



Autor: Jenaro Mejía Kintana

Título: Sin título

Técnica: óleo sobre lienzo

Dimensión: 30 x 30 cm

Año: 1996

LA TENSION ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA*

* Este artículo hace parte del proyecto de investigación: “Los fundamentos normativos de la democracia y el problema de la representación política”, aprobado por el Centro de Investigación de la Universidad de Antioquia CODI.

Fecha de recepción: marzo 21 de 2012

Fecha de aprobación: mayo 10 de 2012

LA TENSIÓN ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA

*Francisco Cortés Rodas***

RESUMEN

En este artículo se hace un estudio y análisis histórico de la oposición entre constitucionalismo y democracia desde la modernidad hasta el presente. En el constitucionalismo democrático se establece que una constitución debe servir para limitar las posibles decisiones que pueda tomar el legislador democrático. Para los teóricos de la democracia mayoritaria o plebiscitaria una constitución no puede constituirse en un límite para las decisiones de la mayoría. Ellos defienden la supremacía de la política y de su prioridad sobre el derecho. Por medio de la presentación de las tesis básicas de Locke, Rousseau, Sieyes, Paine, Hamilton, Dworkin y Ferrajoli se desarrolla la tensión entre constitucionalismo y democracia y se muestran sus límites y perspectivas en la discusión contemporánea sobre el pensamiento democrático.

Palabras clave: Constitucionalismo, democracia mayoritaria, límite, política, Derecho, constitución.

THE TENSION BETWEEN CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY

ABSTRACT

This article is about both a study and historical analysis of the opposition between constitutionalism and democracy since the modernity until the present. In the democratic constitutionalism the constitution should ser to limit the possible decisions that can take a democratic legislator. For the theorist of the majoritarian democracy the constitution can't be a limit to the majority decisions. They defend the politic supremacy and the priority over the law. By the presentation of the basic thesis of Locke, Rousseau, Sieyes, Paine, Hamilton, Dworkin and Ferrajoli develops the tension between constitutionalism and democracy and shows the limits and the perspectives in the contemporary discussion about the democratic thought.

Key Words: constitutionalism, majoritarian democracy, limit, politic, law, constitution.

** Instituto de Filosofía, Universidad de Antioquia, E-mail: franciscocortes2007@gmail.com

Filósofo y magíster en Filosofía de la Universidad Nacional de Bogotá, doctor en Filosofía de la Universitat Konstanz de Alemania, posdoctor de la Universitat Frankfurt de Alemania

LA TENSIÓN ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA

La tensión aparentemente irresoluble entre constitucionalismo y democracia tiene una larga historia y determina en gran medida la tradición política desde la modernidad hasta el presente. Esta tensión puede ser formulada de una variedad de maneras. En el constitucionalismo democrático una constitución se define estableciendo que su función básica es negativa: quitarle ciertas decisiones al proceso democrático, limitar las acciones de la comunidad. Como ley de orden superior, la Constitución no puede ser cambiada por las asambleas elegidas popularmente, según los procedimientos normales de creación de las leyes, porque los cambios que alteren o deroguen normas constitucionales están condicionados a la adopción de procedimientos gravosos y de larga duración, predispuestos para tal fin.

En este sentido, el constitucionalismo democrático afirma que para garantizar la democracia es necesario quitarle constitucionalmente a la mayoría el poder de suprimir o limitar aquellos principios fundamentales que el legislador democrático, el pueblo como constituyente primario, o sus representantes, establecieron en la Constitución, a saber, el sistema representativo igualitario, los derechos fundamentales y el principio de la separación de poderes. Dicho de otra forma, en el constitucionalismo democrático el ejercicio de la autonomía política, de la democracia como gobierno para “el pueblo y por el pueblo”, encuentra límites absolutos en los principios fundamentales establecidos por el constituyente en la Constitución. ¿Pero cómo podemos justificar un sistema democrático que obstaculice la voluntad de la mayoría?

Una perspectiva diferente, evidentemente contraria, es representada por los defensores de la democracia mayoritaria o plebiscitaria. Ellos defienden una concepción formal de la democracia, que se identifica solamente con el poder del pueblo, o mejor, con la voluntad de la mayoría de sus representantes. Así, los teóricos de la democracia mayoritaria sustentan la omnipotencia del parlamento, que quiere decir, también, la supremacía de la política y de su prioridad sobre el derecho. Conforme a la idea del pueblo como constituyente primario, se concibe que la democracia consiste en “governarse por sí mismos” y en el hecho de que las decisiones se adopten, directa o indirectamente, por sus mismos destinatarios, o, más exactamente, por su mayoría, de modo que sean expresión de su “voluntad” y de la “soberanía popular”. La democracia definida como autogobierno es entendida como una forma de libertad “política”, “positiva”, “de los antiguos”, pero en rigor, es más adecuado caracterizarla como el derecho de todos los miembros del cuerpo

político a participar en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas, lo que implica que cada uno ha de disponer, directamente o por medio de sus representantes, del más amplio poder posible en cuanto a la determinación del resultado de esos procesos de decisión.

Los defensores del constitucionalismo democrático oponen a la democracia mayoritaria límites absolutos definidos por los derechos fundamentales, límites que establecen lo que puede ser denominado “el ámbito de acción del individuo”, el cual no puede ser restringido por la voluntad de cualquier mayoría, plebiscitaria o legislativa. El constitucionalismo, desde esta perspectiva, le pone límites a la democracia. Sus jueces invalidan normas legislativas con el argumento de que, en su opinión, algunas de éstas violan la Constitución. Para el constitucionalismo democrático, cuando un tribunal declara inconstitucional una norma emitida por el legislativo al encontrar que hay incompatibilidad con normas constitucionales somete la voluntad de los representantes del pueblo para garantizar así los principios fundamentales consagrados en la Constitución.

