

Si el poder de la moral no es, por así decirlo, el poder constituyente de una república, entonces la república no existe.

GERMAINE DE STAËL²

Es la constitución la que deriva su poder del poder constituyente y no el poder constituyente el que deriva su autoridad de la constitución.

MAURICE DUVERGER³

El concepto de soberanía no despierta mucha simpatía. Una categoría central en la historia del pensamiento político, que ocupa un lugar privilegiado en las exploraciones institucionales e intelectuales de la modernidad occidental, es ahora seriamente refutada o simplemente ignorada. Sea descartada por anacrónica —como reliquia de una teología secularizada de principios de la época moderna— y/o por peligrosa —como una fuerza impredecible e incontrolable de la factualidad pura—, la soberanía suele ser tratada como la causa de muchos males que han marcado a la política moderna. Varias razones complejas pueden explicar esta transmutación en su valor. El proceso actual de globalización y sus efectos corrosivos en la soberanía del *Estado* sin duda han contribuido a la actitud negativa hacia la soberanía (véase, por ejemplo, Sassen, 1996). Además, la tensión entre el poder soberano *popular* y los derechos humanos universales, que se ha hecho sentir en casi todos los debates políticos durante los dos últimos siglos, parece finalmente haberse resuelto en favor de los derechos humanos (Rawls, 1999; Habermas, 2001b). El redescubrimiento del cosmopolitismo ha debilitado aún más el principio de soberanía *nacional*, y es en este contexto donde la visión de un “éxodo de la soberanía” encuentra su validez como alternativa atractiva del orden político actual (véanse, por ejemplo, Agamben, 2000; Negri y Hardt, 2000).

Sin embargo, los supuestos normativos en los que se basan estas críticas re-

² Germaine de Staël (1979, p. 39).

³ Maurice Duverger (1948, p. 78).

cientes al concepto de soberanía, en realidad no son nuevos. Fueron expresados con gran fuerza durante el siglo pasado en los trabajos de Hans Kelsen, Hannah Arendt y Michel Foucault, entre otros. Todos señalaron la naturaleza teológica, absolutista, jerárquica e incluso ficticia de este poder soberano de mando. Kelsen, por ejemplo, se opuso a lo que él llamaba la “calidad exclusiva” de la soberanía. Debido a su conceptualización como poder supremo y omnipotente y a la prioridad incondicional que le asigna al orden legal nacional, Kelsen afirmó que: “La soberanía de un Estado excluye la soberanía de todos los demás estados” (1945, pp. 387-388). Este “dogma de soberanía”, añade Kelsen en otro contexto, es “el principal instrumento de la ideología imperialista dirigida en contra del derecho internacional” (1992, p. 124). Para Kelsen, el Estado-nación soberano a menudo asume la forma de un predador, desconfiado de todos los demás estados, que es poseído por fantasías solipsistas de dominación total. Arendt (1972, p. 139), en una vena similar, denunció los efectos arbitrarios, desiguales e incluso totalitarios de la soberanía, que hacen una diferencia entre superiores e inferiores, entre los que mandan y los que obedecen. Ella también advirtió sobre el impulso homogeneizante de la soberanía que destruye la multiplicidad constituyente, la propia pluralidad, de la esfera pública al imponer violentamente la peligrosa ficción de un macrosujeto unitario: el Pueblo como un todo (Arendt, 1958, pp. 57, 234-235; 1963, pp. 76-77; 1978, pp. 465-466). Y, al igual que Kelsen, también repudió la naturaleza voluntarista y decisionista de la soberanía popular, remontándose hasta la teoría deísta de la voluntad, que celebra al pueblo como “un cuerpo sobrenatural impulsado por una ‘voluntad general’ sobrehumana e irresistible” (Arendt, 1963, p. 60). La descripción de Foucault del modelo jurídico de poder soberano no es más halagadora: es una “antienergía”, escribió, “un poder que sólo tiene fuerza en su lado negativo, un poder para decir no; sin condiciones para producir, capaz únicamente de poner límites”. Foucault (1990, p. 85) incluso proclamó la “muerte” de la soberanía con el fin definitivo de la “edad clásica”, y su reemplazo por nuevas modalidades dispersas y difusas de relaciones de poder.

Al definir gloriosamente a la soberanía como “el máximo poder de mando”, Jean Bodin parece confirmar retrospectivamente la validez de estas críticas

(1992, p. 1). Su definición de soberanía, transmitida a diferentes tradiciones legales, aparece a menudo en el trabajo de pensadores subsecuentes, de Thomas Hobbes a Samuel Pufendorf a John Austin a Max Weber, e incluso a Benedict de Spinoza quien, al igual que muchos otros, escribió que soberano es aquel que “tiene el derecho de imponer cualquier mandato que desee” (Spinoza, 1951, p. 207). Sin embargo, los orígenes históricos y conceptuales del mandato soberano se ubican más atrás en la historia. Se pueden localizar en el título romano del “emperador” que, como general, era el titular en jefe del mando militar. Poco a poco, dicho poder se volvió idéntico al soberano y absoluto poder del mandato imperial. Después de la caída del Imperio Romano, el concepto de poder soberano como mandato sobrevivió la Edad Media cuando el Káiser del Santo Imperio Romano reclamó con orgullo la *plenitudo postestis* de un emperador romano.⁴ Esta instancia superior de mando vuelve a aparecer como nueva en la teoría absolutista de la soberanía de Bodin, pero esta vez privada de su título imperial. Como resultado de estas transiciones conceptuales, la soberanía parecía, en efecto, un acto de mando arbitrario e ilimitado, que aún portaba los rastros de sus orígenes militares sin estar sujeta a nada ni a nadie, más allá de la ley y que buscaba obstinadamente hacer valer la obediencia.⁵ Es esta posición central de mando y obediencia la que explica la formulación de Austin (1998, p. 194) de que la relación entre el soberano y sus súbditos es meramente la de “soberanía y sometimiento”, en donde todos los miembros de una sociedad son “dependientes” y “sujetos” del libre albedrío supremo del soberano, presagiando así la descripción que hace Arendt de la estructura desigual y vertical de soberanía.

