] Ibidem, pp. 39.

[39] "Esta fórmula conecta derecho y moral sin exigir una coincidencia plena entre ambos. Deja que el derecho positivo sea válido aun cuando sea injusto y que sólo si traspasa la injusticia extrema las normas pierden su carácter jurídico o su validez jurídica". Ibidem, pp. 37.

[40] "La teoría del discurso es una teoría procedimental de la corrección o verdad práctica. La tesis principal de todas las teorías procedimentales de la corrección es que la corrección de una proposición normativa depende de que la proposición sea o pueda ser el resultado de un determinado procedimiento (…) un procedimiento de argumentación". Ibidem, pp. 31.

[41] Para Robert Alexy: "los derechos fundamentales son derechos que han sido recogidos en una constitución con el propósito de positivizar los derechos humanos. Los derechos humanos son derechos morales de índole universal, fundamental, abstracta y prioritaria (…) los derechos fundamentales expresan la doble naturaleza del derecho (…). Los derechos humanos pueden poner exigencias al sistema jurídico solo si existen. Y existen si son válidos. Pues bien, la validez de los derechos humanos como derechos morales dependen de su justificabilidad, y de nada más". Ibidem, pp. 39.

quiere corrección tiene que querer discursos y quien quiere discursos tiene que querer democracia)[42].

Asimismo, plantea que, si la mayoría parlamentaria vulnera los derechos fundamentales o se vuelve incompatible con los principios de la democracia deliberativa, la única solución sería instituir una jurisdicción constitucional en el que se conciba como la representación argumentativa de los ciudadanos. Esta idea no es más que una lectura del constitucionalismo principialista, argumentativo o discursivo sobre un posible constitucionalismo democrático[43].

La tercera tiene que ver con la *"tesis del caso especial"* en el que se afirma que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general[44] y en el que actúa la pretensión de corrección. En el discurso jurídico se refiere a lo que es correcto dentro del marco del sistema jurídico determinado lo que depende de la premisa autoritativa o institucional (la argumentación está sujeta a la ley y al precedente), pero cuando esta no fija la respuesta (casos difíciles) se complementa con las premisas en base a la pretensión de corrección el cual deben estar justificadas[45]. Y la última exigencia, es la teoría de los principios (teoría de la ponderación), en el que se hace la distinción frente a las reglas, manteniendo el primero un carácter de mandato de optimización y al segundo un mandato definitivo. Sobre esta base los principios influyen, se relacionan y conecta los derechos fundamentales y la teoría de la argumentación en una unidad necesaria[46].

Esta postura es la que ha encontrado virtualidad en algunos diseños constitucionales o en todo caso producto de la interpretación de los diseños constitucionales los tribunales o cortes han institucionalizado este tipo de constitucionalismo que encuentra desarrollo en un "*modelo de la democracia constitucional".* Esta postura se inclina generalmente por un discurso liberal de carácter contramayoritario que afecta directamente a ciertos presupuestos de la democracia (donde la soberanía democrática ha tenido que ceder terreno). En este escenario es pertinente hacer una tenue diferencia pues no todas las constituciones latinoamericanas han sido influenciadas con la misma intensidad.

---

[42] Ibidem, pp. 40-41.
[43]Ibidem, pp. 41.
[44] "El discurso práctico general es, pues, un discurso donde se combinan las razones morales, éticas y pragmáticas (…) en el que se manifiesta la unidad sustancial de la razón práctica". Ibidem, pp. 43.
[45] Ibidem, pp. 42-23.
[46] Ibidem, pp. 46.

En este caso se propone una distinción en base a uno de los pilares del constitucionalismo contemporáneo[47]: el *"comportamiento dinámico de las Cortes o tribunales constitucionales que garantizan derechos fundamentales"* (garantía judicial). En este sentido, el primer grupo con una dinámica importante del control judicial corresponde a Brasil, Argentina (1994) y Colombia (1991).

Así, los Tribunales o Cortes han propiciado un desarrollo en la protección de los derechos fundamentales a partir de ciertas prácticas dialógicas[48] (activismo judicial dialógico) que desde algunos sectores se celebra como aquellos "avances importantes en la construcción colectiva de la realidad social institucionalizada", por cuanto se hace evidente una "creciente protección de los derechos fundamentales y del régimen democrático por parte de los jueces constitucionales"[49]. Inclusive se añade que la reconstrucción del constitucionalismo latinoamericano debe sustentarse en una concepción integrada de los derechos fundamentales, una *social* de la democracia, y una *participativa* de la jurisdicción constitucional[50]. Propuestas que evidencia una leve moderación en cuanto al carácter contramayoritario y que resultan ser insuficientes, pues también puede considerarse como un remedio paliativo.