A esto los defensores de la democracia mayoritaria han objetado que no hay una razón válida para aceptar que las opiniones de las mayorías legislativas tengan menos peso que las opiniones de los jueces constitucionales. Las decisiones de los jueces constitucionales están determinadas, como las decisiones de los ciudadanos en general y los legisladores en particular, por estrechas consideraciones de interés propio, por motivaciones personales o por posiciones ideológicas.

Esta objeción, conocida también como “objeción contra-mayoritaria al poder judicial”¹ pregunta si puede justificarse un sistema democrático en el que las opiniones de los jueces sobre principios sustantivos plasmados en la Constitución deben prevalecer sobre las opiniones de las mayorías legislativas. Los autores de la objeción democrática afirman también que en tanto los jueces no son elegidos por el pueblo sino nombrados por el Congreso, ellos no tienen legitimidad para establecer que la voluntad soberana, expresada democráticamente, pueda ser limitada por algún poder y que sus normas no deben formar parte del sistema jurídico. Desde un punto de vista democrático, esto es regresivo, más que progresivo. Así, quienes plantean la objeción democrática aseveran que el control judicial de constitucionalidad ejercido por una Corte al declarar inconstitucional una norma planteada por el legislativo es la expresión de una fuerza contra-mayoritaria en el sistema, la

1 Esta objeción fue planteada por el jurista estadounidense Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch* (New Haven: Yale University Press, 1962). Nuevas formulaciones se encuentran en Juan Carlos Bayón, Víctor Ferreres y Rodolfo Vázquez. Véanse sus respectivas contribuciones en: Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

cual pertenece por completo a una esfera de acción diferente de la democracia; por esta razón es posible que los críticos del constitucionalismo democrático hagan la acusación según la cual el control judicial es anti-democrático.

Voy a presentar en este artículo —para discutir el alcance y límites de la tensión entre constitucionalismo y democracia— dos de las más importantes posturas sobre esta oposición, a saber, el constitucionalismo populista, representado por John Locke, Jean Jacques Rousseau, Emmanuel-Joseph Sieyes y Thomas Paine, que afirma que la voluntad soberana expresada democráticamente no puede ser limitada por ninguna norma ni poder. Y el constitucionalismo democrático, representado por James Madison, Alexander Hamilton, Benjamin Constant y Luigi Ferrajoli, el cual afirma que la función básica de una constitución es negativa: quitarle ciertas decisiones al proceso democrático. Así, las preguntas que serán tratadas en este artículo son: ¿Es aceptable que la función básica de una constitución consista en limitar el poder de decisión de los ciudadanos en el proceso democrático? ¿Es el constitucionalismo liberal fundamentalmente antidemocrático? ¿Puede justificarse un sistema democrático que obstaculice la voluntad de la mayoría? ¿La voluntad soberana, expresada democráticamente, puede ser limitada por alguna norma o poder? ¿Por qué deberían los representantes políticos de la generación actual respetar las reglas específicas en materia de derechos que fueron establecidas por una generación pasada, que ya ha abandonado la escena política?

Asamblea Constituyente y Poder Constituyente. La perspectiva política que se definió en la Revolución Francesa en 1789 y que dio origen a los procesos constitucionales modernos, afirma que la política la hace el pueblo cuando se constituye como pueblo y expresa su voluntad soberana creando una constitución. El pueblo tiene, en términos de Sieyes, el poder constituyente, es decir, el poder de determinar la forma de gobierno. “El pueblo es el único que puede decidir cuál sea la forma de la república” (Locke: 1991, 141), es el único que puede darse sus propias leyes y es el único que puede modificarlas.

Pero, ¿cómo hace el pueblo para darse una constitución? Según Hobbes, un Estado se constituye, y se da una constitución, en el momento en que una multitud de hombres pactan entre sí, que a un hombre o a una asamblea de hombres se le otorgará el derecho de representar a la persona de todos. Según Locke, un pueblo se da una constitución cuando se establece como comunidad y expresa su voluntad general mayoritaria por medio del poder legislativo. Según Rousseau, el pueblo debe reunirse en una especie de asamblea constituyente en la cual los individuos son convocados como libres e iguales a participar en una deliberación para darle una constitución a su sociedad política. Para Rousseau, la soberanía es inalienable y no puede manifestarse por medio del mecanismo representativo. Para Sieyes,

por el contrario, para que un pueblo pueda darse una constitución, requiere del mecanismo de la representación. Sieyes parte de presupuestos rousseauianos, cuando afirman que la comunidad necesita de una voluntad común, pero se aparta del *Contrato social* al proponer que esta voluntad debe necesariamente expresarse mediante la representación.

La Constitución francesa de 1791 fue considerada formalmente como una ley superior, y así se expresa al requerir la aprobación del pueblo, en quien se reconoce el poder constituyente de la nación soberana. La influencia de las ideas de Locke, Rousseau y Sieyes fueron determinantes en el proceso de elaboración de esta Constitución. La idea del legislativo de Locke, de la soberanía popular de Rousseau y la que nace de ella, que formuló claramente Sieyes, a saber, que el poder constituyente reside siempre en el pueblo, en tanto que los otros poderes, como poderes constituidos, necesitan derivar su existencia y competencia del poder constituyente, y la necesidad de organizar claramente este orden de relaciones, tuvieron una parte esencial en la creación de esta Constitución.

Locke y el constitucionalismo democrático. Para Locke, el primer acto por el cual se manifiesta el contrato político es la constitución de una comunidad, que es resultado inmediato de la ley natural. Esta comunidad en la que la ley natural se expresa en la forma de una voluntad general mayoritaria tiene como medio de realización el poder legislativo. Éste es resultado del proceso por medio del cual la comunidad deposita el poder político en una institución para que defina la forma de gobierno. El tipo de gobierno dependerá de dónde se deposite el poder de legislar. “Así pues, dado que la forma de gobierno depende de donde se sitúe el poder supremo, que no es otro que el legislativo, y dado que es imposible [...] que nadie dicte leyes, excepto el poder supremo, por todo ello, según sea donde esté situado el poder de hacer las leyes, así será la forma de la república” (Locke: 1991, 132).

