

## **II. LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA**

---

## UNA CONCEPCIÓN POLÍTICA DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL\*

Pedro A. CAMINOS\*\*

SUMARIO: I. *Forma política como retórica.* II. *La Constitución del pueblo soberano.* III. *La Constitución del soberano y el derecho constitucional del gobierno.* IV. *Democracia más allá de las instituciones.* V. *Rigidez constitucional y control judicial de constitucionalidad.*

El objetivo de este trabajo es esbozar una concepción política de la teoría constitucional. Dicha concepción se construirá sobre el concepto de forma política (I). Una forma política democrática debe explicar cómo se constituye la identidad del pueblo. (II). Sin embargo, la Constitución del pueblo soberano debe ser distinguida del derecho constitucional, que regula al gobierno (III). Es importante, no obstante, que la forma política democrática no sea reducida al principio de representación, es decir, a la institucionalización. (IV). La última sección tratará el problema del atrincheramiento del derecho constitucional desde un punto de vista político (V).

### I. FORMA POLÍTICA COMO RETÓRICA

Una forma política es la respuesta a la pregunta sobre quién debe decidir en un Estado o de qué modo, o con qué procedimiento, la voluntad política

---

\* Mauro Benente, Ignacio Colombo Murúa, Sol Dallochio, Manuel García-Mansillay Lisandro Gómez leyeron y comentaron versiones anteriores de este trabajo. Estoy agradecido con todos ellos. También deseo expresar mi gratitud con Pablo Riberi, por su generosidad, paciencia y aliento. Finalmente, debo dejar constancia de mi enorme deuda intelectual con Andrés Rosler, de quien adquirí mi preferencia por una concepción política de la teoría constitucional. Muchas de las ideas desarrolladas en este trabajo, si no todas ellas, fueron elaboradas previamente por él en Rosler, Andrés, “El constitucionalismo político de Carl Schmitt”, *Cuadernos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2011, pp. 17-54. Como es habitual, soy completamente responsable por los errores que el lector encontrará aquí.

\*\* Universidad de Buenos Aires.

decisiva de una comunidad debe surgir.<sup>1</sup> Otra manera de presentar el problema es como una pregunta sobre la soberanía: ¿quién debe ser el soberano?<sup>2</sup> Las formas políticas concretas son la realización de dos principios políticos: identidad y representación.<sup>3</sup> La forma política del Estado es el objeto de una decisión entre ellos. Los sistemas políticos necesitan una forma porque no pueden subsistir en el largo plazo “sólo a través de meras técnicas para conservar el poder”.<sup>4</sup> Hacer política significa, entre otras cosas, “promover un tipo específico de validez y de autoridad”, pues “no hay política sin autoridad ni autoridad sin la creencia en un ethos”.<sup>5</sup> La creencia en un *thosé* articula a través de la retórica, es decir, “el poder de la palabra y el discurso”.<sup>6</sup> Una forma política se construye a través de “la arquitectura del discurso”, dado que su autoridad “deriva de la creencia en la representación reivindicada por el orador”.<sup>7</sup>

Si una forma política es un artefacto retórico, la creación de la arquitectura del discurso, entonces, es un objeto ideal, no material.<sup>8</sup> Dado que la retórica puede ser concebida como el uso de técnicas discursivas para inducir o incrementar la adhesión de la mente a las tesis presentadas, el éxito de una forma política debe medirse por su efectividad para persuadir a determinada audiencia.<sup>9</sup> La política es una clase de retórica, porque se compone de

<sup>1</sup> Schmitt, Carl, *Legality and Legitimacy*, trad. y ed. Jeffrey Seitzer, Durham, Duke University Press, 2004, pp. 3 y 4.

<sup>2</sup> No se trata de quién sea el soberano *de facto*, sino de quién debe ser el soberano *de jure*. Para la distinción entre los dos conceptos de soberanía, véase Bryce, James, “The Nature of Sovereignty”, en *Studies in History and Jurisprudence*, II, Nueva York, Oxford University Press, 1901, pp. 503-523. Para la distinción entre los problemas jurídicos, sociológicos y éticos que plantea el concepto de soberanía, véase Neumann, Franz, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Berg, Leamington Spa, 1986, p. 25.

<sup>3</sup> Schmitt, Carl, *Constitutional Theory*, trad. y ed. Jeffrey Seitzer, Durham, Duke University Press, 2008, p. 239, “La diferencia entre las formas de estado reside en el hecho de que existen dos principios políticos generativos opuestos. Cada unidad política recibe su forma concreta de la realización de esos principios” (N del A: la traducción al castellano de todas las obras publicadas en otros idiomas me pertenecen). Sobre la realización de los principios políticos a través de instituciones concretas, véase también Fennichel Pitkin, Hanna, *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1967, pp. 235, 239 y 240.

<sup>4</sup> Schmitt, Carl, *Roman Catholicism and Political Form*, trad. G. L. Ulmen, Westport, Greenwood Press, 1996, p. 17.

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 23 y 24.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 16 y 17.

<sup>9</sup> Perelman, Chaïm y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*, trad. John Wilkinson y Purcell Weaver, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1969, p. 4. Como vimos, una forma política consiste en la articulación de cierto *ethos*. La

“argumentos hechos por y para sujetos libres”.<sup>10</sup> Por lo tanto, el fundamento de una forma política no es su justificación racional o lógica, sino que ella sea persuasiva.<sup>11</sup> Si se dice que una decisión fue tomada de acuerdo con una forma política; por ejemplo, si alguien afirma que la Constitución de Filadelfia fue adoptada por el pueblo de los Estados Unidos, entonces el orador está apelando no a la mera racionalidad de los integrantes de la audiencia, en el sentido de que lo que dice tiene un valor de verdad que puede ser racionalmente determinado, sino a sus creencias. Una forma política exitosa tiene el poder de cambiar las creencias de los individuos cuando ella recién aparece, como ocurre luego de una revolución, o de ser capaz de mantener, o reafirmar, esas creencias durante la existencia del Estado, especialmente en tiempos de crisis públicas, tales como guerras.<sup>12</sup> Cuando una forma política deja de ser exitosa, entonces o bien ella es reemplazada por una nueva, asegurando la continuidad del Estado, o bien el propio Estado deja de existir también.<sup>13</sup>

La conexión entre la forma política y la existencia del Estado se materializa de dos modos. Por un lado, como vimos en el párrafo anterior, la forma política tiene un elemento retórico o, si se prefiere, narrativo. Por otro lado, también posee una dimensión institucional. Por supuesto, ambos rasgos están interconectados. Es el elemento narrativo el que da lugar a la existencia de un agente político. De manera similar, la construcción de ins-

---

determinación de un *ethos* era uno de los medios de persuasión de la retórica clásica y renacentista, así como también una herramienta utilizada por autores modernos, como Thomas Hobbes. Véase Skinner, Quentin, *Reason and Rhetoric in the Philosophy of Hobbes*, Nueva York, Cambridge University Press, 1996, pp. 127-133 y 376-381. Por lo tanto, estamos frente a una concepción de la retórica que pertenece a una antigua tradición del pensamiento político occidental.

<sup>10</sup> Kahn, Paul W., *Political Theology. Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*, Nueva York, Columbia University Press, 2011, p. 107.

<sup>11</sup> Según Quentin Skinner, incluso Hobbes, un autor considerado usualmente como racionalista, entendió, en cierto punto de su evolución intelectual, que la razón por sí sola, aun cuando podía ser suficiente para fundamentar un argumento político, podía no alcanzar para ser persuasiva, de tal forma que también era necesario usar recursos retóricos. Véase Skinner, Quentin, *Reason and Rhetoric in the Philosophy of Hobbes*, pp. 343-356.

<sup>12</sup> Kahn, Paul W., *Political Theology...*, cit. p. 105, “En la medida en que tales decisiones dependan de esos conceptos y narraciones, se trata de cuestiones con respecto a las cuales debemos tener fe. Dicha fe está «justificada» cuando la decisión funciona, es decir, cuando otros reaccionan frente a ella como un requerimiento significativo”.

<sup>13</sup> Schmitt, *Constitutional...*, op. cit., p. 60. La incapacidad para usar la retórica, *i. e.*, el fin de la narración, es un síntoma del fin de la vida humana en sí misma, pues “el poder de la palabra y del discurso —la retórica en su sentido amplio— es un criterio de la vida humana”. Schmitt, *Roman Catholicism...*, op. cit., p. 23.

tuciones es otro ejemplo de la arquitectura del discurso.<sup>14</sup> Tales actos creativos sólo pueden ser considerados libres en tanto que pertenecientes a una narración. Al mismo tiempo, la Constitución de un agente político, como el pueblo de los Estados Unidos, también pertenece a la narración. La arquitectura del discurso construye al pueblo y, luego, este nuevo personaje en la narración construye, dentro de la misma, a las instituciones que hablarán en su nombre.<sup>15</sup>

Esto abre la puerta para encarar una discusión sobre la legitimidad. La legitimidad de las instituciones políticas se funda en la narración que las presenta como el resultado de una decisión del agente político. Y la legitimidad de este último descansa en adscribirle valor.<sup>16</sup> Tomando prestado un término acuñado por Claude Lefort, es posible decir que la narración del agente político configura un “principio generativo”, que es diferente de las instituciones, a pesar del hecho de que no sólo las fundamenta, sino

---

<sup>14</sup> Un tema sumamente discutido y estudiado por la teoría de los actos de habla. Véase Searle, John R., *The Construction of Social Reality*, Nueva York, The Free Press, 1995.

<sup>15</sup> Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, p. 65. Véase también Kahn, *Political Theology*, p. 108: “Estamos contantemente bosquejando nuestras vidas, a nosotros mismos y a otros, como sujetos de una narración. Nuestra vida entera se vuelve significativa como una acción retórica. Nos concebimos a nosotros mismos como los personajes de una novela en la que somos simultáneamente autores y personajes. En la misma palabra «novela» aparece sugerido lo nuevo: nuestras vidas siempre se nos aparecen como el resultado de una acción libre. Así, nuestra narración política bosqueja la vida de la comunidad como el resultado de una acción libre. La estructura de la narración vuelve imposible distinguir, desde adentro, la novella de la historia, la ficción de los hechos; ello sólo quiere decir que los hechos de los seres humanos son siempre el resultado de una acción libre. Y una acción libre nunca es un hecho: existe sólo como un tema de la narración. Sin la narración, sería arbitraria —inexplicable— antes que libre”. Ronald Dworkin utilizó un conjunto similar de ideas para defender la virtud de la integridad política. Véase Dworkin, Ronald M., *Law's Empire*, Massachusetts, Cambridge, Harvard University Press, 1986, pp. 186-190.

<sup>16</sup> Korsgaard, Christine, *The Sources of Normativity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 4 y 5. Véase también Delacroix, Sylvie, *Legal Norms and Normativity. An Essay in Genealogy*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 158: “La dramática transformación que tuvo lugar en el contexto de la transición desde la antigüedad a la modernidad consistió en revertir la relación entre valor y realidad: la realidad, el mundo como se nos presenta, ya no «trata de ser buena» en y por sí misma. Al contrario, la realidad, el mundo de la materia, necesita ser transformada en algo bueno; y ello requiere de nuestra intervención, de que le *adscribamos* valor al mundo”. Por supuesto, es posible adscribirles valor a los agentes políticos existentes solamente por el hecho de su existencia y por su capacidad para proveer orden. Véase Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, p. 76: “Every existing political unity has its value and its «right to existence» not in the rightness or usefulness of norms, but rather in its existence. Considered juridistically, what exists as a political power has value because it exists”. Esta perspectiva hobbesiana, sin embargo, puede no ser la única disponible para nosotros al enfrentar la cuestión de la adscripción de valor a los agentes políticos y a las instituciones.

que también provee un criterio para evaluar críticamente su desempeño.<sup>17</sup> Las instituciones, a su vez, iniciarán su propia narración, la cual debe estar conectada con la narración sobre el agente político para ser legítima. De ese modo, las exigencias de legitimidad dirigidas a las instituciones, basadas tanto en argumentos relativos a los fundamentos de la autoridad política como en una valoración crítica que propone una reforma institucional, son internas a la narración. Lo que está en juego es un conflicto sobre la interpretación correcta de la forma política.<sup>18</sup> Pero si es la propia autoridad del agente político la que resulta desafiada, entonces se articula una oposición entre dos narraciones diferentes, esto es, un conflicto entre formas políticas. Como dijimos, el éxito de una forma política debe medirse por su efectividad en persuadir a una audiencia y fundar el orden político.<sup>19</sup> La diferencia entre un líder revolucionario y un criminal condenado por traición a la patria es la misma que existe entre la victoria y la derrota.

Como vemos, la forma política tiene fuertes lazos con las instituciones del Estado. El horizonte de una forma política es la creación y mantenimiento de un conjunto de instituciones, que establecerán el orden y la normalidad. Aunque en momentos excepcionales esas instituciones puedan ser transformadas radicalmente, como en el caso de una revolución, o sus-

---

<sup>17</sup> Lefort, Claude, *The Political Forms of Modern Society: Bureaucracy, Democracy and Totalitarianism*, en John B. Thompson (ed.), Cambridge, MIT Press, 1986, p. 260.