Sin embargo, para que estas críticas de la soberanía sean ciertas, se debe suponer que existe y siempre ha existido un concepto exclusivo de soberanía. Ésta es la idea de soberanía como mandato supremo, que nació en los campos de batalla de los ejércitos imperiales romanos y fue transmitida a la modernidad mediante el legado de Bodin. Si existiera un solo concepto, es probable que

⁴ Para el traslape conceptual entre emperador y soberano, véase Otto Gierke (1958, pp. 14-21, 30-37) y Marcel David (1996, pp. 8-12).

⁵ Esta idea constituye el concepto de Hardt y Negri de “soberanía imperial” (2000, pp. xi-xii, 39-41, 87-90, 137-142 y 160-203).

estas afirmaciones fueran irrefutables. Pero distan mucho de serlo. La soberanía como mandato y obediencia es sólo uno de los múltiples significados que se han propuesto en la larga historia de este término. Una definición alternativa, una que difiere significativamente del paradigma del mandato y que se formó en la época moderna, puede ubicarse en los escritos de George Lawson, John Locke, Thomas Paine, Emmanuel Sieyès y Carl Schmitt, que no concebían a la soberanía como el máximo poder coercitivo de mando, sino más bien, como el poder para fundar, plantear, constituir, es decir, como un poder constituyente.

Esta conceptualización alternativa del soberano como poder constituyente es la que trataré de recuperar como una forma más atractiva y relevante de soberanía. Libre de los defectos y los excesos de la otra versión, más hegemónica pero ahora más débil, y más a tono con las promesas emancipadoras de la soberanía popular, argumento que el soberano constituyente evade las limitaciones y paradojas asociadas con el soberano comandante. Esta recuperación del concepto también es necesaria porque, a pesar de lo fundamental que fue para las teorías constitucionales republicanas revolucionarias y postrevolucionarias en Estados Unidos y Francia, durante los siglos XVIII y XIX, “el problema principal del derecho público”, según Carré de Malberg (1922, p. 483), es que la idea del soberano constituyente ha sido prácticamente desechada desde entonces.⁶ De hecho, apenas aparece en la teoría constitucional contemporánea y, cuando se la menciona, es rápidamente acusada y rechazada.⁷ Es como si el poder constituyente difiriera poco del soberano voluntarioso, discrecional y sin normas de Bodin. Igual que el mandato supremo, el poder constituyente lleva las marcas de una fuerza sin límites ni divisiones, que colinda de nueva cuenta con la violencia, la arbitrariedad y la facción pura.

⁶ Para un relato de la desaparición del poder constituyente de los discursos constitucionales contemporáneos, véanse Olivier Beaud (1994, pp. 210-214) y Antonio Negri (1999, pp. 1-35 y 303-336).

⁷ Bruce Ackerman, por ejemplo, aleja explícitamente su teoría sobre la política constitucional de cualquier afinidad que pudiera tener con el poder constituyente. Ackerman repudia “el carácter arbitrario de los actos del poder constituyente”, porque implican que “donde acaba la ley... [comienza] la política pura [o la guerra]” (1998, pp. 11, 425). De igual modo, Ulrich Preuss (1995, p. 95 y 1996, pp. 99-134) destierra al poder constituyente de los fundamentos democráticos, si bien no a favor de iniciativas presidenciales populistas, sí en nombre de procesos negociados entre grupos sociales plurales. Para Habermas (1998, p. 148 y 1996, pp. 462-490), el poder constituyente popular puede implicar una homogeneidad orgánica, sustantiva y étnica que junte a una comunidad y, como tal, puede conducir hacia un “etnonacionalismo militante” y un modelo voluntarioso y esencial de política nacionalista.

I

Ya a mediados del siglo XVII, George Lawson (1992, p. 47) atribuyó el título de “real majestad” al “poder para constituir, abolir, alterar, reformar las formas de gobierno”, es decir, el “poder de modelar al Estado”. Respectivamente, localizó el derecho de mando en la “majestad personal” inferior, delegada y constituida de los poderes ejecutivos del Rey (*ibid.*, pp. 47-50). John Locke continuó por el camino de Lawson al argumentar que debajo y antes de la “Comunidad Constituida” (*Constituted Commonwealth*) está una forma superior de poder, poseída por la comunidad constituyente original. Éste es el “Poder Supremo” para determinar, alterar y derrocar una forma existente de gobierno (Locke, 1991, pp. 366-367).⁸ En el siguiente siglo, James Madison defendió la decisión de la Convención de Filadelfia para reunirse sin la autorización de los poderes constituyentes establecidos por los artículos de la Confederación, en términos de un poder superior para establecer normas, el poder del “trascendental y valioso derecho del pueblo para ‘abolir o modificar sus gobiernos de la manera que le parezca más provechosa para lograr su seguridad y felicidad’” (Madison, 1938, pp. 257-258). Este poder supremo alcanzó su máxima formulación teórica y contenido conceptual en los revolucionarios escritos de Thomas Paine y Emmanuel Sieyès. Irrumpió en el escenario político con la invención del constitucionalismo moderno, en la forma de “un poder constituyente original”, que es a la vez fundador y base del orden constitucional, pero que, al mismo tiempo, sigue siendo irreducible y heterogéneo a ese orden que fundó (Paine, 1995, p. 579 y Sieyès, 1970, pp. 180-191).

