

CONTENIDO DEL LÍMITE A LAS DECISIONES MAYORITARIAS

Ab. Luis Alfredo Sánchez Baquerizo*

RESUMEN:

En el artículo exploro tres de las teorías constitucionales más importantes de la actualidad. Considero imprescindible, para los juristas y estudiantes de derecho, profundizar en el estudio de la literatura que describe y explica el fenómeno del constitucionalismo moderno. El análisis de estas teorías es el método más adecuado para entender el reciente proceso constituyente. Cuestiones de límites a la autoridad y los principios morales que legitiman el sistema democrático, así como todo lo concerniente al objeto de la filosofía del derecho debe ser comprendido, con la finalidad de promover e impulsar la consolidación de una verdadera Democracia Constitucional ecuatoriana.

CONTENIDO DEL LÍMITE A LAS DECISIONES MAYORITARIAS

La República del Ecuador está inaugurando nueva Constitución. El rompimiento con el orden constitucional del año 1998 es un hecho consumado. Para ello, los agentes constituyentes debieron recorrer un intenso proceso de reforma política que, históricamente, se ha repetido con frecuencia, en otros contextos y con otros actores; no en vano, la actual, es la vigésima constitución. El discurso oficialista sostiene que, a diferencia de otros procesos constituyentes, el de ahora, es un cambio de paradigma: una revolución que deja el mundo de las ideas (correctas, justas y perfectas) para materializarse en un texto de 444 artículos con pretensión de una "larga" perdurabilidad -desconocida desde el inicio de nuestra práctica constitucional-, y cuya operatividad depende de su

* Candidato a Master en Derecho y Especialista en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Palermo, Argentina. Profesor Invitado de la materia Introducción a la Investigación Jurídica. luissanchezb@hotmail.com

respectivo proceso de transición política, que lo que menos nos ha proporcionado es una transición con un orden sistemático.

Para entender todo lo que este fenómeno supone, o las manifiestas consecuencias del cambio de la fuente de validez de nuestro ordenamiento jurídico, se hace imprescindible, a mi modo de ver, explorar, estudiar o repasar, aun las cuestiones más básicas concernientes a la teoría política en general, y en especial a la teoría constitucional. Debemos tener las respuestas a estas, al parecer, simples preguntas: ¿qué es una constitución?, ¿qué es una democracia?, ¿qué es una democracia constitucional?

En el presente artículo analizaré algunos aspectos del contenido normativo de una constitución escrita. Procederé a enunciar las ideas principales de las teorías constitucionales que guardan mayor conformidad con los siguientes criterios de evaluación: capacidad de descripción y explicación, consistencia lógica y fructificación; me refiero a las teorías monista, dualista y de derechos fundamentales. Trataré de mostrar, mediante la argumentación racional, propia del discurso moral de la modernidad, que el contenido de una constitución, para un Estado democrático, necesita ser robusta en cuanto a derechos individuales exigibles, de aplicación directa e inmediata, debiendo garantizar –específicamente-, y para el buen desempeño del sistema de toma de decisiones mayoritarias, los denominados derechos sociales, consagrados en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, que fue suscrito y ratificado por el Estado ecuatoriano.

Resalto que no alcanza su mera consagración formal, esto es, su positivización en el texto constitucional; hace falta algo más, sin dudas. El método de interpretación socio-jurídico lo corrobora. Según mi criterio, la teoría constitucional fundamentalista es la que satisface, con mayor exhaustividad, las condiciones para la implementación de una democracia en su sentido normativo, es decir, la democracia como debe ser. La democracia normativa, como muestra la abrumadora evidencia empírica, difiere muchísimo de todos nuestros sistemas políticos ensayados desde aquella época pretérita, allá por el tercer decenio del siglo XIX.

A continuación, como paso previo y de forma breve, trataré el complejo tema de la naturaleza y validez de la norma constitucional.

Durante el desarrollo de este artículo, iré mencionando ciertos hechos del proceso constituyente desarrollado en el Ecuador, además de las incongruencias e incompatibilidades de algunas decisiones políticas pasadas que vulneraron la normativa constitucional del 98, lo cual me permitirá analizar los principios generales de las teorías constitucionales con el caso concreto, contrastar la idea con el hecho empírico.

Naturaleza de la norma constitucional

La teoría positivista del derecho señala que una constitución es la norma suprema del sistema jurídico. Según sostiene el mayor exponente del positivismo jurídico, Hans Kelsen¹, las normas jurídicas están ordenadas de forma jerárquica, como si el sistema jurídico fuera una pirámide, siendo la constitución la norma jurídica que se encuentra en el vértice, en la cima, y, lo más importante, el resto de normas jurídicas vigentes encuentran su validez en ella. El jurista, o científico del derecho, para acercarse a su objeto de estudio debe utilizar el método de interpretación sistemático. Para constatar la validez de una norma jurídica, de acuerdo con otro de los más grandes filósofos del derecho del siglo XX, Herbert Hart, se utiliza una regla de carácter secundario, la regla de reconocimiento². La Constitución Nacional del Ecuador actualmente vigente, en adelante (CNE), establece en su artículo 424³ la supremacía señalada.

De acuerdo a esta teoría, corroborada por el actual ordenamiento jurídico ecuatoriano, una norma jurídica es válida y, por lo tanto, su cumplimiento deberá ser exigido mediante acto de coerción estatal, lo que se conoce como regla de adjudicación⁴, siempre y cuando haya sido expedida de acuerdo con el procedimiento establecido por la constitución, y si su contenido no se contrapone al de la norma fundamental; de lo contrario, la norma en cuestión, debe ser expulsada del sistema

¹ Kelsen, H. *La teoría pura del derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1979.

² Hart, Herbert, *El Concepto de Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

³ Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

⁴ Hart, Herbert, *El Concepto de Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

jurídico, artículo 436⁵(CNE). La (CNE) en su artículo 429⁶, siguiendo la tradición continental de control concentrado de constitucionalidad, dispone la creación de un organismo de control constitucional con esa función. La Corte Constitucional hará un control abstracto y sus resoluciones tendrán efecto erga omnes.