<sup>18</sup> Para la crítica social como práctica interpretativa, véase Walzer, Michael, *Interpretation and Social Criticism*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, pp. 33-66. De un modo más general, si nuestros conceptos valorativos son *creados* por la narración, entonces la corrección de los argumentos morales o éticos debe ser interna al ámbito del valor, *i. e.*, a la propia narración creada por la arquitectura del discurso. No es posible ni sensato confiar en consideraciones externas, sean ellas científicas, metafísicas o metaéticas. Véase Dworkin, Ronald M., "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It", *Philosophy & Public Affairs*, 25(2), 1996, pp. 87-139.

<sup>19</sup> Brunkhorst, Hauke, *Critical Theory of Legal Revolutions. Evolutionary Perspectives*, Londres, Bloomsbury, 2014, p. 93, "En el caso de las grandes revoluciones jurídicas, el cambio de ideas consistió en la rápida aparición de una nueva formación discursiva, constituida por un nuevo marco conceptual o epistémico. El surgimiento de estos elementos es crucial para el éxito de una gran revolución. Ello no significa que los límites normativos creados por la revolución y el nuevo sistema constitucional y jurídico no sean cuestionados, sino que el cuestionamiento (y la oposición) al nuevo conjunto de límites normativos ahora debe ser articulado dentro del nuevo marco epistémico. La victoria de la revolución reside en su capacidad para integrar epistémicamente incluso a sus oponentes más fundamentales y radicales, aun si ella perdiera todas las batallas en el campo militar". Esta manera de entender a las revoluciones políticas y jurídicas tiene un parecido de familia con el concepto de revolución científica desarrollado por Kuhn, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, 3a. ed., Chicago, University of Chicago Press, 1996. Véase Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, p. 22.

pendidas temporalmente, como ocurre durante el estado de sitio, la forma política mantendrá, o, al menos, procurará mantener, el orden, con el compromiso de constituir nuevas instituciones o restaurar a aquellas cuya existencia fue amenazada.<sup>20</sup> El orden político, entonces, debe ser constituido formalmente: “todo orden es un orden jurídico; todo Estado, es un Estado constitucional”.<sup>21</sup> Desde el punto de vista de las instituciones, al mismo tiempo, la ausencia de forma política las convertiría en algo puramente formal, mecánico, sin sustancia.<sup>22</sup> Es decir, en algo carente de legitimidad.

## II. LA CONSTITUCIÓN DEL PUEBLO SOBERANO

Si la democracia es una forma política, entonces ella consiste en la articulación de una narración que postule la existencia de un agente político, el pueblo, y que indique, al mismo tiempo, cuál es su relación con un conjunto de instituciones políticas. El agente político puede ubicarse en tres posiciones distintas respecto del sistema institucional: por encima, al costado y por debajo.<sup>23</sup> Las dos últimas opciones se discutirán en las siguientes secciones. Aquí, se tratará la primera posibilidad, esto es, el pueblo como sujeto titular del poder constituyente.

El análisis del poder constituyente suele ser presentado en forma conjunta con el del poder constituido. En la presentación canónica, la doctrina sostiene que cierto agente político, que es titular del poder constituyente, ejecuta un acto de voluntad a través del cual crea una Constitución, es decir, un conjunto de normas que son, a un mismo tiempo, constitutivas y regulativas del gobierno.<sup>24</sup> Según otra formulación, bastante similar a la anterior, el poder

---

<sup>20</sup> Schmitt, *Legality and Legitimacy*, p. 14: los gobiernos pueden ser concebidos como una realización del estado de derecho en la medida en que “ellos efectivamente desarrollan el derecho, con el fin de reemplazar al antiguo e injusto sistema jurídico a través del nuevo derecho correcto y, lo que es más importante, crean la situación normal, sin la cual todos los sistemas normativas son una ilusión”.

<sup>21</sup> Schmitt, *Roman Catholicism...*, *op. cit.*, pp. 24 y 25. Véase también Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, pp. 59-61 y 77.

<sup>22</sup> Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 268-279. Véase también Rosenfeld, Michel, *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture and Community*, Londres, Routledge, 2010, p. 26. Para una discusión detallada sobre la cuestión, véase Spång, Michael, *Constituent Power and Constitutional Order. Above, Within and Beside the Constitution*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2014.

<sup>24</sup> La forma canónica de la frecuentemente citada distinción fue articulada por Sieyès, Emmanuel-Joseph, “What is the Third Estate?”, en Sonenscher, Michael (ed.), *Political Writings*, at 136, Indianapolis, Hackett, 2003, pp. 135-140: “En cada una de sus partes una Constitución no es una obra de un poder constituido sino de un poder constituyente”.

constituyente se define como “la voluntad política cuyo poder o autoridad es capaz de adoptar una decisión concreta y total respecto del tipo y forma de su propia existencia política”.<sup>25</sup> A pesar de su similitud, en esta segunda formulación hay un giro desde la creación de un conjunto de instituciones a una decisión aceda de la propia “existencia política” del agente que es titular del poder constituyente. Para esta concepción, la existencia del agente político no depende necesariamente de su propia decisión. Sin embargo, cuando el agente adopta de hecho tal decisión de modo consciente, entonces es posible describir a la misma como un acto del poder constituyente.<sup>26</sup>

Lo que está en juego, por lo tanto, es una ambigüedad con respecto a cuál es el objeto constituido por el poder constituyente. Por cierto, no existe ninguna duda, desde la perspectiva de la concepción canónica, con respecto a que las instituciones políticas son creadas por el agente político que es titular del poder constituyente. Sin embargo, no está del todo claro si la decisión del poder constituyente es también constitutiva del mismo agente. Si ella fuera el caso, cabría preguntarse si estamos frente a dos decisiones diferentes; una relativa a la identidad, la otra referida a las instituciones, o si se trata de una única decisión. Si esta última opción fuera la correcta, quedaría por definir si la identidad del agente político no sólo se constituiría, sino que también se agotaría, en la mera creación de instituciones políticas.

La democracia, como forma política, admite todas esas posibilidades. Cierta narración puede referirse a la existencia política adormecida de un agente político que, repentinamente, se despierta, y luego de afirmar cons-

<sup>25</sup> Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, p. 125.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 75-77: “La Constitución en sentido positivo implica solo la determinación consciente de la forma completa y particular por la cual se decide la unidad política. Esta forma externa puede modificarse a sí misma. Nuevas formas fundamentales pueden ser articuladas sin que el estado deje de existir y, más específicamente, sin que se extinga la unidad política del pueblo. Un sujeto capaz de actuar es siempre un componente del poder constituyente. Tal constitución es una decisión consciente, a la cual la unidad política llega y provee por sí misma a través del titular del poder constituyente... Pero no cualquier entidad que tenga una existencia política decide a través de una acción consciente la forma de su existencia política ni alcanza, a través de su propia determinación, una decisión concerniente al tipo concreto de forma”. Véase también *ibidem*, p. 102, en donde al discutir el sentido de la Revocación francesa, se dice: “En un cierto sentido, el pueblo francés se constituyó a sí mismo... Sin embargo, lo que no está presente políticamente tampoco puede decidir conscientemente. La existencia política está presupuesta en este proceso fundamental, en el cual un pueblo actúa consuetudamente de un modo político, de modo que el acto a través del cual un pueblo se provee a sí mismo de una constitución es distinto del acto de constitución del estado”. Por lo tanto, parece que el concepto de poder constituyente presupone al de Estado, de la misma manera en que éste último presupone al de lo político. Véase Schmitt, *The Concept of the Political. Expanded Edition*, trad. George Schwab, Chicago, University of Chicago Press, 2007, p. 19.

cientemente su propia identidad, a través de una revolución o de la declaración de independencia de otro Estado, crea un conjunto de instituciones que permitirán su autogobierno, dejando abierta la puerta para cambios frecuentes y profundos en su estructura constitucional. Otra narración, a su vez, puede prestar especial atención a la existencia de varios agentes políticos que, a través de la negociación y el compromiso, deciden constituir “una Unión más perfecta”, y establecer un nuevo agente colectivo.<sup>27</sup> Pero, en este caso, dado que la voluntad política es el resultado de una negociación, las partes en el acuerdo colectivo tendrán una menor predisposición a aceptar cambios constitucionales en el futuro. Por lo tanto, el marco institucional será considerado como la única manera en la cual el pueblo puede expresar su voluntad, y el documento constitucional será irreformable o, al menos, muy difícil de modificar. Las diferentes narraciones sobre la democracia y sus posibles diseños institucionales son concepciones sobre la democracia. El punto de esta sección será presentar los elementos principales de cualquier concepción plausible de una democracia como forma política.

Un aspecto clave se refiere a la propia posibilidad de hablar sobre un agente colectivo que posea una intención colectiva que sea independiente de las intenciones individuales de sus miembros. Los filósofos analíticos exploraron esta idea y concluyeron en que la irreductibilidad de la intención colectiva a la individual no es absurda en absoluto.<sup>28</sup> La totalidad de las implicancias de estas ideas no serán tratadas aquí. No obstante, sus consecuencias para la teoría constitucional merecen algún análisis. En efecto, como señala Ronald Dworkin, cuando uno se toma en serio la posibilidad de no reducir la intención colectiva en la individual, aparecen dos concepciones diferentes de la democracia.<sup>29</sup>

Por un lado, si sólo la concepción reduccionista fuera correcta, entonces la acción colectiva debería ser concebida como una agregación estadísti-

---

<sup>27</sup> Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, p. 97.

<sup>28</sup> Tuomela, Raimo, *Social Ontology. Collective Intentionality and Group Agents*, Nueva York, Oxford University Press, 2013, pp. 62-96; Searle, John R., “Collective Intentions and Actions”, en Cohen, Philip R. *et al.* (eds.), *Intentions in Communication*, Massachusetts, Cambridge, MIT Press, 1990. Véase también Pettit, Philip, *A Theory of Freedom. From the Psychology to the Politics of Agency*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 104-124; Searle, *The Construction of Social Reality*, pp. 23-26. Para una concepción reductivista, véase Bratman, Michael E., “I Intend that We *J*”, en *Faces of Intention. Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 142-161.

<sup>29</sup> Dworkin, Ronald M., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, pp. 15-20. Véase también Michelman, Frank I., “Constitutional Authorship”, en Alexander, Larry (ed.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Nueva York, Cambridge University Press, 1998, pp. 75 y 76.

ca de las intenciones o preferencias individuales. Esto plantea una concepción estadística del pueblo, en la cual las decisiones son entendidas como una función de los ciudadanos individuales. Por otro lado, si fuera posible adscribirle una intención a un agente colectivo que no sea reducible a las intenciones de sus miembros, entonces nos enfrentaremos con una forma comunal de acción colectiva, en la cual las decisiones son tomadas por una entidad distintiva, el pueblo como tal, antes que por un conjunto de personas computadas de modo individual. Se trata, por tanto, de una concepción comunal de pueblo.

La democracia como forma política presupone tal concepción comunal.<sup>30</sup> Esto es verdadero incluso si el acto de creación del pueblo fuera presentado de un modo contractualista, puesto que la consecuencia del contrato es el surgimiento de un nuevo agente colectivo que es diferente de otros grupos, cuyos miembros no comparten su proyecto constitucional.<sup>31</sup> Entendido de esta manera, el pueblo crea una Constitución, es decir, un conjunto de decisiones constitucionales sobre la estructura básica de la sociedad.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> La democracia también puede ser concebida como una forma antipolítica, esto es, como la negación de un agente colectivo. Desde esta perspectiva, la democracia se reduce a un procedimiento, ora para la agregación de preferencias individuales, ora para practicar una deliberación que transforme esas preferencias a la luz de la razón pública (y universal). Para la concepción agregativa, véase Downs, Anthony, *An Economic Theory of Democracy*, Boston, Addison-Wesley, 1957, pp. 3-74; Riker, William H., *Liberalism against Populism. A Confrontation Between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice*, Long Grove, Waveland Press, 1982, pp. 1-19.

<sup>31</sup> Rosenfeld, Michel, *The Identity...*, *op. cit.*, p. 22: “A diferencia de las partes en un contrato de compraventa, cuyo proyecto intersubjetivo es superficial y de corto plazo, los contratantes de una constitución poseen un proyecto intersubjetivo que los convierte en un sujeto distinto (y colectivo) que se contrapone a otro sujeto conformado por aquellos que no comparten el mismo proyecto constitucional. Este otro sujeto, además, puede ser interno o externo: interno en la medida en que está integrado por los opositores locales a la constitución; y externo en tanto comprende a todos aquellos que no son parte en el contrato constitucional ni tampoco se pretende que queden sujetos a la constitución pactada por aquellos contratantes en particular”.

<sup>32</sup> Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, pp. 77-82. Véase también Rosenfeld, *The Identity...*, *op. cit.*, pp. 22 y 23. Para el concepto de estructura básica de la sociedad, véase Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1999, pp. 6-7: la estructura básica de la sociedad es “la manera en que las instituciones sociales más importantes distribuyen derechos y deberes fundamentales y determinación el reparto de las ventajas derivadas de la cooperación social... Tomadas en conjunto como un único esquema, las instituciones más importantes definen los derechos y deberes de los seres humanos e influyen en sus proyectos de vida, en lo que pueden esperar ser y cuánto éxito puede esperar tener... La noción intuitiva es que esta estructura comprende varias posiciones sociales, y que los seres humanos que nacen en diferentes posiciones tienen diferentes expectativas de vida determinadas, en parte, por el sistema político, así como también por las circunstancias económicas y sociales”.