Este aspecto afirmativo del poder constituyente es *el primer rasgo fundamental* del concepto alternativo de soberanía. Desde la perspectiva del acto constituyente, el soberano es aquel que hace la constitución y establece un nuevo orden político y legal.⁹ En pocas palabras, el soberano es el sujeto cons-

⁸ Para una discusión de la teoría de Locke sobre el poder constituyente, véase el insuperable trabajo de Julian Franklin (1978).

⁹ Beaud (1994, p. 208) propone la siguiente formulación: “soberanía constituyente significa que, en los estados contemporáneos, el Soberano es aquel que hace la constitución”. Negri (1999, p. 2) define al poder constituyente como “la fuente de producción de las normas constitucionales; es decir, el poder para hacer

tituyente.¹⁰ Por esta razón, yo defino al soberano como *aquel que determina la forma constitucional, la identidad jurídica y política, y la estructura gubernamental de una comunidad en su totalidad*.

El soberano es el autor original de un nuevo orden constitucional y la soberanía en cuanto poder constituyente se manifiesta en un proceso genuino de elaboración constitucional como un poder por encima del legislativo que promulga leyes fundamentales, “las leyes para hacer leyes”, según dice la frase de Frank Michelman (1999, p. 48). El aspecto instituyente del soberano constituyente es capturado en su totalidad por Carl Schmitt (1994, pp. 134, 137-138) cuando define la soberanía como un “poder fundador” (*die begründende Gewalt*), con la figura del soberano que recuerda a la del clásico creador de leyes (*Lawgiver*).

Para entender mejor esta definición de soberanía como fundador constituyente, es útil considerar cómo difiere del paradigma de mando, cómo, en otras palabras, el concepto de soberanía como acto creativo y fundador del sujeto constituyente se aleja de la noción tradicional de soberanía como la mayor y definitiva instancia de mando. *Primero*, mientras que en la formulación tradicional de soberanía el énfasis se hace en el momento de coerción, que a menudo ocurre dentro de un orden establecido (*represivo*), en esta versión alternativa, el énfasis se hace en el momento de la creación original de un nuevo orden (*productivo*). En este caso, la modalidad de soberanía está expresada en sus poderes instituyentes para establecer nuevos sistemas de leyes fundamentales, para “instaurar” nuevos órdenes políticos y para dar vida a nuevas constituciones. El sujeto constituyente soberano no es una fuerza represiva, sino una agencia productiva. *Segundo*, mientras que el criterio del mando se basa en el modelo de *gobernar*, el soberano constituyente se deriva de *legislar*. El soberano ya no es un gobernante absoluto sino un legislador fundador: la misión del soberano no es ejercer el poder, sino diseñar las normas legales y las reglas de procedimiento superiores que regularán el ejercicio del poder. *Final-*

una constitución y, por tanto, para dictar las normas fundamentales que organizan los poderes del Estado. En otras palabras, es el poder de establecer un nuevo arreglo jurídico, regular las relaciones jurídicas dentro de una nueva comunidad”.

¹⁰ Para una presentación histórica útil, un análisis conceptual y una discusión comparativa del concepto de poder constituyente, véanse Antonio Negri (1999) y Claude Klein (1996).

mente, en lugar de destacar el poder discrecional de un mandato superior que emana desde *arriba*, la noción de soberano constituyente redirige nuestra atención hacia las fuentes subyacentes de la realidad instituida localizada *abajo*. En todas sus expresiones retóricas, el poder constituyente siempre se ha colocado debajo del edificio civil y legal. Los diferentes nombres que se usan para designarlo —“la multitud”, “la Comunidad”, “el Pueblo”, “la Nación”— sugieren, en última instancia, el límite absoluto de cualquier política, una política que sobrevive la disolución de gobiernos, el trastorno de los sistemas legales y el colapso de los poderes instituidos.

Esto me lleva al *segundo rasgo fundamental* del soberano constituyente: su relación tensa y ambivalente con el orden constitucional que funda. El soberano se mueve inquietamente hacia dentro y hacia fuera de la constitución, escapando y a veces resistiéndose a ser absorbido totalmente por la realidad instituida. Tanto Lawson como Locke entendieron que este poder constituyente soberano era externo y previo a cualquier sistema establecido de leyes positivas, ubicado en la zona gris entre el Estado natural y el Estado político. Paine retomó esta visión y argumentó que el poder constituyente siempre antecede al gobierno y a la constitución, y es diferente de éstos. Sin embargo, fueron Sieyès y Schmitt quienes radicalizaron esta idea al afirmar que el lugar original del poder soberano es el Estado de naturaleza sin normas y no una comunidad intermediaria original.

El razonamiento de Sieyès llevó la lógica del poder constituyente hasta sus últimas conclusiones. Puesto que el poder para constituir se refiere a los orígenes de las normas constitucionales superiores, la fundación misma de cualquier sistema legal válido no puede remontarse a alguna norma jurídica, porque simplemente dicha norma aún no existe. Puesto que un sistema legal por fuerza es posterior al acto constituyente que le da vida, los orígenes de este último deben ubicarse fuera de cualquier norma jurídica, en una zona extralegal. Como Sieyès (1989, p. 1013) ha dicho espléndidamente:

El poder constituyente puede hacerlo todo en relación con la creación constitucional. No está subordinado a una constitución previa. La nación que

ejerce el mayor y más importante de sus poderes, cuando realiza esta función, debe estar libre de toda limitación, de cualquier forma, a excepción de la que le parece más adecuada de adoptar.

