

Constitución y principios democráticos. Acerca de la irrelevancia moral de la Constitución*

Por Roberto Gargarella

1. Introducción

Cotidianamente, la Constitución demuestra la incidencia que ejerce sobre nuestras vidas. A ella apelamos permanentemente, al menos de manera intuitiva, para respaldar reclamos o defender los derechos que, entendemos, nos corresponden.

Sin embargo, a pesar de su importancia, casi nunca se nos ocurre plantearnos cuáles son las razones que justifican el tener una determinada Constitución y no otra, o ninguna. En efecto, alguien podría plantear que la justicia de un reclamo, o la validez de un derecho, son independientes de la circunstancia de que estén consagrados o no en una cierta hoja de papel.

Motivados por estas cuestiones, a lo largo de este trabajo intentaremos analizar distintas posibles justificaciones para la adopción de una Constitución.

En una primera parte, revisaremos distintos argumentos aportados por nuestros constitucionalistas a tal objeto.

En una segunda parte, procuraremos relacionar la validez y justificabilidad de una Constitución, con la validez y justificabilidad de su contenido. Sin embargo, y para lograr este propósito, deberemos sortear una enorme dificultad: la de ponernos de acuerdo, con cierta precisión, en torno de cuál es el contenido de la Constitución, dadas las divergentes posiciones interpretativas al respecto.

2. La Constitución y la legitimidad de su origen

Muchas veces se ha defendido el rol privilegiado que juega la Constitución dentro de nuestro ordenamiento jurídico, a partir de las especiales circunstancias en que tuvo su origen.

En tal sentido, merecen repetirse los conceptos de uno de nuestros más reconocidos juristas, Rafael Bielsa¹, cuando sostiene que “se cuestiona si una Asamblea Constituyente puede... obligar a las generaciones futuras, limitando de ese modo su soberanía. En nuestra opinión puede hacerlo cuando esa Constitución ha emanado de una asamblea tan auténticamente soberana (como la nuestra)”. Frente a esta opinión que representa, de algún modo a una corriente importante de constitucionalistas, caben varios interrogantes. El más obvio, apuntaría a determinar cuál es la razón por la cual ha de respetarse la voluntad de algunos hombres reunidos hace más de un siglo: el hecho de que se haya tratado de una asamblea “auténticamente soberana” no parece razón suficiente para obligar a las generaciones futuras.

* Artículo publicado en la revista “Lecciones y Ensayos”, 1991, p. 61.

¹ Bielsa, Rafael, *Derecho constitucional*, Bs. As., Depalma, 1959, p. 90 y siguientes.

Pero, en realidad, no es necesario recurrir a tales razones para quitarle solidez a una opinión como la sostenida por Bielsa. Basta con demostrar la precaria legitimidad de aquella asamblea. Similares cuestionamientos pueden plantearse respecto de la Constitución americana, en la cual la nuestra se inspira. Tanto en uno como en otro caso, la selección de los constituyentes fue el resultado de un proceso débilmente democrático.

En Norteamérica, los convencionales fueron nombrados por las Legislaturas de cada Estado y no por el pueblo de cada uno de ellos, lo cual desdibuja indudablemente el carácter verdaderamente “soberano” de la asamblea posterior. Más aún, cuando advertimos las restricciones vigentes, en aquella época, para poder tener acceso al voto, o para ser elegido, las cuales implicaban el marginamiento de la gran mayoría de la población en cuanto a su participación (aun indirecta) en el dictado de la Constitución.

Para reiterar sólo algunos casos representativos: en la Constitución de Carolina del Sur se proclamaba que “ninguna persona residente en la parroquia por la cual es elegida, podrá sentarse en el Senado a menos de poseer bienes raíces poblados y por derecho propio en dicha parroquia o distrito, del valor de dos mil libras, como mínimo, libres de deudas”. Para ser diputado, se exigía tener una propiedad, y “esclavos o bienes raíces por valor de mil libras”.

En la Constitución de Georgia, se exigía explícitamente pertenecer a la religión protestante para ser electo y a la raza blanca para ser elector.

En la de Connecticut, los requisitos se extendían a los de tener una conducta “pacífica y tranquila”.

Llegados a este punto, no es fácil defender la verdadera representatividad de la Asamblea Constituyente, tarea que se torna todavía más compleja cuando reconocemos que, en realidad, dentro de la población excluida del proceso constituyente debemos considerar además a las mujeres, sistemáticamente fuera de la actividad política hasta bastante tiempo después.

Limitaciones absolutamente similares pueden verse reproducidas en el pasado político argentino. Sin embargo, a ellas cabe agregar otra característica, más propia de nuestra vida institucional, como lo es la práctica del fraude electoral.

En palabras del historiador Pérez Amuchástegui²: “todo estaba listo en Santa Fe para instalar el Congreso, pues se hallaban presentes casi todos los diputados integrantes del mismo. Ha de convenirse en que las elecciones de éstos se realizaron según las más puras tradiciones fraudulentas: cada gobernador, previo acuerdo con Urquiza, ‘insinuó’ los candidatos que, posteriormente, obtuvieron el triunfo”. De todos modos, aun a pesar de la relativa homogeneidad que (a través del fraude) se alcanzó entre los representantes seleccionados para el Congreso de Santa Fe, las diferencias internas no pudieron ser resueltas por completo. Tanto es así que la comisión encargada de redactar el proyecto de Constitución no pudo llegar a un acuerdo al respecto. Por el contrario, el proyecto redactado por José Benjamín Gorostiaga y Juan María

² Pérez Amuchástegui, A. J. - Sabsay, Fernando L., *La sociedad argentina*, Bs. As., La Ley, 1973, p. 316.

Gutiérrez fue rechazado por los otros tres miembros de la comisión, Manuel Leiva, Pedro Ferré y Pedro Díaz Colodrero.

Debido a tales hechos, la aprobación final del escrito sólo pudo lograrse, finalmente, ampliando el número de miembros del grupo. Fueron integrados, entonces, Martín Zapata y Santiago Derqui, que se sabía eran partidarios de aquel texto. Otro partidario, Salustiano Zavalía, también fue incluido con posterioridad en la comisión (en este caso, en lugar de Pedro Ferré, comisionado para negociar con la dirigencia porteña, aún ajena al acuerdo).

Esto nos habla, en definitiva, de la fragilidad de aquellas posiciones que quieren ver en el proceso constituyente el resultado de un sustancial consenso, alcanzado a partir de la más amplia discusión democrática. Tal proceso, en verdad, no tuvo a la ciudadanía como invitada. El proceso de elaboración de la Constitución no fue transparente, y el debate por el cual fue aprobada tampoco tuvo (sobre todo en nuestro país), la riqueza y profundidad que podía esperarse.

De ahí que no resulte del todo razonable realizar complejos ejercicios hermenéuticos destinados a desentrañar “el verdadero sentido” de la Constitución; ni que resulte adecuado apoyarse en ella en busca de argumentos últimos y definitivos. El valor de la Ley Fundamental no parece residir en las circunstancias de su origen.

3. Constitución y consenso

Dadas las dificultades que se presentan al querer justificar la validez de la Constitución a partir de su origen o de la especial significación del “momento” de su dictado, intentaremos analizar otras posibles fundamentaciones alternativas.

En tal sentido, es posible ir más allá de un momento o instancia definido en el tiempo, para centrar nuestra atención, en cambio, en la trascendencia de aquella instancia en la historia. Así, podríamos sostener que constituciones como la argentina o la norteamericana han afirmado su validez con el correr de la historia, legitimándose con el paso del tiempo, a partir de un consenso tácito formado en su torno. Según esta versión, el hecho de que la Constitución no haya sido reformada, o que la gente parezca adherir a ella o aceptarla, en primera instancia, otorga alguna razón relevante para valorar el texto escrito.

Sin embargo, los problemas que esta posición conlleva son numerosos y difíciles de resolver. En primer lugar, podríamos preguntarnos qué es lo que ocurriría si una persona rechaza una norma, o qué sucedería si un grupo de personas explícitamente manifestara no adherir a ninguna norma jurídica vigente: ¿se consideraría acaso que ese consenso tácito ha desaparecido? Según parece, no, y más aún, en una Constitución como la argentina (que establece que el pueblo no delibera ni gobierna sino por intermedio de sus representantes) dicha actitud sería considerada atentatoria contra el orden constitucional y objeto de las más severas sanciones.

De ahí que, si la Constitución pone la violencia legítima detrás de sí, de tal modo que el poder coercitivo de las normas derivadas de ella alcanza aun a quienes desconocen el texto constitucional, entonces, no podría sostenerse que la Constitución se justifique en virtud de un consenso tácito.

Otros posibles problemas que una posición como la expuesta podría enfrentar son los siguientes: ¿Cómo sabríamos qué es lo que la gente tácitamente acepta? ¿Qué pasaría si la gente tuviese diferencias respecto de tal aceptación? ¿Cómo deberían decidir los jueces: conforme a lo que dice la Constitución, a lo que ellos interpretan que dice la Constitución, o a lo que la gente entiende que dice la Constitución? ¿Qué pasaría si la ciudadanía hubiese interpretado históricamente que la Constitución debe incluir cláusulas que ésta en realidad no contiene?

Los problemas del tipo de los planteados podrían ser multiplicados al infinito.