Para Locke, el pacto social es un acuerdo suscrito entre sí por las personas como individuos. El pacto social crea la comunidad y ella es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, ella es el único origen de la ley. Aquí está en germen la tesis de la soberanía del pueblo de Rousseau. “El pueblo es el único que puede decidir cuál sea la forma de la república, y eso lo hace al constituir el legislativo y nombrar a las personas que lo habrán de detentar” (Locke: 1991, 141). El pacto social crea el pueblo como unidad política. El pueblo no existe antes del pacto social. Mediante el pacto social todos los individuos acuerdan unirse en una sola sociedad que será gobernada por un régimen político. De este modo, la mayoría del gobierno, que se expresa en el legislativo, ostenta el poder de crear todas las leyes positivas, con excepción de la ley fundamental que le ha instituido. Esta ley fundamental la tiene el pueblo como poder constituyente, es la Constitución.

Las leyes positivas son la expresión del poder constituido, de la forma de gobierno que se ha establecido.

La libertad civil consiste en no estar sometido a una instancia externa, sino a la ley dada a uno mismo. El legislativo en su totalidad, esto es, como una suma de los tres poderes, ejecutivo, legislativo y federativo, representa al pueblo y está integrado por todos aquellos que el pueblo ha elegido y autorizado para que legislen en su lugar. “La constitución del legislativo es el acto primero y más fundamental de la sociedad, por el cual se garantiza la continuación de esa unión bajo la dirección de ciertas personas que están autorizadas para ello, contando con el consenso y designación expresa del pueblo” (Locke: 1991, 212). Por eso el legislativo no sólo representa al pueblo, sino a la suma de los tres poderes. Todo acto de estos tres poderes debe ser reconocido por cualquier súbdito como un acto suyo (Cavarero: 1998, 184).

Locke construyó, por medio de la distinción entre la ley fundamental emitida por el pueblo como poder constituyente y las leyes positivas expresión de los poderes constituidos, el mecanismo que era necesario para que la voluntad soberana del pueblo se manifestara y fundamentó así una tesis básica del constitucionalismo populista, según la cual, el poder constituyente puede cambiar siempre su constitución. “El pueblo es el único que puede decidir cuál sea la forma de la república” (Locke: 1991, 141), es el único que puede darse una constitución y es el único que puede cambiarla. Hasta tal punto se ve realizada en la Constitución la regla de la libertad que estará en la base del pensamiento democrático: sólo al pueblo, al sujeto colectivo compuesto por todos, pertenece la facultad de dictar las leyes, porque tan sólo el pueblo no cometerá injusticia contra sí mismo.

Rousseau y la soberanía popular. Es importante recordar que la tesis central de Rousseau es que la soberanía es expresión de la voluntad popular, radica en el pueblo, es inalienable, indivisible e infalible, y no puede realizarse a través de la mediación política de ninguna persona ni de ningún representante. Rousseau está totalmente de acuerdo con Hobbes, en el sentido en que el Estado surge de un contrato de todos con todos. Pero, puesto que para Rousseau la libertad es una determinación esencial de la naturaleza humana, el contenido del contrato no puede consistir en una renuncia a la libertad, en un sometimiento incondicionado a una autoridad externa, al poder absoluto del soberano, como lo es para Hobbes. Para Rousseau, la soberanía pertenece al cuerpo político en su colectividad y no puede manifestarse por medio de la lógica representativa.

Para Rousseau, la representación política crea un pueblo de esclavos e implica una inaceptable alienación de la soberanía del pueblo. Así, frente a lo que expresa el término democracia en sentido literal, es decir, el ejercicio directo del poder por el pueblo, y por tanto la creación de la ley por el conjunto de todos los ciudadanos,

el principio representativo supone que el pueblo participa de forma indirecta; su presencia se da a través del cuerpo representativo al que se le confía el deber de hacer las leyes (Duso: 2004, 12). El planteamiento que propone el autor ginebrino para desarrollar un concepto más radical de la democracia afirma que la democracia, entendida como el ejercicio directo del poder por el pueblo, no puede ser reemplazada por la soberanía popular construida por medio del mecanismo representativo. Así escribe: “Como quiera que sea, desde el momento en que un pueblo nombra representantes, ya no es libre, ya no existe” (Rousseau: 1978, 3,15,11).

El problema fundamental que aborda el *Contrato social* es encontrar una forma de asociación “que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes” (Rousseau: 1978, I.6.4). En Rousseau, la alienación total de cada asociado con todos sus derechos no se hace a favor de una persona representativa, como en Hobbes, sino para constituir el cuerpo político. En Rousseau, los individuos alienan sus derechos, pero en su conjunto son también destinatarios de la alienación: dan todos sus derechos, pero, todos juntos, también reciben todo. De este modo, no son solo súbditos, sino que también constituyen el soberano; son ciudadanos en el sentido activo del término, en un sentido que no puede ser sustituido a favor del principio representativo (Duso: 2004, 45). Según Rousseau, la voluntad general es la del cuerpo soberano y no puede ser delegada a nadie. Esta voluntad general se concreta en la conformación del Estado como expresión activa del cuerpo soberano. El Estado debe estar fundado sobre una base racional y sobre principios justos, debe ser *constituido* y para esta tarea surge un *sujeto constituyente*, que resulta del acto de asociación por el que se conforma un pueblo (Duso: 2004,46). “En el mismo instante, en lugar de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad (Rousseau: 1978, I.6.10).

