

Las instituciones de la democracia constitucional y los derechos: un repaso de la literatura

*Pedro A. Caminos**

Resumen

En este trabajo se presentarán dos enfoques recientes sobre la relación entre las instituciones de la democracia constitucional y los derechos. El primer enfoque sostiene que las instituciones deben efectuar el mismo tipo de razonamiento para garantizar la justificación de sus decisiones sobre derechos. Ese razonamiento se basa en el principio de proporcionalidad. El segundo enfoque sostiene que las instituciones deben especializarse en diferentes tipos de razonamiento. Así cada una de ellas realiza un aporte particular a la protección de los derechos. El objetivo de este trabajo es que un lector interesado, pero no especializado, pueda conocer rápidamente las obras y autores de referencia de cada enfoque.

Palabras clave: Democracia, Derechos, Instituciones.

The Institutions Of Constitutional Democracy And Rights: A Review Of The Literature

Abstract

This paper shall present two recent approaches on the relation between the institutions of constitutional democracy and rights. The first approach

* Abogado por la Universidad de Buenos Aires (Diploma de Honor); Profesor de Derecho Constitucional (UBA); doctorando (UBA); pcaminos@derecho.uba.ar.

contends that those institutions should apply the same kind of reasoning in order to justify its decisions on rights. That reasoning is grounded on the principle of proportionality. The second approach contends that each institution should become a specialist in a different kind of reasoning. Thus, each one of them would do a peculiar contribution to the protection of rights. The aim of this paper is to allow to an interested, but not expert, reader to quickly get acquainted with reference works and authors of each approach.

Keywords: Democracy, Institutions, Rights.

Los debates sobre la relación entre democracia y derechos no son una novedad. La reflexión permanente sobre el modo en que dicho vínculo se desarrolla probablemente sea uno de los motores que mantiene vivo a un régimen político democrático. Sin embargo, en las últimas dos décadas, a partir de los aportes de ciertos autores, como Jeremy Waldron o Mark Tushnet, la discusión comenzó a girar ya no tanto en torno a los conceptos abstractos de “democracia” y “derechos”, sino sobre diseños y capacidades institucionales.¹

De ese modo, el diálogo pasó a referirse a problemas más concretos relativos al aporte que las instituciones habituales en nuestros sistemas constitucionales, tales como las legislaturas o los tribunales, pueden hacer para honrar el compromiso tanto con la democracia como con los derechos. En este trabajo, quisiera referirme a dos tendencias divergentes en esa literatura más reciente. Mi objetivo es referenciar sintéticamente ambas posiciones, señalando cuáles son los tópicos que discuten e indicando las obras relevantes para permitir que lectores interesados, pero no especializados, puedan acudir a ellas y “pensar en derecho” por sí mismos.

1. J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999; M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

I. La confusión como diseño institucional

La primera de las dos tendencias que analizaré es la de la “confusión”. El término no debe ser entendido en sentido peyorativo sino como una metáfora elaborada a partir del concepto de confusión como modo de extinción de las obligaciones. Una obligación se extingue por confusión cuando acreedor y deudor de un vínculo obligacional pasan a ser la misma persona. En esa línea, un diseño institucional se funda en el principio de la confusión cuando se espera que cada institución utilice el mismo tipo de razonamiento. Así, sus roles institucionales se confunden.

En la literatura contemporánea, el principio de confusión está asociado con la promoción de un uso cada vez más extensivo del principio de proporcionalidad. Se trata, por supuesto, de un fenómeno global consistente en que una mayor cantidad de tribunales, nacionales, regionales e internacionales, evalúan la validez de leyes y otras normas recurriendo a un análisis que comienza por determinar la legitimidad de los fines que ellas persiguen, pasa a determinar la idoneidad de los medios por los que optaron sus creadores para alcanzar tales fines, continúa por comparar esos medios con otros alternativos para comprobar si alguno de ellos impondría restricciones menos onerosas pero igualmente idóneas y, por último, pondera si la importancia de alcanzar esos fines es superior a la intensidad de la restricción al derecho.²

El uso del principio por parte de los tribunales tiene un ejército de defensores. No quiero extenderme aquí sobre las ideas de los sospechosos de siempre.³ En cambio, me parece importante prestarle atención

2. A. Stone Sweet y J. Matthews, “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 47 (1) (2008): 68-149. La exitosa difusión del principio de proporcionalidad se explica muy probablemente por la existencia de una “comunidad global de cortes” cuyos miembros mantienen contactos permanentes, desarrollando influencias recíprocas. Véase A. M. Slaughter, “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, 44 (2) (2003): 191-219. El rol del derecho internacional y su vínculo con el derecho constitucional merecen un tratamiento separado. Una buena introducción en M. Kumm, “Democratic Constitutionalism Encounters International Law: Terms of Engagement”, en S. Choudry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

3. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. J. Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002; D. M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004; L. Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos

al modo en que esa defensa se desarrolló en contextos no tan amenos al principio de proporcionalidad, como los Estados Unidos. En una obra relativamente reciente, Jamal Greene sostuvo que la proporcionalidad tenía la ventaja de disminuir la intensidad de las controversias sobre derechos.⁴ Entre las razones que proporcionó para justificar esa idea me interesa destacar una. Cuando se plantea un conflicto entre derechos, el principio de proporcionalidad se toma en serio a ambos, pues los dos son ponderados y la eventual victoria de uno en cierto contexto no precluye la posibilidad de un resultado diverso en otro. Eso contribuiría a evitar, o al menos a atenuar, la polarización política que aqueja a muchas democracias occidentales.

Un camino similar al de Greene es transitado por quienes proponen un “constitucionalismo transformador”.⁵ La idea general es que la constitución o un instrumento de derechos humanos configuran el fundamento para una transformación, más o menos profunda, de las estructuras sociales, políticas, económicas e institucionales existentes en un Estado o en una región. En ese contexto, los tribunales actúan como agentes de esa transformación, dando voz a los grupos vulnerables que carecen de peso o de representación en el proceso político, admitiendo litigios de tipo estructural para promover el cambio en el modo de trabajo de agencias, organismos e instituciones y exhortando a las instituciones políticas para que deliberen, cuando no directamente para que decidan, sobre políticas públicas desactualizadas, discriminatorias o, lisa y llanamente, inexistentes.

Aires, Eudeba, 2009; A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; K. Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

4. J. Greene, *How Rights Went Wrong. Why Our Obsession with Rights Is Tearing America Apart*, Boston, Houghton - Mifflin - Harcourt, 2021.

5. D. Bonilla Maldonado (ed.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; O. Vilhena et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism. Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2013; A. Von Bogdandy et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Jus Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017; M. Hailbronner, “Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South”, *American Journal of Comparative Law*, 65(3) (2017): 527-565.

No es de extrañar que la atribución de semejantes virtudes al principio de proporcionalidad tienda a volverlo tan atractivo. Las propuestas de organización institucional basadas en la confusión se desprenden casi naturalmente de esa visión. En efecto, estas ideas presuponen que las instituciones están animadas por una “cultura de la justificación” según la cual deben explicar la legitimidad de las medidas que adoptan y por qué ellas no afectan indebidamente los derechos que se dicen restringidos.⁶ Los tribunales son considerados no como instituciones que resuelven casos particulares aplicando normas generales, sino como un foro en el que los ciudadanos pueden exigirle esa justificación al gobierno.⁷ Según este tipo de concepciones, los tribunales están para darles “significado a nuestros valores públicos”, diciéndolo en palabras de Owen Fiss.⁸

Una objeción posible aquí es que, si la proporcionalidad contribuye a darle significado a “nuestros valores públicos”, entonces tal vez dicha tarea debería ser desarrollada fuera de los tribunales. Por lo tanto, no es de extrañar que se defienda el uso de la proporcionalidad para elaborar discursos constitucionales no solo en el ámbito judicial, sino también en las instituciones políticas.⁹ Con lo cual, la confusión institucional queda concretada.

Por supuesto, no todos los partidarios de la proporcionalidad sostienen que el principio deba ser aplicado exactamente de la misma manera en cada ámbito institucional. Algunos tienen posiciones más sutiles,

6. El concepto de “cultura de la justificación” se popularizó a partir del muy citado artículo de E. Mureinik, “A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights”, *South African Journal on Human Rights*, 10 (1) (1994): 31-48.

7. Una defensa de esta idea en C. Lafont, *Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press 2019. Entre nosotros, Roberto Gargarella también va en esa línea, aunque expresando una perspectiva escéptica, acaso sombría, con respecto a la posibilidad de que los tribunales realmente existentes en la Argentina sean capaces de concretar adecuadamente esa tarea. Véase R. Gargarella, *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran por fin al diálogo ciudadano*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021.

8. O. M. Fiss, “Foreword: The Forms of Justice”, *Harvard Law Review*, 93(1) (1979): 1-58, p. 2.

9. F. I. Michelman, “Proportionality Outside the Courts with Special Reference to Popular and Political Constitutionalism”, en V. C. Jackson y M. Tushnet (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 41-44.