Desde esta perspectiva, incluso el concepto de mayoría como método operativo para la toma democrática de decisiones necesita una concepción comunal del pueblo para funcionar. Ello es así porque las preferencias sólo pueden ser agregadas si existe cierta homogeneidad entre ellas y, además, porque sin referencia a la voluntad del pueblo no sería posible concederle legitimidad a la decisión mayoritaria en sí misma.<sup>33</sup>

Si este razonamiento es apropiado, entonces los elementos centrales de una forma política democrática son la identidad del pueblo y cómo es que su voluntad será expresada, especialmente cuando la decisión relevante es la de su propia y consciente Constitución como agente político. Esta cuestión, sin embargo, no es ontológica, sino que se refiere a la legitimidad. En efecto, la distinción entre *pouvoir constituant* y *pouvoir constitué* desafía la legitimidad del primero, dado que su carácter no constituido deja en las sombras cuál es la fuente de su legitimidad.<sup>34</sup> En otras palabras, “quienes se reúnen para constituir un nuevo gobierno son, ellos mismos, inconstitu-

---

<sup>33</sup> Schmitt, *Legality...*, *op. cit.*, p. 24: “De acuerdo con los presupuestos de la democracia, el pueblo homogéneo posee todas las características necesarias para garantizar la justicia y la razonabilidad de la voluntad popular. Ninguna democracia puede existir sin la presuposición de que el pueblo es bueno y, por lo tanto, que su voluntad es suficiente... En la democracia parlamentaria, la voluntad del parlamento es identificada con la del pueblo. En este contexto, la decisión de una mayoría simple del parlamento puede ser, a un mismo tiempo, legal y justa, sólo en la medida en que se presuponga que la decisión mayoritaria contiene las características antes indicadas de la voluntad del pueblo”. Véase también Schmitt, Carl, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, trad. de Ellen Kennedy, Cambridge, MIT Press, 1988, p. 26: “Todos los argumentos democráticos descansan lógicamente en una serie de identidades. A esta serie pertenecen las identidades de gobernados y gobernantes, soberano y súbdito, la identidad del sujeto y del objeto de la autoridad estatal, la identidad del pueblo con sus representantes en el parlamento, la identidad del estado y de la población que participa en las elecciones, la identidad entre el estado y el derecho y, finalmente, la identidad entre lo cuantitativo (la mayoría numérica o la unanimidad) y lo cualitativo (la justicia del derecho)”. A partir de estas ideas, tal vez sea posible explicar la diferencia, sugerida por Arendt, entre el mecanismo técnico de la decisión mayoritaria y el concepto de gobierno de la mayoría. En la medida en que exista cierta homogeneidad, el mayoritarismo es únicamente un mecanismo para la toma de decisiones, de modo tal que la minoría quedará sujeta a la decisión adoptada por la mayoría, pero los términos de dicha sujeción son los mismos para ambos. Esto presupone que la mayoría todavía percibe a la minoría como perteneciente al mismo agente colectivo. Pero si “la mayoría, después de tomar una decisión, procede a liquidar políticamente y, en casos extremos, físicamente, a la minoría opositora”, entonces “el mecanismo técnico de la decisión mayoritaria degenera en el gobierno de la mayoría”. Por supuesto, en ese contexto, ya no puede hablarse de homogeneidad. Véase Arendt, Hannah, *On Revolution*, Londres, Penguin, 1990, p. 164.

<sup>34</sup> Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, pp. 136-138; Arendt, Hannah, *On Revolution*, pp. 162, 163, 165 y 166.

cionales, esto es, carecen de la autoridad para hacer aquello que se propusieron conseguir”.<sup>35</sup>

Una manera de romper el círculo vicioso de la ausencia de legitimidad del poder constituyente sería la de recurrir a reglas. Después de todo, para algunas concepciones, las reglas son constitutivas del soberano.<sup>36</sup> Esta salida, sin embargo, es problemática, pues confunde dos tipos de discurso distintos. Por un lado, si se afirmara que las reglas relevantes son jurídicas, entonces surge el interrogante respecto a si un soberano, entendido en el sentido usual de la palabra, puede quedar sujeto a límites jurídicos. En la medida en que la soberanía consiste, precisamente, en estar libre de esa clase de restricciones, entonces hablar de la competencia jurídica del soberano parece constituir una transgresión a los límites del lenguaje normativo.<sup>37</sup> Por otro lado, aun cuando fuera apropiado describir el surgimiento del concepto de soberanía en términos de reglas constitutivas, sería sensato decir, al mismo tiempo, que esa descripción pertenece a una clase de discurso que no sólo es externa a la narración de la democracia como forma política, sino que también es incoherente con sus principios internos. Finalmente, y más allá de sus méritos explicativos, una proposición descriptiva no puede proveer una justificación normativa de la legitimidad política del pueblo.<sup>38</sup> Por lo tanto, recurrir a las reglas no es una solución adecuada. De un modo más general, sería igualmente inútil buscar otros conceptos externos o absolutos para romper el círculo.<sup>39</sup>

El fracaso de buscar una salida hacia afuera de la narración, ejemplificada en el intento de usar el concepto de regla para fundar la legitimidad del poder constituyente, indica cuál es la solución apropiada al problema. En efecto, si, como vimos, las decisiones constitucionales se refieren prin-

<sup>35</sup> Arendt, Hannah, *On Revolution*, pp. 183 y 184. Este problema tiene su propia historia. Véase Skinner, Quentin, *The Foundations of Modern Political Thought. 2. The Age of Reformation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, pp. 164 y 165.

<sup>36</sup> Hart, Herbert, *The Concept of Law*, en Leslie Green (ed.), 3a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 76.

<sup>37</sup> Carrió, Genaro R., *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1973, pp. 43-54. Véase también Negri, Antonio, *Insurgencias. Constituent Power and the Modern State*, trad. Maurizia Boscagli, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1999, pp. 9-11; Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, pp. 136-138.

<sup>38</sup> A pesar de la insistencia de Searle en que el concepto de regla constitutiva permitiría disolver la distinción *es/debe*, una regla constitutiva sólo puede explicar el origen o la fuente de una institución, pero no puede proveer una razón para involucrarse en la consiguiente práctica social. Véase Searle, *Speech Acts*, pp. 175-198. *Cfr.* Guastini, Riccardo, *Reglas constitutivas y gran división*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, pp. 269-293.

<sup>39</sup> Arendt, *On Revolution*, p. 204.

cialmente a la estructura básica de la sociedad, entonces las decisiones respectivas estarán fundadas, o pueden ser presentadas como fundadas, en determinados valores, normas o principios. En este sentido, la identidad del pueblo puede reducirse a la identificación del pueblo con tales valores.<sup>40</sup> El valor de los principios depende de la decisión del pueblo, y si esta elección tiene, a su vez, algún valor en sí misma, ello debe ser porque existe algún otro valor, de mayor alcance, que permite precisamente adscribirle valor a esa decisión. Al final del día, esto no significa otra cosa que el valor de un Estado democrático descansa en el principio de soberanía popular.<sup>41</sup> Este principio es universal, en el sentido de que, en forma universal, adscribe valor a cualquier acto a través del cual el pueblo se constituye conscientemente adoptando algunos principios para regular la estructura básica de la sociedad. La soberanía popular proporciona una justificación universal para el valor de las decisiones políticas particulares.

Por lo tanto, la legitimidad del poder constituyente, su autoridad, está fundada en, o es inmanente a, el propio acto de fundación que, en la época moderna, tiene lugar “en plena luz del día para ser presenciado por todos los presentes”.<sup>42</sup> El acto de autoconstitución del pueblo tiene un carácter público, y los principios políticos que conforman su objeto están incorporados en él.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Ricoeur, Paul, *Oneself as Another*, trad. Kathleen Blamey, Chicago, University of Chicago Press, 1992, p. 121: “De hecho, en gran medida, la identidad de una persona o de una comunidad está compuesta de tales identificaciones con valores, normas, ideales, modelos y héroes, en los cuales una persona o comunidad se reconocen a sí mismos”. Véase también Michelman, “Constitutional Authorship”, pp. 80 y 81: “Como miembros de un pueblo que supuestamente se autogobierna, sus integrantes no pueden aceptar que la constitución sea creada por nadie que no sean ellos mismos. Pero, según parece, ellos solo pueden reconocerse a sí mismos como integrantes de una identidad política colectiva si se reconocen como socios, participantes conjuntos en alguna idea, o proto-idea, ya presente y significativa, acerca de la razón constitucional o de lo que es constitucionalmente correcto. Esto significa que pueden reconocer a sus legisladores como legítimos, como el mismo Pueblo que ellos, solamente a través de la percibida o supuesta comunión del legislador con el mismo conjunto de ideales regulativos que ellos poseen respecto a qué son las constituciones y cuál es su propósito”.

<sup>41</sup> Como señaló Hannah Arendt, citando a Alexander Hamilton, el acto de autoconstitución realizado por el pueblo demuestra “que los hombres «son realmente capaces... de establecer un buen gobierno a partir de la reflexión y la elección», que no están «destinados para siempre a depender de las contingencias o la fuerza en lo que hace a sus constituciones políticas»”. Arendt, *On Revolution*, p. 214. Véase también Tushnet, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999, pp. 181 y 182, para una discusión sobre la constitución de un pueblo como una expresión del compromiso de una comunidad particular con principios universales.

<sup>42</sup> Arendt, *On Revolution*, pp. 199-204.

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 212 y 213: “Lo que salva al acto inicial de su propia arbitrariedad es que lleva consigo su propio principio o, para ser más preciso, el comienzo y el principio, *principium* y

Por supuesto, el propio acto es entendido como acción política, en el sentido de ser descrito como una acción colectiva, el resultado de la deliberación común de un grupo de seres humanos que se conciben a sí mismos, precisamente como *un* grupo.<sup>44</sup> El acto constituyente consiste en un pueblo identificándose a sí mismo, a través de la decisión consciente de su propia existencia política, y en la definición de su identidad a través de su identificación con una Constitución; esto es, un conjunto de valores y principios políticos.<sup>45</sup>

De ese modo, la democracia como forma política presupone que el principio de soberanía popular desplaza a otros principios políticos rivales.<sup>46</sup> Pero

---

principio, no solo están mutuamente relacionados, sino que son contemporáneos. El absoluto desde el cual el comienzo derivará su propia validez y que debe salvarlo de su arbitrariedad inherente es el principio, el cual, junto a aquél, hace su aparición en el mundo... Como tal, el principio inspira las hazañas que habrán de seguir y permanece patente mientras dure la acción”.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 213 y 214: “Sobre este punto, la trayectoria de la Revolución Americana cuenta una historia inolvidable, capaz de enseñar una lección única; pues esta revolución no estalló sencillamente, sino que fue hecha por los hombres mediante deliberación compartida y con la fuerza de mutuas promesas. El principio que vio la luz durante esos años trascendentes cuando se sentaron los cimientos —no por la fuerza de un único arquitecto, sino por el poder combinado de muchos hombres— fue el principio que conectó a las promesas mutuas con la liberación común”.

<sup>45</sup> Se ha sostenido que esta concepción de la soberanía popular es incoherente como fuente de legitimidad. De acuerdo con Lars Vinx, la legitimidad es relevante en el contexto de conflictos políticos entre partes que mantienen profundos desacuerdos en materia de moralidad política, es decir, que no comparten una identidad política común. Si la soberanía popular presupone compartir una identidad política, entonces no sería de utilidad para solucionar tales conflictos. Véase Vinx, Lars, “The Incoherence of Strong Popular Sovereignty”, *International Journal of Constitutional Law*, 11(1), 2013, pp. 101-124 y 104-114. De ese modo, compartir una identidad política, en el sentido de compartir un compromiso con algunos principios o valores *solamente porque ellos fueron elegidos por el Pueblo*, es una precondition para ejercer la virtud de la integridad política, la que está especialmente concebida para porvenir una solución a los problemas de legitimidad en sociedades pluralistas. Véase *infra*, nota 55. Hasta este punto, entonces, la objeción es desacertada. Sin embargo, es correcto, como señala Vinx, que, en algunos contextos, los desacuerdos políticos entre diferentes partes pueden tener tal intensidad que ello les impide compartir una identidad política. No obstante, cuando se da dicha situación, es inútil buscar un principio de legitimidad política. Ello sería tan fútil como buscar un principio de legitimidad que resuelva el conflicto entre un fascista y un anarquista. La objeción elaborada por Vinx presupone que un principio de ese tipo siempre está disponible, incluso frente a un conflicto tal. Y es esta presuposición la que es rechazada por cualquier forma política, precisamente porque se trata de un típico mecanismo antipolítico.