De igual modo, Schmitt (1993, pp. 21, 23-24) afirmó que en momentos de creación constitucional genuina, el poder constituyente es “un inicio absoluto, y el inicio (entendido como αρχή) [...] brota de la nada normativa y de un desorden concreto”. Al describir al soberano constituyente como “un momento independiente determinante”, como “el mayor y sin orígenes, poder legalmente independiente” (1988, pp. 30-17), Schmitt arroja luz sobre la afinidad optativa entre el acto constituyente y la excepción, exponiendo así las potencialidades revolucionarias e impredecibles del poder soberano. Haciendo eco de Sieyès, afirmó que, puesto que la ley y la constitución, como el más grande documento legal, son creación del poder constituyente, ésta está condicionada y subordinada a este poder y es vulnerable de ser cambiada por sus voliciones. El poder constituyente soberano puede iniciar un cambio en la ley que viole el orden jurídico positivo instituido. Puesto que la soberanía se refiere a la creación genuina de un nuevo orden legal y constitucional, se supone que funciona únicamente durante momentos excepcionales, en el vacío legal de un “Estado de naturaleza” (Schmitt, 1989, p. 79).

Por consiguiente, para las teorías del poder constituyente, las normas y reglas fundamentales (y las instituciones) no tienen otra base que el acto soberano instituyente carente de las bases que las creó. Un verdadero acto soberano siempre escapa a la sumisión de cualquier regla o norma, porque, de hecho, constituye su origen último. Y como su última causa, siempre las eludirá. Por eso, el acto soberano constituyente no puede reducirse ni remontarse a nada externo o posterior a sí mismo. Significa un nuevo comienzo legal. En otras palabras, el acto constituyente ocurre fuera de un horizonte constitucional dado para radicalmente redefinir los contornos y el propio contenido de dicho horizonte. Si el poder constituyente estuviera determinado por el orden legal anterior, o si derivara su legalidad de una constitución preexistente, no sería un poder *constituyente*, sino más bien un poder *constituido*. Esto explica una imposibi-

lidad lógica que borra el propio significado y la existencia del término poder constituyente. En dicho caso, no hay una constitución de un orden, sino sólo una transformación parcial, una reconstitución y una rearticulación, esto es, sólo una revisión del orden ya existente (Schmitt, 1989, p. 88). Esta formulación, que hace hincapié en el caso de la excepción como una discontinuidad legal, en forma de un vacío, es un recordatorio de que mientras es abrogado el antiguo sistema, apenas se está colocando el nuevo. Desde la perspectiva del poder constituyente, la soberanía se vuelve visible sólo durante circunstancias excepcionales, cuando una constitución es destruida y la otra aún no ha nacido. Durante el momento de la creación constitucional original, hay una ruptura, una dislocación, que hace posible la reactivación del poder constituyente. Por esta razón, a menudo se dice que surge *ex nihilo* y se describe como extralegal o prejurídica, en lugar de ilegal.¹¹

Obviamente, existen razones más concretas de por qué el poder constituyente no puede ser limitado por reglas o procedimientos establecidos. *Primero*, la excepción es la condición de posibilidad de soberanía, no su esencia. Es únicamente en el momento de una crisis orgánica —para usar la formulación de Gramsci— donde el fin de lo social explota, produciendo un desplazamiento entre sus diferentes niveles estructurales, incluido el sistema legal, cuando existe la posibilidad de un cambio radical en la organización política y jurídica de la sociedad (Gramsci, 1971, pp. 26, 210-218 y 318).¹² La excepción denota esta apertura y contingencia. En términos de Derrida, es la indecisión de la estructura institucional la que provee el espacio disponible para la reactivación del poder constituyente, que hasta ese momento permanecía en forma latente y subterránea. Esta afinidad con la excepción representa poco más que una ca-

¹¹ Incluso los pensadores liberales contemporáneos se han llegado a percatar de que la legitimidad democrática presupone un rompimiento con una legalidad heredada. Por ejemplo, John Rawls ha reconocido que el “poder constituyente del pueblo establece un marco para regular el poder ordinario, y *entra en acción sólo cuando el régimen existente ha sido disuelto*” (Rawls, 1993, p. 231).

¹² De acuerdo con Georges Burdeau (1983, vol. IV, p. 177), “el poder constituyente no es un mecanismo de tiempos pacíficos, sino un actor de periodos críticos”. Esta dialéctica entre crisis y creación ha sido examinada cuidadosamente por Negri (1999, pp. 20, 319), quien dice: “Que el acto de suspensión lejos de ser definido en términos negativos, se funda y es inherente a la posibilidad de positividad. Mientras más negativa demuestre ser la primera decisión, más radicalmente abre un número de posibilidades fundadoras, innovadoras, lingüísticas y constitucionales. Con esto, el acto constitutivo se abre positivamente”.

rencia sociológica e histórica convencional (*truism*), de acuerdo con la cual, como ha señalado Jon Elster (1995, p. 370): “casi siempre se escriben las nuevas constituciones después de una crisis o de circunstancias excepcionales de algún tipo [...] Por mucho [...] el vínculo entre crisis y creación constitucional es muy fuerte”. Una *segunda* razón para asociar el soberano poder constituyente con la excepción tiene que ver con el fracaso y el colapso del régimen anterior. Nuevamente, la observación de Elster (*ibid.*, p. 375) ayuda a aclarar este punto: “Casi por definición, el antiguo régimen es parte del problema por resolver por el que se convoca a una asamblea constituyente. No habría necesidad de tener una asamblea si el régimen no tuviera defectos. Pero, si los tiene, ¿por qué habría de respetar la asamblea sus instrucciones?”