En otro contexto, Dworkin³ rechaza también la aceptabilidad del criterio del consenso tácito. Entiende que es irrazonable suponer que un ordenamiento jurídico pueda considerarse válido por el hecho de que, por ejemplo, la población no haya hecho abandono del lugar en el cual dicho ordenamiento rige. Afirma entonces que: “El consentimiento no puede ser obligatorio para la gente, ...a menos que sea dado con mayor libertad y con una elección alternativa más genuina que el solo hecho de negarse a construir una vida bajo una bandera extranjera”.

4. La Constitución y la historia

El argumento que da Dworkin nos remite a otra postura que, a diferencia de la anterior, deja de lado la cuestión del consenso como preocupación central. Esta postura consistiría, básicamente, en una valoración positiva de la tradición jurídica y de la historia de una determinada sociedad, hecho que estaría entremezclado con un cierto positivismo ideológico capaz de otorgarle fuerza obligatoria a tales tradiciones, más allá de la justificabilidad o no de su contenido. La Constitución, que normalmente contribuye a articular y dar sentido a tal historia, pasaría a ocupar así un lugar central en esta concepción.

Esta posición ha sido defendida, implícitamente, por una enorme diversidad de autores. Bielsa, por ejemplo, entiende que “La Constitución se reforma, pero no se sustituye”, porque existe una “Constitución histórica, formada por la tradición jurídico-política del pueblo, y especialmente por aquellas disposiciones que bajo el nombre de Constitución o regla han regido la vida nacional”⁴.

De tal modo, no hace sino rescatar una posición como la enarbolada por el presidente de nuestro Congreso Constituyente, Zuviría, cuando decía: “Las instituciones no son sino las fórmulas de las costumbres públicas, de los antecedentes, de las necesidades, carácter de los pueblos y expresión genuina de su verdadero ser político. Para ser buenas y aceptadas, deben ser vaciadas en el molde de los pueblos para que se dicten”⁵.

En esta misma línea de pensamiento historicista se insertan aquellas concepciones que hablan acerca de contenidos pétreos de la Constitución, y que llegan a sostener que “mientras se mantenga la fisonomía de nuestra comunidad y mientras la estructura social subyacente siga siendo fundamentalmente la misma, dichos contenidos

³ Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, Barcelona, 1988, p. 58.

⁴ Bielsa, *Derecho constitucional*, p. 90.

⁵ Galetti, Alfredo, *Historia constitucional argentina*, Bs. As., 1974.

(pétreos) no podrán ser válidamente alterados o abolidos por ninguna reforma constitucional”⁶.

Los citados ejemplos nos muestran tres distintas maneras de vincular a la Constitución con la historia. Ya sea, como en el caso de Zuviría, definiendo qué es lo que ella necesariamente debe reflejar en su contenido; ya sea, como en los casos de Bielsa o Bidart Campos (quien utiliza típicamente la categoría de cláusulas pétreas) dando por supuestos tales contenidos.

Una crítica obvia a este tipo de posiciones resulta de los mismos datos que deja la historia a la que tales autores recurren. ¿Cómo defender, por ejemplo, en la Argentina, los valores provenientes de una tradición de enfrentamientos, conflictos, inestabilidad política, desencuentros? ¿Cuáles serían las razones para dar valor prescriptivo a ciertas prácticas no cooperativas, violentas?

Pero más aún, si pudiéramos entresacar de nuestras tradiciones (como algunos lo hacen de la tradición norteamericana), aspectos más positivos, tales como los relacionados con la estabilidad política, la previsibilidad, un cierto orden, etc., tampoco en este caso tendríamos razones poderosas para aceptar el conjunto de tales prácticas. Es sabido que, de proposiciones meramente descriptivas de la realidad, no pueden derivarse lógicamente justificaciones para ninguna acción o decisión en particular. De todos modos, ¿con qué parámetros podríamos distinguir y separar las “buenas tradiciones” de las “malas”?

En realidad, este tipo de posturas parecen asentarse sobre ciertas valoraciones no explicitadas, como las de que es bueno determinado orden, son legítimas tales prerrogativas, deben conservarse estos otros principios, quitando del escenario democrático la posibilidad de abrir una discusión sobre cuáles son los valores que deben prevalecer en caso de conflicto. Dicho esto, se reconoce que no tiene mayor sentido discutir sobre la “tradición”, mientras que, en cambio, sí lo tiene discutir sobre la plausibilidad de un principio moral según el cual debe aceptarse todo lo que disponga el derecho vigente.

Para terminar, podemos decir que la visión historicista-tradicionalista de la Constitución ha sido retomada por García Pelayo como una de las concepciones básicas acerca de la Constitución, y contrapuesta, en las tipologías habituales que sobre ella se hacen, a las concepciones racional-normativa y sociológica.

El enfoque racional-normativo⁷ nos interesa particularmente, dado que en él se ha apoyado, de manera implícita o no, buena parte de nuestra doctrina, ya sea con el objeto de defender a la Constitución, ya sea para analizar su contenido.

Según este enfoque racional-normativo, la Constitución se define como un conjunto de normas destinadas a reglar, u ordenar racionalmente a la comunidad y el Estado. Esta concepción, sin embargo, reconoce distintas modalidades en su presentación. Veremos a continuación algunas de estas distintas versiones, pero lo haremos inscribiéndolas dentro de un contexto más amplio de justificaciones consecuencialistas de la Constitución, con las que aquéllas, de algún modo, se encuentran emparentadas.

⁶ Bidart Campos, Germán, *Manual de derecho constitucional argentino*, Bs. As., Ediar, 1984, p. 33.

⁷ Bidart Campos, *Manual de derecho constitucional argentino*, p. 32.

Nos introduciremos en estas posturas revisando algunos de sus antecedentes, que pueden ser rastreados en muchos de los escritos de Alberdi, uno de los principales protagonistas en el proceso de creación de nuestra Constitución.

5. La Constitución como instrumento para el progreso

Influido indudablemente por los ideales iluministas, Alberdi redactó su proyecto de Constitución, y defendió luego el texto elaborado en Santa Fe. Con facilidad pueden detectarse las enormes esperanzas que aquél depositaba en la aprobación de dicho texto.

En respuesta a los *Comentarios* que Sarmiento hiciera sobre la Constitución, por ejemplo, Alberdi redactó sus *Estudios sobre la Constitución argentina de 1853*. En ellos diferenció los fines de los medios incluidos en la Carta Fundamental. Sostuvo entonces que los fines insertos en el Preámbulo “son los fines esenciales y únicos de todo gobierno racional posible, sea cual fuera su forma y el país de su aplicación”. “¿Tenéis noticia –agregaba– de que exista algún gobierno racional que no tenga por objeto la unión, la justicia, la paz, el orden, la defensa, el bien general y la libertad?”.

Pero luego advertía que, así como “todas las Constituciones tienen un fin idéntico y común, también lo es que todas difieren y deben diferir esencialmente en la composición de sus autoridades, que son los medios de obtener la realización del fin. Estos medios –decía– dependen en su organización y mecanismo de las condiciones y antecedentes particulares de cada país; pues cada país es peculiar de algún modo y diferente de los demás”⁸.

Las necesidades de nuestro país eran, en una primera etapa, las de la libertad y la independencia. Según sus palabras, “el momento de echar la dominación europea de nuestro suelo no era el momento de atraer los habitantes de esa Europa temida. Los nombres de inmigración y colonización despertaban recuerdos dolorosos y sentimientos de temor. La gloria militar era el objeto supremo de ambición. El comercio, el bienestar material se presentaban como bienes destituidos de brillo”.

Lograda la independencia y la libertad, las necesidades del país pasaban a ser otras. Ahora los fines eran los de “organizar y construir los grandes medios prácticos de sacar a la América emancipada del estado oscuro y subalterno en que se encuentra”.

De tal modo, y según vimos, Alberdi justificaba la existencia de la Constitución en virtud de los extraordinarios efectos que, según entendía, iba a provocar su dictado. En tal sentido, llegó a hablar de una “Constitución que tenga el poder de las hadas, que construyan palacios en una noche”.

Nuestra Constitución debía ser “absorbente, atractiva, dotada de tal fuerza de asimilación que haga suyo cuanto elemento extraño se acerque al país, una Constitución calculada especial y directamente para dar de cuatro a seis millones de habitantes a la República Argentina en poquísimos años; una Constitución destinada a trasladar la ciudad de Buenos Aires a un paso de San Juan, de La Rioja y de Salta, y a llevar

⁸ Alberdi, Juan B., *Obras completas*, Bs. As., 1887.

estos pueblos hasta los márgenes fecundos del Plata por el ferrocarril y el telégrafo eléctrico que suprimen las distancias”.

Esteban Echeverría⁹ también veía en nuestra Constitución una fabulosa potencialidad. “La soberanía –decía– se ha encaramado en esa ley: allí está la salvaguarda de la democracia. Podrá esta ley ser revisada, mejorada con el tiempo y ajustada a los progresos de la razón pública, por una asamblea elegida *ad hoc* por el soberano; pero entre tanto no llega esa época que ella misma señala, su poder es omnipotente, su voluntad todas las voluntades, su razón se sobrepone a todas las razones. Ninguna mayoría, ningún partido, ninguna asamblea, podrá atentar contra ella, so pena de ser usurpadora y tiránica”.