Para Rousseau, al igual que para Locke, el pueblo como verdadero soberano, dotado del poder absoluto, es el origen de todo. Este poder es la fuente de toda legitimidad y el origen de la soberanía. Este es una tesis central del constitucionalismo populista. De esto se sigue, en primer lugar, que ningún cuerpo político particular, grupo social, o estamento se le puede ceder el derecho de hacer leyes en lugar del cuerpo ciudadano en general. En segundo lugar, que el poder soberano es una unidad que no puede dividirse sin destruirla. El poder soberano está conformado por los diferentes poderes del Estado, el legislativo y el ejecutivo, los cuales tienen funciones ya definidas por el soberano y que en última instancia dependen de él. La autoridad de cada uno de estos poderes que conforman el Estado se deriva

de la autoridad soberana. La voluntad declarada del pueblo es soberana y hace ley. Las leyes son la expresión de la soberanía. En tercer lugar, que la voluntad soberana es siempre recta. La tesis de la infalibilidad de la voluntad soberana es una consecuencia de la tesis de que la voluntad general sólo existe cuando ella quiere el bien común.

La democracia es entendida por Rousseau como un sistema de gobierno para “el pueblo y por el pueblo”. Este principio del republicanismo quiere decir, que los gobernados no solamente están sujetos a las leyes que ellos se han dado, sino que también son sus autores. De acuerdo con la idea del pueblo como constituyente primario, se concibe que la democracia consiste en que las decisiones se adopten, directa o indirectamente, por sus mismos destinatarios, o, más exactamente, por su mayoría, de modo que sean expresión de su “voluntad” y de la “soberanía popular”.

El poder constituyente y la Constitución: Sieyes. Sieyes sigue las tesis básicas de Rousseau, pero se aparta de la más fundamental, que es utilizar la representación como forma de determinar la voluntad soberana del pueblo. Sieyes afirma que el sujeto político sobre quien recae la tarea de fundar un Estado sobre una base racional y sobre principios justos es la nación entera, compuesta de individuos que se entienden como iguales y estableció como único límite a la expresión de su voluntad el respeto de los derechos de los individuos fundados en el derecho natural. “La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, ella es la propia ley. Antes y por encima de ella sólo existe el derecho natural” (Sieyes: 1989, 143). Asevera que la voluntad soberana radica en el pueblo entendido como una nación unificada compuesta de individuos iguales. “Una nación es un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y representados por una misma legislatura” (Sieyes: 1989, 92).

Sostiene que el pueblo es el sujeto constituyente que tiene como tarea fundar el Estado sobre una base racional y principios justos. Dice que sólo el pueblo puede dictar leyes para sí mismo, puede constituir el Estado y darse una constitución. “Una nación es independiente de toda forma; y de cualquier forma que quiera, basta con afirmar su voluntad para que todo derecho positivo se interrumpa ante ella como ante el origen y el dueño de todo derecho positivo” (Sieyes: 1989, 147). Declara que la representación igualitaria, basada en el derecho igual que tienen todos los miembros de la sociedad, es el medio apropiado para que el pueblo pueda darse una constitución y así conformar el Estado. “Es evidente que, en la representación nacional ordinaria y extraordinaria, la influencia sólo puede ejercerse en razón del número de cabezas que tienen derecho a ser representadas. El cuerpo representante sustituye en todo momento, para lo que haya que hacer a la nación misma” (Sieyes: 1989, 154).

Según Sieyes, el pueblo tiene, el poder constituyente, es decir, el poder de determinar la forma de gobierno, la constitución misma. “La Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente” (Sieyes: 1989, 143). El pueblo es el único que puede darse una constitución y es el único que puede cambiarla. “La nación siempre es dueña de reformar su Constitución. Sobre todo, debe otorgarse otra más válida, si la suya es contestada” (Sieyes: 1989, 152). Ahora bien, si la Constitución es la que crea el orden, de la que nacen los poderes, no puede ser obra de los anteriores, ni cabe dentro de las atribuciones de estos poderes la posibilidad de modificarla, ni de alterar el equilibrio de los poderes. “Ningún tipo de poder delegado puede cambiar lo más mínimo las condiciones de su delegación” (Sieyes: 1989, 144). Con la teoría del poder constituyente Sieyes “retoma la idea del cuerpo político soberano de Rousseau, pero en un contexto donde se habla de “voluntad general representativa”, o sea en un contexto que está atravesado por la necesidad de la representación, no sólo en el nivel del poder constituido, sino también en el nivel más alto del poder constituyente, desde el momento en que el pueblo necesitaría siempre para expresarse un núcleo de personas, más precisamente la *Asamblea constituyente*” (Duso: 2005, 167).

Podemos sintetizar estas tesis de Sieyes así: una situación constituyente es una situación original, que no es producida por actos jurídicos y por tanto carece de normas superiores a ella. Una situación constituyente es la expresión de un poder constituyente, a saber un poder que está ubicado por fuera del derecho positivo, cuyos sujetos constituidos son personas artificiales como el Estado y cuyos sujetos constituyentes son los miembros de una comunidad política, que conforman el pueblo como titular de la soberanía. El poder constituyente es el fundamento externo del derecho mismo, reside siempre en el pueblo, tiene un carácter político más que jurídico, y con su actuación constituye los demás poderes jurídicos, los poderes constituidos. (Ferrajoli: 2011, T.1, 804).

El poder constituyente es fundante y no fundado, y por tanto originario. Es un poder que tiene plenas facultades constituyentes, que no está determinado por ninguna norma ni por el ordenamiento constitucional precedente, y que por tanto no puede calificarse como legítimo o ilegítimo. El poder constituyente es atribuido a los sujetos naturales que conforman el pueblo como titular de la soberanía. El poder constituyente tiene como función fundar un nuevo orden constitucional, y por tanto crear el Estado y el conjunto de sus instituciones fundamentales. Situación constituyente y poder constituyente son evidentemente figuras políticas más que jurídicas, expresión de un principio moderno que se afirma con la formación de los Estados nacionales en los que se establece el principio de legalidad y el monopolio estatal de la producción jurídica. (Ferrajoli: 2011, T.1, 804 ss.).