Un segundo grupo, se caracteriza porque los diseños institucionales y sus prácticas, se encuentran influenciadas por los presupuestos del constitucionalismo de los principios[51] que tiene como eje central al "activismo judicial" y que se explaya en

---

[47] "Los derechos fundamentales, la democracia y la jurisdicción constitucional son ciertamente tres pilares del constitucionalismo contemporáneo. América Latina no es excepción en este proceso cultural". ARANGO, Rodolfo, Fundamentos del Ius Constitutionale commune en América Latina. Derechos fundamentales, Democracia y Justicia Constitucional, en Armin Von Bogdandy y otros (Coordinadores), en Ius Constitutionale comune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y desafíos, Instituto de Investigaciones jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 688, México D.F, 2014, pp. 25.

[48] En ciertos países de Latinoamérica se ha desarrollado "una práctica de diálogo novedosa y cada vez más frecuente (…) impulsada muy especialmente (pero no únicamente) por los tribunales superiores. Conforme a esa práctica, y típicamente ante litigios de tipo estructural, que involucran problemas públicos de primera importancia, y masivas y graves violaciones de derecho, lo tribunales se han animado a tomar medidas originales, incluyendo de modo notable convocatorias a audiencias públicas en las que muy habitualmente participaron no sólo las partes involucradas (encabezadas, normalmente, por representantes estatales de niveles y jurisdicciones diferentes), sino también representantes diferentes de la sociedad civil (desde organizaciones de consumidores, a movimientos de víctimas o asociaciones de consumidores). (…) Hemos visto audiencias de este tipo en Brasil, para discutir temas de salud pública; en la Argentina, frente a discusiones, relacionadas con la Ley de Medios, el estado de las cárceles, o el medio ambiente; o en Colombia, frente a los problemas de superpoblación carcelaria, medio ambiente, salud o el desplazamiento de personas". GARGARELLA, Roberto, El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos, Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 14 (diciembre 2013), pp. 2-3.

[49] ARANGO, Rodolfo, Fundamentos del Ius Constitutionale commune en América Latina. Derechos fundamentales, Democracia y Justicia Constitucional, Ob. Cit., pp. 26.

[50] Ibidem, pp. 28.

[51] Paolo Comanducci sostiene que el constitucionalismo o neoconstitucionalismo puede ser una teoría, una ideología o un método de análisis del derecho o puede ser un *modelo constitucional* – un conjunto de

detrimento de ciertos presupuestos democráticos, es decir, tiende a respaldar el carácter contramayoritario. Se puede identificar con este modelo a las experiencias constitucionales de México, Perú (1993), Chile (1989) y Paraguay (1992).

Cabe sostener que las reformas constitucionales Latinoamericanas inspiradas e identificas con el modelo de la democracia constitucional bajo el constitucionalismo de los principios, "tienden a aplicar prioritariamente la parte dogmática de la Constitución sobre la parte orgánica funcional". Asimismo, "acoge en el orden interno, con rango supraconstitucional, el derecho internacional de los derechos humanos, bajo la figura del bloque de constitucionalidad" [52].

Además, en estos últimos tiempos se ha incrementado una larga lista de derechos sociales, políticos y culturales en las Constituciones como en el caso de Ecuador, Bolivia, Colombia y Argentina, pero que más parecen ser clausulas dormidas[53] o como bien se señala, los derechos han llegado a las normas, pero no ha impactado en la realidad. Estos se presentan como monedas de cambio en las transacciones políticas, como formulas discursivas utilizadas retóricamente desde el poder y como promesas institucionalizadas que, al no materializarse van perdiendo legitimidad o mutan de significado. Situación que es producto de los presidencialismos fuertes[54] y elitistas, pero no sólo de ello sino de legislaturas indiferentes con la realidad social y sobre todo de tribunales o cortes constitucionales que se comportan con un alto grado de mezquindad e inequidad sobre derechos, esto producto de la influencia del constitucionalismo de los principios que irradia una lectura en la tensión de la democracia constitucional.

Estos problemas puntuales evidenciados en los fenómenos constitucionales obligan a plantear ciertas críticas en abstracto a partir de las realidades jurídicas Latinoamericanas sin aterrizar en ningún ordenamiento en particular[55]. Lo que motiva plantear la

---

mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales –. Sobre el último, se designan algunos elementos estructurales del sistema jurídico-político, que son descritos y explicados por el (neo)constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo)constitucionalismo como ideología. COMANDUCCI, Paolo, Formas de neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico, en Miguel Carbonell (editor), Neoconstitucionalismo(s), Trotta, Madrid, 2003, pp. 75.