Sin adherir directamente a los ideales iluministas, la mayor parte de nuestros juristas aludieron a la “necesidad” de la Constitución a los fines de la organización política del país.

Así, para Estrada¹⁰, la Constitución jugaba el papel de “centro superior” que en Inglaterra cumplía la Corona. Entendía que “en los gobiernos de forma republicana necesitan las sociedades encontrar algo que reemplace por su carácter de permanencia y de superioridad indiscutida o indiscutible, el papel que la Corona representa en los gobiernos de forma mixta: es el que incumbe a la Constitución”.

Para Joaquín V. González¹¹, la Constitución es “un instrumento de gobierno hecho y adoptado por el pueblo con propósitos prácticos, como son los de vivir y desarrollarse como personalidad real en el mundo, y que tiene su misión en la cultura de sus individuos y de la humanidad”. Sus objetos principales, señala, son los de fundar un gobierno y establecer los derechos de la libertad, asegurándolos contra toda tentativa que para anular el uno o los otros pudieran realizarse en el futuro.

Sánchez Viamonte¹² también se refiere a la necesidad de la Constitución “para que exista el Estado de derecho”, ya que éste sólo es posible si el gobierno y los gobernados están “sometidos a su imperio”.

Todos estos autores, de algún modo, intentan justificar la Constitución en virtud de los beneficios o las buenas consecuencias que su dictado puede aparejar. Sin embargo, cuando identificamos nuestras razones con las provenientes de un mero cálculo de costos y beneficios, la fuerza de nuestros argumentos se debilita.

En tal sentido, las críticas posibles a posiciones de tipo consecuencialista, pueden ser de distinto tipo.

Para J. Hodson¹³, los argumentos utilitaristas serían autofrustrantes (por llevar a consecuencias antiutilitaristas) en la medida en que todos los miembros de la sociedad adopten una postura semejante. Para otros autores, los problemas aparecen al querer mantener coherentemente una posición utilitarista destinada a incrementar el bienestar general, hasta sus últimas consecuencias. Ello podría llevarnos a justificar actos tales

⁹ Echeverría, Esteban, *Obras completas*, Bs. As., 1951.

¹⁰ Estrada, J., *Curso de derecho constitucional*, Bs. As., 1927, p. 96.

¹¹ González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Bs. As., 1897, p. 15.

¹² Sánchez Viamonte, Carlos, *El constitucionalismo. Sus problemas*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1957.

¹³ Hodson, J., *The ethics of legal coercion*, Dordrecht, 1983.

como el sacrificio de una persona, si es que con tal acto logramos favorecer la utilidad general.

Los problemas que aquí insinuamos, no son ajenos a ninguna de las posiciones que hemos transcrita más arriba. Con alguna perplejidad puede comprobarse cómo, efectivamente, los artífices de la organización política fueron víctimas de tales dificultades.

Fue así como, en la defensa de sus posturas, se dejaron conducir muchas veces por razones instrumentales, descuidando, en ocasiones, la justificabilidad intrínseca de las actitudes que asumían. Veremos a continuación, en algunos ejemplos concretos, cómo se manifestaron históricamente estas dificultades. Intentaremos mostrar también, los perjuicios que las posiciones utilitaristas conllevan respecto de la pretensión de garantizar ciertos derechos como inviolables.

6. Inconvenientes de una defensa utilitarista de la Constitución. El debate sobre la libertad religiosa en la Convención Constituyente de 1853

Un debate en el que, con suficiente claridad, se reflejan los inconvenientes de una posición utilitarista, es el que se dio en nuestra Convención Constituyente en lo relativo a la libertad de cultos. Nos interesa, en particular, recordar las discusiones que rodearon la aprobación del art. 14 de nuestra Constitución respecto de la cuestión religiosa, más que centrarnos en las polémicas, menos salientes, generadas con motivo del art. 2°.

Entre los hechos más destacados de estas disputas, puede mencionarse el de que, en ellas, no se enfrentaron principios ni se expusieron, aun de manera rudimentaria, concepciones en torno a los derechos individuales. Por el contrario, la mayoría de las defensas de un culto oficial se articularon a partir de posiciones inquisitoriales e intolerantes, mientras que, las defensas de la libertad de cultos tuvieron como base principal la conveniencia y la utilidad de tal medida. Esta última posición, que fue la triunfante, ejemplifica el modo y las razones con que fueron defendidos nuestros derechos. Veamos algunos casos que ilustran dicha afirmación¹⁴:

Seguí, respondiendo a un discurso oscurantista pronunciado por Centeno, sostuve que era “indispensable la tolerancia religiosa para el progreso del país por la inmigración virtuosa que traería a nuestro suelo”.

Lavaisse fundamentó su postura, también liberal, en esta materia, en dos argumentos. Uno, vinculado con la caridad evangélica y la hospitalidad que debe dispensarse al prójimo. El otro, relacionado con la necesidad de promover para la Nación “las fuentes de su prosperidad”, entre las cuales se encontraba, principalmente, la inmigración extranjera.

Es curioso que, aun quienes se opusieron a la tolerancia religiosa, no pudieron apartarse del argumento de la inmigración como tema central. En tal sentido, Colodrero manifestó que a los protestantes que vinieran al país se los recibiría fraternalmente y se les daría seguridad “para sus personas y propiedades, quedando de este modo consultado el bienestar general”. El bienestar general no incluía el derecho al culto.

¹⁴ Diario de Sesiones de la Sala de Representantes, Bs. As., 1852.

Leiva, por su parte, consideró que la libertad de cultos no era un requisito indispensable para favorecer la entrada de extranjeros a nuestro país, sino que, básicamente, bastaba con asegurar ciertas garantías sociales. Decía entonces que “si al aliante que ofrece al extranjero la hermosura de nuestro clima, la fertilidad y riqueza de nuestro país, se agregase el de sólidas garantías sociales para la persona y la propiedad, la República Argentina tendría tanta inmigración y cuanta quisiera admitir. Que en veintisiete años de libertad de cultos no se había presentado al gobierno de Buenos Aires ninguna solicitud para traer inmigrantes a su campaña ni había allí una sola colonia establecida”.

Resulta sorprendente comprobar cómo constituyentes tan lúcidos como Colodrero o Leiva pudieron considerar que al inmigrante podía bastarle (para considerarse “bien recibido”), con tener aseguradas, básicamente, ciertas garantías vinculadas con su posibilidad de ser propietario. Pero más sorprendente resulta todavía que, para desvirtuar estas posturas, no se recurriese con convicción a la defensa de un completo esquema de derechos, sino que, por el contrario, se alegasen básicamente, como razones, las de la utilidad general o la conveniencia para el desarrollo económico.

Los lineamientos fundamentales de este debate se reprodujeron en las restantes (escasas) discusiones que se dieron en nuestra Convención Constituyente, ligándose siempre las razones últimas a cuestiones tales como la “utilidad para el progreso”.

Así, como principal defensa del capítulo destinado a las “Declaraciones y garantías” estipuló que “era preciso que la práctica del régimen constitucional a que aspiramos dé, cuando menos para nuestros sucesores, seguridad a la vida y propiedades, medios de trabajo, precio a nuestras tierras y productos, y facilidades para comerciar con los pueblos extranjeros de cuyos artefactos y ciencias carecemos”.

Otro de los pocos debates más o menos atractivos que se dieron durante la Convención, estuvo ligado con la cuestión capital. Se sostuvo entonces que la capital “debe ser aquella en donde con mayor decoro y respetabilidad puedan presentarse (las autoridades) ante el extranjero”.

Es obvio que esta fuerte preocupación por el ingreso de inmigrantes y por la opinión internacional, estuvo motorizada en buena medida por Alberdi, para quien “sin mejor población para la industria y el gobierno libre, la mejor Constitución será ineficaz”.

Las bienintencionadas proclamas de Alberdi, como las de la mayoría de nuestras figuras patrias, merecen, sin embargo, reparos, en la medida en que incorporan a la libertad, básicamente, por cuestiones ligadas con la conveniencia y la prosperidad, lo que parece inferirse, ciertamente, de la generalidad de sus escritos.

Si consideramos que nuestros derechos personales no pueden estar sujetos al logro de objetivos colectivos, entonces, las razones que demos para justificar la validez de la Constitución, deben diferir de las que Alberdi y la mayoría de nuestros constituyentes propusieron.

Intentaremos a continuación, por lo tanto, revisar otras justificaciones posibles, capaces de instruirnos acerca de la real importancia de tener una Constitución. Sin embargo, y antes de abandonar este apartado, nos detendremos brevemente en una nueva variante que puede llegar a presentarse para defender la validez de la Constitución desde una postura consecuencialista.

7. Los buenos resultados producidos por nuestra Constitución

Frente a las posiciones ya vistas, conforme a las cuales la Constitución es valiosa, fundamentalmente, por adecuarse a nuestras tradiciones o por producir resultados positivos para la mayoría, sería posible intentar una nueva defensa de nuestra Ley Suprema, basada en los positivos resultados que se produjeron, en la práctica, a partir de su aprobación. En tal sentido, podría decirse: “El dictado de una Constitución está justificado a partir del impacto positivo que ella efectivamente produce en el razonamiento judicial; en la labor de los poderes políticos, y en las actitudes de la ciudadanía en general”¹⁵.