Sieyes construyó, por medio de la distinción entre poder constituyente y poder constituido, el mecanismo que era necesario para que la voluntad soberana del pueblo se manifestara y fundamentó así la tesis del constitucionalismo populista, según la cual, el poder constituyente puede modificar, revisar y reformar en cualquier momento, cualquier principio constitucional, o cambiar su constitución. El argumento de Sieyes presupone aquí una contradicción irresoluble entre constitucionalismo y democracia, entre la herencia de un marco constitucional fijo y la omnipotencia de los ciudadanos.

Paine y el consentimiento de los vivos. Otro importante representante del constitucionalismo populista fue Thomas Paine, para quien admitir que el poder de decisión de la generación actual está constreñido por decisiones adoptadas por una generación precedente sería admitir el gobierno de los muertos sobre los vivos, negar a la generación presente su derecho pleno a autogobernarse. “Cada edad y cada generación debe ser tan libre para actuar por sí misma en todos los casos como las edades y las generaciones que las precedieron.” (Paine: 1999, 124). ¿Por qué deberían los representantes políticos de la generación actual respetar las reglas específicas en materia de derechos que fueron establecidas por una generación pasada, que ya ha abandonado la escena política? Para Paine, cada generación puede modificar, en cualquier momento, las reglas que regulan el gobierno de su sociedad. “La primera cosa es que una nación tiene el derecho a darse su constitución. [...] Cada generación es y debe ser competente para todos los propósitos que cada ocasión requiera. Son los vivos y no los muertos los que deben ser acomodados.” (Paine: 1999, 123).

Según Paine, las reglas que regulan el gobierno de su sociedad son las que cada generación se da a sí misma y no pueden ser cambiadas por los poderes constituidos. “Una constitución es la propiedad de una nación y no de aquellos que ejercitan el gobierno. Una constitución es antecedente al gobierno y siempre distinta de él” (Paine: 1999, 126). Para Paine, no es sólo immoral sino también imposible anticiparse a las elecciones de futuras generaciones. Los intentos de atar el futuro pueden ser tremendamente destructivos. “La vanidad y la presunción de gobernar más allá de la tumba es lo más ridículo e insolente de todas las tiranías. El hombre no es propietario del hombre; ni una generación es propietaria de aquellas que le siguen. El Parlamento o el pueblo de 1688, o de cualquier otro periodo no tiene ningún derecho para disponer del pueblo actual, o de atarlo o controlarlo de cualquier manera” (Paine: 1999, 120).

De este modo, según Paine, la democracia es la regla de los vivos. Más radicalmente, la democracia es la guerra contra el pasado. No hay una razón para seguir haciendo las cosas como se hicieron en el pasado. La presente generación tiene un derecho ilimitado para modelar nuevamente las instituciones en las que vive. El

único consentimiento que legitima cualquier forma de gobierno es el consentimiento de los vivos. “Las circunstancias del mundo están cambiando continuamente, y las opiniones de los hombres cambian también; y en tanto que el gobierno es para los vivos y no para los muertos, solamente los vivos tienen derecho allí” (Paine: 1999, 128).

En el argumento de Paine uno puede encontrar una tensión insalvable entre constitución y democracia, entre una norma aprobada en el pasado que condiciona lo que se puede decidir en el futuro y la norma que cada nueva generación debe darse para autogobernarse. Así como Sieyes niega a Rousseau que la voluntad soberana pueda expresarse sin el mecanismo representativo, Paine niega a los Padres Fundadores el derecho a sujetar a las generaciones siguientes a un marco constitucional inmodificable.

El proyecto democrático y constitucional que se desplegó desde el siglo XIX hasta la segunda gran guerra, primero, en Europa y Norteamérica y, luego, en muchos otros Estados nacionales, en América Latina, Asia y África, estuvo determinado por la poderosa idea, proveniente del constitucionalismo populista, del pueblo como poder constituyente. Este argumento de la primacía popular se encuentra en el artículo 28 de la Constitución francesa de 1793 que establece “que todo pueblo tiene derecho a revisar, reformar y cambiar su constitución;” lo afirma claramente Sieyes: “La nación siempre es dueña de reformar su Constitución. Sobre todo, debe otorgarse otra más válida, si la suya es contestada” (Sieyes: 1989, 152); y lo dice Thomas Paine: “Cualquier generación es y debe ser capaz de afrontar todas las decisiones requeridas por las circunstancias de su tiempo”. (Paine: 1999, 122). Conforme a la idea del pueblo como poder constituyente “la fuente de legitimación del poder es la *auto-nomía*, esto es, la libertad positiva, consistente en “gobernarse por sí mismos” y “en no hacer depender de nadie más que de uno mismo la regulación de la propia conducta”: en otras palabras, en el hecho de que las decisiones se adopten, directa o indirectamente, por sus mismos destinatarios, o, más exactamente, por su mayoría, de modo que sean expresión de su “voluntad” y de la soberanía popular” (Ferrajoli: 2011, T2, 9)

Las consecuencias problemáticas de este principio constitucionalista se manifestaron con total claridad en la época del Terror jacobino bajo Robespierre, en el gobierno despótico de Napoleón, en la dictadura del proletariado en Rusia, y en las dictaduras fascistas en Alemania e Italia. En estos últimos países, el Estado liberal de derecho, que adoptó el modelo constitucionalista populista, permitió que opciones políticas como el nazismo y el fascismo accedieran al poder por vía de la legalidad, sin luego encontrar en ésta un límite infranqueable para enfrentar al Estado totalitario. El fracaso del Estado liberal de derecho, se produjo, entonces, como resultado de la ausencia de todo límite relativo a los contenidos de las

decisiones legítimas del pueblo y de sus representantes. Al no haber en el Estado liberal de derecho límites sustanciales, como los derechos humanos y la garantía jurídica mediante tribunales constitucionales, el legislador democrático pudo, por mayoría, suprimir los derechos fundamentales.