<sup>46</sup> Sobre la soberanía popular como presupuesto de la democracia, véase Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 255-257. De acuerdo con Waldron, la soberanía popular exige la satisfacción de la voluntad del pueblo, lo cual es una condición necesaria, pero no suficiente, para la democracia, pues puede ser el caso de que lo que sea deseado por el pueblo no sea de naturaleza democrática. Waldron sostiene,

ello no significa que éstos sean completamente irrelevantes. De hecho, con el fin de regular la estructura básica de la sociedad, el poder constituyente puede tenerlos en cuenta para guiar las decisiones respectivas. En efecto, como se dijo, el compromiso del pueblo con esos otros principios es lo que constituye su identidad. Esta imagen de la democracia tiene dos implicancias importantes.

En primer lugar, ella arroja luz sobre la concepción de la identidad política presupuesta en el análisis. En tal sentido, la identidad puede entenderse como ser lo mismo así como también como ser uno mismo.<sup>47</sup> Cada concepción constituye una respuesta a diferentes problemas, distinguidos por Agustín de Hipona en sus *Confesiones*, a saber: las preguntas sobre “¿Qué soy?” y “¿Quién soy?”.<sup>48</sup> Mientras que la primera pregunta se dirige a Dios, en tanto que, al ser el creador de los seres humanos, puede responder entonces qué es lo que ellos son, la segunda es un interrogante que el ser humano se formula a sí mismo.<sup>49</sup> El paso de la pregunta sobre “¿Qué soy?” a “¿Quién soy?” suele interpretarse como un giro desde el campo de los objetos conocidos a la propia actividad de conocer, la cual tiene un carácter reflexivo.<sup>50</sup> Tales preguntas también pueden referirse a identidades colectivas, en la forma “¿Qué somos?” y “¿Quiénes somos?”. Si el poder constituyente involucra un acto consciente de autoconstitución, entonces la concepción relevante de identidad es la de ser uno mismo, y no la de ser lo mismo. Un pueblo que ejerce el poder constituyente está contestando la pregunta “¿Quiénes somos?”. Como sostuvo Hans Lindahl, la identidad resultante se mantendrá en tanto ese grupo de personas se sigan formulando la misma pregunta.<sup>51</sup>

---

por ejemplo, que tanto Hobbes como Locke fundaron sus teorías en el principio de soberanía popular, pero, mientras Hobbes lo hizo para justificar una monarquía absoluta, Locke se propuso defender una variante de democracia liberal. En este contexto, Waldron afirma que la decisión hobbesiana, aunque adoptada de un modo consistente con la soberanía popular, no es en sí misma democrática, mientras que la lockeana sí lo es.

<sup>47</sup> Ricoeur, *Oneself as Another*, pp. 115-125. Ricoeur denomina *idem-identity* e *ipse-identity* a las dos concepciones sobre la identidad.

<sup>48</sup> Hipona, Agustín de, *The Confessions*, Reynoldsburg, Coradella Collegiate Bookshelf Editions, 2004, p. 250.

<sup>49</sup> Arendt, Hannah, *The Human Condition*, 2a. ed., Chicago, University of Chicago Press, núm. 2, 1998, pp. 10 y 11.

<sup>50</sup> Taylor, Charles, *Sources of the Self. The Making of the Modern Identity*, Cambridge, Harvard University Press, 1989, p. 130: “En contraste al dominio de los objetos, que es público y común, la actividad de conocer es particular; cada uno de nosotros está involucrado con la suya propia. Observar esta actividad es mirarse a uno mismo, adoptar una actitud reflexiva”.

<sup>51</sup> Lindahl, Hans, “Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood”, en Loughlin, Martin y Walker, Neil (ed.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 20 y 21.

En síntesis, el principio de soberanía popular no expresa otra cosa que el valor de la acción colectiva reflexiva.<sup>52</sup>

La segunda cuestión importante apunta al problema de la consistencia de la identidad a lo largo del tiempo. Si el valor del compromiso del pueblo con algunos principios políticos depende de su carácter reflexivo y de las propias decisiones adoptadas por el pueblo, entonces el pueblo puede modificar tales compromisos en cualquier momento y a su sola discreción. Ello puede ocurrir de dos maneras.

En primer lugar, los principios políticos relevantes pueden ser interpretados en formas innovadoras. La posibilidad de abandonar antiguas concepciones sobre tales principios y reemplazarlas por otras nuevas tiene la mayor importancia, pues define el marco en el cual la Constitución admite desacuerdos dentro de sus propios límites.<sup>53</sup> Ciertamente, tales límites que la Constitución impone a los debates políticos de la comunidad son en sí mismos una cuestión relativa a la autocomprensión que los miembros de la comunidad tienen en su carácter de tales.<sup>54</sup> En tal sentido, Ronald Dworkin acuñó el concepto de *integridad política* para describir esa idea: los individuos se ven a sí mismos como miembros de una comunidad cuando reconocen a un conjunto de principios como elegidos por esa comunidad, y aceptan su valor solamente por ese hecho, pero al mismo tiempo, discrepan con respecto a la manera en que tales principios deben ser interpretados. Por lo tanto, la política, dentro de un Estado democrático, consiste, entre otras cosas, en la articulación y elección de una concepción sobre los principios políticos.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> Vinx, “The Incoherence of Strong Popular Sovereignty”, p. 108: “El principio básico de la legitimidad constitucional es, en otras palabras, el principio de autonomía colectiva, entendido como el derecho de un pueblo ya existente a decidir libremente la forma de su propia vida institucional. La raíz de la ilegitimidad constitucional es, por otro lado, la heteronomía colectiva, que se da en una situación en la que un pueblo es forzado a vivir bajo un marco normativo que no es (o no es completamente) el resultado de su propia elección o que niega su poder constituyente inalienable”. En este pasaje, Vinx describe una concepción de la soberanía popular que él no comparte y que es el objetivo de su ataque teórico.

<sup>53</sup> Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 171-176.

<sup>54</sup> Waldron, *Law and Disagreement*, p. 308: “Por lo tanto, la idea de límites basados en los derechos es, en primer lugar, una cuestión de autocomprensión política”.

<sup>55</sup> Dworkin, *Law's Empire*, p. 211: “Las personas integran una genuina comunidad política sólo cuando acepta que sus destinos están vinculados de la siguiente manera: ellos aceptan que están sujetos a principios comunes, no sólo a las reglas que resultan de compromisos políticos. La política tiene una naturaleza especial para estas personas. Es un teatro de debate acerca de cuales son los principios que la comunidad debe adoptar, de modo sistemático, acerca de cuál perspectiva debe elegir respecto de la justicia, la equidad y el debido proceso... Los miembros de una sociedad de principio aceptan que sus derechos y deberes

Por supuesto, en segundo lugar, también es posible que el pueblo decida cambiar no la interpretación de los principios políticos, sino su propia identidad. En tal caso, surgirá una nueva Constitución. Dentro de una misma forma política pueden adoptarse diferentes Constituciones. Para que ello ocurra, se necesita una continuidad en la narración, en la que el mismo agente colectivo sea considerado como el titular permanente del poder constituyente, pero, al mismo, como capaz de poner en cuestión su identidad, y modificarla cuando lo estime apropiado.<sup>56</sup> Esto implica la perdurabilidad en el tiempo del principio de soberanía popular como fuente de legitimidad política. Si un nuevo sujeto, distinto del pueblo, apareciera en escena, entonces surgiría una nueva forma política, que ya no estaría fundada en la soberanía popular.<sup>57</sup>

Si alguno de los principios políticos elegidos para regular la estructura básica de la sociedad no fuera consistente con la soberanía popular, entonces no resultaría razonable hablar de democracia. La narración del pueblo como titular del poder constituyente se volvería ininteligible en un contexto tal. Una narración racional o coherente debe entonces excluir la posibilidad de que el pueblo tome decisiones de esa naturaleza, las cuales podrían ser concebidas como contradicciones performativas.<sup>58</sup> En efecto,

---

políticos no se agotan en las decisiones particulares adoptadas por sus instituciones políticas; en cambio, de un modo más general, ellos son el resultado de un esquema de principios que tales decisiones presuponen y al que adhieren... las obligaciones (políticas de un ciudadano) surgen del hecho histórico de que su comunidad adoptó dicho esquema, el cual es específico de aquella, y no de la asunción de que sería el esquema que habría adaptado si la decisión fuera únicamente suya. En síntesis, cada uno acepta a la integridad política como un ideal específicamente político y considera a la aceptación generalizada de tal ideal, incluso entre personas que discrepan sobre moralidad política, como constitutivo de la comunidad política". El concepto de *colectividades integradas* y su funcionamiento está articulado de manera similar. Véase Pettit, *A Theory of Freedom*, p. 119: "La manera más natural de concebir a las colectividades integradas como agentes a los cuales los individuos dan vida mediante la suspensión de sus propios proyectos, en una u otra ocasión, para servir al punto de vista colectivo. Tales individuos mantienen sus propios puntos de vista, al menos de modo virtual, mientras constituyen sociedades integradas de ese manera. Las integraciones pueden asumir una vida propia, pero de un modo completamente artificial, y siempre dependen de la conformidad constante —normalmente, de modo voluntario— de los individuos que las componen".

<sup>56</sup> Lefort, *The Political Forms of Modern Society*, pp. 303 y 304: "La democracia inaugura la experiencia de una sociedad inasible, incontrolable, en la cual el pueblo será considerado como soberano, por supuesto, pero su identidad será constantemente puesta en cuestión".

<sup>57</sup> Schmitt, *Constitutional...*, *cit.*, pp. 80, 140, 141 y 147.

<sup>58</sup> En la literatura, este tipo de problema pragmático tiene diferentes nombres: "infortunios" ("infelicidades") y "contradicción performativa" son dos de los más usados. Véase, por ejemplo, Austin, John L., "Performative Utterances", en Urmson, J. O. y Warnock,

elegir un principio que niegue el valor de la soberanía popular sería una forma en la que el pueblo negaría su propio valor político, es decir, su propia autoridad.<sup>59</sup> Como veremos en la siguiente sección, este razonamiento tiene importantes consecuencias para una concepción política de la teoría constitucional.

### III. LA CONSTITUCIÓN DEL SOBERANO Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL GOBIERNO

La democracia como forma política no se agota en la existencia del pueblo, pues ella también sugiere una relación entre ese pueblo y un conjunto de instituciones políticas. Aunque el poder constituyente permanece presente en forma permanente, en tanto no sea reemplazado por una nueva forma política, es decir, por otro agente político, su actividad no tiene la misma intensidad en todo momento.<sup>60</sup> Existen situaciones excepcionales en las cuales se actúa especialmente, frente a las cuales hay momentos normales en los cuales su pasividad les permite a las instituciones políticas pretender ser la única voz autorizada del pueblo.<sup>61</sup> Como dijo alguna vez James Bradley Thayer,

---

G. J. (eds.), *Philosophical Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 226. En el contexto jurídico véase Alexy, Robert, "Law and Correctness", *Current Legal Problems*, 51(1), 1998, pp. 205-221, en especial pp. 210 y 211. Robert Brandom explicó el punto de un modo elegante, afirmando que este tipo de acción es intencional, pero irracional, en el sentido de que el agente no está autorizado a expresar cierta aserción práctica, principalmente, una exigencia normativa, esto es, que no tiene una razón que justifique su acción. La ausencia de autorización es el resultado de un compromiso asumido previamente por el agente que es inconsistente con su exigencia actual. Véase Brandom, Robert B., *Making it Explicit. Reasoning, Representing and Discursive Commitment*, Cambridge, Harvard University Press, 1994, pp. 244 y 245. Para una presentación clara de las ideas de Brandom véase Klatt, Matthias, *Making the Law Explicit. The Normativity of Legal Argumentation*, Oxford, Hart Publishing, 2008, pp. 126-134.

<sup>59</sup> Una narración que incluya una contradicción de este tipo será incoherente a menos que exista un procedimiento que permita restaurar su coherencia. Véase Amaya, Amalia, *The Tapestry of Reason. An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 426. Sin embargo, aun si existiera tal procedimiento, su uso podría implicar socavar el atractivo político de la narración, ya sea mediante la supresión del pueblo como su personaje principal, o mediante la adscripción al mismo de intenciones hipócritas.

<sup>60</sup> Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, pp. 140 y 141.

<sup>61</sup> Para una concepción dualista de la democracia constitucional, véase Ackerman, Bruce, *We the People. 1 Foundations*, Cambridge, Belknap Press, 1991. Para críticas políticas y metodológicas a esa concepción véase, respectivamente, Kramer, Larry D., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 197; Loughlin, Martin, *Foundations of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 303-305.

es como si el soberano, luego de realizar su tarea constitucional, “se retirara hacia las nubes”.<sup>62</sup>

El tema del pueblo dormido se conecta en el pensamiento político occidental con la distinción entre soberanía y gobierno.<sup>63</sup> La democracia como forma política admite diversas narraciones referidas a la relación entre el poder constituyente y los poderes constituidos, es decir, entre el soberano y el gobierno. Pero rechaza completamente la posibilidad o, al menos, la factibilidad práctica, de un ejercicio permanente del poder constituyente o, lo que es lo mismo, la total ausencia de gobierno.<sup>64</sup> En aquellos momentos en los que el pueblo “se va a dormir” o “se reitra hacia las nubes”, las instituciones por él creadas, es decir, el gobierno, hablarán en su nombre. Esto significa que el principio de identidad deja su lugar al principio de la representación. Este movimiento de la primacía de un principio a la del otro es clave para explicar, por un lado, los elementos centrales de la narración sobre la legitimidad de esas instituciones y, por el otro, la tensión persistente entre las instituciones y el surgimiento y movilización de agentes colectivos que pretenden encarnar al hipotéticamente despierto pueblo soberano. En esta sección se analizarán estas cuestiones mediante una discusión sobre la producción del derecho constitucional, junto con la posibilidad para su reforma.