Con esta explicación se valora al texto constitucional, en definitiva, porque, más allá de las motivaciones que hayan promovido su dictado, él sirve a la protección de ciertos derechos básicos. Esta postura, entonces, y de esta forma, se fortalece justamente en el punto en el que los otros argumentos consecuencialistas que vimos resultaban más débiles.

Ahora bien, la forma en que ese “impacto de la Constitución” se produce, es diferente según a quién hagamos referencia. Respecto de los jueces, por ejemplo, la Constitución se presenta como una premisa básica dentro de su esquema general de razonamiento, que incide de manera determinante en los escritos que éstos producen.

Los poderes políticos, por su parte, también se autolimitan en su actividad, en virtud de ciertos derechos que reconocen como inviolables y una división de tareas interpoderees que reconocen como vigente. En el caso de la ciudadanía, por fin, la Constitución importa en la medida que, tal como puede comprobarse en la práctica cotidiana, promueve la valiosa creencia en un orden jurídico firme, que garantiza ciertos derechos sobre los que ningún poder, público o privado, puede avanzar. La ciudadanía parece apoyarse menos en la legislación ordinaria, que intuye cambiante, confusa e inabarcable, que en la Constitución. A ella se la considera, en cambio, estable, rica en su contenido y austera en palabras. Habitualmente se recurre a ella con la convicción de que asegura, de un modo u otro, algún resguardo a los derechos individuales.

A primera vista, entonces, parecería que encontramos, finalmente, algunas razones valiosas para justificar la existencia de una Constitución.

Argumentos lejanamente similares, pueden rastrearse en un viejo texto perteneciente a Alf Ross¹⁶. En él, este autor daba cuenta de las curiosas costumbres de un grupo de aborígenes, habitantes de unas pequeñas islas ubicadas en el Pacífico. La tribu en cuestión se caracterizaba por la firme creencia que sostenían, según la cual, con la violación de un determinado tabú, se producía un fenómeno extraño, al que denominaban “Tu-Tu”. “Tu-Tu” significaba “una fuerza o lacra peligrosa que recae sobre el culpable y amenaza a toda la comunidad con el desastre”, según la descripción del filósofo.

Lo interesante (para nosotros) es que, si bien “Tu-Tu” aparece en principio como una palabra vaciada por completo de significado, la violación de ciertas reglas (p.ej., el ingerir la comida del jefe de la tribu) provocaba (según los pobladores) que quien co-

¹⁵ Así, por ejemplo, en Nino, Carlos, *Control de constitucionalidad*, Conferencia argentino-germana, Bs. As., 1988.

¹⁶ Ross, Alf, *Tu-Tu*, Bs. As., 1976.

metió la falta estuviere “Tu-Tu”, lo que implicaba que debía ser sometido a una ceremonia de purificación.

Tal situación llevó al profesor Ross a afirmar que, aunque la palabra en cuestión parecía carecer de sentido, en realidad, ella tenía una referencia semántica concreta y que, aunque los lugareños “en su imaginación supersticiosa, adscriban al enunciado la presencia de una peligrosa fuerza”, estaban justificados de utilizar el término dada su utilidad, en cuanto a su capacidad explicativa del funcionamiento de un complejo sistema de sanciones.

Haciendo un paralelismo, tal vez forzado, alguien podría proponer que, quizá sean ciertas todas las dificultades que se alegan respecto de la justificabilidad de la Constitución pero que, de todos modos, sigue siendo útil recurrir a ella.

Es útil hablar de Constitución (como hablar del “Tu-Tu”), porque, por las razones que sean, acostumbramos a orientar nuestras acciones conforme a ella, y los resultados que obtenemos de tal actitud nos resultan aceptables. Aquí también, como en el caso anterior, quien viola ciertas reglas adquiere un mal (su acción es calificada de inconstitucional), y debe ser sometido, por lo tanto, a una “ceremonia de purificación” para expiarlo de dicho mal (el sujeto es sancionado, etcétera).

La plausibilidad que aparenta tener esta justificación, no debe llevarnos tampoco a apresurados entusiasmos. Existen obvias razones para dudar de tal plausibilidad.

En primer lugar, cada uno de nosotros necesita conocer de manera clara y transparente cuáles son las razones por las que está autorizado o no para realizar determinado acto. Aun sin tomarnos demasiado al pie de la letra el paralelismo al cual recurrimos, resulta evidente que la justificación de nuestros derechos y deberes no puede responder a imperativos mágicos ni meramente convencionales. Tampoco es razón para aceptar la Constitución, el hecho de que, intuitivamente, parece que los efectos positivos que el texto provoca son superiores a los negativos. Menos razones tenemos aún, si estos efectos positivos se reducen a implicar una adecuada (económica) descripción-explicación de ciertos fenómenos que caracterizan a nuestros comportamientos cotidianos.

Las dificultades con las que nos enfrentamos provienen básicamente de un único pero fundamental problema. Éste es el siguiente: hasta que no nos hayamos asegurado de que el contenido de la Constitución a la que hacemos referencia es valioso, las demás justificaciones posibles nunca resultarán suficientes. Ya sea que queramos tomar en cuenta la hipotética legitimidad que la Constitución tuvo en su origen, las consecuencias favorables que pueda tener para el progreso del país, el hecho de que en la práctica sirva efectivamente para la protección de ciertos derechos fundamentales, o cualquier otra.

Recién después de incluir ciertas consideraciones acerca del contenido de la Constitución, retomaremos alguno de los argumentos consecuencialistas ya vistos.

8. La Constitución justificada por su contenido. Distintas posiciones interpretativas

Según parece, si el contenido de la Constitución es valioso, las razones para justificar su existencia se solidifican. Sin embargo, cuando nos dirigimos, en la práctica, a

dar cumplimiento a dicha tarea, nos encontramos con algunas dificultades que amenazan ser insuperables.

Fundamentalmente, a partir de que *no hay un acuerdo básico acerca de cómo definir cuál es el contenido de la Constitución*. Porque el hecho de tener una Constitución escrita no garantiza de ningún modo la solución de tal problema.

En tal sentido, es legítimo que nos preguntemos: ¿la justicia de nuestra Ley Suprema debemos buscarla en sus textuales palabras? ¿O debemos recurrir, en cambio, a los principios por ella definidos? ¿O debemos, quizá, desentendernos de los principios morales definidos por ella, para quedarnos, básicamente, con la estructura procedimental que consagra? Haremos, a continuación, y con el riesgo de ser reiterativos, un brevísimo *raconto* mostrando algunas de las respuestas que se han ofrecido a los interrogantes que ahora nos ocupan: ¿cómo definir el contenido de la Constitución?, y luego, ¿cómo saber que tal contenido es justo?, preguntas éstas que se entrecruzan con viejas cuestiones interpretativas, todavía hoy irresueltas.

En la medida en que podamos acordar una respuesta satisfactoria para estos problemas, entonces, podremos considerar que nuestro trabajo se acerca a su conclusión definitiva.

a) *La dogmática jurídica*. La respuesta más pronta que podemos dar al problema de cómo determinar el contenido de la Constitución es la que sostiene la dogmática jurídica (posición ésta bastante difundida en el derecho continental europeo, así como también en nuestro país).

Esta postura se caracteriza por presuponer, sin una mayor elaboración al respecto, ciertas pautas interpretativas como universalmente aceptadas. Presupone, por ejemplo, que detrás del derecho se encuentra un legislador racional, preciso, coherente, justo, omnisciente, etc.; y de allí deduce guías para evaluar el contenido de la Constitución, la “verdadera esencia”, o naturaleza de sus términos, etcétera.

Esta posición, hoy por hoy, ya ha recibido suficientes críticas que la muestran como implausible. Sobre todo, las críticas dirigidas hacia el modelo del “legislador racional”, que poco se asemeja al “legislador real”. De todos modos, la mayor cuestionabilidad de esta postura, está dada por la permanente introducción de concepciones valorativas bajo el ropaje de un análisis objetivo, neutro.

b) *El originalismo*. Una forma corregida, más realista y honesta que la posición dogmática, mantiene su mirada en el legislador original, pero lo considera ahora bajo su ropaje real. Sostiene entonces que, para conocer cuál es el contenido verdadero de la Constitución, es necesario remontarse al momento de su dictado.

Tal pretensión a primera vista resulta aceptable, sobre todo, por el grado de certeza y estabilidad que permite asegurarle al derecho constitucional en particular. La estabilidad parece un valor atractivo si es que nos interesa que la sociedad en que vivimos se asiente sobre un orden justo y aceptado por todos. En la medida en que haya una sola interpretación posible de la Constitución, tendremos entonces buena parte de los pasos necesarios para alcanzar dicho fin. Y qué mejor forma de asegurar una sola interpretación de la Constitución que sujetándola a las intenciones originarias de sus autores que, con ayuda de la investigación histórica, podemos llegar a conocer. Sucede, sin embargo, que apenas avanzamos en dicha investigación histórica, nuestras certezas empiezan a tambalear.

Pocos han expuesto tan lúcidamente como R. Dworkin¹⁷ las críticas a esta postura, y por eso nos apoyaremos en él para exponerlas: en primer lugar, ¿las intenciones de qué individuos debemos tener en cuenta para evaluar las “intenciones originarias”? ¿las intenciones de cada uno de los constituyentes que participaron en la Convención?; ¿las de quienes participaron más protagónicamente en tales discusiones (en nuestro país, los integrantes de la comisión designada al efecto)?; ¿las de quienes participaron en cada artículo en particular?; ¿las de los grupos de presión más influyentes que se movieron detrás de la sanción de la Constitución?; ¿las de algunos de tales grupos o de algún miembro en particular de alguno de ellos?