La rigidez de la Constitución y la democracia constitucional. Hay que destacar, en primer lugar, que fue el filósofo liberal Benjamin Constant quien advirtió, ya desde inicios del siglo XIX, con total claridad los problemas que podían resultar de la tesis del constitucionalismo populista, según la cual, el poder constituyente puede modificar, en cualquier momento, cualquier principio constitucional. Constant acepta la tesis básica de Rousseau, según la cual la soberanía es expresión de la voluntad popular: el poder debe ser la expresión de la voluntad del pueblo, pero se separa de Rousseau al ponerle límites a la soberanía. La soberanía del pueblo no es ilimitada: está circunscrita a los límites que establece la justicia y los derechos de los individuos. En este sentido, para Constant no es suficiente que el poder sea legítimo en sus orígenes; debe ser ejercido de manera legítima, en otras palabras, no debe ser ilimitado. “Cuando se establece que la soberanía del pueblo es ilimitada se está creando e introduciendo azarosamente en la sociedad humana un grado de poder demasiado grande que, por sí mismo, constituye un mal con independencia de quien lo ejerza. No importa que se le confíe a uno, a varios, a todos; siempre constituirá un mal. [...] Hay cargas demasiado pesadas para el brazo de los hombres”, escribe el autor de *Principios de política*. (Constant: 1970, 8).²

Así pues, Constant sigue una de las ideas de Rousseau sobre la legitimidad del poder que surge de la voluntad general del pueblo, pero se aparta de la más fundamental, siguiendo a Montesquieu, la cual es someter esta voluntad a unos límites definidos por la justicia y los derechos de los individuos. Para fijar estos límites debe quedar establecido en la Constitución que la jurisdicción de la voluntad soberana del pueblo puede llegar solamente hasta la línea donde comienza la independencia y la existencia individual. De aquí el nexo estructural entre soberanía popular,

2 Sobre Constant véanse: Todorov Tzvetan, *A Passion for Democracy*, Algora Publishing, New York, 1999; Holmes, Stephen, “The Liberty to Denounce: Ancient and Modern”, en: Rosenblatt, Helena (Ed.), *The Cambridge Companion to Constant*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; Gauchet, Marcel, “Liberalism’s Lucid Illusion” en: Rosenblatt, Helena (Ed.), *The Cambridge Companion to Constant*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; Jennings Jeremy, “Constant’s Idea of Modern Liberty”, en: Rosenblatt, Helena (Ed.), *The Cambridge Companion to Constant*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; De Luca Stefano, “Benjamin Constant and the Terror”, en: Rosenblatt, Helena (Ed.), *The Cambridge Companion to Constant*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; Rosenblatt, Helena, *Liberal Values Benjamin Constant and the Politics of Religion*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008; Kalyvas Andreas, Katznelson Iva, *Liberal Beginnings Making a Republic for the Moderns*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

democracia y derechos fundamentales, propuesto por Constant. No puede existir soberanía popular sin derechos a la libertad individual. Para Constant esto significa que el poder constituyente del pueblo, que se expresa en el acto de crear una constitución mediante la “voluntad popular representativa”, no puede llegar nunca a ser perjudicial para sus asociados. De ello se deducen una multitud de precauciones políticas insertas en la Constitución y que suponen otras tantas reglas esenciales para el gobierno, sin las cuales el ejercicio del poder sería ilegal. El sentido de estas precauciones políticas es, precisamente, establecer los límites que los derechos inalienables de los individuos fijan al poder soberano. Constant estableció ese límite al señalar que los derechos individuales liberales están por encima de la voluntad unificada de los individuos que conforman una nación. Para que un sistema político sea democrático es necesario que se fijen límites en la Constitución de tal manera que la voluntad de la mayoría no pueda disponer soberanamente de la existencia de los individuos o pueda restringir arbitrariamente sus derechos fundamentales. Y esto lo hace Constant a través de límites y vínculos que establecen lo que puede ser denominado “el ámbito de acción del individuo”, ámbito sustraído a la potestad de cualquier mayoría. Este “ámbito o territorio del individuo” está conformado por los derechos individuales que son “la libertad individual, la libertad religiosa, la libertad de opinión, que comprende el derecho a su libre difusión, el disfrute de la propiedad, la garantía contra todo acto arbitrario” (Constant: 1970, 14). Para Constant, entonces, toda autoridad política que viole ese espacio de acción de la libertad individual es ilegítima.

El modelo de construcción del Estado propuesto por Constant fue no solamente derrotado por el despotismo de Napoleón, sino que además, perdió su influencia en el desarrollo del constitucionalismo y la democracia en el siglo diez y nueve y primera parte del siglo veinte. Solamente con los problemas del Estado liberal de derecho, al hacer viable la legitimación de las dictaduras del proletariado y las dictaduras fascistas en Alemania e Italia, reaparecen las ideas de Constant en el constitucionalismo democrático de la posguerra.

El constitucionalismo democrático. La democracia constitucional desplazó, entonces, teórica y prácticamente el viejo modelo de justificación del Estado centrado en la idea de la democracia formal o representativa. En el estado liberal de derecho el principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho vigente depende básicamente de la omnipotencia del parlamento. La omnipotencia del parlamento quiere decir la omnipotencia de la política y de su primacía sobre el derecho. Quiere decir también la omnipotencia de las mayorías que a través de la representación se convierten en dominantes por medio de la democracia parlamentaria. El resultado es la afirmación de una concepción formal o representativa de la democracia identificada solamente con el poder del pueblo, o mejor, con la voluntad de la mayoría

de sus representantes. El estado liberal de derecho en su dimensión política sustenta la omnipotencia de la mayoría y banaliza la dimensión del derecho como momento de la garantía de los derechos fundamentales. (Ferrajoli: 2011, T.1, 51 ss.).