El caso paradigmático del control de constitucionalidad, la revisión judicial de las leyes, para ser más precisos, fue establecida mediante un fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica: *“Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza. Ciertamente, todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran la ley fundamental y suprema de la Nación, y, consecuentemente, la teoría de cualquier gobierno de ese tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría está íntimamente ligada al tipo de Constitución escrita y debe, por ello, ser considerada por esta Corte como uno de los principios básicos de nuestra sociedad. Por ello esta circunstancia no debe perderse de vista en el tratamiento ulterior de la materia.”*⁷

Este argumento es conocido como la “lógica de Marchall”⁸, En muchísimos casos, dentro un sistema jurídico, podemos encontrar

⁵ Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: ... 2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

⁶ Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.
Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte.

⁷ Caso Marbury versus Madison, Corte Suprema de Estados Unidos el 24 de febrero de 1803.

⁸ Nino, Carlos, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

normas vigentes cuyo contenido es contrario a la constitución o tienen un origen distinto al establecido, y no por ello la norma constitucional pierde eficacia, ni la norma jurídica controvertida deja de ser parte del ordenamiento jurídico. Kelsen trató de explicar este fenómeno sosteniendo que toda norma jurídica tiene implícita una cláusula tácita de convalidación, de manera que mientras no sea declarada inconstitucional, por el órgano competente para el efecto, tendrá validez en el sentido de fuerza normativa.

Volvamos al caso concreto, me remontaré a la época en que rigió en el Ecuador la Constitución del 98, en adelante (C98). Utilizaré el método de interpretación de la Escuela de la Exégesis. Bajo la técnica de la interpretación semántica, todas las leyes del presupuesto general del Ecuador, desde el año 1999 hasta el 2008, violaron el artículo 71 inciso primero⁹(C98), ya que el porcentaje establecido en ellas, para la educación, fue inferior al 30%. Así mismo, por medio de un decreto presidencial se dolarizó la economía del país, mientras que el artículo 264¹⁰ (C98) era sumamente claro y categórico. En cuanto a las normas jurídicas válidas de acuerdo al procedimiento constitucional, el Tratado Internacional suscrito con Estados Unidos de Norteamérica, por el que el pueblo ecuatoriano cedió una parte de su territorio para la construcción de una base militar, nunca fue debatido por el entonces Congreso Nacional para su aprobación, en evidente violación al art. 161¹¹ (C98). Los casos de violación al sistema jurídico, mediante la expedición de normas de jerarquía inferior incompatibles, surgen como consecuencia de un deficitario control de constitucionalidad de las leyes.

Validez de la norma constitucional

Ahora bien, sabemos que la validez y vigencia de las normas jurídicas, siguiendo una línea de interpretación sistemática, se debe a la

⁹ Art. 71.- En el presupuesto general del Estado se asignará no menos del treinta por ciento de los ingresos corrientes totales del gobierno central, para la educación y la erradicación del analfabetismo.

¹⁰ Art. 264.- La emisión de moneda con poder liberatorio ilimitado será atribución exclusiva del Banco Central. La unidad monetaria es el Sucre, cuya relación de cambio con otras monedas será fijada por el Banco Central.

¹¹ Art. 161.- El Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios internacionales: 1.-Los que se refieran a materia territorial o de límites. 2.-Los que establezcan alianzas políticas o militares. ...

Constitución; no obstante, si somos analíticos, deberíamos preguntarnos acerca de la validez de la norma constitucional misma: qué hace que determinada constitución, en un lugar específico, tenga validez y vigencia. Entramos en la tan polémica cuestión de la norma fundamental, o básica, kelseniana, ¿cuál es la naturaleza de esta norma?, ¿será extra-jurídica, esto es, moral?, ¿o simple y llanamente es una imposición política, reconocida en el derecho internacional público como el principio de efectividad? Algunos iusfilósofos¹² sostienen que la norma básica, no es otra cosa que un presupuesto epistemológico, una hipótesis de trabajo para el científico del derecho, cuyo objeto de estudio es el derecho objetivo desde su aspecto externo, un derecho puro, desideologizado, neutro e impersonal.

Centrémonos en la validez como fuerza normativa. Para responder estas preguntas es necesario remontarnos al pasado, al nacimiento del constitucionalismo moderno y, específicamente, a la independencia norteamericana. Los padres fundadores de Estados Unidos se rebelaron contra la corona británica; entre otros argumentos, alegaron la falta de representación en el parlamento británico. Por consiguiente, decidieron fundar un Estado soberano, no ya monárquico, sino una república democrática. El pueblo estadounidense como único soberano, porque “la voz del pueblo es la voz de dios”. Puesto que todas las personas nacen libres e iguales, no debe un solo individuo, allá en la lejanía, gobernar por derecho divino, sino el pueblo por intermedio de sus representantes. Para esto diseñaron una constitución escrita que delimitó el accionar de ese nuevo Estado, como garante exclusivo de los “derechos naturales” a la libertad, propiedad, etc.

Aquí surgen más cuestionamientos, ¿tenían los padres fundadores algún derecho de hacer lo que hicieron? ¿El reino británico reconoció a sus trece colonias un derecho tal de rebelión? No, evidentemente, pero los héroes de la guerra de la independencia buscaron legitimar su accionar, al considerarse como sujetos de derechos naturales. Sin embargo, si los ejércitos del general Washington hubiesen sido derrotados, los padres fundadores no serían otra cosa que traidores. Dejemos de lado la historia contra fáctica, el general Washington venció, la autoridad del rey

¹² Nino, Carlos, *La validez del Derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985.

británico fue desterrada por completo de las 13 colonias, la convención constituyente expidió su constitución¹³.