Luego, ¿qué importancia tenemos que asignarle a las personas que no corrigieron o no enmendaron la Constitución? Más aún, ¿sólo debemos tomar en cuenta las motivaciones conscientes de quienes participaron en el proceso constitucional, o también sus motivaciones inconscientes, sus temores, sus prejuicios?

Y dentro de sus motivaciones conscientes, ¿debemos considerar únicamente aquellas directamente ligadas con el dictado de la Constitución, o debemos admitir también aquellas otras relacionadas, por ejemplo, con su destino personal (así, por caso, cómo valorar un apoyo dado a un artículo, no tanto por convicción como por interés de ganar confianza dentro de una determinada fracción política)?, ¿qué papel juegan sus esperanzas; cuál, sus expectativas al respecto?

c) *Actualización de las intenciones originarias.* Para superar aquellos dilemas, se han propuesto, con un mismo desalentador final, algunas otras variantes a la idea del legislador original. Una de ellas ha sido la de tomar en cuenta escenarios contrafácticos. De tal modo, la respuesta a nuestras dudas quedarían resueltas a través de una respuesta hipotética. Así, por ejemplo, deberíamos plantearnos qué respuestas nos daría hoy el legislador originario si le preguntásemos acerca del problema “x”. Es obvio que, aun cuando, de algún modo, pudiéramos reconstruir el pensamiento de aquél, la respuesta en cuestión aparecería viciada de arbitrariedad. Jamás podríamos llegar a evaluar todos los factores que, inevitablemente, influirían sobre aquella respuesta, por lo que tal contestación sólo sería posible a costa de una siempre cuestionable selección de datos.

No obstante, el fracaso de esta propuesta nos orienta hacia otra, más prometedora.

d) *El recurso a las convicciones.* Algunos autores han optado por dejar de lado la pretensión de reconstruir rígidamente el pasado para contentarse, en cambio, con formular un cuadro más o menos completo de las convicciones básicas de los forjadores de nuestra Constitución.

Sin embargo, aun así, se reproducen los problemas que repasamos anteriormente. ¿Debemos tomar en cuenta las convicciones predominantes en la época, las de un grupo, las de algunos individuos en particular? ¿Cómo evaluamos, además, las convicciones contrapuestas entre distintos grupos; o sostener, equívocamente, ideas contradictorias respecto de cuestiones diferentes¹⁸?

¹⁷ Dworkin, *El imperio de la justicia*, p. 27 y ss., y 223 y siguientes.

¹⁸ Dworkin, *El imperio de la justicia*, p. 115.

Advirtiendo las insalvables dificultades de definir el contenido de la Constitución a partir de la reconstrucción, más o menos acabada, del pensamiento de sus creadores, es que adquirió cuerpo una postura bastante disímil, según la cual el contenido del texto fundamental está determinado convencionalmente; sería, entonces, “aquello que habitualmente entendemos que es”. No se pretende, sin embargo, que tal significado nos sea común a todos, pero sí que, en líneas generales, coincidamos en la interpretación del núcleo fundamental de ella.

Esta postura vuelve a proteger principios tales como los de la estabilidad, la predecibilidad y equidad procesal, que parecen, desde todo punto de vista, valiosos para el derecho.

Cada época podría, legítimamente, diferir en cuanto a la interpretación de tales contenidos, con lo que se dejaría así de lado el peso de “la mano muerta de la Constitución”, objeción ésta siempre presente respecto de las posiciones anteriores. No tendríamos por qué sentirnos atados, entonces, a la voluntad de un grupo cuyas decisiones fueron tomadas hace cientos de años.

Quedaría de éste modo garantizada, no sólo la estabilidad del orden jurídico, dentro de una cierta época, sino también una necesaria flexibilidad, que permitiría adecuar la Constitución a los nuevos tiempos.

El logro de tales propósitos, sin embargo, se hace a costa de un precio importante. Éste es el de dejar de lado principios de moral crítica, capaces de poner en cuestión nuestras convicciones más asentadas. Si tenemos en cuenta que, además, estamos obviando la consideración de importantes diferencias propias de cada época, relativas aun a aspectos importantes de la Constitución; y que, en definitiva, siquiera alcanzamos una descripción adecuada de nuestra práctica jurídica, entonces, comprobamos el débil atractivo que presenta esta postura. En síntesis, si bien con una concepción convencionalista alcanzamos (a pesar de las dificultades), alguna respuesta para nuestro primer interrogante (¿cómo determinar cuál es el contenido de la Constitución?), en cambio, encontramos problemas más graves cuando queremos analizar la validez de tal contenido.

e) *Crítica del pragmatismo.* Un convencionalista podría respaldar un cierto “pasivismo” en cuanto a la actividad judicial frente a los otros poderes políticos. Esta actitud “pasiva” que dominó durante algún tiempo la tarea judicial, fue drásticamente contradicha, por ejemplo, en los Estados Unidos, por la Corte Warren, que optó por asumir un rol “activista”.

El activismo judicial se vincula con una postura pragmática respecto de la Constitución, desvinculándose así de las intenciones originarias de los constituyentes, de sus convicciones, y de aquel apego que vimos a la historia, las costumbres y las tradiciones.

El pragmatismo implica un escepticismo respecto de si los individuos tienen derechos legales asegurados por decisiones políticas pasadas. Son los jueces, en este caso, quienes deben determinar cuál es la solución más conveniente para el futuro. En su variante más radicalizada, el pragmatismo sostiene que el derecho sólo sirve para predecir cómo decidirán luego los jueces.

Su adhesión a la Constitución es, en todo caso, sólo estratégica, ya que puede ser importante ampararse en la Constitución para dotar de mayor legitimidad a sus decisiones.

Los autores que defienden este tipo de pragmatismo, descartarían como inútil toda preocupación acerca del contenido de la Constitución. La Constitución no sería sino “lo que los jueces dicen que es”.

El intento del pragmatismo es muy importante en cuanto a su mirada escéptica sobre el derecho, al poner a la luz la libertad con que, en muchos casos, los jueces leen el derecho. Sin embargo, parece un grave error dejar de tomar en cuenta que, en realidad, la Constitución implica mucho más que un mero apoyo estratégico. Como decían Kelsen o Hart, entre otros, un pragmático no puede obviar la existencia de normas que dan competencia a determinados individuos para actuar como jueces.

Consideramos valioso, de todos modos, el haber expuesto brevemente tal postura, dado que nos sirve como introducción a una nueva, bastante más exitosa en sus intentos.

f) *El contenido procedimental de la Constitución.* Comprobamos que, aun un pragmático, en sus argumentos reconoce implícitamente la existencia de una cierta distribución de poderes realizada desde la Constitución.

Apoyándose en este tipo de evidencia, algunos autores, entre los cuales sin duda Ely es el más destacado, identifican “la naturaleza” de una Constitución como la americana con una técnica procesal de gobierno. Su contenido estaría dedicado, casi exclusivamente, a determinar con precisión el deslinde de facultades entre los distintos poderes de gobierno, y el funcionamiento particular de cada uno de ellos.

Según sus palabras, la Constitución se refiere a “las cuestiones de procedimiento y de estructura y no a la identificación y preservación de valores sustantivos específicos”¹⁹.

Derechos como los de libertad de expresión, de prensa, de reunión, también estarían dirigidos, bien mirados, a cuestiones procedimentales, al favorecer la discusión pública y las correctas decisiones mayoritarias. Esto supone que la justificabilidad de los procedimientos se afirma sólo en vinculación con el sistema democrático (volveremos luego sobre este supuesto).

Señala Ely²⁰ que, la “estrategia general no ha sido por ello implantar en el documento un conjunto de derechos sustantivos con título suficiente para una protección permanente. En lugar de ello, la Constitución ha partido de la convicción obvia de que una mayoría efectiva no amenazará excesivamente sus propios derechos y que lo que debe asegurar es que tal mayoría no trate sistemáticamente a los otros menos bien de lo que se trata a sí misma, y ello estructurando el proceso de decisión a todos los niveles para intentar asegurar, primero, que el interés de cualquiera esté actual o virtualmente representado (normalmente ambas cosas) en el nivel de decisión sustantiva; y segundo, que el procedimiento de aplicación individual no sea manipulado de forma que permita reintroducir en la práctica, la clase de discriminación que está prohibida en teoría... La Constitución americana ha sido de este modo, y en una gran parte continúa

¹⁹ Ely, J. H., *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, 1980, p. 90.

²⁰ Ely, *Democracy and Distrust*, p. 100 y 101.

siendo, una Constitución propiamente dicha, que trata de cuestiones constitutivas. Lo que la ha distinguido, como a los Estados Unidos mismos verdaderamente, ha sido un procedimiento para gobernar, no una ideología de gobierno”.