La sección previa, en la que se discutió el concepto de poder constituyente, omitió, de manera un tanto sorprendente, el tratamiento de la cues-

---

<sup>62</sup> Thayer, James Bradley, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review*, 7(3), 1893, p. 131.

<sup>63</sup> Tuck, Richard, “Democratic Sovereignty and Democratic Government: The Sleeping Sovereign”, en Bourke, Richard y Skinner, Quentin (eds.), *Popular Sovereignty in Historical Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 115-141. Véase también Skinner, Quentin, *The Foundations of Modern Political Thought. 1. The Renaissance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, pp. 62-65.

<sup>64</sup> Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, pp. 240-242. Para una concepción diferente, véase Negri, *Insurgencias*, pp. 313-335. Véase también Rancière, Jaques, *Disagreement. Politics and Philosophy*, trans. Julie Rose, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1999, pp. 21-42: *la política* es la actividad de desafiera al gobierno o a su fundamento, mientras que la actividad de las instituciones políticas es concebida como *policía*, esto es, controlando *policíacamente* a las personas; Mouffe, Chantal, “Citizenship and Political Identity”, *October*, 61, 1992, pp. 28-32, en especial p. 30: “La política se refiere a la constitución de la comunidad política, y no es algo que tenga lugar dentro de la comunidad política”. Hannah Arendt recuerda que los líderes de algunas revoluciones, como las revoluciones comunistas de Rusia y China, se jactaban de su carácter permanente. Véase Arendt, *On Revolution*, p. 144. A pesar de ello, lo relevante es determinar si esas revoluciones eludieron realmente la institucionalización o no. Aunque el concepto de “revolución permanente” no sea internamente incoherente, es difícil encontrar una forma política exitosa en la época contemporánea que haya alcanzado estabilidad sin recurrir a instituciones.

tión de la producción del derecho constitucional. Su punto de partida fue una distinción entre dos concepciones sobre el objeto del poder constituyente. Para una concepción, la decisión constitucional se refiere a la autoconstitución de un agente colectivo, con su propia y distintiva identidad política. Para otro punto de vista, la función del poder constituyente es crear un conjunto de instituciones políticas. Hasta ahora, este trabajo se concentró en la primera cuestión. Ahora es el turno de lidiar con la segunda. Ello requiere introducir la distinción entre la Constitución del soberano y la Constitución del gobierno o, más sencillamente, entre la Constitución y el derecho constitucional.<sup>65</sup>

Mientras que la Constitución consiste en los principios políticos con los cuales el pueblo soberano se identifica, el derecho constitucional es un conjunto de regulaciones sobre el régimen constitucional o las esencias constitucionales del Estado.<sup>66</sup> Para ser legítimos desde el punto de vista de la Constitución, tanto los legisladores constitucionales como los encargados de las instituciones de gobierno, regulados por las normas del derecho constitucional, deben tratar a los principios políticos respectivos como ideas directivas.<sup>67</sup> Solamente si satisfacen esa condición quienes pretenden ejercer autoridad como representantes del pueblo pueden estar justificados en su pretensión.

En el teoría democrática contemporánea, es un lugar común afirmar que el *locus* de la producción del derecho constitucional es una asamblea elegida

<sup>65</sup> Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, pp. 67-88. Véase también Loughlin, *Foundations of Public Law*, pp. 209-237.

<sup>66</sup> Ackerman, *Foundations*, p. 59: “La unidad básica de análisis debe ser el régimen constitucional, la matriz de relaciones institucionales y valores fundamentales que usualmente son consideradas como el fundamento constitucional en la vida política normal”. Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 2005, p. 227. Las esencias constitucionales son de dos tipos: “a. Principios fundamentales que especifican la estructura general del gobierno y del proceso político: los poderes de la legislatura, el ejecutivo y los tribunales; el alcance de la regla de la mayoría; y b. derechos básicos iguales y libertades ciudadanas que las mayorías legislativas deben respetar: entre ellas están el derecho a votar y a participar en política, la libertad de conciencia, la libertad de pensamiento y de asociación, así como también las garantías del estado de derecho”. La distinción entre la Constitución y el derecho constitucional guarda cierto parecido con las concepciones delgada y densa [“thin and thick”] de la Constitución elaboradas por Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, pp. 9-14 y 185-193.

<sup>67</sup> Sobre el rol que juegan las ideas directivas en las instituciones, véase Hauriou, Maurice, “The Theory of the Institution and the Foundation: A Study in Social Vitalism”, en Broderick, Albert, *The French Institutionalists. Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*, trad. Mary Welling, Massachusetts, Cambridge, Harvard University Press, 1970, pp. 101-104. Véase también Hauriou, Maurice, “An Interpretation of the Principles of Public Law”, *Harvard Law Review*, 31(6), 1918, pp. 813-821.

popularmente, la asamblea constituyente, que está encargada de elaborar un documento que será sujeto a la ratificación popular a través de un referéndum. A través de este documento se pretende codificar el derecho constitucional, que es constitutivo del gobierno.<sup>68</sup> Sin embargo, el derecho constitucional también puede ser producido “a través de un razonamiento y un desarrollo propios del *common law*”.<sup>69</sup> Asimismo, puede darse el caso de que el derecho constitucional sea el resultado de precedentes adoptados por las ramas no judiciales del gobierno, creándose así un conjunto de regulaciones paralelo al codificado en el documento constitucional, pero que no se superpone totalmente con él.<sup>70</sup> Una combinación de estos diferentes procedimientos también es posible.<sup>71</sup> En cualquier caso, la legitimidad de las normas pertenecientes al derecho constitucional debe descansar en su adecuación a las ideas directivas integradas en la Constitución.

Pero ¿cuál es el fundamento de esa exigencia? El punto parece residir en que el pueblo ya no actúa por sí mismo, sino a través de sus representantes. Solamente si se reconoce como ideas directivas a los principios políticos que constituyen la identidad del pueblo podrán las instituciones afirmar que actúan en representación del soberano. Para que sea posible adscribirle sus actos al pueblo, las instituciones del gobierno deben ser capaces de mostrar-

---

<sup>68</sup> Schmitt, *Constitutional Law*, pp. 130-135; Schmitt, *Crisis of Parliamentary Democracy*, p. 30. Véase también Arato, Andrew, “Forms of Constitution Making and Theories of Democracy”, *Cardozo Law Review*, 17, 1995, pp. 191-231; Mark Tushnet, “New Institutional Mechanisms for Making Constitutional Law”, en Bustamante, Thomas y Gonçalves Fernandes, Bernardo (eds.), *Democratizing Constitutional Law. Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*, Cham, Springer, 2016, pp. 167-183.

<sup>69</sup> Allan, T. R. S., *The Sovereignty of Law. Freedom, Constitution, and Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 305. Véase, en general, Waluchow, Wilfrid J., *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 216-271. En el contexto de los Estados Unidos, véase Strauss, David A., “Common Law Constitutional Interpretation”, *University of Chicago Law Review*, 63(3), 1996, pp. 877-935.

<sup>70</sup> Véase, por ejemplo, Reed Amar, Akhil, *America’s Unwritten Constitution. The Precedents and Principles We Live by*, Nueva York, Basic Books, 2012.

<sup>71</sup> Por ejemplo, Bruce Ackerman sostiene que la legislación constitucional no sólo puede lograrse a través del procedimiento de reforma previsto en el artículo V de la Constitución de los Estados Unidos, sino también a través de un proceso político más complejo. Dicho proceso requiere de un alto grado de movilización política, sostenido a lo largo del tiempo por una mayoría electoral que, en sucesivas elecciones, tiene éxito en obtener el control de las ramas políticas del gobierno. Este gobierno apoyado popularmente sancionará nuevas leyes ordinarias que desafiarán la concepción establecida del derecho constitucional, forzando a la Corte Suprema, al final del día, a modificar la interpretación de los principios constitucionales, confirmados así la validez de la nueva legislación. Véase Ackerman, *Foundations*, pp. 266-294.

los como una implementación de la voluntad del pueblo, es decir, como una interpretación y aplicación fidedignas de la Constitución.

#### IV. DEMOCRACIA MÁS ALLÁ DE LAS INSTITUCIONES

El giro de la soberanía al gobierno implica un cambio similar del principio de identidad al de representación. La realización de este último consiste en la institucionalización, es decir, en la creación de funciones, cargos o puestos que son independientes de la personalidad concreta de quienes los ocupan, pero que, pese a todo, tienen una conexión con el mandato del pueblo.<sup>72</sup> Para tener autoridad, el representante necesita contar con una dignidad especial, que se deriva de la dignidad de la propia persona representada. La representación, entonces, “invierte al representante con una especial dignidad, porque quien representa a un valor honorable no puede carecer de valor”.<sup>73</sup> Para esta concepción de la representación, el representante actúa en lugar del pueblo sin excluirlo. El pueblo está “presente” a través de la acción del representante.<sup>74</sup>

La existencia permanente del soberano es necesaria precisamente para que sea posible que el gobierno pueda tener legitimidad. Esta idea tiene dos implicancias importantes. Por un lado, la actividad de representar tiene lugar en público.<sup>75</sup> Es una actividad pública, así como la autoconstitución

---

<sup>72</sup> Para un argumento análogo, véase Schmitt, *Roman Catholicism...*, *op. cit.*, p. 14. Se trata de una variación del tema weberiano de la institucionalización del carisma. Véase Weber, Max, *On Charisma and Institution Building*, Eisenstadt, N. S. (ed.), Chicago, University of Chicago Press, 1968. Véase también Pitkin, *The Concept of Representation*, p. 239: “Sin institucionalización, ... el ideal de la representación sería un sueño hueco”.

<sup>73</sup> Schmitt, *Roman Catholicism...*, *op. cit.*, p. 21. Véase también Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, p. 243: “La representación no es posible con cualquier clase de ser... En la representación... una clase superior de ser adquiere una apariencia concreta. La idea de representación descansa en un pueblo que existe como unidad política, que tiene una forma existencia que es superior, más extensa y mejorada, y más intensa, en comparación con la existencia de algún grupo humano que convive”.

<sup>74</sup> Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, p. 243: “Representar significa hacer visible y presente a un ser invisible, a través de alguien que está públicamente presente. La dialéctica del concepto es que lo invisible se presupone como ausente y, a pesar de ello, como simultáneamente presente”. Véase también Pitkin, *The Concept of Representation*, p. 133 (comentando una concepción de la representación que encuentra inapropiada para una comprensión apropiada del concepto): “Un representante, por otro lado, si no lo es sólo en el nombre, actúa en lugar de otro sin excluirlo; aunque no es el principal, ‘actúa por’ el principal; el principal ‘está presente a través de él’”.

<sup>75</sup> Schmitt, *Roman Catholicism...*, *op. cit.*, pp. 28, 29 y 32; Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, p. 242: “La representación sólo puede tener lugar en la esfera pública. No hay represen-

del pueblo soberano también lo es. La segunda implicancia se deriva de la primera. En la narración del espacio público, dos personajes, el pueblo y el gobierno, pueden estar presentes simultáneamente y, en una situación extrema, los principios de representación e identidad pueden entrar en conflicto.<sup>76</sup>

Ello puede ocurrir especialmente en épocas de revoluciones, cuando la asamblea constituyente está deliberando, y las movilizaciones populares conducen a cientos o miles de personas ante las mismas puertas del edificio en aquella sesión. A pesar de su carácter constituyente, la asamblea no carece de restricciones, pues la Constitución impone un conjunto de límites a su accionar. La presencia de la multitud ante sus puertas puede ser una señal de aprobación o de rechazo, según cuál sea el grito predominante: *Sí* o *No*.<sup>77</sup> En el primer caso, los diputados bien pueden pensar que sus acciones están de acuerdo con la Constitución. En el segundo caso el resultado de la lucha política dirá si los diputados fueron leales a la Constitución. Si la asamblea es derrocada, y una nueva es elegida, entonces los diputados depuestos bien podrían ser acusados de traición constitucional. Pero si son los manifestantes los que están en el bando perdedor, entonces la asamblea podría seguir pretendiendo tener legitimidad.

---

tación que ocurra en secreto o entre dos personas, o que sea un «asunto privado»... Un parlamento tiene un carácter representativo solamente en cuanto uno crea que su actividad real se ubica en la esfera pública”. La representación, entonces, presupone lo político. Véase Riberi, Pablo, *Teoría de la representación política. Crisis y desafíos del Estado contemporáneo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, pp. 496-512.