Las luchas armadas para derrocar la autoridad del viejo orden, “ancien regime”, son propias del nacimiento del constitucionalismo moderno. Hechos, en cierta medida, similares a los señalados en el párrafo anterior, aunque guardando las proporciones del caso¹⁴, sucedieron en gran parte de Europa tras la Revolución Francesa, y, como consecuencia de ésta, en América Latina tras las sucesivas guerras de independencia libradas en contra de la “Madre Patria”. El Ecuador o, mejor dicho, la actual zona que corresponde al Estado ecuatoriano, fue independizada por el libertador Simón Bolívar con la finalidad de fundar la Gran Colombia –actualmente Ecuador, Colombia y Venezuela–. Para 1830 la república colombiana, venezolana y ecuatoriana, habían sido fundadas por separado, cada uno con su propia constitución republicana. Estas constituciones, me refiero en general a las de toda la región, adolecieron de muchas violaciones a los derechos constitutivos de una democracia¹⁵. Algunos Estados-Nación lograron consolidarse del todo con su constitu-

¹³ Si continuamos retrocediendo en el tiempo, nos preguntaremos, también, por la legitimidad de la autoridad del rey británico dentro del continente americano, y así estaremos hasta llegar a los orígenes mismos de la historia del hombre.

¹⁴ Vale la aclaración, la Revolución de 1789 no tiene parangón en la historia dada su trascendencia a nivel mundial. 1776 fue algo localizado, una mera independencia de hombres blancos.

¹⁵ Violaciones por excesos.- Cuando no se respeta la autonomía personal: En casos de imposición de una religión.
 - Violaciones en la organización de los derechos.- El condicionamiento de los derechos a alguna concepción del bien particular: Cuando se restringía la libertad de prensa para el caso de contribuir con la buena moral.
 - Violaciones por defecto.- Sobre la regulación del proceso de toma de decisiones: Solo tenían derecho a voto los que tenían cierto nivel económico y sabían leer y escribir.
 - Violaciones en el diseño o instrumentación de los derechos.- Una concepción muy robusta del derecho de propiedad: Se presionó por establecer ciertas restricciones al órgano legislativo, como forma de asegurar el derecho de propiedad.
 - Violaciones de derechos autorizadas por el sistema institucional: Cuando se le permite al ejecutivo la violación de derechos fundamentales: Sistemas fuertemente presidencialista le otorgaron al ejecutivo facultades extraordinarias, típicamente la declaratoria del estado de sitio, en la cual se suspendían derechos fundamentales.
 - Violaciones al principio mayoritario, a través de los mecanismos destinados a la protección de los derechos: Introducción del control judicial de constitucionalidad, jueces no representativos con facultades de derogar decisiones mayoritarias.
 Ver en Gargarella, Roberto, *Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia*, SELA 2001 La Protección de los Derechos Fundamentales y su relación con el Sistema Político, Editores del Puerto.

ción original, mientras que otros, la mayoría, tuvieron que reformar sus constituciones en más de una ocasión.

Con lo señalado anteriormente concluyo que la legitimidad del poder constituyente originario, es decir, el del momento fundacional, no proviene de un derecho natural, puesto que habría que ponerse de acuerdo acerca de qué concepción de éste suscribimos: si es derecho natural católico (medieval), o derecho natural secular racionalista (iluminista), o de algún derecho natural que recoja otros principios morales, que permitan, o autoricen, discriminar en razón de la raza y de género. Esta discrepancia se ve claramente en los distintos ordenamientos jurídicos: los norteamericanos liberales y capitalistas sostenían que existía un derecho natural –individual- a la propiedad y a la libertad, derecho que no le reconocieron a los nativos americanos y que, luego de sangrientas luchas, se los reconocieron a los afro americanos; por otro lado, el actual movimiento internacional de derechos humanos, reconoce la existencia de otra clase de derechos naturales, además de los señalados, como los sociales y colectivos. Nuestros actuales gobernantes revolucionarios, sin haber efectuado una lectura crítica, acogieron la concepción de los derechos de la naturaleza¹⁶: ¿ahora un árbol es sujeto de derecho?¹⁷

Sostener que el acto constituyente originario se legitima por sí mismo, una vez que logró imponerse por la fuerza al orden anterior, nos hace caer en la falacia naturalista denunciada por el filósofo David Hume: existe un abismo lógico entre el ser y el deber ser o, en otras palabras, los hechos (victoria en una lucha armada) no justifican acciones

¹⁶ Constitución Nacional vigente (CNE): Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

¹⁷ Mediante el método de la interpretación, se pueden llegar a muchas consecuencias normativas, recordemos lo que establece la (CNE) textualmente: Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

o decisiones (constituciones escritas). Un derecho que se crea investido de legitimidad debe fundamentarse en principios extrajurídicos, esto es, principios que estén por fuera del orden legal. Cuando el poder constituyente originario surge como consecuencia de la manifiesta voluntad popular –en sentido material¹⁸–, para reformar o expedir una nueva constitución, desconociendo los mecanismos previstos por la constitución anterior, o por las sacro santas leyes de nuestros antepasados, notamos una evidente justificación de índole moral: los principios que subyacen a la creación de la voluntad política mayoritaria obtenida por consenso, principios morales generales, universales e imparciales, como la autonomía individual, bastan para legitimar la fuente última de validez dentro de un sistema jurídico.

Para demostrar lo que sostengo me voy a referir -muy brevemente- a lo que sucedió en nuestro país, desde el año 2007. El proceso constituyente “de plenos poderes jurídicos”¹⁹, impulsado por el actual Presidente de la República, Rafael Correa, inició con una consulta popular para instalar la famosa Asamblea Constituyente de Montecristi, con las atribuciones –exclusivas, de acuerdo al Estatuto que la regía²⁰- de redactar una nueva constitución y de transformar el marco institucional, para luego someter todas las decisiones del pleno de la Asamblea a la aprobación mayoritaria. El pueblo ecuatoriano del año 2007 se pronunció abrumadoramente en sentido afirmativo, más del 80% del electorado respaldó la propuesta del presidente Correa. Sin embargo, a pesar de los

¹⁸ La voluntad de alguna elite racial o económica no agota la voluntad popular.