Más allá de cuál haya sido la estrategia respecto de la Constitución, lo que nos interesa es esta interpretación acerca de su contenido. Ella parece dar respuesta adecuada a varias de nuestras preocupaciones. Sin embargo, vamos a detenernos, a continuación, en algunas críticas posibles a esta postura.

g) *La integridad y los procedimientos democráticos*. Dworkin critica la concepción de Ely acerca de cuál es la lectura correcta sobre la Constitución, e intenta ofrecer luego una interpretación más adecuada.

Se pregunta, en primer lugar: ¿la Constitución es más justa si sus restricciones al gobierno mayoritario son mínimas? Responde a esto en dos formas. En primer lugar, afirmando que para la generalidad de la sociedad no es aceptable tal concepción que reduce al mínimo o desconoce los derechos individuales ante la voluntad de la mayoría.

Esta primera crítica no parece del todo válida, ya que la teoría de los procedimientos constitucionales no es ajena (todo lo contrario) a la preservación y la intangibilidad de ciertos derechos individuales básicos.

Pero vayamos a la segunda crítica, que es en la que más se detiene. Dworkin parece aceptar la posibilidad de que no se nieguen tales derechos individuales, mientras se defiende a la vez una interpretación constitucional que deje amplia libertad de acción a la Legislatura en las cuestiones políticas. Acepta también el fundamento de esta postura, según el cual, a largo plazo, las Legislaturas pueden “desarrollar una teoría más razonable acerca de cuáles son los derechos que exige la justicia, en vez de que las Cortes traten de interpretar el lenguaje vago de las disposiciones constitucionales abstractas”²¹.

No obstante, la preocupación principal de Dworkin parece estar ligada al derecho de las minorías. Las Legislaturas, sustentadas por el voto de las mayorías, no tendrían una especial preocupación por el tema. Ello no significa –lo admite– que “los jueces, aislados de la censura de las mayorías, sean las personas ideales para decidir acerca de esos derechos”. Pero tampoco existe “una razón *a priori* para considerarlos teóricos políticos menos competentes que los legisladores estatales o fiscales de distrito”.

La clave de su análisis se basa en que “la equidad en el contexto constitucional requiere que la interpretación de una cláusula sea penalizada si se basa en principios de justicia que no tienen fundamento en la historia y la cultura norteamericanas, que no han desempeñado ningún papel en la retórica del autoexamen y el debate nacional. La equidad exige referencias a características estables y abstractas de la cultura política nacional, es decir, no a los puntos de vista de una mayoría política local o transitoria sólo porque éstas hayan triunfado en una ocasión política en particular”.

El contenido de la Constitución, para Dworkin, no puede definirse exclusivamente acudiendo a ciertos principios de justicia, sino que debe interpretarse teniendo en cuenta, también, principios de equidad y debido proceso, para poder dar cuenta, en conjunto, de las tradiciones políticas y culturales de la Nación. Reconoce que el hecho

²¹ Ely, *Democracy and Distrust*, p. 254.

de tomar en cuenta principios de equidad política, debido proceso y justicia sustantiva sólo “hasta donde sea posible”, implica “llevar a efecto estatutos que van en contra de una justicia sustantiva”, pero lo admite como un sacrificio aceptable frente a la indeseable alternativa de una interpretación discrecional de la Constitución.

Llegados a este punto, nos encontramos enfrentados a dos disímiles concepciones acerca de cómo definir el contenido de la Constitución. Cada una de ellas alega buenas razones para prevalecer sobre la otra.

En la medida en que alguna de ellas decida a su favor la disputa, habremos encontrado, según parece, argumentos suficientes para justificar la relevancia moral de la Constitución.

Por un lado, entonces, nos queda una propuesta según la cual el contenido de la Constitución se refiere, exclusivamente, al establecimiento de un sistema de procedimientos, justificados, en última instancia, en virtud de ciertos principios democráticos.

Por otro lado, nos encontramos con una propuesta que sostiene que la interpretación del contenido de la Constitución no puede depender de manera exclusiva de principios de justicia sino que, necesariamente, debe recurrir también a otros principios, como los de equidad y debido proceso.

Intentaremos, a continuación, analizar algunas dificultades que pueden caracterizar a esta segunda concepción.

h) *La apelación a valores comunitarios*. Los principios adicionales a los que Dworkin recurre para interpretar el contenido de la Constitución, necesitan también de una justificación adicional. Por ello, el autor inglés toma en cuenta otra idea, la de comunidad.

Dworkin sostiene que la mayoría de las personas piensan que tienen obligaciones asociativas “por el solo hecho de pertenecer a grupos definidos por la práctica social, que no necesariamente es una cuestión de elección o consentimiento”²². Y ella sería la cuestión clave, habitualmente menospreciada por la filosofía política.

Normalmente, tales estudios se centran en los actos conscientes y deliberados, sin tomar en cuenta que suelen ser más importantes las responsabilidades y compromisos con la familia, los amigos, los compañeros de trabajo, etcétera. “No podemos explicar la práctica general —señala Dworkin— si aceptamos el principio que ha atraído a varios filósofos, de que nadie puede tener obligaciones especiales con ciertas personas en particular, salvo en el caso en que elijan aceptarlas. La relación que conocemos entre obligación comunal y elección es mucho más compleja, y una cuestión de grado que varía de una forma a otra de asociación comunal”.

De tal modo, nos iríamos comprometiendo con ciertas obligaciones, aun sin darnos cuenta de ello, y a medida que va transcurriendo nuestra vida. Son obligaciones que se desprenden de relaciones fraternales y comunitarias.

A partir de tal situación, que Dworkin considera evidente, diseña un modelo ideal de comunidad en razón del cual “poder luchar para mejorar nuestras instituciones en ese sentido”. Su modo de interpretar el derecho en general, se vincula con las premi-

²² Ely, *Democracy and Distrust*, p. 126 y ss., y 152 y siguientes.

sas descriptas. De ahí que pueda resultarle una irresponsabilidad pretender evaluar el contenido de la Constitución recurriendo exclusivamente a principios de justicia.

Sin embargo, Dworkin reconoce también la otra cara de la misma afirmación. Ésta es que, así como la vida en una “verdadera comunidad” genera determinado tipo de obligaciones, así también es cierto que tales obligaciones no pueden ser aceptadas por la exclusiva razón de ese hecho.

Así, pueden llegar a detectarse prácticas o responsabilidades que no se justifican a partir de los mismos principios necesarios para justificar otras responsabilidades. En el mismo sentido, admite que “aun las comunidades genuinas que cumplen varias de las condiciones descriptas pueden ser injustas o promover la injusticia y producir de ese modo (conflictos)... entre la integridad y la justicia de una institución”.

De todos modos (y a pesar de los problemas que el mismo autor reconoce), lo cierto es que el balance entre principios de justicia, propios de la comunidad, y obligaciones y prácticas también derivadas de ella, le permiten concluir con una propuesta interesante. Con su visión del derecho como integridad, puede dar explicación a la práctica legal, a la historia jurídica de la Nación. Pero también puede contar con un armazón teórico coherente, capaz de justificar cierto tipo de soluciones a los *hard cases*, y de proporcionar respuestas satisfactorias a los interrogantes que el Poder Judicial habitualmente se plantea.

El punto al que llegamos es importante, pero no podemos permanecer en él sin referirnos a algunos de los supuestos en que la teoría parece apoyarse.

Fundamentalmente, Dworkin discute la idea de que una persona no elige la comunidad en que va a vivir, sino que nace en ella. Da argumentos para relativizar tal afirmación, y poder hacer, así también, posibles objeciones a la valoración, que él implícitamente hace, acerca de la vida en comunidad.

Sin embargo, Dworkin no analiza la objeción según la cual una persona tampoco elige libremente la posición social que va a ocupar, desde que nazca, dentro de tal comunidad. Por más que la movilidad social de la sociedad a la que hagamos referencia sea alta, es obvio que el hecho de que una persona pertenezca desde su nacimiento a una familia de escasos recursos económicos, implica para esa persona que toda su vida, o buena parte de ella, sea destinada a revertir o disminuir los males de tal posición de partida.

El problema se torna aún más serio, cuando advertimos algunos rasgos definitivos de las sociedades en que vivimos. Así, por ejemplo, el hecho de que sus integrantes, al mismo tiempo que hacen constantes esfuerzos para satisfacer sus necesidades, o ampliar sus márgenes de autonomía, se preocupan por impedir que otros se apropien de lo que han alcanzado, o puedan llegar a hacerlo.

Esto, de algún modo, nos remite a un cierto estado de naturaleza (para llamarlo así), que parece diferir sustancialmente de aquel del que parte Dworkin. Porque las prácticas legales del pasado que debo intentar rearticular en una construcción coherente, son prácticas que provienen, por sobre todas las cosas, de una estructura social no igualitaria. Son prácticas definidas, desde su inicio, por la desigualdad.

Cuando reconocemos la posibilidad cierta de que el origen de nuestras prácticas se asiente en la desigualdad (tal como, p.ej., lo afirma Rousseau en su estudio acerca

de la desigualdad), y comprobamos que hoy, aun las democracias consolidadas registran fuertes componentes de desigualdad, las razones para asignarle relevancia ética a las prácticas comunitarias, se ven, al menos en parte, debilitadas.