<sup>76</sup> Furet, François, *Interpreting the French Revolution*, trad. Elborg Forster, Cambridge, Cambridge University Press, 1981, p. 50: “La actividad revolucionaria por excelencia fue la producción de un lenguaje maximalista mediante la intermediación de asambleas unánimes, míticamente dotadas con la voluntad general. En este punto, la historia de la Revolución está marcada por una dicotomía fundamental. Los diputados hacían las leyes en nombre del pueblo, a quien se asumía que representaban; pero los miembros de las secciones y de los clubes actuaban como la encarnación del pueblo, como centinelas vigilantes, obligados a rastrear y denunciar cualquier discrepancia entre la acción y los valores con el fin de restaurar el cuerpo político en cualquier momento. En lo que hace a la política, la característica saliente del período entre mayo y junio de 1789 y el 9 de Termidor de 1794 no fue el conflicto entre la Revolución y la contrarrevolución, sino la lucha entre los representantes de las sucesivas Asambleas y los clubes de militantes por la simbólica posición dominante: la voluntad del pueblo”. Una dicotomía similar puede encontrarse en la primera revolución británica, luego de la ejecución de Carlos I. En efecto, el Nuevo Ejército Modelo, tal como lo harían las secciones y los clubes más tarde en Francia, pretendía actuar como la encarnación del pueblo, controlando la actividad del parlamento en su carácter de representante del pueblo. Véase Morgan, Edmund S., *Inventing the People. The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, Nueva York, W. W. Norton, 1989, cap. 4.

<sup>77</sup> Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, pp. 131, 275, 302 y 303.

Por cierto, una multitud movilizada puede ser un signo de actividad del poder constituyente, lo cual es algo que puede esperarse durante una revolución. Sin embargo, en épocas normales, se espera que dicha actividad se reduzca al mínimo. Ello abre el interrogante respecto de la legitimidad de la producción de derecho constitucional durante tales periodos. Si el documento constitucional fue redactado después de una revolución, puede ocurrir que algunas de sus regulaciones ya no sean apropiadas en un contexto histórico distinto, lo cual requerirá una modificación del derecho constitucional. Generalmente, los documentos constitucionales cuentan con cláusulas que pretenden regular el poder para su reforma.

Estas normas sobre reforma son, por supuesto, de tipo procedimental, aunque también podrían crear algunos límites materiales. El punto crucial es, sin embargo, si existen límites sustantivos implícitos al poder de reforma.<sup>78</sup> La respuesta yace, nuevamente, en la distinción entre Constitución y derecho constitucional. El poder de reforma no tiene sólo un carácter representativo, en el sentido ya enunciado, sino que también se trata de un poder constituido, puesto que su accionar está regulado por normas constitucionales.<sup>79</sup> Por lo tanto, su legitimidad depende de que tal actividad esté guiada por las ideas directivas que integran la identidad política del pueblo. Una ruptura con esas directivas significará o bien que una nueva Constitución fue adoptada; es decir, que el pueblo ejecutó un acto de poder constituyente, o bien que un nuevo soberano reemplazó al anterior, en cuyo caso el pueblo ya no actuará como un agente que se autogobierna, pues una nueva forma política habrá surgido. La conclusión es que una Constitución puede ser cambiada o suprimida, incluso si el derecho constitucional fue re-

---

<sup>78</sup> *Ibidem*, pp. 148-158. Véase también Jacobson, Gary Jeffrey, *Constitutional Identity*, Cambridge, Harvard University Press, 2010, pp. 34-83; Roznai, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 105-134. Para una discusión, véase Walter Dellinger, "The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process", *Harvard Law Review*, 97(2), 1983, pp. 386-432; Tribe, Laurence H., "A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role", *Harvard Law Review*, 97(2), 1983, pp. 433-445, en Levinson, Sanford (ed.), *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton, Princeton University Press, 1995. Para dos excelentes tratamientos del tema en castellano véase Colombo Murúa, Ignacio, *Límites a las reformas constitucionales. Teoría de las cláusulas pétreas*, Buenos Aires, Astrea, 2011; Riberi, Pablo, "Límites sobre el poder constituyente: subjetividades y agonías y criptoconstitucionalismo", en Núñez Leiva, José (ed.), *Nuevas perspectivas en derecho constitucional*, Santiago de Chile, Universidad Andrés Bello, 2011.

<sup>79</sup> Un punto que, a veces, no es advertido por la academia constitucional, al menos en América Latina y en algunos países de Europa meridional, cuando utilizan la confusa terminología francesa de *pouvoir constituant originaire* y *pouvoir constituant dérivé*, en lugar de hablar, directamente, de producción y reforma del derecho constitucional.

formado según el procedimiento correcto de reforma, es decir, respetando las restricciones formales concebidas para ese fin. De modo similar, el documento constitucional podría permanecer intacto, pero si cambian las ideas directivas que inspiran su interpretación, entonces bien puede decirse que estamos frente a una nueva Constitución. La conexión entre un documento constitucional y la identidad constitucional es, entonces, contingente.

La producción del derecho constitucional y su reforma tienen como objeto a las normas constitucionales. Pero la representación no se agota en esas tareas. De hecho, la principal función del gobierno es la legislación ordinaria junto con la administración cotidiana de los recursos públicos. En este punto aparecen dos dicotomías. Por un lado, dado que el poder constituyente tiene una intensidad mínima pero no desaparece de la narración durante épocas de normalidad, siempre es posible criticar el accionar del gobierno formulando exigencias fundadas en las mismas ideas directivas que debieron inspirar tales actos institucionales. Si la representación tiene lugar en público, entonces el gobierno es un miembro de la esfera pública. Los otros miembros del Estado, tomados en su conjunto, constituyen la sociedad civil.<sup>80</sup>

La sociedad civil es el ámbito en el que se forja la opinión pública: un lugar de deliberación no representativa, en el cual los intereses privados pueden ser transformados en una única voz, fundada en razones públicas, que supervise la actividad gubernamental.<sup>81</sup> Por supuesto, en este sentido, la opinión pública no es nada más que un ideal regulativo. No obstante, es útil para reconocer qué reivindicaciones pueden ser consideradas legítimas, al menos parcialmente. En cualquier caso, la posibilidad siempre presente de

---

<sup>80</sup> Cohen, Jean L. y Arato, Andrew, *Civil Society and Political Theory*, Cambridge, MIT Press, 1992, p. ix: “Entendemos por «sociedad civil» a la esfera de interacción social entre la economía y el Estado, compuesta sobre todo de una esfera de intimidad (especialmente la familia), la esfera de asociaciones (especialmente, asociaciones voluntarias), movimientos sociales y formas de comunicación públicas. La sociedad civil moderna es creada a través de formas de auto-constitución y auto-movilización. Se institucionaliza y generaliza a través de leyes y, especialmente, de derechos subjetivos, que estabilizan la diferenciación social. Mientras que las dimensiones creativa e institucionalizada pueden existir separadamente, en el largo plazo tanto la acción independiente como la institucionalización son necesarias para la reproducción de la sociedad”.

<sup>81</sup> El concepto de opinión pública puede ser concebido tanto del modo presentado en el texto, es decir, como una autoridad crítica sobre el ejercicio del poder político, o bien como una exhibición montada y manipulada de propaganda al servicio de personas o instituciones. Para el contraste y las conexiones entre ambas, y la posibilidad de realizar la primera en las sociedades contemporáneas, véase Habermas, Jürgen, *The Structural Transformation of the Public Sphere. An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, trad. Thomas Burger y Frederick Lawrence, Cambridge, MIT Press, 1989, pp. 236-250.

que surja la opinión pública, es decir, la posibilidad de que las ideas directivas constitutivas de la identidad del pueblo sean invocadas, es un elemento clave del gobierno representativo. Mediante la formulación de un discurso político fundado en las ideas directivas, el pueblo se mantiene presente en la narración.<sup>82</sup> Sin esa posibilidad, no sería posible decir que el pueblo es capaz de controlar a sus representantes, y ello sería tanto como admitir que el pueblo no existe. Después de todo, ese en esa misma esfera pública en la que una multitud movilizadora puede afirmar ser una encarnación del pueblo, y desafiar al gobierno a través de la realización del principio de identidad.<sup>83</sup> Si esta posibilidad quedara completamente excluida, entonces el gobierno quedaría impedido de afirmar su legitimidad democrática.

Por cierto, los conceptos de esfera pública, sociedad civil y opinión pública tienen cierto aroma liberal. Sin embargo, es posible elaborar una concepción política de aquéllos.<sup>84</sup> Ello se debe a que la Constitución y el concepto de soberanía afirman la unidad que está presupuesta en la distinción entre gobierno y sociedad civil.<sup>85</sup> Por supuesto, en una forma política democrática, tal unidad tiene un carácter narrativo, lo cual explica la importancia de imaginar historias sobre el pueblo que nutran la esfera pública.<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> Sobre la acción colectiva por fuera de las instituciones políticas, encarnada por movimientos sociales, véase Cohen y Arato, *Civil Society and Political Theory*, pp. 492-563.

<sup>83</sup> La desobediencia civil es un ejemplo concreto de este tipo de crítica política al gobierno. Como afirman Cohen y Arato, la “peculiaridad de la acción colectiva que involucra a la desobediencia civil es que ella se mueve entre las fronteras de la insurrección y la actividad política institucionalizada, entre la guerra civil y la sociedad civil”. Cohen y Arato, *Civil Society and Political Theory*, p. 566.

<sup>84</sup> Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, pp. 271-279; Schmitt, *Crisis of...*, *op. cit.*, pp. 37-39. Véase también Loughlin, *Foundations of Public Law*, pp. 228-231 y 346-350; Fraser, Nancy, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, en Calhoun, Craig (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, MIT Press, 1992, pp. 109-137.

<sup>85</sup> Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, p. 247. Sin embargo, la unidad no debe ser confundida con la *uniformidad*. James Tully sostuvo que la formación del lenguaje del constitucionalismo moderno es la historia de la justificación de la uniformidad, opuesta a la diversidad cultural. No obstante, ello no excluye la posibilidad de volver a pensar ese lenguaje de un modo que integre a la diversidad, dando fundamento a un nuevo constitucionalismo en las mismas ideas de pertenencia de una comunidad y de libertad crítica que eran el núcleo de su versión clásica. Véase James Tully, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 58-98 y 198-209. Este es el mismo punto analizado más arriba, al discutir el concepto de identidad política como *identidad como ser uno mismo* (unidad que admite diversidad) en lugar de *identidad como ser lo mismo* (uniformidad).

<sup>86</sup> Anderson, Benedict, *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Londres, Verso, 1991; Smith, Rogers M., *Stories of Peoplehood. The Politics and Morals of Political Membership*, Nueva York, Cambridge University Press, 2003.

## V. RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

La última característica de la democracia como forma política se relaciona con el problema del atrincheramiento del derecho constitucional. Mientras que la Constitución es políticamente suprema, en el sentido de que determina las ideas directivas sobre las que se debe deliberar tanto en la esfera pública como en las instituciones gubernamentales, el derecho constitucional tiene un carácter fundamental en tanto que regula el modo en que el gobierno produce las leyes ordinarias. Esto significa que el derecho constitucional posee, al menos, una supremacía formal, pues, precisamente, define qué cuenta como ley ordinaria. Es, en tal sentido, una “ley de leyes”. Sin embargo, esto no implica necesariamente que el procedimiento de reforma sea diferente del de la legislación ordinaria ni tampoco que los tribunales sean competentes para aplicar el derecho constitucional, o para declarar la nulidad de las leyes creadas en forma inconstitucional. Por lo tanto, algunas distinciones relevantes deben ser introducidas.

En primer lugar, el derecho constitucional puede estar formulado en un único documento o en diferentes fuentes dispersas. En el primer caso, el derecho constitucional está codificado, mientras que en el segundo no lo está. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la ausencia de codificación no equivale a afirmar que el derecho constitucional carezca de carácter escrito. En efecto, las normas constitucionales podrían estar formuladas en diversos documentos.<sup>87</sup> Una segunda distinción se refiere al procedimiento de reforma. Si el derecho constitucional puede ser modificado por el mismo procedimiento que las leyes ordinarias, entonces se dice que es flexible. En cambio, si el procedimiento es diferente y más oneroso, el derecho constitucional es rígido.<sup>88</sup> Finalmente, si el derecho constitucional es judicialmente aplicable y sus normas derrotarán a la aplicación de las leyes ordinarias cuando éstas sean inconsistentes con aquéllas, entonces tendrá supremacía material. Si el derecho constitucional es rígido y además tiene supremacía material sobre las leyes ordinarias, entonces se dice que está atrincherado.<sup>89</sup>

<sup>87</sup> Grimm, Dieter, “Types of Constitutions”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, Andras (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 105 y 106.

<sup>88</sup> Bryce, “Flexible and Rigid Constitutions”, *Studies in History and Jurisprudence*, I, Nueva York, Oxford University Press, 1901, p. 132.