¹⁹ Esta expresión desborda los límites externos o contextuales del lenguaje normativo. No es más que un sinsentido o absurdo penosamente repetido masivamente, no solo por la ciudadanía común, sino incluso por muchos juristas. Si existe un poder jurídico es porque una norma superior le transfiere tal competencia, si existen normas que atribuyen competencias, entonces el poder jurídico recibido de aquellas no puede ser pleno, ni absoluto. Ver en Carrió, Genaro, *Sobre los Límites del Lenguaje Normativo*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973.

²⁰ Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Constituyente: ARTÍCULO 1.- DE LA NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE.- La Asamblea Constituyente es convocada por el pueblo ecuatoriano y está dotada de plenos poderes para transformar el marco institucional del Estado, y para elaborar una nueva Constitución. La Asamblea Constituyente respetará, profundizando en su contenido social y progresivo, los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas. El texto de la nueva Constitución será aprobado mediante Referéndum Aprobatorio. La transformación del marco Institucional del Estado y la nueva Constitución, solo entrarán en vigencia con la aprobación en referéndum, de la nueva Constitución.

cuestionamientos y confrontaciones, dada la supuesta ilegalidad del proceso constituyente, de las polémicas resoluciones adoptadas por la Asamblea de Ciudad Alfaro que no fueron puestas a consideración del electorado²¹, el pueblo en mayoría, hace poco tiempo, volvió a respaldar la propuesta del ejecutivo.

Las razones normativas por las que sostengo que el proceso constituyente se encontró viciado de ilegalidad son las siguientes: el artículo 280²² de nuestra anterior Constitución (C98), señalaba que la constitución podía ser reformada por el Congreso Nacional o mediante consulta popular (reglas de cambio), el artículo no mencionaba la posibilidad de reforma por medio de una Asamblea Constituyente, ni ningún otro organismo creado para el efecto. El numeral uno del artículo 104²³ (C98) establecía la facultad del Presidente de convocar a consulta popular para reformar la constitución, pero sólo de acuerdo con el artículo 283²⁴ (C98); dicho artículo preveía dos distintos supuestos para que proceda la consulta del presidente: el primero era en casos de urgencia que debía ser calificada por el Congreso, y el segundo, solo si el Congreso no hubiera tratado o haya estado tratando la cuestión materia de la reforma. Ahora bien, lo curioso del asunto es que el texto que el ejecutivo envió al órgano legislativo, para que sea calificado de urgente, no era una reforma constitucional específica, sino una pregunta, cuya respuesta afirmativa tenía como consecuencia la creación de un nuevo organismo “supra-constitucional”, “extrasistémico”.

²¹ Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria, Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, Amnistías, etc.

²² Art. 280.- La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso Nacional o mediante consulta popular.

²³ Art. 104.- El Presidente de la República podrá convocar a consulta popular en los siguientes casos:

1 Para reformar la Constitución, según lo previsto en el Art. 283.

2 Cuando, a su juicio, se trate de cuestiones de trascendental importancia para el país, distintas de las previstas en el número anterior.

²⁴ Art. 283.- El Presidente de la República, en los casos de urgencia, calificados previamente por el Congreso Nacional con el voto de la mayoría de sus integrantes, podrá someter a consulta popular la aprobación de reformas constitucionales. En los demás casos, la consulta procederá cuando el Congreso Nacional no haya conocido, aprobado o negado las reformas en el término de ciento veinte días contados a partir del vencimiento del plazo de un año, referido en el artículo anterior.

En ambos eventos se pondrán en consideración del electorado textos concretos de reforma constitucional que, de ser aprobados, se incorporarán inmediatamente a la Constitución.

No me voy a extender, con esto es suficiente, si seguimos ahondando en el conflictivo y polémico proceso constituyente, encontraremos más y más argumentos que dejan dudas acerca de su validez, en sentido legal. Para qué mencionar que el Tribunal Supremo Electoral destituyó a más de la mitad de los diputados, así como a todos los miembros del Tribunal Constitucional; qué sucedió con la vigencia del artículo 276 inciso sexto²⁵ (C98). Este es un caso donde se deja el viejo orden por uno nuevo, sin respetar lo dispuesto por la constitución antigua pero sin necesidad de la utilización de la fuerza, de la coacción estatal. El fetichismo legalista fue vencido por la abrumadora voluntad mayoritaria. Es verdad que también cabe realizar una mirada crítica a la conformación de dicha voluntad, se puede sostener que existió falsa conciencia, dada la paupérrima educación del electorado, o algo por el estilo.

Límites al Poder Constituyente

Dejemos de lado el asunto de la legalidad –como legitimidad– del proceso constituyente, debemos ahora comenzar a analizar el límite normativo –el deber ser– del poder constituyente como tal, aun cuando absurdamente se sostenga que éste es de plenos poderes. Hay diversas posiciones acerca del contenido de este límite. Por un lado, se sostiene que las reglas de la toma de decisiones adoptadas en la Asamblea Constituyente, es decir, el mecanismo con el que se obtiene el consenso para la expedición de la constitución, deben ser incluidas dentro de la misma constitución (regla de mayoría); por otro lado, hay quienes sostienen que los constituyentes deben incluir los derechos preexistentes, inalienables, dentro de su contenido. Más adelante profundizaré el tema, pero antes es necesario repasar ciertas ideas acerca del sistema democrático.

El valor intrínseco de la democracia –en su sentido normativo, es la igualdad. Todas las personas tienen derecho a ser tratados con igual consideración y respeto²⁶. Nadie debe poseer privilegios, ni preferencias, por razones hereditarias, raciales, de género, religiosas, de estatus social (condición económica), etc. En democracia las decisiones del gobierno se adoptan por la regla de mayoría, la cual va depender de la importancia

²⁵ Art. 276.- Competerá al Tribunal Constitucional:

6 Dirimir conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución.

²⁶ Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984.

de la decisión que se adopte -o no-, pudiendo ser mayoría simple, mayoría absoluta, etc. La unanimidad es contraria a la regla de mayoría, ya que otorga el poder a las minorías, solo con la oposición de una persona se mantiene el status quo. En una democracia directa todas las personas participan de las decisiones que potencialmente les afectarán. No obstante, lo que ha predominado en la modernidad, por razones de diversa índole, más que todo económicas, es la democracia representativa. Los representantes, a su vez, también son elegidos por mayoría en elecciones libres, generales y periódicas, donde el voto es secreto. Se respeta siempre el principio de “una persona un voto”, puesto que en democracia “cada uno cuenta como uno, nadie más que uno”. Existen condiciones razonables para ejercer el derecho al voto y para postularse como candidato a representante, como por ejemplo: en cuanto la edad, nacionalidad, idoneidad, etc.