[52] ARANGO, Rodolfo, Fundamentos del Ius Constitutionale commune en América Latina. Derechos fundamentales, Democracia y Justicia Constitucional, Ob. Cit., p. 27.

[53] GARGARELLA, Roberto, El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos, Ob. Cit., pp. 12.

[54] SALAZAR UGARTE, Pedro, La disputa por los derechos y el Ius constitutionale commune, Ob. Cit., p. 41.

[55] Asimismo, se sostiene que las posibilidades de reflexión desde una filosofía del Derecho se caracterizan por su aproximación crítica a las realidades jurídicas. Es decir, el tenor crítico no sólo se produce sobre el

reestructuración del constitucionalismo Latinoamericano teniendo como referencia al constitucionalismo deliberativo.

IV. El modelo del constitucionalismo deliberativo

El constitucionalismo deliberativo plantea una salida a la tensión entre el constitucionalismo y democracia a través del valor de la igualdad el cual vendría a ser el fundamento esencial de ambas nociones[56], pero no sólo ello, sino es muy compatible con la superación de la crisis democrática y la desigualdad puesto que las soluciones se encuentran planteadas desde la misma comunidad.

El autor sostiene que "si nos interesa el constitucionalismo y si nos preocupa la democracia, ello se debe, ante todo, a que le asignamos un lugar importante a la idea de igualdad. Ello en el sentido, de que asumimos que todas las personas poseen una misma dignidad moral, y son iguales en cuanto a sus capacidades más básicas"[57]. Esto quiere decir que, se aprueba "el compromiso con el sistema democrático, justamente, porque (…) afirmamos que cada individuo tiene un igual derecho a intervenir en la resolución de los asuntos que afectan a su propia comunidad: todos merecen participar de dicho proceso en pie de igualdad. Nuestro compromiso con el constitucionalismo (…) es preservar ciertos derechos fundamentales que permitan a cada uno llevar adelante su vida conforme

---

Derecho positivo sino también de la reflexión y reelaboración que se lleva a cabo por los juristas a partir del mismo, o sea, de la dogmática. En todo caso se enmarcaría en lo que podríamos llamar filosofía del Derecho Constitucional, cuya importancia viene determinada en la actualidad por el desarrollo del constitucionalismo. ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, Derechos, Constitución y Democracia (Aspectos de la presencia de derechos fundamentales en las constituciones actuales), Ob. Cit., pp. 164. Aquí corresponde una afirmación: "No obstante, y aun siendo consciente de que el constitucionalismo constituye un campo propicio para la difuminación de las fronteras entre filosofía y teoría del Derecho, y la dogmática constitucional, de otro, creo que la perspectiva propia de la filosofía del Derecho implica una cierta dosis de abstracción en el planteamiento de estas cuestiones. ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico,* Ob. Cit., pp. 293.

[56] "La noción de igualdad (…) en un sentido modesto del término: cada persona en sí misma nos resulta importante, a cada una de ellas merece asignarle un valor idéntico. Por otra parte, dicho compromiso con la suerte de cada persona implica, tratar a cada persona *como* un igual, más que tratar a cada persona igual: lo que se pretende es afirmar nuestra preocupación por la igual consideración y respeto que nos merece cada uno. (…)". Roberto Gargarella asume así la idea de igualdad vinculada a la filosofía liberal igualitaria. De manera que, "tratar a cada individuo como igual conlleva a una preocupación por asegurar que la vida de cada individuo depende de las *elecciones* que cada individuo realiza, y no de las meras *circunstancias* en las que le toque nacer". Dicho ideal – la vida de cada uno depende fundamentalmente de las decisiones de cada uno – aparecerá como ideal regulativo o punto de reposo. "En primer lugar, que tal ideal puede resultar violado tanto por acciones como por omisiones del Estado o, en ciertos casos, por particulares (…). En segundo lugar "la idea de respetar las decisiones de cada uno las tomo como incompatibles con las de asumir como dadas las pretensiones de cada uno". GARGARELLA, Roberto, "Constitucionalismo Vs Democracia", en Piero Mattei-Gentili (traductor), en Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, Volumen tres, Capítulo 55, México, 2016, pp. 2003-2004.

[57] GARGARELLA, Roberto, "Constitucionalismo Vs Democracia", Ob. Cit., p. 2000.

a sus propios ideales; y queremos preservar una estructura de decisión democrática en donde la opinión de cada uno valga lo mismo que la de los demás”[58].