Si consideramos que las instituciones que, de algún modo, preservan la desigualdad, son injustas, entonces, y en virtud de tales ideales de justicia, debemos reconocer la primacía de las obligaciones de justicia por sobre las obligaciones comunitarias (precisaremos enseguida algunos aspectos vinculados con esta cuestión). Es ésta, en última instancia, la principal enseñanza que surge de la teoría de la justicia rawlsiana, según la cual los derechos asegurados por la justicia a los individuos no pueden sujetarse a ningún tipo de transacciones capaz de desvirtuarlos.

Lo cierto es que, pretender justificar la Constitución a partir de su contenido, también parece ser una alternativa con muchos problemas, ya sea que tomemos en cuenta una posición como la que defiende Dworkin, ya sea que consideremos una visión restrictiva acerca del contenido de la Ley Fundamental, tal como pretende hacerlo Ely.

El problema, tanto en un caso como en el otro, se encuentra en un mismo punto, dado por el papel desequilibrante que juegan los principios de justicia. En el caso del “derecho como integridad”, cuando advertimos la relación de prelación de tales principios respecto de la práctica (aun cuando sean principios intracomunitarios). En el caso de que interpretemos a la Constitución como un catálogo de procedimientos, al advertir que tales procedimientos se tornan irrelevantes si no logran pasar su *test* al ser confrontados con principios de justicia.

Analizaremos otros aspectos de esta discusión, a partir de una posición defendida por Neil Mac Cormick.

9. Constitución y democracia

La polémica entre las normas vigentes y las normas válidas, ha sido fácilmente traducida en otra que contrapuso a la Constitución con la democracia, significando entonces la democracia “un orden moralmente justo capaz de quitarle validez a la Constitución”.

Neill Mac Cormick planteó directamente esta cuestión, preguntándose: ¿es el constitucionalismo antidemocrático?, ¿es la democracia anticonstitucional?, dilema justamente que Dworkin intentó evitar, aun teniéndolo siempre presente.

Mac Cormick²³, al replantear estos problemas, considera casos como los siguientes: ¿qué ocurriría en el caso de que una Constitución restrinja el derecho de voto por causas raciales, o que proscriba determinadas ideologías o partidos políticos? Reconoce entonces que, si se establece que “el modo más legítimo de tomar decisiones políticas es mediante el pueblo como un todo, donde cada uno valga exactamente lo mismo que otro, no está claro qué es lo que legitima la decisión de imponer límites a cualquier tipo de decisiones que éste pueda tomar. No se explica, por ejemplo, por qué los legisladores deben estar separados de los que ejercen el poder judicial en su nombre, especialmente cuando es bien sabido por todos que las normas generales no

²³ Mac Cormick, N., *Constitucionalismo y democracia*, en “Anuario de Derechos Humanos”, 5, 1988/9, p. 374.

pueden decidir los casos particulares, y en consecuencia el ejercicio del poder judicial necesariamente supone al menos una interpretación discrecional”.

Así las cosas –se pregunta– porque el pueblo no tendría que ser su propio intérprete, actuando con arreglo a las decisiones de la mayoría en los casos problemáticos, según el antiguo modelo francés del *référé législatif*.

Mac Cormick admite que, desde esta perspectiva, la democracia no precisa del constitucionalismo y tal vez aun sea incompatible con él.

Sin embargo, ensaya una respuesta que, de algún modo, se acerca a la de Dworkin. Dice entonces que la tradición constitucional ha servido en la realidad al desarrollo de la democracia, al establecer las bases y las condiciones requeridas por ella.

De tal modo, quedan vinculadas la democracia y la Constitución que, hasta entonces, siquiera parecían compatibles. La democracia precisa de la Constitución, concluye Mac Cormick, y ello justifica cierta flexibilidad respecto de los principios puros o abstractos.

Esta tesis, que parece ganar en la práctica la plausibilidad de la que carecía en teoría, permite un nuevo intento de justificación de la Carta Fundamental. Un intento que, si bien vuelve a apelar a razones consecuencialistas (“la democracia sólo funciona donde hay alguna forma de orden constitucional bien establecido”), lo hace articulando tales razones con otras vinculadas al tipo de contenido de la Constitución a la que se refiere (que “impone límites a la mayoría y al igualitarismo absoluto” consagrando, fundamentalmente, el principio de división de poderes).

De ahí que, aun cuando se reconozcan los defectos posibles de la Constitución, se defienda su importancia por las buenas consecuencias que, respecto de la democracia (justificada por sí misma) produce la obediencia y subordinación a dicha Constitución (justificada ésta en virtud de principios democráticos). Se aceptan, entonces, determinadas limitaciones provenientes de la Carta Fundamental sobre el gobierno democrático (“una forma de gobierno difícil de instaurar y sostener”), en nombre de ese mismo gobierno democrático.

El camino sugerido por Mac Cormick, que bien puede ser recorrido a partir de ciertas ideas defendidas por el mismo Dworkin, intenta contener los peligros derivados de una interpretación estricta de ciertos principios de justicia. La interpretación de Ely, en cambio, parecería estar menos capacitada (si la llevamos hasta sus últimas consecuencias) para justificar la preservación de la Constitución (¿qué pasaría, p.ej., si los valores definidos por los poderes políticos contradijesen aun la estructura procedimental de la Constitución?).

Básicamente, la estrategia de Mac Cormick consistiría en reconocer que la democracia constitucional, “aunque sea una democracia imperfecta, reconoce bienes fundamentales que no se derivan del concepto mismo de democracia, e insiste en que los valores del gobernante demócrata debe sostenerse con estos otros bienes”.

Estos “otros bienes” (p.ej., la vigencia de la Constitución) sirven, en última instancia, a la “única forma posible” de democracia; se vinculan todos con la preservación de un determinado orden legal; y están destinados, finalmente, a evitar los riesgos de un “desmantelamiento” de las instituciones sociales y políticas vigentes.

La tensión que se percibe entre la validez y la vigencia de ciertas normas, que es la tensión entre “Constitución vigente” y “democracia ideal”, encierra una de las polémicas más profundas en la historia del pensamiento filosófico. Para dar respuesta al interrogante que motiva este trabajo, conviene que reconozcamos algunas raíces de este conflicto y sus soluciones posibles.

10. Una digresión filosófica: dos visiones de la libertad

Charles Taylor menciona dos corrientes de pensamiento fundamentales como derivados de la Ilustración francesa. Una primera, en la que se destaca en principio la obra de Herder, reacciona contra las concepciones atomistas de la sociedad, que ven al hombre como sujeto de deseos egoístas.

La reacción que encabeza Herder propuso una visión de la sociedad análoga a la que puede tenerse respecto de una obra de arte, en donde cada una de las partes que compone el todo encuentra significado propio únicamente en vinculación con cada una de todas las demás partes.

La segunda corriente aparece más ligada a la concepción kantiana y representa, para Taylor, una visión radical de la libertad. La idea central en este caso, es la noción de autonomía, como equivalente a autodeterminación por la voluntad moral.

Taylor, como muchos otros autores, continúa la tradición hegeliana en nuestro tiempo, más ligada a la primera de las corrientes que vimos. El esquema que lo guía podría resumirse más o menos así: la libertad absoluta requiere homogeneidad porque no puede tolerar diferencias que impidan que cada quien participe completamente de las decisiones de la sociedad. Esa pretensión de homogeneidad implica la disolución de las comunidades parciales, en donde el hombre se sentía incluido, para reemplazarlas por una sociedad unificada en donde todos sean plenamente partícipes de las decisiones que se tomen. Los hombres –considera– son desarraigados de sus tradiciones, pero el papel que estas tradiciones jugaban no consigue un reemplazo eficaz. De ahí que la libertad absoluta sólo pueda terminar generando vacuidad, y la vacuidad, destrucción. Y esto es lo que decía Hegel en su *Fenomenología del espíritu*, cuando afirmaba que a la libertad universal sólo le queda “la acción negativa; sólo es la furia de la destrucción... Sólo destruyendo algo posee esta voluntad negativa el sentimiento de sí como existente”²⁴.

Para Taylor²⁵ la libertad absoluta lleva al vacío, y éste al nihilismo. La solución que propone a cambio es la de “situar la libertad”. El modo más efectivo para dar cumplimiento a tal objetivo en una sociedad moderna es el de “recuperar un sentido de diferenciación significativa, de modo que sus comunidades parciales, ya sean geográficas, culturales u ocupacionales, una vez más puedan ser centros importantes de interés y actividad para sus miembros, de una manera que los conecte con el todo”.

Esta revalorización de las tradiciones y obligaciones propias de una comunidad (una “comunidad verdadera”), se asemeja fundamentalmente a la que Dworkin propone en *El derecho como equidad* y es la misma recuperación de las tradiciones y prácti-

²⁴ Taylor, Ch., *Hegel y la sociedad moderna*, Bs. As., 1983, p. 156.

²⁵ Taylor, *Hegel y la sociedad moderna*, p. 227.

cas comunitarias que Alasdair Mac Intyre propone en *After virtue*²⁶, y que caracteriza a la generalidad del nuevo pensamiento comunitario.

Frente a la anterior concepción descrita, que muestra una fuerte adhesión a las ideas de comunidad, tradición, historia, normas vigentes, la otra, de raíz kantiana, pondría su acento, en cambio, en ideas tales como las de libertad, derechos individuales, autonomía, validez normativa, etcétera.