Teniendo en consideración lo anterior, pareciera como si la idea de constitución es contraria a la idea de democracia, puesto que si democracia es el gobierno de la mayoría del momento -del aquí y el ahora-, de las personas vivas, no de los constituyentes de hace 200 años, toda norma que pretenda limitar este poder será vista como antidemocrática. En este sentido resultaría paradójica la expresión “democracia constitucional”. Sin embargo, algunos autores como Hamilton²⁷, sostuvieron que las decisiones adoptadas en la convención (asamblea) constituyente, hacen a la voluntad popular por excelencia y que cuando la autoridad (juez) decidía que debía prevalecer la norma constitucional por encima de una ley, lo único que hacía era forzar el respeto por la decisión soberana del pueblo.

Según lo señalado en párrafos anteriores, los momentos constitucionales originales o fundacionales fueron lo menos parecido a la democracia normativa descrita. El ser es una cosa, el deber ser es otra. Asumamos que, efectivamente, los constituyentes respetaron y representaron los intereses del pueblo. Ahora, cabe señalar las proposiciones normativas de las distintas teorías constitucionales para definir el límite o, lo que es lo mismo, establecer cuál debería ser el contenido de la constitución escrita.

²⁷ Hamilton, Alexander, *Federalista* 78

Teoría Monista

La teoría constitucional monista sostenida por John Ely²⁸, establece que el único límite a las decisiones mayoritarias deben ser las reglas de toma de decisiones del sistema democrático mismo, de manera que las decisiones de las mayorías coyunturales no puedan excluir a las minorías de la participación en el proceso democrático. Esto significa que la constitución debe contener –únicamente– normas de carácter procedimental o formal. Las normas constitucionales no deben contener valores, no deben ser sustantivas. Un ejemplo ilustrativo: un cuerpo humano contiene esqueleto y carne, la constitución debe ser el esqueleto, los valores sustantivos (la carne) deben rellenar este cuerpo, mediante las decisiones democráticas determinadas en el ámbito de la política mayoritaria del momento.

Según el autor, las mayorías tienen la tendencia, por la fuerte creencia de que su ideología es la verdadera y la única correcta, de silenciar a sus opositores; en consecuencia, se deben garantizar los derechos relacionados con la participación democrática de todos los miembros de la comunidad por igual, sin discriminación, que sean necesarios para adoptar decisiones libres y autónomas, siendo estos derechos una barrera infranqueable para las mayorías de turno, como por ejemplo: el ejercicio del derecho a la libertad de conciencia, a la libertad de expresión, a la libertad de asociación, al libre tránsito, el derecho de voto universal y secreto, y el de participación como candidato a representante, etc.

Ely sostiene que el control judicial de constitucionalidad, o los jueces, tienen un papel muy importante, puesto que deben hacer las veces de árbitros que controlan la regular aplicación de los procedimientos constitucionales. De la misma manera que un árbitro en una competencia deportiva, los jueces no deberían intervenir para decidir que alguno de los equipos, o competidores, debe jugar de tal o cual modo, sino que su intervención debería limitarse a impedir que uno de los equipos adquiera ventajas abusivas. En su célebre nota al pie, el juez Stone estableció lo siguiente “...los tribunales deben utilizar una investigación más abarcadora, en los casos en que las minorías aisladas toquen a nuestras

²⁸ Ely, John Hart, *Democracia y Desconfianza*, Editorial Universidad de los Andes Colombia, 1997.

puertas en auxilio de sus derechos constitucionales. Así pues, este Tribunal tiene, no sólo el poder, sino el deber de proteger a una minoría que sufre de unas desventajas sistemáticas en los procesos democráticos. El Poder Judicial surge como único defensor de los ciudadanos que enfrentan precisamente uno de estos quebrantos del proceso democrático."²⁹.

El punto débil de esta teoría es que, en muchos Estados, las minorías pertenecen a grupos excluidos a lo largo de la historia, aun desde antes del momento fundacional, en la época colonial. Por lo que con el transcurso de los años o siglos, la desigualdad estructural se ha incrementado tremendamente. Es muy difícil imaginar a uno de estos grupos "acercarse a tocar las puertas de los juzgados en busca de auxilio", porque ni siquiera conocen que tienen derechos para hacerlo, la esfera civil misma atenta contra su cultura y costumbres. Sin perjuicio de que el poder de las mayorías se vea limitado, dada la garantía constitucional al derecho a la igualdad formal en la toma de decisiones, estos grupos excluidos o, como ahora se los denomina, núcleos duros, permanecerán marginados del proceso democrático.

En conclusión, la propuesta de la teoría monista, a pesar del riguroso control judicial de constitucionalidad que propone³⁰, no alcanza para incluir a todos los miembros de las sociedades de nuestra región –pueblos o nacionalidades indígenas o mestizos con mayor rasgo indígena, negros o mulatos-, está claro que se necesita algo más, es insuficiente el impedimento contra las mayorías de silenciar a los grupos vulnerables. Es necesario integrarlos garantizando los derechos económicos, sociales y culturales, mediante acciones afirmativas. Se requiere un Estado interventor en la economía, para que redistribuya la riqueza y, de ser el caso, corrija ciertas prácticas que perpetúan las desigualdades y la vulnerabilidad de los grupos –justicia correctiva-, ya que muchas de estas prácticas, en su momento, fueron auspiciadas por el aparato represor estatal. Retomaré este punto cuando haga el análisis de la teoría constitucional de derechos fundamentales. Ahora analizaré la teoría constitucional dualista.

²⁹ Caso del año 1935, nota al pie número cuatro United States vr. Carolene Products.