Varias implicaciones importantes para la teoría constitucional y política se siguen de esta formulación del soberano como titular del poder constituyente. La *primera* y más obvia es que una teoría del soberano constituyente funciona estrictamente en el plano de la inmanencia. Aunque aún está teñida de ciertos rasgos de teología política que evocan la imagen demiúrgica y trascendental del divino creador, es de todos modos profundamente profana, enraizada en el espíritu de la modernidad, con una sensación de contingencia histórica y la afirmación de los poderes de este mundo. Por tanto, para Madison “el progreso logrado por América en el antiguo sistema de preparar y establecer los planes regulares de gobierno” era “provocar una revolución al hacer intervenir a un cuerpo deliberativo de ciudadanos” (Madison, “The Federalist No. 38”, pp. 235-238). Desde la perspectiva del poder constituyente, la constitución es una construcción política humana. Denota el momento, en términos de Cornelius Castoriadis, de la autoinstitución de la sociedad. Una constitución representa un intento tentativo y precario de organizar libre y conscientemente la forma política de una existencia colectiva. No es dada por naturaleza, ni una necesidad ineludible, ni el lamentable simulacro de una ley natural eterna y ficticia que proporciona el prototipo transhistórico ideal para todas las constituciones.¹³

¹³ Como escribió Arendt (1963, pp. 46-47) acerca del poder constituyente, “fue tan sólo en el curso de las revoluciones del siglo XVIII cuando los hombres comenzaron a estar conscientes de que un nuevo comienzo podría ser un *fenómeno político*, que podría ser el resultado de lo que los hombres habían hecho y lo que conscientemente habían buscado”.

Segundo, cualquier distinción significativa y convincente entre leyes superiores y ordinarias que asuma la superioridad de los elementos esenciales constitucionales *vis-à-vis* la legislación normal, correspondiendo con uno de los principios fundamentales del constitucionalismo moderno, debe suponer la presencia del poder constituyente.¹⁴ De otra manera, el texto constitucional se vuelve vulnerable a la voluntad caprichosa y a los intereses parciales de la política de partidos y de los grupos de interés, que son endémicos de un empobrecido, mayoritario y monístico concepto de democracia. *De igual manera*, la noción del soberano constituyente desacredita cualquier ambición soberana que pudiera tener la rama legislativa. La soberanía parlamentaria encuentra en el poder constituyente su propia imposibilidad, pues es expuesta como una usurpación del poder constituyente por parte de un poder constituido, lo que reduce la soberanía popular a la representación parlamentaria y a los poderes de los funcionarios electos. *Además*, una implicación relacionada es el papel central que las teorías del poder constituyente le asignan al constitucionalismo. Constantemente han tratado la política en términos de política constitucional. La constitución está en el centro de una teoría política normativa y emerge como la mayor y más importante dimensión de la política. Hay una sobresaliente evaluación de la política constitucional y una apreciación de la importancia central y arquitectónica de los sistemas jurídicos. Las teorías del soberano constituyente presentan un caso único para que la constitución, entendida en términos políticos, y la política, a su vez, sean analizadas en términos constitucionales, tendiendo así un puente entre la artificial y políticamente sospechosa distinción entre política, como el campo del poder factual, y la constitución, como el reino de la normatividad pura. *Finalmente*, al mismo tiempo, esta apreciación del constitucionalismo evita con notable destreza las trampas del fetichismo legal. Al ubicar las fuentes de normas fundamentales superiores —la identidad constitucional de una asociación política— fuera de la constitución, rompe con los impasses del procedimiento puro, permitiendo formas más espontáneas y extrainstitucionales de movilización política. En palabras de Castoriadis (1991, pp. 152-153), “la sociedad instituida siempre está sujeta a

¹⁴ Para una distinción detallada de este punto, véase Raymond Carré de Malberg (1984, pp. 103-139).

la presión subterránea de la sociedad instituyente”. Del mismo modo, Sheldon Wolin (1996, p. 64) ha afirmado que: “la acción democrática, o el *demos* como agente autónomo, debe ser definida como acción colectiva que inicialmente reúne su poder de fuera del sistema”. La idea del poder constituyente como el exceso de constitucionalismo es un recordatorio de que la política no se puede reducir a la legalidad abstracta y mecánica. De hecho, el poder constituyente cambia el enfoque de una examinación interna, a veces bastante mecánica, de la constitución a una revisión del cómo se relacionan estas constituciones con sus destinatarios, quienes, al igual que sus creadores, a veces exceden y transgreden el orden constituido y su autoridad superior. La política del constituyente soberano sólo está atenta a los momentos de disrupciones y discontinuidades legales y evita el problema de una juridificación total de la política. La realidad instituida no se agota y no debe consumir todas las formas de acción política, que con frecuencia implican una confrontación y una ruptura con las estructuras legales existentes. Desde el punto de vista del poder constituyente, fenómenos tales como la desobediencia civil, los movimientos irregulares e informales, las insurgencias y los levantamientos revolucionarios conservan toda su dignidad y significado incluso si desafían directamente la estructura del poder constitucional existente. Al suponer que un orden constitucional confronta un exterior irreducible, las teorías del poder constituyente expanden las fronteras de la política para involucrar formas más directas y efectivas de participación política. Por consiguiente, todo lo exterior a las constituciones no tiene por fuerza que estar exclusivamente poblado por bestias o dioses. Ni tampoco significa la guerra de todos contra todos.