<sup>89</sup> La supremacía material del derecho constitucional sobre las leyes ordinarias es una condición necesaria para el atrincheramiento constitucional, pero la supremacía formal no lo es. La Constitución francesa de 1958, antes de la enmienda de 2008, era el ejemplo

Estas posibilidades plantean diversos problemas para una forma política democrática. Por un lado, la rigidez constitucional limita el alcance de las decisiones que pueden ser adoptadas por los representantes del pueblo. ¿Qué fundamento puede proporcionarse para ello? Por otro lado, el atrincheramiento constitucional significa que, dentro del gobierno, el Poder Judicial será el que tenga la última palabra en los conflictos constitucionales. Con ello, surge el problema de la supremacía judicial. ¿Cómo es que la rama menos democrática del gobierno puede tener semejante poder? Es importante recordar que estamos frente a diferentes tipos de restricciones sobre el gobierno democrático. La rigidez está pensada para hacer más difícil la reforma del documento constitucional. Pero las instituciones que son responsables frente a la ciudadanía siguen siendo las encargadas de tomar la decisión. En cambio, el atrincheramiento constitucional directamente pone el poder de tomar decisiones en otra institución.<sup>90</sup>

¿Cómo puede justificarse la rigidez? Desde el punto de vista del gobierno democrático, existen un conjunto de respuestas que conforman la

---

arquetípico de normas constitucionales rígidas que eran formal, pero no materialmente, superiores a las leyes ordinarias careciendo entonces de carácter atrincherado. La concepción estándar de la Constitución británica, al mismo tiempo, es el paradigma de un derecho constitucional flexible, que carece de supremacía material sobre las leyes ordinarias, pero posee, pese a todo, supremacía formal. Ello se debe al hecho de que la supremacía formal significa que el derecho constitucional define qué cuenta como una ley ordinaria. Por ello, un tribunal necesita esa definición para identificar una ley y aplicar sus disposiciones. Pero de ningún modo es necesario concebir al derecho constitucional como una fuente de regulaciones sustanciales que podrían ser inconsistentes con las leyes ordinarias, en cuyo caso los tribunales se verían forzados a elegir entre ellas. En este segundo escenario, el derecho constitucional, si posee supremacía material, se convertiría en una condición para la aplicabilidad de las leyes ordinarias: sólo las normas legales que no sean inconsistentes con el derecho constitucional serían judicialmente aplicables. En síntesis: el documento constitucional puede ser interpretado como un conjunto de normas que únicamente regulan el procedimiento legislativo ordinario, o bien como normas sustanciales que poseen supremacía material con respecto a las leyes ordinarias. En el primer caso, el derecho constitucional opera como un conjunto de *condiciones para la existencia jurídica* de las leyes ordinarias. En el segundo, el derecho constitucional regula las *condiciones para la aplicación judicial* de las leyes ordinarias. Véase Dorf, Michael C. y Adler, Matthew D., “Constitutional Existence Conditions and Judicial Review”, *Virginia Law Review*, 89(6), 2003, pp. 1105-1202. Para un argumento similar véase Caminos, Pedro A., “Una reconstrucción conceptual de la aplicación judicial de la Constitución”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 12, 2017, pp. 39-61. Para un marco analítico sobre el carácter “robusto” de las Constituciones, véase Marmor, Andrei, “Are Constitutions Legitimate?”, *Law in the Age of Pluralism*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, pp. 89-94.

<sup>90</sup> Sobre la distinción entre los dos tipos de restricciones, véase Waldron, *Law and Disagreement*, pp. 260-266.

concepción canónica sobre el tema.<sup>91</sup> De acuerdo con ésta, las restricciones constitucionales sobre el gobierno operan como una habilitación y como un refuerzo de la democracia. Por un lado, se afirma que los gobiernos deben tener poderes para cumplir con sus deberes respecto de sus ciudadanos. Tales poderes están definidos y constituidos por normas constitucionales. Esta función habilitadora del derecho constitucional se conecta entonces con la idea misma de límites constitucionales: la única manera de definir el alcance de los poderes del gobierno es limitándolos. Por ello, el derecho constitucional no tiene sólo una dimensión negativa, sino también una dimensión positiva. De ese modo, habilita el ejercicio de los poderes gubernamentales definiéndolos y limitándolos. Un gobierno democrático estable y eficiente, en tanto que gobierno, necesita de restricciones.

Por otro lado, siempre existe la posibilidad de que el gobierno suprima las condiciones que son constitutivas de su carácter democrático. La rigidez constitucional puede ser el instrumento para reducir la probabilidad de que ello ocurra. Los límites constitucionales, entonces, refuerzan el gobierno democrático, impidiendo que una mayoría actual obstaculice la posibilidad de que una mayoría futura hable en nombre del pueblo.<sup>92</sup> Como vimos, mientras el pueblo mantenga su compromiso con el principio de la soberanía popular, como deber hacerlo con el fin de afirmar su autoridad, no es racional asumir que el propio pueblo pueda destruirse a sí mismo mediante la adopción de una decisión que sea inconsistente con ese principio. Si esta idea es razonable cuando el pueblo actúa como soberano, con más razón lo será con relación a sus instituciones representativas. La rigidez del derecho constitucional, entonces, no es otra cosa que el medio a través del cual el soberano puede impedir que sus representantes traicionen su voluntad. De manera similar, la existencia de un documento constitucional que formule las ideas directivas de la Constitución puede entenderse como un recordatorio permanente para las instituciones representativas, y para la sociedad

---

<sup>91</sup> Holmes, Stephen, *Passions & Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago, University of Chicago Press, 1995, pp. 134-177; Eisgruber, Christopher L., *Constitutional Self-Government*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, pp. 10-45; Fabre, Cécile, "A Philosophical Argument for a Bill of Rights", *British Journal of Political Science*, 30, 2000, pp. 77-98; Ferreres-Comella, Víctor, "A Defense of Constitutional Rigidity", *Analisi e Diritto*, 2000, pp. 45-68. Para una elegante discusión sobre el tema, véase Elster, Jon, *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment and Constraints*, Nueva York, Cambridge University Press, 2000, pp. 88-174. Para una discusión sobre las virtudes de la rigidez véase Waldron, Jeremy, *Political Theory. Essays on Institutions*, Cambridge, Harvard University Press, 2016, pp. 29-41; Marmor, "Are Constitutions Legitimate?", pp. 102-119.

<sup>92</sup> Para una crítica sobre este uso de la rigidez, véase Schmitt, *Legality and Legitimacy*, pp. 40-58.

civil en general, de la importancia y el valor de tales ideas, promoviendo así que ellas estén presentes en los debates públicos.<sup>93</sup>

Esta lógica, sin embargo, no está libre de inconvenientes. En primer lugar, no todas las normas constitucionales vigentes en un Estado se refieren únicamente a la regulación del régimen constitucional o de las esencias constitucionales. A veces, una mayoría de diputados en una asamblea constituyente, o una amplia coalición política en ejercicio de los poderes de reforma, pueden promulgar normas constitucionales que se refieren a cuestiones relacionadas con la administración de bienes públicos o con la legislación ordinaria, precisamente con el fin de sustraer esa decisión de las manos del gobierno democrático, reduciendo la posibilidad de adoptar una política distinta en el futuro. Por lo tanto, el argumento de la habilitación y del refuerzo sólo permite justificar la rigidez de algunas restricciones, pero no de todas ellas.

Existe un segundo problema con la rigidez, que probablemente sea más grave. Ciertamente, la estabilidad y las reglas precisas son importantes para constituir un gobierno democrático. Pero esto puede conducir a una paradoja. En efecto, si el derecho constitucional se compone de reglas muy específicas y detalladas, probablemente necesitará de reformas frecuentes. Si ello es así, entonces la rigidez puede dar lugar a regulaciones constitucionales ineficientes. En general, la solución más frecuente a este problema consiste en la adopción de cláusulas abstractas y genéricas. Este tipo de disposiciones dejan un amplio espacio para la adaptación a lo largo del tiempo a través de la interpretación. No obstante, si la interpretación constitucional quedara en manos del propio gobierno, entonces la rigidez podría tener alguna utilidad, pero, al mismo tiempo, las restricciones impuestas al gobierno por el derecho constitucional podrían no ser completamente efectivas. Adicionalmente, por vía de interpretación, los cambios podrían ser sumamente frecuentes, perdiéndose así las ventajas de la estabilidad.<sup>94</sup>

Dado que la rigidez sin atrincheramiento no parece ser una mecanismo del todo útil, el control judicial aparece en la escena. El argumento a

---

<sup>93</sup> Arendt, *On Revolution*, p. 157. Véase también Waldron, *Political Political Theory*, p. 28; Ferreres-Comella, "A Defense of Constitutional Rigidity", pp. 57-59.

<sup>94</sup> En otras palabras, las conclusiones de la literatura sobre las diferencias entre reglas y estándares también son aplicables al análisis de las normas constitucionales. Véase Frederick Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 77-85; Kaplow, Louis, "Rules versus Standards: An Economic Analysis", *Duke Law Journal*, 42(3), 1992, pp. 557-629; M. Sullivan, Kathleen, "Foreword: The Justices of Rules and Standards", *Harvard Law Review*, 106(1), 1992, pp. 22-123.

favor del atrincheramiento señala, habitualmente, que para que las restricciones constitucionales sean genuinamente vinculantes, para que ellas operen como restricciones jurídicas, deberían ser aplicadas por una institución diferente e independiente de la que ejerce la función representativa, es decir, por los tribunales. De ese modo, los representantes del pueblo no serán jueces en su propio caso. Mientras los tribunales implementen las ideas directivas de la Constitución mediante la aplicación de las normas constitucionales, entonces también estarán actuando dentro del marco de la representación. Esto significa que una ley sancionada por la legislatura, y declarada inconstitucional por los tribunales es, en verdad, un acto de desobediencia legislativa a la voluntad del pueblo, tal como fue expresada en las ideas directivas de la Constitución que guían la interpretación judicial de las cláusulas abstractas del derecho constitucional. En este contexto, los tribunales se convertirían en la verdadera institución representativa.

El lenguaje de las restricciones jurídicas al gobierno, de su aplicación judicial y de no ser el juez en causa propia, es típico del valor político conocido como Estado de derecho.<sup>95</sup> Este valor político puede ser una de las ideas directivas adoptadas por el pueblo en su Constitución y, como tal, puede ser interpretado de muchas maneras diferentes.<sup>96</sup> Una concepción robusta del Estado de derecho probablemente constituirá un fuerte fundamento para el atrincheramiento del derecho constitucional y para una comprensión generosa del alcance de los poderes interpretativos del Poder Judicial en cuestiones de aplicación de normas constitucionales. Cuando el Estado de derecho está en juego, normalmente los tribunales adoptan una concepción jurídica del constitucionalismo. En los últimos años, esta tendencia adoptó la forma del constitucionalismo total en algunos países, según la cual se pretende que el derecho constitucional provea una solución

---

<sup>95</sup> Schmitt, *Constitutional...*, *op. cit.*, pp. 249-252, especialmente, p. 249: “La Constitución moderna está compuesta por una conexión y mezcla entre los principios del Estado de Derecho burgués y aquellos de la forma política”. Sobre las características del estado de derecho, véase Venn Dicey, Albert, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10a. ed., Londres, MacMillan, 1979, pp. 183-205; Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969, pp. 49-61; Hayek, Friedrich A., *The Constitution of Liberty. The Definitive Edition*, Hamowy, Ronald (ed.), Chicago, University of Chicago Press, 2011, pp. 308-328; Tamanaha, Brian Z., *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 114-126; Raz, Joseph, “The Rule of Law and its Virtue”, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 214-218; Summers, Robert S., “The Principles of the Rule of Law”, *Notre Dame Law Review*, 74(5), 1999, pp. 1691-1712.

<sup>96</sup> Fallon, Jr., Richard H., “«The Rule of Law» as a Concept in Constitutional Discourse”, *Columbia Law Review*, 97(1), 1997, pp. 1-56.

para todos los conflictos jurídicos. Cuando el Estado de derecho se implementa en forma débil, el principal elemento en los debates públicos es una concepción política del constitucionalismo.<sup>97</sup>

No obstante, dado que es improbable que el Estado de derecho sea la única idea directiva, probablemente entrará en conflicto, al menos en algunos contextos, con otros valores políticos. En tal sentido, Jeremy Waldron defendió un argumento sensato a favor de la dignidad de la legislación, sustentado en el valor de la decisión mayoritaria como un logro social y como una manera de respetar la autonomía de los individuos.<sup>98</sup> Dadas ciertas condiciones sociales y políticas, una concepción robusta del Estado de derecho podría, en ocasiones, interferir con la autonomía política.<sup>99</sup> O, quizá, como

<sup>97</sup> Para la distinción entre las concepciones política, jurídica y total del constitucionalismo, véase Gardbaum, Stephen, “The Place of Constitutional Law in the Legal System”, en Rosenfeld, Michel y Sajó, Adras, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 173-175. Véase también Kumm, Matthias, “Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law”, *German Law Journal*, 7(4), 2006, pp. 341-369.