³⁰ Stephen, Holmes, *El precompromiso y la paradoja de la democracia*, "...Los jueces, en este sentido, podrían ser vistos como los guardianes de aquellas cláusulas orientadas a asegurar las precondiciones de la democracia..."

Teoría Dualista

La teoría dualista propuesta por Bruce Ackerman³¹ distingue entre decisiones constitucionales y decisiones de gobierno. A la primera le da mayor rango o jerarquía que a la segunda. Las decisiones de gobierno son aquellas decisiones que se toman en el día a día, los ciudadanos las dejan en manos de sus representantes, porque confían en ellos o porque son decisiones acerca de asuntos cuya importancia no amerita una participación activa de la ciudadanía, que, por otro lado, está más preocupada por sus propios asuntos o negocios. Por el contrario, las decisiones constitucionales se dan en lo que él denomina “momento constitucional”. Este momento constitucional no es muy frecuente, es más, se da en rarísimas ocasiones, y se caracteriza por una participación intensa por parte de la ciudadanía en la vida política, dejando de lado, temporalmente, sus asuntos privados, pues se llevan a cabo extensos debates, además de marchas y contramarchas.

Haciendo un estudio de la historia norteamericana, Ackerman llegó a la conclusión de que tales momentos constitucionales se dieron, obviamente, en el momento fundacional, pero además, luego de la guerra de secesión y la lucha por la abolición de la esclavitud; otro momento constitucional se vivió durante la década de 1930 con el presidente Roosevelt y la propuesta del New Deal, que iba en contra de la tradición estadounidense, capitalista por excelencia, ya que estas políticas interferían con el derecho “natural” a la propiedad, y, finalmente, en la década del sesenta con el movimiento afro americano y su lucha desegregacionista, liderado por el célebre Martín Luther King. Vemos que esta teoría tiene un sesgo fuertemente individualista, ya que asume que las personas privilegian sus asuntos particulares frente a los asuntos públicos, y quizás esto no sea tan exacto, sino que los denominados momentos constitucionales son situaciones emergentes que requieren medidas extremas.

Lo interesante de esta teoría es que las decisiones adoptadas en un momento constitucional pasan a formar parte del contenido de la constitución, debido a que el poder constituyente pertenece al pueblo. Aun cuando el texto de la constitución se mantenga inalterado, el

³¹ Ackerman, Bruce, *We the people*, Harvard University Press, 1991.

organismo encargado del control constitucional debe hacer respetar estas decisiones frente a lo que Ackerman denomina decisiones de gobierno. Si esto fuera cierto, la Corte Suprema estadounidense debió invalidar las políticas neoliberales del presidente Reagan, dada su evidente contraposición con las políticas keynesianas del Estado de Bienestar de Roosevelt, expedidas en un momento constitucional. El contenido del límite, de acuerdo con esta teoría, no está definido de manera permanente, los derechos quedan sujetos a las futuras decisiones en los -poco frecuentes- momentos constitucionales.

Me parece que Ackerman afirmaría que el proceso constituyente “formal” vivido por el Ecuador puede ser considerado como un momento constitucional, no sólo por haberse efectuado una consulta popular y un referéndum aprobatorio, sino también porque la ciudadanía estuvo siguiendo muy de cerca el proceso de reforma que se efectuó. Como campaña para la aprobación del nuevo texto, hubo convocatorias a masivas marchas y contramarchas. La oposición despertó viejos prejuicios religiosos y de clase, el gobierno dispuso de una inmensa cantidad de recursos para su abrumadora campaña en los medios de comunicación masiva. Los unos afirmaban, los otros desmentían, sin dudas hubo una intensa participación. Movimientos sociales, comunidades étnicas, iglesias, partidos políticos, universitarios, funcionarios públicos, comerciantes, todos tuvieron la oportunidad de manifestarse, de persuadir al electorado. Un sector del país, arrastrados por la figura de su líder local, especie de viejo “caudillo”, se polarizó. Lo más interesante del asunto, y lo que debería ser destacado por encima de todo, fue la ausencia de violencia –salvo pequeñísimos hechos aislados– con que se llevó a cabo el proceso de elaboración de la nueva constitución. Hasta los más recalcitrantes opositores al régimen deben reconocer este hecho ineludible.

Teoría Fundamentalista

La teoría fundamentalista sostiene que existen una serie de derechos fundamentales que deben ser incluidos dentro del contenido de la constitución, en otras palabras, que incluso el poder constituyente tiene límites muy claros y precisos, no hay tal cosa como poder constituyente de plenos poderes. Hay derechos que, por su importancia, no pueden ser ignorados por los constituyentes, debiendo éstos ser excluidos del ámbito de la política, donde las voluntades pasajeras e imprevisibles de las

mayorías imperan; recordemos un caso extremo y fatal, la voluntad del pueblo alemán en el año 1933.

Los fundamentalistas defienden una constitución robusta en derechos que puedan ser invocados como ases de triunfo frente a los objetivos colectivos³². No importa la utilidad que reporte tal o cual política, ésta no debe vulnerar los derechos individuales. La filosofía liberal se sustenta en tres principios: autonomía individual, inviolabilidad de la persona, dignidad de la persona³³, de los que se deducen una serie de derechos individuales. Como vimos en párrafos anteriores, lo que caracteriza al proceso democrático es su fuerte compromiso con la igualdad, los demócratas genuinamente radicales³⁴ piensan que cada persona es el mejor juez para decidir lo que más le conviene. El problema es que existen personas o grupos de personas que de hecho, por diversas razones, no tienen oportunidad para decidir aquello que más les conviene y que –finalmente- determinará su destino.