En contra de esto, en el constitucionalismo democrático se estableció que los tribunales de justicia pueden declarar nulos los actos del poder legislativo cuando éstos son contrarios a la Constitución. Así, en el constitucionalismo democrático se erigió la rigidez de las constituciones y se instauró la garantía jurisdiccional de la anulación de las leyes inconstitucionales por obra de tribunales constitucionales. (Ferrajoli: 2011, T1, 85 ss.). La rigidez de las constituciones quiere decir la no modificabilidad de al menos algunos principios que el poder constituyente ha establecido como fundamentales: el sistema representativo igualitario, los derechos fundamentales y el principio de la separación de poderes.³ Y la garantía jurídica quiere decir que no se admiten como válidas normas legales cuyo significado esté en discordancia con normas constitucionales. La democracia constitucional impone restricciones en la Constitución a través de límites absolutos definidos por los derechos fundamentales, límites que establecen lo que puede ser denominado “el territorio del individuo”⁴, “el coto vedado”⁵, “la esfera de lo indecible”⁶, los cuales no pueden ser restringidos por la voluntad de cualquier mayoría. Lo que está fuera de este ámbito es la esfera de la política, dentro de la cual es legítimo el ejercicio de la autonomía política, que se configura mediante la representación política en la producción de las decisiones legislativas y de gobierno.

Así, en el constitucionalismo democrático se afirma que para garantizar la democracia es necesario quitarle constitucionalmente a la mayoría el poder de suprimir o limitar aquellos principios fundamentales que el poder constituyente estableció en la Constitución. Dicho de otra forma, el ejercicio de la autonomía política encuentra límites absolutos en el ámbito de acción del individuo, comprendido por los derechos fundamentales. El principio de un poder constituyente permanente y radical, expresión de la idea de la democracia como un sistema de gobierno para “el pueblo y por el pueblo”, es remplazado en el constitucionalismo democrático, por el principio, según el cual la rigidez de la constitución es expresión y garantía de las libertades fundamentales y de los derechos sociales. (Ferrajoli: 2011, T1, 86).

3 Principios formulados en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada y la separación de poderes determinada, no tiene una constitución” (art.16).

4 Término utilizado por Tzvetan Todorov.

5 Término utilizado por Ernesto Garzón Valdés.

6 Término utilizado por Luigi Ferrajoli.

Se puede decir entonces, “que una constitución es democrática porque representa una garantía para todos y no porque es querida por todos o por una mayoría cualquiera; por el carácter democrático de las normas constitucionales en ella contenidas y no por el de la forma del acto constituyente; por el conjunto de las condiciones, formales y sustanciales, de la democracia pactadas en la constitución, y no por el grado de consenso alcanzado en el acto constituyente.” (Ferrajoli: 2011, T1, 812). En este sentido, en el Estado democrático y constitucional, en virtud de la garantía jurídica, están autorizados los tribunales constitucionales para impedir que el legislador democrático –el pueblo o sus representantes- pueda suprimir o limitar los principios constitucionales fundamentales. Esto no quiere decir que el poder judicial es superior al poder legislativo. Como escribió Alexander Hamilton, uno de los padres fundadores de los Estados Unidos: “Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios” (Hamilton, Jay, Madison; 2001, § 78, p.332).

Así, se puede afirmar, que una Constitución es democrática cuando se articulan las reglas sobre el válido ejercicio del poder con las reglas que imponen límites y vínculos a este mismo poder para impedir que se convierta en despótico. Esto conforma “el nexo estructural entre democracia y constitucionalismo. Para que un sistema político sea democrático es necesario que se sustraiga constitucionalmente a la mayoría el poder de suprimir o limitar la posibilidad de que las minorías se conviertan a su vez en mayoría. Y ello a través de límites y vínculos que establezcan lo que en varias ocasiones he denominado la esfera de lo no decidible (que y que no), sustraída a la potestad de cualquier mayoría” (Ferrajoli: 2008, 85).⁷

Los constitucionalistas democráticos afirman que la democracia entendida de forma correcta no es antagonista de la Constitución. La democracia protege los derechos mediante la Constitución. “Atar las manos”, es la expresión usada para mostrar cómo una constitución establece límites. La Constitución democrática ata las manos de las generaciones presentes para impedir que éstas amputen las manos de las generaciones futuras. (Ferrajoli: 2011, T.1, 86). “Con los medios de una Constitución una generación *a* puede ayudar a la generación *c* a protegerse de

7 Lo “no decidible que” son los derechos de libertad, civiles y políticos, que imponen prohibiciones. Y lo “no decidible que no” son los derechos de libertad que imponen obligaciones, los derechos sociales.

ser vendida como esclava por la generación *b*” (Holmes, 1995). Así, para proteger las elecciones de sucesores distantes, los creadores de una constitución limitan las elecciones dispuestas a los próximos sucesores. “Esto quiere decir que un pueblo puede decidir, “democrática” y contingentemente, ignorar o destruir la propia Constitución y entregarse definitivamente a un gobierno autoritario. Pero no puede hacerlo de forma constitucional, invocando a su favor el respeto a los derechos de las generaciones futuras o la omnipotencia de la mayoría, sin suprimir con ello el método democrático, los derechos y el poder de las mayorías y de las generaciones futuras” (Ferrajoli: 2008, 96).

En el Estado liberal de derecho la consagración de los derechos es política y por tanto, débil frente al poder. La supremacía del parlamento se traduce en la omnipotencia de la política y de su primacía sobre el derecho. Esto tiene como consecuencia una banalización práctica de la esfera del derecho como momento de la garantía de los principios constitucionales fundamentales. En el Estado constitucional de derecho, por el contrario, el poder legislativo se subordina al derecho, es decir, a la Constitución. “Ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido”, escribe Hamilton. “Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben” (Hamilton, Jay, Madison; 2001, § 78, p.332).