“institucionalmente sensitivas”.¹⁰ Sin embargo, quienes están disconformes con este enfoque y son críticos del principio de proporcionalidad nos llevan a pensar las cosas de otra manera.¹¹

II. Instituciones especializadas

La otra tendencia que presentaré en este trabajo es la de la “especialización”. Un diseño institucional se funda en el principio de especialización cuando el tipo de razonamiento empleado por cada institución es diferente del usado por las otras. Esto permite que cada actor institucional efectúe un aporte peculiar y diferenciado al procedimiento decisorio. La especialización admite ciertos matices que, en principio, son más difíciles de introducir bajo el diseño de la confusión. Entre ellos, se destaca el concepto de deferencia. Si una institución efectúa un tipo de aporte al procedimiento decisorio basado en sus propias capacidades institucionales que es distinto del que realizan las otras, entonces cada institución tiene una razón para ser deferente con las demás en aquellos puntos en los que ellas tienen ventajas en virtud de sus capacidades específicas, y la revisión tendrá lugar de acuerdo con esas capacidades en particular.¹²

10. A. Brady, *Proportionality and Deference. An Institutionally Sensitive Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; A. Kavanagh, *The Collaborative Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024, pp. 287-294; V. Perju, “Proportionality and *Stare Decisis*: Proposal for a New Structure”, en V. C. Jackson y M. Tushnet (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; R. Dixon, “Calibrated Proportionality”, *Federal Law Review*, 48(1) (2020): 92-122.

11. J. F. Urbina, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; G. C. N. Webber, *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009. Aunque no estrictamente crítico, Víctor Ferreres Comella también ha indicado con mucha lucidez cuáles son los límites de la proporcionalidad, en particular que su uso presupone una concepción política sustantiva que debe ser adecuadamente explicitada a riesgo de que quede oculta si solo se observan los “pasos” específicos de la proporcionalidad. Ello lo lleva a discutir las implicancias institucionales del uso del principio por parte de los tribunales. Véase V. Ferreres Comella, “Beyond the Principle of Proportionality”, en G. Jacobsohn y M. Schor (eds.), *Comparative Constitutional Theory*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018.

12. No es de extrañar que la discusión sobre la separación y la división de poderes también se haya renovado en este contexto. Véase E. Carolan, *The New Separation of Powers. A*

Una manera elegante de presentar esta idea fue elaborada por Adrian Vermeule, quien propuso distinguir entre los dos tipos de rol que cada institución puede asumir: decisión y revisión.¹³ Vermeule sugirió que la decisión con respecto al alcance de la revisión fuera adoptada como una respuesta a esta pregunta: ¿qué beneficio (o costo) marginal implica agregar una etapa adicional de revisión para este tipo de decisiones? De acuerdo con Vermeule, la respuesta variará según diversos factores, pero, en general, los costos tenderán a superar a los beneficios cuanto mayor sea el nivel de injerencia judicial respecto de la decisión, es decir, cuanto más se acerque la actividad judicial a ser una decisión en lugar de una revisión. Por lo tanto, *en el margen*, los tribunales actúan razonablemente quedándose en el área de la revisión y adoptando criterios de deferencia hacia la administración. Por ello, en general los tribunales deberían ser deferentes y abstenerse de decidir.

En esa línea, hay una creciente literatura encargada de analizar y diferenciar los tipos de razonamientos que utilizan las legislaturas y los tribunales, sobre todo en materia de derechos.¹⁴ Básicamente, los tribunales se especializan en la resolución de controversias que son llevadas ante ellos por las partes con el fin de que las resuelvan aplicando normas creadas previamente. Incluso cuando un tribunal crea derecho, lo hace apelando a un razonamiento en el que esa creación es elaborada a partir de normas preexistentes. En cambio, las legislaturas están concebidas para actuar de

Theory for the Modern State, Oxford, Oxford University Press, 2009; C. Möllers, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2013; D. Kyriasis, *Where Our Protection Lies. Separation of Powers and Constitutional Review*, Oxford, Oxford University Press, 2017; M. Tushnet, *The New Fourth Branch. Institutions for Protecting Constitutional Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

13. A. Vermeule, *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2016.

14. R. Ekins, *The Nature of Legislative Intent*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 127-135; D. Kyriasis, *Shared Authority. Courts and Legislatures in Legal Theory*, Oxford, Hart, 2015; Yowell, P., *Constitutional Rights and Constitutional Design. Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review*, Oxford, Hart, 2018, pp. 90-130; Webber, G. et al., *Legislated Rights. Securing Human Rights through Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018; K. Roach, "The Varied Roles of Courts and Legislatures in Rights Protection", en M. Hunt, H. J. Hooper y P. Yowell (eds.), *Parliament and Human Rights*, Oxford, Hart, 2015.

manera proactiva formulando normas generales en leyes con la finalidad de resolver problemas sociales en aras del bienestar colectivo.

III. Balance

Tal vez una manera de efectuar un balance de esta discusión sea admitir que una constitución no es normativamente homogénea.¹⁵ Por un lado, la constitución define las competencias de las instituciones democráticas mediante reglas. Por otro, la constitución incluye principios concretos referidos a las aspiraciones colectivas de la comunidad política que esas instituciones democráticas se proponen satisfacer. Tales aspiraciones son doblemente controversiales tanto porque es posible elaborar diferentes concepciones sobre ellas como porque pueden entrar en conflicto entre sí.