<sup>98</sup> Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999, pp. 156-162, especialmente, pp. 156, 158-159 y 160: “Lo primero que puede decirse es que la dignidad de la legislación, el fundamento de su autoridad, y su exigencia de ser respetada por nosotros, tiene mucho que ver con el tipo de logro que representa. Nuestro respeto por la legislación es, en parte, un tributo que pagamos por lograr una acción concertada, cooperativa, coordinada o colectiva en las circunstancias de la vida moderna... Sin embargo, el mayoritarismo no es sólo un procedimiento decisorio efectivo, también es respetuoso, pues respeta a los individuos de dos maneras. Primero, respeta y se toma en serio la realidad de las diferencias de opinión sobre la justicia y el bien común. Las decisiones mayoritarias no requieren que la opinión de nadie sea humillada o acallada en función de la imaginaria importancia del consenso. Al reclamar nuestro apoyo y respeto al procedimiento decisorio, no exige de ninguno de nosotros que imaginen que existe un consenso donde no lo hay, solamente porque pensemos que debería haber uno... Antes, dije que había dos formas en las que el mayoritarismo es respetuoso de los individuos. Lo hace... tratándolos como iguales en el momento de la autorización de la acción política. Supongo que, en cierto sentido, tirar una moneda también trata a los individuos como iguales. O, si somos más cuidadosos, podríamos tener un sistema político en el que cada uno de nosotros ponga su punto de vista en una mezcladora, y luego elegimos uno de ellos al azar, y actuamos, como sociedad, en base a ello (podría concebirse a esa lotería como un medio de evitar la formación de minorías permanentes). Cada uno tendría una chance igual de que su punto de vista sea el decisivo. Pero esto es un sentido engañoso de igualdad. Es posible argumentar que una distribución igual es aquella en la que se alcanza una distribución que sea consistente al mayor nivel posible con la igualdad. De ser así, el principio de mayoría funciona bastante mejor que la lotería como principio de igual respeto, porque le da al voto de cada individuo una chance mayor de determinar el resultado”. Véase también Waldron, *Law and Disagreement*, pp. 88-118.

<sup>99</sup> Para una descripción de esas condiciones sociales y políticas, véase Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, 115, 2006, pp. 1346-1406 y 1359-1369.

sostiene Waldron, cada vez que una decisión adoptada por una mayoría es declarada inconstitucional, la autonomía política se ve amenazada.<sup>100</sup>

Por muy sensato que sea su argumento, sin embargo, Waldron está más preocupado por la autonomía de los individuos que por la Constitución de identidades políticas colectivas. Ciertamente, no es completamente ajeno a tales cuestiones. Pero su atención está dirigida principalmente al primer tipo de problemas. Y ello, por supuesto, tiene consecuencias. En efecto, Waldron no comparte la distinción entre Constitución y derecho constitucional, precisamente porque, para él, la acción colectiva es posible principalmente, o quizá, únicamente, a través de procedimientos institucionales.<sup>101</sup> Ello conduce a la idea de que la formación de la voluntad del pueblo requiere de representación, es decir, de institucionalización, dejando así poco o ningún espacio para el principio de identidad. Si la democracia se reduce a la representación, entonces las restricciones externas al gobierno, como el control judicial, o incluso algunas formas de precompromiso, como la rigidez, se vuelven difíciles de justificar. Ello es así porque no queda espacio conceptual en la esfera pública para que alguien, con excepción del gobierno, hable en nombre del pueblo. En otras palabras, si el pueblo sólo actúa a través de sus instituciones representativas, entonces, para Waldron, el pueblo no puede actuar ni por arriba ni al costado, sino sólo dentro de tales instituciones. Esta concepción, entonces, no es del todo adecuada para una teoría constitucional que procure ofrecer una explicación de la movilización popular extrainstitucional como un fenómeno democrático, o que pueda explicar algunos supuestos de atrincheramiento constitucional, como la constitucionalización de derechos sociales y económicos, como el resultado de luchas políticas democráticas.<sup>102</sup>

En síntesis, una concepción democrática de la teoría constitucional funciona mejor cuando su narración reconoce el carácter multidimensional

---

<sup>100</sup> Para la concepción del Estado de derecho de Waldron, véase Waldron, Jeremy, “The Concept and the Rule of Law”, *Georgia Law Review*, 43(1), 2008, pp. 1-61.

<sup>101</sup> Según Waldron, para que un grupo de personas identifique a una decisión sobre un asunto *M* como una decisión colectiva, debe utilizarse un criterio que sea diferente de: “*C*: Lo que se debe hacer respecto a *M*”. Esto es así porque se espera que surja un desacuerdo entre los miembros del grupo precisamente respecto a lo que debe hacerse con relación a *M*. Por lo tanto, “la manera en que cualquiera de nosotros identifique a una política como «nuestra» debe parecer arbitraria en comparación a *C* (aunque, por supuesto, no será arbitraria respecto del problema decisorio). La decisión por mayoría satisface este requisito, pues cualquier miembro del grupo puede identificar (digamos) a *Y* como la «política adoptada por la mayoría», piense o no que *Y* satisface *C*”. Waldron, *The Dignity of Legislation*, p. 158.

<sup>102</sup> Goldoni, Marco, “Two Internal Critiques of Political Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, 10(4), 2012, pp. 926-949, especialmente, 943-948.

de la política.<sup>103</sup> Y, aunque esta concepción pueda justificar un atrincheramiento constitucional robusto, ello no es una consecuencia necesaria de su adopción.<sup>104</sup> Otras posibilidades están disponibles también; por ejemplo, la rigidez podría limitar su alcance a las regulaciones sobre procedimientos, habilitando así un control constitucional de estilo procedimental.<sup>105</sup> Otras posiciones, en cambio, se oponen al control judicial, aunque sin renunciar a la supremacía constitucional. Esta concepción es a veces denominada cons-

---

<sup>103</sup> Para una comprensión tridimensional de la democracia, véase Kalyvas, Andreas, *Democracy and the Politics of the Extraordinary. Max Weber, Carl Schmitt and Hannah Arendt*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

<sup>104</sup> Incluso las variantes robustas de control judicial pueden ser ejercidas de un modo suavizado si los tribunales adoptan lo que Alexander Bickel denominó *virtudes pasivas*. Véase Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2a. ed., New Haven, Yale University Press, 1986, pp. 111-198. Para una discusión, véase Gunther, Gerald, “The Subtle Vices of the «Passive Virtues». A Comment on Principle and Expediency in Judicial Review”, *Columbia Law Review*, 64(1), 1964, pp. 1-25. De ese modo, los tribunales pueden ser deferentes con las otras ramas del gobierno, limitando su propia capacidad de imponer límites. Por supuesto, como han advertido algunos especialistas en derecho comparado, las técnicas de autorrestricción son comunes en sistemas descentralizados o difusos de control judicial, pero no en los centralizados o concentrados. Véase Ferreres-Comella, Víctor, “The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court. Some Thoughts on Judicial Activism”, *Texas Law Review*, 82, 2004, pp. 1705-1736. De manera similar, aunque los tribunales pueden interpretar la totalidad del documento constitucional, también pueden desarrollar doctrinas de implementación que conduzcan a la subaplicación de buena parte del derecho constitucional. Véase Fallon, Jr., Richard H., *Implementing the Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 2001; Amar, *America's Unwritten Constitution*, pp. 211-230; Solum, Lawrence B., “The Interpretation-Construction Distinction”, *Constitutional Commentary*, 27, 2010, pp. 95-118; Barnett, Randy E., “Interpretation and Construction”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 34, 2011, pp. 65-72. Para una discusión sobre la subaplicación judicial del derecho constitucional, véase Sager, Lawrence, “Fair Measure: The Legal Status of Underenforced Constitutional Laws”, *Harvard Law Review*, 91(6), 1978, pp. 1212-1264; *idem*, “Justice in Plain Clothes: Reflections on the Thinness of Constitutional Law”, *Northwestern University Law Review*, 88(1), 1993, pp. 410-432; *id.*, “Material Rights, Underenforcement, and the Adjudication Thesis”, *Boston Law Review*, 90, 2010, pp. 579-593.

<sup>105</sup> Ely, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, pp. 73-179; Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. William Rehg, Cambridge, MIT Press, 1996, pp. 267-286; Nino, Carlos Santiago, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996, pp. 187-216; Michelman, Frank, “Law’s Republic”, *Yale Law Journal*, 97(8), 1988, pp. 1493-1537. Para una discusión, véanse Tribe, Laurence H., “The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories”, *Yale Law Journal*, 89(6), 1980, pp. 1063-1080; Ackerman, Bruce A., “Beyond «Caroline Products»”, *Harvard Law Review*, 98(4), 1985, pp. 713-746; Sager, Lawrence Gene, “The Incurable Constitution”, *New York University Law Review*, 65, 1990, pp. 893-961.

tucionalismo popular.<sup>106</sup> En un lugar intermedio, también aparece la posibilidad de un constitucionalismo débil o dialógico, que admite ciertas formas de control judicial, pero rechazando la supremacía judicial.<sup>107</sup>

Aunque el constitucionalismo débil tiene diferentes formulaciones, todas ellas son de la idea de que tanto los costos como las restricciones para la reforma constitucional deben ser reducidos o eliminados para permitir que las modificaciones tengan lugar con la mayor frecuencia posible, o que los tribunales no tengan la última palabra en materia constitucional, abriendo así la puerta para un diálogo institucional entre el Poder Judicial y la legislatura en el cual ésta pueda insistir en la validez de una ley considerada

---

<sup>106</sup> La función de la Constitución podría ser entendida en términos aspiracionales. Véase West, Robin, “The Aspirational Constitution”, *Northwestern University Law Review*, 88(1), 1993, pp. 241-268, especialmente, p. 262: “No es irrazonable pensar, entonces, que si el Congreso buscara guía constitucional, no miraría a la Constitución para encontrar una directiva autoritativa de nuestras tradiciones o, de hecho, de cualquier aspecto de nuestro pasado compartido, sino, más bien, para encontrar directivas autoritativas de nuestras aspiraciones morales y políticas... La Constitución del Congreso, entonces, podría ser sensatamente concebida como un recordatorio «constitucional» no de nuestras tradiciones, sino de nuestras aspiraciones —no una historia de quién fuimos—, sino una evaluación especulativa y reconocidamente utópica de hacia dónde podríamos ir”. Para las principales características del constitucionalismo popular, véanse Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, pp. 177-194; Kramer, *The People Themselves*, pp. 227-248. Para una concepción similar en el contexto británico, véase Richard Bellamy, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; Tomkins, Adam, *Our Republican Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2005. Sobre los efectos distorsivos del lenguaje y el razonamiento jurídicos en el discurso constitucional, véase Spitzer, Robert J., *Saving the Constitution from Lawyers. How Legal Training and Law Reviews Distort Constitutional Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008. Para una discusión, véanse Allan, *The Sovereignty of Law*, pp. 208-240; Chemerinsky, Erwin, “In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism”, *University of Illinois Law Review*, (3), 2004, pp. 673-690.

<sup>107</sup> El constitucionalismo débil es una concepción elaborada y defendida por, entre otros, Bayón, Juan Carlos, “Diritti, democrazia, Costituzione”, *Ragion Pratica*, 10, 1998, pp. 41-64; Besson, Samantha, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2005, pp. 323-336; Colón-Ríos, Joel I., *Weak Constitutionalism. Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*, Londres, Routledge, 2012, pp. 10-12 y 152-168. Para una propuesta similar, véase también Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Buenos Aires, Ariel, 1996, pp. 174-177; id., “Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism”, en Bustamante, Thomas y Gonçalves Fernandes, Bernardo (eds.), *Democratizing Constitutional Law. Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*, Cham, Springer, 2016, pp. 119-142; Gardbaum, Stephen, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 21-94; idem, “Decoupling Judicial Review from Judicial Supremacy”, en *Democratizing Constitutional Law...*, *op. cit.*, pp. 93-117. Para un análisis crítico del influyente artículo de Bayón, véase Mocochoa, Juan Manuel, “«Justicia y derechos constitucionales» revisitado”, *Discusiones*, 12(1), 2013, pp. 121-193, en especial, pp. 155-171.

inconstitucional por aquél. No obstante, incluso la forma más extrema de constitucionalismo débil adopta una estrategia dualista, que distingue entre la democracia al nivel de las normas fundamentales, y la democracia como gobierno cotidiano.<sup>108</sup>

A pesar de que todas estas concepciones son compatibles con la democracia como forma política, tal vez tenga sentido indagar si alguna de ellas es la más consistente con ésta o, en otras palabras, si alguna es la concepción correcta desde una perspectiva democrática. Sin embargo, una elección tal no puede tener lugar en abstracto. Después de todo, el diseño institucional requiere tener en cuenta la realidad en la cual tales instituciones se insertarán. Y, como es obvio, las decisiones sobre teorías constitucionales tienen implicancias institucionales, tales como la distribución apropiada de poderes entre los tribunales y las legislaturas. Si ello es así, entonces la única forma sensata de concretar una teoría constitucional abstracta en un determinado marco institucional exige un conocimiento importante sobre las instituciones y sus efectos.<sup>109</sup> Por esa razón, un desarrollo más amplio de la teoría constitucional deberá posponerse para un tiempo y lugar en el que los debates sobre la reforma del derecho constitucional exijan una clarificación acerca de qué es una forma política democrática. Por ahora, entonces, concluye la deliberación.

---

<sup>108</sup> Colón-Ríos, Joel I., *Weak Constitutionalism*, pp. 35-51.

<sup>109</sup> Una cuestión largamente tratada por Adrian Vermeule. Véase Vermeule, Adrian, *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation*, Cambridge, Harvard University Press, 2006; *idem*, *The System of the Constitution*, Nueva York, Oxford University Press, 2011; *idem*, *The Constitution of Risk*, Nueva York, Cambridge University Press, 2014. Véase también Komesar, Neil K., *Imperfect Alternatives. Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy*, Chicago, University of Chicago Press, 1994.