Por tanto, en el constitucionalismo democrático el poder legislativo no es omnipotente, dado que las leyes no son válidas solamente por haber sido producidas en concordancia con los procedimientos estipulados, sino sólo sí, además, son coherentes con los principios constitucionales. De este modo, “el supremo poder legislativo está jurídicamente disciplinado y limitado no sólo respecto a las formas, predisuestas como garantía de la afirmación de la voluntad de la mayoría, sino también en lo relativo a la sustancia de su ejercicio, obligado al respeto de esas específicas normas constitucionales que son el principio de igualdad y los derechos fundamentales” (Ferrajoli: T2, 10). La política tampoco es absoluta por ser expresión de la voluntad popular. La política se subordina a la Constitución como estatuto de determinación de los principios y los derechos fundamentales. “Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por esta última” (Hamilton, Jay, Madison; 2001, § 78, p.332).

Conclusión:

En una constitución democrática se establece que los derechos fundamentales son el núcleo del orden constitucional. El fundamento de legitimidad de la Constitución es la igualdad de todos en las libertades fundamentales liberales, civiles, políticas y en los derechos sociales. Estas libertades fundamentales y derechos son los límites sustanciales a las decisiones que el poder legislativo pueda tomar. En la democracia representativa son los representantes elegidos los que hacen las leyes. En la democracia constitucional los gobernados no solamente están sujetos a las leyes que ellos se han dado, sino que también son sus autores. De acuerdo con este ideal de autogobierno, la validez de las decisiones legislativas no sólo depende del consentimiento voluntario de sus miembros, sino también de si son decisiones tomadas por igual respeto de los intereses de todos.

En la democracia constitucional la ley debe ser el resultado de la soberanía popular, es decir, de la participación en su construcción de todos los posibles afectados por la ley. Porque sin soberanía popular no hay legitimación política de la ley, solamente dominación. Pero la prioridad de la soberanía popular —o de un poder constituyente permanente y radical— sobre los principios de la autonomía liberal y civil puede conducir a que se identifique “democracia” con la omnipotencia de la mayoría. Contra esta posibilidad sostengo que la soberanía popular debe ser limitada por el derecho —la Constitución— como garantía de los derechos fundamentales.

Esto puede ser criticado e interpretado como un momento conservador de esta argumentación, en el sentido en que se está subvalorando la dimensión constituyente de las luchas políticas y sociales y sobredimensionando la dimensión de los poderes constituidos. Esta crítica no es correcta. La reconstrucción de estas dos tradiciones del constitucionalismo tiene el propósito de mostrar la debilidad del principio constitucionalista de un poder constituyente permanente y radical, como el que defendieron Rousseau, Sieyès y Paine, y la fortaleza del constitucionalismo democrático, que efectivamente, mediante límites al poder constituyente, busca la garantía absoluta de las libertades fundamentales y los derechos sociales. Proponer límites al poder constituyente no quiere decir desconocer su sentido histórico y político en los procesos revolucionarios y de cambios sociales y políticos. Pensarlo sin límites puede conducir al despotismo, la tiranía o la dictadura. De la historia hemos aprendido mucho sobre esto.

Finalmente, hay quienes consideran que el constitucionalismo democrático parece que fuera esencialmente antidemocrático. La función básica de una constitución aparenta ser negativa: quitarle ciertas decisiones al proceso democrático, atar las manos de la comunidad. ¿Pero cómo puede justificarse un sistema democrático

que obstaculice la voluntad de la mayoría? Uno puede, en el sentido de Constant, invocar los derechos inalienables de los individuos como límites absolutos a la voluntad popular soberana. En el constitucionalismo democrático se afirma contra la idea de un poder constituyente permanente y radical, que una constitución es la alternativa institucional para este problema. Ella despoja a las mayorías de su derecho a cambiar todo de acuerdo a su voluntad y somete todo posible cambio a procesos definidos por normas vinculantes.

Bibliografía

- CONSTANT, Benjamin, (1970), *Principios de política*, Aguilar, Madrid.
- CONSTANT, Benjamin, (2006), *Curso de política Constitucional*, Editorial Comares, Granada.
- CONSTANT, Benjamin, (2008), *Del espíritu de conquista y de usurpación*, Tecnos, Madrid.
- CONSTANT, Benjamin, (1988), *Del espíritu de conquista*, Tecnos, Madrid.
- DUSO, Giuseppe (2004), “Génesis y Lógica de la representación política moderna”, En: *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, ISSN 1575-3247, Nº 3, Universidad de Oviedo, Asturias, España.
- DUSO, Giuseppe (2005), *El poder. Hacia una historia de la filosofía política moderna*, Siglo XXI, México D.F., México.
- FERRAJOLI, Luigi, (2011), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi, (2008), *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- HAMILTON, A; JAY, J; MADISON, J; (1998), *El Federalista*, FCE, México, Ciudad de México.
- HOBBS, Thomas, (1994), *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F.
- HOLMES, Stephen, (1995), *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*, The University of Chicago Press, Chicago.
- HONNETH Axel, (2011) *Das Recht der Freiheit. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- KERSTING, Wolfgang, (1994), *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.
- LOCKE, John, (1991), *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Espasa Calpe, Madrid.

- MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat, (1972), *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1972.
- PAINÉ, Thomas, (1999), *Los derechos del Hombre*, Universidad de León, León.
- ROUSSEAU, J.J., (1979), *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Porrúa, México.
- ROUSSEAU, J.J., (1969), *El contrato social*, Aguilar, Madrid.
- SIEYES Emmanuel, (1989), *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, Alianza editorial, Madrid.
- TODOROV Tzvetan, *A Passion for Democracy*, (1999), Algora Publishing, New York.