La constitución debe garantizar a todos los habitantes las oportunidades para tomar sus propias decisiones, es decir debe garantizar su libertad y autonomía. Marcelo Alegre³⁵ sostiene que *“En América Latina en especial, el peso normativo de la regla de mayoría se ve afectado por limitaciones institucionales de diverso orden, tales como la excesiva presión de los grupos de interés económico, la baja calidad de la intermediación política, el casi nulo acceso de los sectores marginalizados a espacios de representación, etc. El cumplimiento de los derechos socioeconómicos a través de la acción judicial tiende a contrarrestar esos males, creando nuevos espacios para hacer oír la voz de los sectores marginados, o creando obstáculos firmes para la aplicación sistemática de políticas regresivas, lo que en definitiva favorece que la regla de mayoría funcione con menos vicios y limitaciones.”* De acuerdo con esta idea, la constitución debe incorporar los derechos sociales para mejorar el sistema de toma de decisiones democráticas.

³² Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1984.

³³ Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1989.

³⁴ Gargarella, Roberto, *La Justicia frente al gobierno*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996.

³⁵ Alegre, Marcelo, *Igualitarismo y democracia*, SELA 2001 La Protección de los Derechos Fundamentales y su relación con el Sistema Político, Editores del Puerto.

Exigibilidad de los Derechos Sociales

El siguiente punto a tratar es un tema muy debatido en la actualidad, esto es, la exigibilidad de los derechos sociales. Algunos estudiosos del tema distinguen entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. Esta distinción, además de ser conceptual, pasa por razones de carácter ideológico. En la época en que fueron elaborados los pactos internacionales de derechos humanos, el mundo estaba dividido en dos bloques antagónicos claramente definidos, eran los tiempos de la Guerra Fría que ardía en los países periféricos. Ambos imperios tenían una visión distinta del orden mundial que debía regir. La positivización de derechos en el seno de la ONU, anteriormente considerados como derechos naturales, formó parte de uno de los tantos capítulos de la guerra.

Por un lado el occidente liberal, liderado por los Estados Unidos de Norteamérica, impulsó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y, por el otro, el bloque oriental socialista, encabezado por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, promovió el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los primeros concebían un Estado mínimo, con funciones exclusivamente de policía, y los segundos defendían un Estado paternalista, planificador e interventor en la economía. La (C98) recogió esta tendencia y por ello, separó las clases de derechos en distintos capítulos: hubo un capítulo exclusivo para los derechos civiles, otro para los derechos políticos, así como un capítulo destinado para los derechos económicos, sociales y culturales. La nueva Constitución difiere en cuanto al esquema de la anterior, ahora se encuentran bajo la consigna del "buen vivir"³⁶.

En cuanto a la distinción conceptual, algunos tratadistas señalan que los derechos civiles y políticos únicamente generan obligaciones de abstención o de "no hacer" por parte del Estado, estos derechos protegen al individuo frente al aparato estatal represivo; mientras que los derechos sociales requieren de obligaciones positivas o de "hacer", derechos que garantizan al individuo la satisfacción de necesidades básicas, mediante la redistribución de la riqueza privada. Los derechos civiles y políticos

³⁶ Ver en (CNE), Título II, capítulo segundo.

son denominados “derechos-autonomía” y los derechos sociales “derechos-prestación”.

De acuerdo con algunas teorías³⁷, se puede concluir que la distinción mencionada carece de fundamento, puesto que ambos tipos de derechos requieren tanto de obligaciones positivas, como de obligaciones negativas por parte del Estado. Por ejemplo, en el caso del derecho civil y político a la integridad física, además de la obligación negativa del Estado de no torturar, se requiere de una obligación positiva: la creación de un programa de capacitación de la fuerza pública para evitar futuras violaciones a este derecho; en el caso de un derecho social, como el derecho a la salud, el Estado no está solamente obligado a prestar un servicio de salud, sino que también está obligado a abstenerse de empeorar la salud de la población, debiendo penalizar ciertas formas de producción que causan daño ambiental.

Otra teoría distingue tres niveles de obligaciones estatales con respecto a ambas categorías de derechos: 1) obligaciones de respeto, que comprende la abstención del Estado de vulnerar un derecho, 2) obligaciones de protección frente a la violación de un derecho por parte de un tercero, que no es el propio Estado, y 3) obligaciones de garantía, que incluye la satisfacción y promoción del derecho. Sin embargo, Lucas Grosman³⁸ sugiere que existe una discrepancia en cuanto a que los derechos sociales contengan estos tres niveles de obligaciones, puesto que en el caso del derecho social a una vivienda adecuada, las obligaciones no se generan a partir de ese derecho en sí mismo, sino que se encuentran incluidas en el derecho civil y político a la propiedad, es decir que la obligación de respeto se encuentra incluida en la prohibición del Estado de expropiar una vivienda de manera arbitraria, la obligación de protección de la vivienda frente a terceros forma parte de la garantía que se brinda a la propiedad privada, y la obligación de garantizar una vivienda adecuada está sujeta a la existencia de políticas públicas dirigidas a este fin.

³⁷ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

³⁸ Grosman, Lucas, *Titular de la cátedra Derechos y Políticas Sociales*, Maestría en Derecho, Universidad de Palermo, semestre A, año 2006

Con respecto a la exigibilidad de los derechos humanos, muchos gobiernos, en la actualidad, alegan estar comprometidos –únicamente– con el cumplimiento de las obligaciones negativas; en el caso del partido, o movimiento, que actualmente nos gobierna, la satisfacción de estos derechos será “progresiva” en la medida de que el precio del petróleo se mantenga alto. Esto a pesar de la positivización de los derechos económicos, sociales y culturales, mediante la suscripción y ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, y de la norma constitucional vigente que los consagra como derechos exigibles, artículos 417 (CNE)³⁹. Quienes están a favor de la postura que niega operatividad a los derechos sociales sostienen que éstos son sólo meras aspiraciones y declaraciones políticas, que su satisfacción está sujeta a la existencia de recursos, principalmente económicos –para los fundamentalistas del mercado la existencia de recursos privados debe quedar excluida del todo–, y a la voluntad política imperante. Además, sostienen que de ninguna manera los derechos sociales pueden llegar a ser exigibles ante la Función Judicial, lo contrario atentaría contra el sistema de división de poderes: es el legislativo y el ejecutivo quienes deben decidir las políticas públicas. Los jueces carecen de legitimidad democrática, ya que no fueron elegidos por el pueblo. Para nuestros actuales mandatarios, no debe ser el caso, según lo establecido por el artículo 86 (CNE)⁴⁰.