Los autores inscriptos dentro de esta corriente, por lo general, mostrarían su negativa a limitar los derechos individuales en beneficio del bienestar general, la moral social, las tradiciones, etcétera. Podrían decir, con Rawls, que los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a transacciones ni a regateos. Ni las soluciones comunitarias ni las vinculadas con el utilitarismo se presentarían ahora como plausibles.

Pero, ¿qué propuesta, entonces, podría proponerse a cambio?; ¿debe aceptarse el ideal de la libertad absoluta, aunque él nos arrastre a la destrucción?; ¿han de desecharse las prácticas habituales, las tradiciones?; ¿debe ser admitido el liberalismo individualista, rechazarse las normas vigentes en la medida en que no sean compatibles con normas que sí consideramos válidas? Finalmente, ¿debe considerarse que la Constitución es moralmente irrelevante si los principios que orientan nuestra conducta son los que en verdad debemos considerar como parámetros?

11. La crítica al utopismo

La furia de la destrucción, el nihilismo, el terrorismo principista que atemorizaba a Hegel no ha sido sostenido ni propuesto, en realidad, por ninguno de los autores a los que el hegelianismo se contrapuso históricamente. Difícilmente alguien estaría dispuesto a deshacerse por completo del orden público vigente, en nombre de ciertos principios válidos.

Son muchas las razones que pueden darse en favor de un cambio progresivo del derecho, como solución preferible ante la alternativa de su directo desconocimiento. En muchas de tales razones no nos detendremos. No tomaremos, así, en cuenta, las razones de tipo prudencial; ni nos ocuparemos tampoco de razones de tipo “estratégico”.

Sostendremos, en cambio, lo siguiente: dado que los principios de justicia no los conocemos por revelación, y que sólo podemos alcanzar aproximaciones más o menos confiables a ellos, a través de ciertos procedimientos, entonces, no podemos concedernos la posibilidad de institucionalizarlos, autoritariamente, y no a través de un paulatino proceso que, popperianamente, definiríamos como de “ensayo y error”. Si de la justicia de las normas que aceptamos sólo existen presunciones (que pueden ser muy fuertes), la aplicación de las normas válidas debe ser cuidadosa, y atenta a posibles equivocaciones.

Karl Apel²⁷ toma frontalmente la acusación de tipo hegeliana, según la cual autores como él estarían propiciando “una exaltada idea anarquista cuya realización tiene que convertirse en el terror y, finalmente, en la dominación totalitaria” (según la des-

²⁶ Mac Intyre, A., *After Virtue*, 1984.

²⁷ Apel, K., *¿Es la ética de la comunidad ideal de comunicación una utopía?*, en “Estudios éticos”, Bs. As., 1986, p. 179.

cripción que el mismo Apel realiza). Y para rechazar tal acusación recurre principalmente a la distinción entre ética y utopía. Señala entonces que “al igual que la utopía (la ética) parte de un ideal que ha de ser distinguido de la realidad existente; pero no anticipa el ideal a través de la representación de un modo alternativo o contrapuesto empíricamente posible, sino que considera al ideal como idea regulativa, cuya correspondencia bajo las condiciones de la realidad... puede ser por cierto aspirada pero no puede suponerse nunca que será plenamente alcanzable”.

A pesar de la aceptación contrafáctica del ideal –agrega– debe mantenerse, como decía Kant, la diferencia entre “la idea regulativa” y la realización “empíricamente concebible” de ese ideal. Su individualización histórica, su concreción práctica, necesariamente queda detrás del ideal normativo. Es sólo posible –para Apel– una realización progresiva de aquel ideal. Así, “es necesario mantener siempre la relación de condicionamiento recíproco entre instituciones y discurso”, pero tal necesidad “no contradice el hecho de que la política responsable se encuentra, al mismo tiempo, bajo el principio regulativo de una estrategia a largo plazo ‘de realización de las condiciones ideales’”.

En sentido semejante, Habermas se refiere a la necesidad de medidas institucionales para que, al menos, “puedan alcanzarse en un grado razonable las condiciones ideales previstas siempre por los participantes en la argumentación”²⁸.

12. Principios y Constitución

En la discusión constitucional, puede distinguirse una situación refleja de la que hemos descripto más arriba.

Según vimos, una justificación de la Constitución que se vincule, por ejemplo, con ciertos principios democráticos, puede llevarnos a desconocer a la misma Constitución, o a alguna de sus partes fundamentales, en virtud de aquellos mismos principios que le dan sustento.

Argumentos como los que dan Apel o Habermas²⁹, nos autorizarían a sostener, en cambio, que tales principios básicos pueden constituirse en “ideales regulativos” aptos para orientar sucesivas reformas institucionales, hasta reencontrar a la Constitución (y a la estructura de poderes que de ella se deriva), con los fundamentos racionales que hoy se le exigen.

En efecto, en esta época, como nunca antes, la exigencia de una fundamentación racional parece tornarse una condición indispensable para que la Constitución (y el derecho en general), mantenga su legitimidad, antes basada en otros factores (p.ej., el de ser el producto de una “revolución triunfante”). El mero hecho de la fuerza, la coerción o la costumbre no resultan, hoy, justificaciones aceptables para seguir sosteniendo la validez de la Constitución.

Cuando admitimos como plausible la idea de mantener la Constitución, aunque sometida a una profunda y progresiva reforma, lo hacemos teniendo en cuenta, además, otros elementos. Fundamentalmente, le asignamos enorme importancia al hecho de que la gente, de un modo u otro, tome en cuenta a la Constitución como base a partir de la cual la sociedad se organiza y sus derechos como persona resultan prote-

²⁸ Habermas, J., *Ética del discurso*, en “Conciencia moral y acción comunicativa”, Bs. As., 1985.

²⁹ Habermas, *Ética del discurso*, p. 110.

gidos. Este “tomar en cuenta” a la Constitución, aun teniendo sólo un conocimiento vago de lo que en ella está escrito; este “tomar en cuenta” a la Constitución, con la certeza de que a partir de ella los derechos de uno se encuentran amparados, parece constituir un dato relevante. Ello, obviamente, no permite justificar de por sí el contenido de la Constitución, pero nos otorga algunas razones adicionales para preservarla en su rol actual.

13. Sobre las tareas que quedan pendientes

Reconocemos entonces, por un lado, el impacto positivo que la Constitución tiene sobre la conciencia de los ciudadanos en general; y de ahí deducimos una importante razón para seguir justificando el tener una Constitución.

Ahora bien, y por otro lado, este reconocimiento implica, solamente, una aceptación condicional de la Constitución, en la medida en que ésta ya no es vista como última instancia moral, sino como actualización de ciertos principios más básicos.

De ahí que la Constitución podrá considerarse en sí misma como valiosa, únicamente en el caso de que ella responda, lo más adecuadamente posible, a tales principios. Si, en cambio, el contenido de la Constitución fuese incompatible con esos mismos principios, entonces, dicha Constitución no podría considerarse justificada.

Afirmado lo anterior, conviene aclarar de inmediato dos cuestiones. En primer lugar, es necesario precisar mejor que cuando hablamos de principios, no lo hacemos introduciendo arbitrariamente categorías respecto de las cuales la gente común es ajena, sino que, por el contrario, intentamos con ello una aproximación correcta a lo que, efectivamente la gente hace en la práctica. Según vimos, la ciudadanía, de manera cotidiana, apela a principios para justificar, en última instancia, sus actos.

La cuestión es que, por distintas razones (desconocimiento de alguna información relevante, apelar, como principio último, a algún prejuicio, etc.), alguno de tales razonamientos puede ser incorrecto. Sin embargo, particularmente en el punto que ahora nos interesa (el discurso jurídico en general, la Constitución en especial), no podemos permitirnos tales vicios.

En tal sentido, sería inadmisibles, por ejemplo, querer deducir, de entre los principios que suponemos consensuados por todos (y por lo tanto forjadores del acuerdo constitucional), principios racistas, para dar un caso.

Y aquí aparece, entonces, la segunda cuestión a la que queríamos referirnos. Ésta es: ¿podemos ponernos de acuerdo respecto de cuáles son, por ejemplo, los principios que la Constitución debe reflejar en su contenido? Discutir esta cuestión, y los problemas epistemológicos con ella vinculados, excede las posibilidades de este trabajo. Sin embargo, la respuesta a tal interrogante es decisiva para nuestro análisis. Con algún atrevimiento, y antes de concluir, me animaría a aventurar que la respuesta a dicha pregunta puede ser afirmativa, y estar vinculada a ciertos principios relacionados con la autonomía individual y la libre elección y realización de los ideales personales.

También, y como última cuestión, parecería conveniente precisar que, cualquiera fuese, en definitiva, el acuerdo sobre principios básicos que se considerara valioso, dicho acuerdo debería reflejarse luego, necesariamente, dentro del texto constitucional. Y que si efectivamente los entendimientos profundos sobre los que dicho acuerdo



se erigiese se vinculasen con ciertos ideales de autonomía y de autorrealización personal, la Constitución merecería entonces una revisión muy sustancial. Especialmente, cabría considerar si el esquema de procedimientos establecido actualmente en la Constitución, favorece o bloquea el desarrollo de aquellos ideales.

Pero todos estos interrogantes correspondería analizarlos más detenidamente, y por separado. Esto, si admitimos que continuar discutiendo este tipo de problemas, implica bastante más que un mero ejercicio académico.

© Editorial Astrea, 2002. Todos los derechos reservados.