El rol de las instituciones democráticas es administrar esas polémicas y tensiones. El diseño apropiado para distribuir funciones en esa tarea de administración requerirá una sensibilidad muy particular a los cambiantes contextos. Pero, seguramente, la literatura actual proporciona herramientas adecuadas para guiar esa decisión que nos permita trascender la dualidad abstracta y poco práctica del contraste entre democracia y derechos.

Bibliografía

Alexy, R., *A Theory of Constitutional Rights*, trad. J. Rivers, Oxford, Oxford University Press, 2002.

Atria, F., *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

Balkin, J. M., “The Framework Model and Constitutional Interpretation”, en Dyzenhaus, D. y Thorburn, M. (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

15. F. Atria, *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 274-277; E.-W. Böckenförde, “Fundamental Rights as Constitutional Principles. On the Current State of Interpreting Fundamental Rights”, en *Constitutional and Political Theory. Selected Writings*, editado por M. Künckler y T. Stein, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 264; J. M. Balkin, “The Framework Model and Constitutional Interpretation”, en D. Dyzenhaus y M. Thorburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

- Barak, A., *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Beatty, D. M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- Böckenförde, E.-W., “Fundamental Rights as Constitutional Principles. On the Current State of Interpreting Fundamental Rights”, en *Constitutional and Political Theory. Selected Writings*, M. Künkler y T. Stein (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2017.
- Bonilla Maldonado, D. (ed.), *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- Brady, A., *Proportionality and Deference. An Institutionally Sensitive Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Carolan, E., *The New Separation of Powers. A Theory for the Modern State*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Clérico, L., *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009.
- Dixon, R., “Calibrated Proportionality”, en *Federal Law Review*, 48(1) (2020), 92-122.
- Ekins, R., *The Nature of Legislative Intent*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Ferrerres Comella, V., “Beyond the Principle of Proportionality”, en Jacobsohn, G. y Schor, M. (eds.), *Comparative Constitutional Theory*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018.
- Fiss, O. M., “Foreword: The Forms of Justice”, en *Harvard Law Review*, 93(1) (1979), 1-58.
- Gargarella, R., *El derecho como una conversación entre iguales. Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran por fin al diálogo ciudadano*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021.
- Greene, J., *How Rights Went Wrong. Why Our Obsession with Rights Is Tearing America Apart*, Boston, Houghton - Mifflin - Harcourt, 2021.
- Hailbronner, M., “Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South”, en *American Journal of Comparative Law*, 65(3) (2017), 527-565.
- Kavanagh, A., *The Collaborative Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2024.

- Kumm, M., “Democratic Constitutionalism Encounters International Law: Terms of Engagement”, en Choudry, S. (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- Kyritsis, D., *Shared Authority. Courts and Legislatures in Legal Theory*, Oxford, Hart, 2015.
- *Where Our Protection Lies. Separation of Powers and Constitutional Review*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- Lafont, C., *Democracy without Shortcuts. A Participatory Conception of Deliberative Democracy*, Oxford, Oxford University Press 2019.
- Michelman, F. I., “Proportionality Outside the Courts with Special Reference to Popular and Political Constitutionalism”, en Jackson, V. C. y Tushnet, M. (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- Möller, K., *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- Möllers, C., *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- Mureinik, E., “A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights”, en *South African Journal on Human Rights*, 10 (1) (1994), 31-48.
- Perju, V., “Proportionality and *Stare Decisis*: Proposal for a New Structure”, en Jackson, V. C. y Tushnet, M. (eds.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- Roach, K., “The Varied Roles of Courts and Legislatures in Rights Protection”, en Hunt, M., Hooper, H. J. y Yowell, P. (eds.), *Parliament and Human Rights*, Oxford, Hart, 2015.
- Slaughter, A.-M., “A Global Community of Courts”, en *Harvard International Law Journal*, 44 (2) (2003), 191-219.
- Stone Sweet, A. y Matthews, J., “Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, 47 (1) (2008), 68-149.
- Tushnet, M., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.
- *The New Fourth Branch. Institutions for Protecting Constitutional Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.
- Urbina, J. F., *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

- Vermeule, A., *Law's Abnegation. From Law's Empire to the Administrative State*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2016.
- Vilhena, O. et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism. Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2013.
- Von Bogdandy, A. et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- Waldron, J., *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999.
- Webber, G. C. N., *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- Webber, G. et al., *Legislated Rights. Securing Human Rights through Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- Yowell, P., *Constitutional Rights and Constitutional Design. Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review*, Oxford, Hart, 2018.