Asimismo, postula que: “afirmar la superioridad moral de la democracia no significa que debamos situar en el mismo plano a toda expresión de la voluntad ciudadana (…) para quienes asumimos que todos somos fundamentalmente iguales (…) las expresiones más directas de la voluntad ciudadana tienen más valor que aquellas otras que se encuentran más mediadas institucionalmente”[59]. De manera que, tendrán más pesos las decisiones de una legislatura que de un tribunal, de la ciudadanía que de una legislatura o de un presidente.

Lo dicho anteriormente plantea una concepción de la teoría de la democracia que implica diferenciar entre *agregación* y *transformación* de preferencias, “a fin de no tomar como dados los errores, prejuicios y las faltas de información que la democracia debe ser concebida como un ámbito destinado primordialmente a facilitar la reflexión crítica. (…) la democracia como proceso de *transformación de preferencias* (…) muestran de qué modo las decisiones y acciones de las personas resultan moldeadas a partir de las normas (jurídicas y sociales) que enmarcan la vida de cada uno”. La democracia no merece ser pensada, meramente, como un instrumento orientado a la *agregación de preferencias*[60].

Estos presupuestos sugieren la *deliberación colectiva,* es decir, se propone determinar cómo deben tomarse las decisiones frente a problemas de índole colectiva. Esta idea vincula la *imparcialidad* con *procesos de reflexión colectiva* y propugna la intervención y presencia de todos los potencialmente afectados por la decisión, la deliberación no implica el logro de un *consenso unánime* entre los participantes; o creer que un previo proceso deliberativo garantiza la *imparcialidad final de la decisión en juego*: lo que se mantiene, más bien, es que la *deliberación es un procedimiento justificado,* y capaz de *favorecer una dinámica colectiva valiosa*[61].

En relación con el constitucionalismo no se rechaza un control judicial de las leyes, lo que no se acepta es la postura que sostienen la justificación del control jurisdiccional de las leyes a consecuencia de la “crisis de los órganos políticos, de la protección de los derechos de las minorías, del razonamiento judicial y de la imparcialidad”. En este

[58] Ibidem., pp. 2005.
[59] Ibidem., pp. 1991-2010.
[60] Ídem.
[61] Ídem.

sentido, respecto a la garantía judicial se acepta "la posibilidad de justificar un tipo – más restringido – de control judicial; así como tampoco se pretende rechazar la posibilidad de defender algún tipo de participación del poder judicial en el proceso de creación e interpretación jurídica"[62]. La garantía es una de carácter procedimental y no sustancial[63].

V. Conclusiones

El constitucionalismo de los principios, discursivo o argumentativo si bien ofrece una salida al problema esta sólo se configura como una respuesta paliativa, pues realmente los problemas siguen estando presentes en la configuración de su estructura, es decir, la materialización excesiva de los derechos en las Constituciones no garantizan que estás puedan actuar como límites o vinculación al poder, pues la concentración del poder en una institución como el tribunal o corte constitucional existe la posibilidad que las decisiones sean de élites exclusivas que desarrollan un conservadurismo fuerte, o sea, que la interpretación y decisión sobre que dicen los derechos responderá a un carácter subjetivo y arbitrario.

Los diseños constitucionales y su virtualidad en el contexto latinoamericano deben ser reestructurados pues actualmente se vive de manera latente una influencia fuerte del constitucionalismo de los principios justamente en estos ordenamientos, que como mencionamos anteriormente conllevan no sólo a influenciar en el modelo sino también a transmitir los problemas que están genéticamente impregnados en sus tesis.

Por esta razón es pertinente sostener la defensa de un constitucionalismo deliberativo que coadyuve a erradicar los problemas de la crisis de la democracia y las desigualdades, justamente por el papel deliberativo que se infunde en las esferas de decisión no sólo a nivel de la voluntad ciudadana sino a nivel del parlamento, lo que a la postre permitirá proteger de mejor manera los derechos fundamentales. Asimismo, es más oportuno defender un control judicial procedimental que uno sustancial, primero porque no existe contradicción con el carácter contramayoritario o en todo caso es mínimo, segundo porque ayuda a mejorar el carácter deliberativo, pues viene a ser más que una restricción un instrumento de mejora procedimental, a este modelo suele llamársele constitucionalismo débil.

---

[62] GARGARELLA, Roberto, "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", Isonomía, Nº 6/Abril, 1997, pp. 55-70.

[63] BAYON MOHÍNO, Juan Carlos, Derechos, Democracia y Constitución, *Discusiones*: Derechos y Justicia Constitucional, Núm. 1, Año 2000, pp. 71.