II

A pesar de estas implicaciones positivas, el soberano constituyente no ha encontrado el reconocimiento que merece en la jurisprudencia constitucional contemporánea ni su lugar adecuado en nuestro vocabulario político. Hay muchas razones para esta escandalosa ausencia, pero me limitaré a unas cuantas. Hannah Arendt, especialmente en su estudio comparativo de las revoluciones

estadounidense y francesa, ha expresado de manera brillante dos de dichas razones (aunque fueron ritualmente invocadas desde fines del siglo XVIII para encontrar su máximo defensor en la teoría del derecho puro de Kelsen). Ambas hacen eco del inquietante tema de la naturaleza extralegal, prejurídica y factual del poder constituyente.

La *primera* se refiere a la dimensión arbitraria del poder constituyente y a su carácter no autorizado. El sujeto constituyente presupone que tiene la autoridad legítima para redactar una nueva constitución. Pero ya que opera fuera de la legalidad instituida, necesariamente carece de autoridad, la cual le puede ser otorgada sólo de manera retroactiva por una nueva constitución que lo reconozca como la autoridad suprema legítima de la república constituida. En este caso, la fundación de una nueva constitución es arbitraria, puramente factual, tal vez basada en la fortaleza del grupo más fuerte que es capaz de imponer su voluntad, de nombrarse a sí mismo como el poder constituyente, pues no se le dio ninguna autorización para redactar una nueva ley superior. ¿Es el poder constituyente no constituido el que crea a la constitución (pero, ¿sobre qué base de legitimidad?) o es la constitución la que da vida jurídica y política concreta a la categoría abstracta del poder constituyente (pero, en ese caso, ¿quién crea a la constitución?)¹⁵ Esta preocupación por lo que Carré de Malberg (1922, p. 494) atinadamente describió como un “círculo vicioso” entre lo constituido y lo constituyente resuena en el estudio de Arendt sobre las primeras revoluciones modernas:

Aquellos que se reúnen para constituir un nuevo gobierno son por sí mismos inconstitucionales, es decir, no tienen la autoridad para hacer lo que pretenden hacer. El círculo vicioso de legislar está presente no en la elaboración común de leyes, sino en establecer la ley fundamental, la ley de la tierra o la constitución que, a partir de entonces, se supone que encarna la “ley superior” de la cual dependerán todas las demás leyes (Arendt, 1963, pp. 183-184).

¹⁵ Para un punto similar, véase Derrida (1986, pp. 7-15). Para una perspicaz discusión comparativa de Arendt y Derrida relacionada con las complejidades de la fundación, véase Honig (1993, pp. 86-109).

Derrida (1992, p. 6) plantea la misma pregunta: “¿Cómo podemos distinguir entre la fuerza de ley de un poder legítimo y la violencia supuestamente originaria que debe haber establecido esa autoridad y que podría no haber estado autorizada por ninguna legitimidad anterior, así que, en este momento inicial, no es legal ni ilegal?” Igual que Arendt, Derrida señala la paradoja de la fundación, donde la autoridad de los poderes recientemente establecidos se deriva de una fuente extraconstitucional: el poder constituyente.¹⁶ ¿Tiene sentido hablar de una creación constitucional genuina sin suponer un marco constitucional existente de derechos y deberes mutuamente reconocidos, que coordina y garantiza el alcance válido de la política constitucional y canaliza todo el proceso de formulación de leyes supremas, es decir, sin una “regla de reconocimiento” secundaria que identifique cuando el soberano constituyente realmente ha hablado? (Michelman, 1998, p. 77). En otras palabras, ¿cómo puede justificarse una formulación de las leyes superiores si los principios legales e institucionales de validez necesarios para evaluar lo correcto o lo justo de la creación constitucional están ausentes en el mero momento de la fundación?¹⁷

Arendt expresó también una *segunda* reserva. Si el poder constituyente crea *ex nihilo*, si la constitución emana del vacío normativo y legal de un Estado de naturaleza, en una condición de facticidad pura, ¿cómo conseguirá la estabilidad necesaria para un orden político duradero? ¿Qué impedirá que el poder constituyente continúe emanando de manera perpetua nuevas normas constitucionales, destruyendo así sin cesar sus creaciones previas? Si el soberano constituyente nunca puede limitarse a sí mismo, de ninguna manera establecerá un orden constitucional duradero. En consecuencia, estará atrapado en su ilusoria omnipotencia, permanecerá en una excepción perpetua, en un Estado de naturaleza sin normas. Sin regulación y ante ninguna limitación, sin forma ni fronteras, el poder constituyente siempre será vulnerable a sus pro-

¹⁶ Como lo dijo con toda agudeza Arendt en su discusión de la Revolución Francesa, la “autoridad [...] del nuevo poder, el *pouvoir constitué* [...] no puede ser garantizado por la Asamblea Constituyente, el *pouvoir constituant*, porque el poder de la propia Asamblea no fue constitucional y puede que nunca sea constitucional, ya que fue previa a la constitución en sí” (Arendt, 1963, p. 163). Para una discusión detallada de este problema, en contra de las versiones de Derrida y Honig de las perplejidades de la fundación, véase Ingram (1996, pp. 221-250).