En cuanto a la escasez de recursos, siguiendo con la idea de Grosman, teóricamente existen tres paradigmas distintos de control judicial: el paradigma del abuso, de la inclusión y distributivo o de escasez. Dentro del paradigma del abuso, el Estado nunca podrá justificar el incumplimiento de sus obligaciones por razones de escasez, ya que el Estado tiene pre-condiciones conceptuales que de ser incumplidas éste dejaría de tener fundamento o razón de ser, en otras palabras, las personas no buscan conformar una sociedad para protegerse del accionar

³⁹ Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución..

⁴⁰ Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones: ...2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento:

del Estado mismo, sino para protegerse de terceros que afecten sus derechos individuales. Por ejemplo, no se crea una fuerza pública para protegerse de la policía: cuando esta institución abusa de un ciudadano, el Estado no puede alegar que por falta de recursos no pudo evitarlo, ya que en este caso el problema radica en la existencia de la policía misma.

En el paradigma de la inclusión existe una estructura estatal encargada de proteger cierto tipo de derecho y cuando un titular de ese derecho ha quedado excluido por negligencia o discriminación, el Estado tampoco puede alegar que esa omisión es debida a la escasez de recursos. Por ejemplo en un caso de derecho a la salud, cuando existe una política pública de provisión de medicamentos para determinado tipo de enfermedad y a una persona que padece dicha enfermedad se le niegan los medicamentos, la Función Judicial debe exigirle al gobierno la restitución de ese derecho, por razones de igualdad, del derecho a no ser discriminados. En estos dos paradigmas, los jueces deben exigirle al Estado que detenga la conducta abusiva y que incluya al demandante dentro del programa estatal.

La escasez de recursos puede ser un argumento válido para el Estado, cuando es imposible garantizar un derecho social a toda la población. La Función Judicial, o de ser la instancia, la Corte Constitucional, en esta situación paradigmática, denominada distributiva o de escasez, debe resolver, primero, si el incumplimiento de las obligaciones que conlleva la garantía de un derecho social, atenta contra los derechos a los que yo llamo constitutivos de la democracia, y segundo, si el Estado ha considerado todas las estrategias posibles para la plena satisfacción del derecho social en disputa. Si la Corte encuentra que, efectivamente, el derecho social que no se ha garantizado es necesario para el perfeccionamiento del sistema democrático, y además comprueba que el Estado no ha agotado todas las alternativas de reforma posibles para garantizar dicho derecho, entonces los jueces están obligados, constitucionalmente, a exigirle al Estado las reformas estructurales⁴¹ necesarias, para que sea posible la satisfacción del derecho demandado, y, consecuentemente, el potencial obstáculo para la toma de decisiones libres y autónomas quede removido del todo.

⁴¹ Fiss, Owen, *Grupos y la cláusula de igual protección*, en Gargarella, R. (comp.), *Derecho y Grupos Desaventajados*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1999.

Conclusión

La propuesta de Ely acerca del rol de la judicatura, esto es, de ser los jueces los llamados a mantener los canales abiertos del proceso democrático, garantizando los derechos civiles y políticos, por lo menos en nuestra región, América Latina, no es suficiente. Para ilustrar el por qué de esta afirmación, vuelvo al ejemplo de la competencia deportiva. Imaginemos un enfrentamiento entre dos equipos, digamos un partido de fútbol, el equipo A y el equipo B, en el cual A dispone de todos los recursos para tener una preparación óptima, es decir, dispone de tiempo y de instalaciones para practicar, como canchas de entrenamiento y un complejo para concentrarse previo a cada partido; también dispone de mucho dinero para premiar a los jugadores, para pagar a los mejores técnicos y preparadores físicos, para alimentar a los jugadores adecuadamente, para comprar balones y adquirir medicamentos para tratar lesiones –y quién garantiza que el dinero no les sirva también para comprar al árbitro⁴²; y, por el otro lado, el equipo B no dispone de esos recursos, es más, lo único que los convierte en un equipo de fútbol son sus 11 integrantes desparramados por el campo de juego, siendo su pasión (afición) tan irresistible por el fútbol, lo que los motivó, sacrificando dinero para sus necesidades vitales, a concurrir a la cancha. Ante esta circunstancia, el resultado más probable, si el arbitraje cumple su función de acuerdo con el reglamento, es la victoria de A⁴³.

Para el buen funcionamiento del sistema democrático, sugiero un juez (árbitro), o funcionario público responsable, que garantice la igualdad de oportunidades, contenida en el segundo principio de justicia de Rawls⁴⁴, y todos los derechos morales que de ella se deducen, como elemento constitutivo de la democracia normativa. Deben incluirse

⁴² Este es un problema latente en nuestra región, donde las cortes de justicia se asemejan a las subastas públicas, para obtener una sentencia favorable hay que hacer la mejor oferta económica.

⁴³ Sabemos que los resultados en el deporte pueden ser sorprendidos, existe mucho margen para la suerte en el resultado. Este ejemplo banal es meramente ilustrativo, valga la aclaración.

⁴⁴ Segundo Principio de Justicia: Las desigualdades sociales y económicas deben resolverse de modo tal que: 1. Resulten en el mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad. 2. Los cargos y puestos deben estar abiertos para todos bajo condiciones de igualdad de oportunidades. Ver en Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1975.

CONTENIDO DEL LÍMITE A LAS DECISIONES MAYORITARIAS

necesariamente los derechos sociales básicos como alimentación, salud, educación, vivienda y trabajo dignos (preparación óptima), de manera que sea únicamente la fuerza de los argumentos y la capacidad de persuasión (el talento adquirido), lo que defina el resultado de la deliberación democrática (la competencia deportiva). Estos derechos que hacen a la igualdad de oportunidades no pueden depender de lo que decidan las mayorías coyunturales, ni a la eventual decisión de aquello que se considera como pueblo en un momento constitucional futuro, estos derechos deben imponerse al proceso e, incluso, al momento o revolución.