¹⁷ Para una exposición de la paradoja constituyente, véase Wolin (1989, pp. 12-13).

pías disposiciones efímeras y fluidas. Su naturaleza tambaleante y volátil es antitética al orden y la estabilidad. Además, la originaria falta de fundamento del poder constituyente es más probable que sobreviva dentro de un orden constitucional, privando así a este orden de sus propios fundamentos necesarios. Arendt concluye estos señalamientos críticos comentando tristemente que “la llamada voluntad de una multitud (si es más que una ficción legal) por definición está cambiando siempre y que una estructura construida sobre ella como fundamento está construida sobre arenas movedizas” (Arendt, 1963, p. 163).¹⁸

En estos comentarios, se puede discernir una *tercera* duda, de hecho, un verdadero escepticismo acerca de la propia existencia del poder constituyente. En Kelsen, este escepticismo recibe su más completa articulación teórica. El acto constituyente es una ficción, una presuposición hipotética que permite al jurista concebir los orígenes de la validez de la *Grundnorm*. Este “acto de creación de la constitución”, argumenta Kelsen, es “lógicamente indispensable para la fundación de la validez objetiva de las normas legales positivas”, pero, “sólo puede ser el significado de un acto de pensamiento” y no de un verdadero acto de voluntad (Kelsen, 1989, p. 204). De igual manera, la autoridad constituyente de la que emana la norma básica es “hay que admitirlo, una autoridad ficticia” (*ibid.*, p. 256). Kelsen reconoció a regañadientes el poder constituyente, pero sólo como la necesaria y trascendental presuposición de la validez legal, una autoridad ficticia requerida para fundamentar la norma básica

¹⁸ Éste es precisamente el caso de la apropiación que Antonio Negri hace del poder constituyente. Negri anula los vínculos entre el acto constituyente y el constitucionalismo. Cualquier arreglo constitucional se opone totalmente al poder constituyente. El constitucionalismo es el peor enemigo del poder constituyente. De hecho, dice Negri, fue ideado e implementado para encarcelar y quitarle el poder al poder constituyente. El constitucionalismo es una fuerza negativa y coercitiva (por ejemplo, los pesos y contrapesos) desatada en contra del poder productivo y creativo de la multitud constituyente. Dicho enfoque percibe el orden constituido como una fuente de enajenación, neutralización y despolitización. Parece que el poder constituyente, a fin de protegerse, tiene que permanecer en la condición perpetua de convertirse en una confrontación eterna con cualquier forma de arreglo constituido. Ésta es la lógica que condena al poder constituyente a un movimiento revolucionario infernal y sin fin. Pero en este caso, el poder constituyente no sólo caerá en un estado de nihilismo legal, durante el cual cualquier determinación legal estaría abierta a cambios continuos y modificaciones determinadas por los breves balances de poder, sino que también sería adverso a cualquier forma de autolimitación y autovinculación. Un poder constituyente ilimitado no sólo está al borde de las dictaduras y la arbitrariedad, sino que también amenaza su propia existencia, al evitar todas las determinaciones y figuraciones, que implican un grado de contención y limitación. Aquí, son totalmente legítimos los escrúpulos de Arendt con algunas versiones del poder constituyente (Negri, 1999).

(Beaud, 1994, p. 213; Bobbio, 1998, p. 236; Böckenförde, 1991, pp. 92-93; Paulsen, 1997, p. 7). En una versión más radical, el poder constituyente es nada más que un mito fundacional que otorga legitimidad a los orígenes extralegales de las normas legales y cubre sus inicios factuales con poder y violencia (Klein, 1996, pp. 192-199). Pero ya sea una presuposición trascendental o un mito, el acto constituyente se reduce a una mera alegoría, a una metáfora útil en una fábula de fundaciones. El poder soberano para constituir no es más que la “noble mentira” de los pensadores constitucionales modernos: una falsedad que Kelsen confesó al tiempo que defendió.

Sin duda alguna perspicaces, estos escrúpulos dan en el meollo del poder constituyente. Exponen las dificultades más serias de esta noción de soberanía. Pero el concepto del propio poder constituyente permite la posibilidad de tres respuestas, todas relacionadas con su naturaleza jurídica. Si bien está asociado con la extralegalidad, antecedente de toda forma legal establecida, el poder constituyente es una categoría jurídica *par excellence*, de dos maneras separadas pero interrelacionadas. Pero antes de presentar las implicaciones que surgen de la naturaleza jurídica del poder constituyente, primero abordaré la última objeción acerca del supuesto carácter ficticio y metafórico del poder constituyente.

Este enfoque crítico, que cuestiona la propia existencia del poder constituyente, es, de hecho, el menos convincente de todos. Para que esta visión sea correcta, se debe suponer que las constituciones no son construcciones humanas. Considero esta suposición muy poco convincente. Desde el siglo XVII, el término *constitutio* llegó a designar un documento escrito y un conjunto de regulaciones legales explícitas instituidas por seres humanos en oposición tanto a costumbres como a convenciones, y a una ley natural trascendental (véase, por ejemplo, Stourzh, 1988, pp. 43-44). Esta comprensión positiva resuena en la afirmación de Hamilton en las primeras líneas de *El federalista*:

Parece haberle sido reservado al pueblo de este país, por su conducta y ejemplo, el decidir una importante cuestión, aquella relativa a si las sociedades humanas son capaces o no de establecer un buen gobierno valiéndose de la

reflexión y la elección, o si éstas están por siempre destinadas a depender de la fuerza y de los accidentes para fundar sus constituciones políticas” (Hamilton, “The Federalist No. 1”, p. 3).

Pero si bien el documento constitucional es una creación humana y un invento político, como actualmente se reconoce, se tiene que aceptar que es el resultado de un hecho real. En las palabras de un constitucionalista contemporáneo, una constitución, “en todas y cada una de sus diversas partes, es el producto de actos políticos de cierto tipo: un acto que pretendía establecer no sólo configuraciones particulares, sino, en última instancia, normas particulares” (Perry, pp. 99-151). El poder constituyente nombra e identifica esos actos instituyentes de la misma manera en que las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales del gobierno moderno son designadas como el ejercicio de una respectiva forma de poder instituido. Por tanto, cada vez que una persona, una asamblea especial, una mesa redonda, un comité de legisladores o una legislatura existente redactan una constitución nueva, inevitablemente se involucran en un tipo particular de actividad, ejerciendo una forma de poder muy especial, que es totalmente real y visible, el poder supremo y soberano de escribir y determinar las leyes fundamentales y los principios reguladores de una asociación política. Dicho en términos sencillos, la creación constitucional es un acto tan genuino de creación (de leyes) como cualquier otra forma de actividad productiva y afirmativa que lleva la característica del *Rechtsmacht*, es decir, el poder para crear normas jurídicas. Esta desmitologización del poder constituyente está de acuerdo con la definición de Locke sobre el poder político como “un *Derecho* de hacer leyes”, donde el poder constituyente indica el derecho político soberano de hacer leyes superiores.

Ahora me ocuparé de dos preocupaciones de Arendt. La primera señala la naturaleza ilegal y sin ley del poder constituyente. Sin embargo, el soberano constituyente, en sentido estricto, es un concepto puramente teleológico, pues se realiza a sí mismo creando nuevas normas constitucionales. Como un poder legislativo supremo, “un poder legislativo fundador” como dice el estudioso de la constitución francesa Maurice Hauriou, el *telos* del poder constituyente, su

verdadera finalidad, se manifiesta sólo mediante las leyes superiores que originalmente crea o posteriormente enmienda (Hauriou, 1929, p. 246; véase también Groethuysen, 1956, p. 247). El orden constitucional es el destino del poder constituyente. No es que el orden constitucional se imponga sobre el poder constituyente como un contrapeso externo, como suelen asumir algunas teorías liberales (en un acuerdo paradójico con versiones de democracia directa). El carácter jurídico del soberano constituyente, su verdadera finalidad, es cumplir la idea de ley (Burdeau, 1983, p. 203). Puesto que el soberano constituyente habla a través de la generalidad de la ley y puesto que las normas constitucionales superiores son la causa final del poder constituyente, el no poder inventarlas o instituir las representará la incapacidad del poder constituyente para realizarse a sí mismo. Si bien a menudo se considera que habita en un Estado de naturaleza sin leyes, esto no quiere decir que carezca de leyes o normas por sí mismo, sino más bien que es la única fuente de poder legal, la única voz de la razón, que puede producir normas jurídicas en una situación de desorden. El poder constituyente es “la total inmediatez de un poder legal que no está mediado por leyes”, un tipo de “ley que antecede al Estado” (Schmitt, 2003, pp. 73, 82). Por esta razón, no puede mandar ni gobernar. Esto también explica por qué en algunos casos el propio acto de determinar los fundamentos de las leyes superiores era considerado como un acto legal disfrazado con la forma jurídica de un contrato social. Incluso Sieyès (1970, p. 180; 1989, p. 1013) reconoció de manera tortuosa que la voluntad del constituyente nacional “siempre será legal, porque es la ley en sí misma”, pese al hecho de que fue él quien lo relegó a un Estado de naturaleza en primer lugar. En el siglo xx, este carácter legal del poder constituyente reaparece en los escritos de Hermann Heller y Ernst-Wolfgang Böckenförde. Heller apuntó el carácter jurídico suprapositivo del poder constituyente, el que describió en términos de los principios éticos de la ley y de las normas extrajurídicas (Heller, 1971, pp. 255, 222). Böckenförde desarrolló aún más esta línea de investigación, argumentando que el concepto de poder constituyente no está vacío normativa ni legalmente, porque es permeado por consideraciones legales e impulsado y sobredeterminado por un objetivo legal final (Böckenforde, 1991, p. 111). Por consiguiente,

decir que el poder constituyente es un poder jurídico es reconocer que, aunque esté fuera de la ley establecida, es de todos modos de la ley. El poder constituyente es la potencialidad de la ley, mientras que la constitución es la ley en realidad. Ésta es la máxima paradoja del soberano constituyente: en cuanto concepto jurídico se manifiesta en momentos de ausencia de la ley para menguar en épocas de legalidad.

Sin embargo, la forma jurídica del poder soberano constituyente no afronta con éxito el problema de la arbitrariedad. El soberano puede perder de vista su propósito, pues no lo guía ningún principio regulativo existente, ni una regla secundaria de reconocimiento. Como señaló Arendt, el poder constituyente a veces está totalmente confundido, desorientado, carente de guía, es lanzando al océano de la incertidumbre, donde la falta de normas positivas se vuelve un impedimento para una acción “consistente” o “con principios” (Arendt, 1993, pp. 63, 87-88; 1993, p. 152). Para Arendt, las acciones son “consistentes” cuando son guiadas por principios que las inspiran y dan forma (1993, p. 152). Esos principios, argumenta, no son normas trascendentales —vestigios restantes de la tradición metafísica occidental en decadencia— ni preceptos racionales y universales con un contenido cognitivo impuesto sobre la esfera pública desde afuera.¹⁹ Este problema, aunado a las potencialidades arbitrarias de la acción constituyente, impulsó a Arendt a investigar la idea de los principios inmanentes. El poder constituyente puede evitar arbitrariedades y violencia, permaneciendo libre de determinaciones legales preexistentes y fundamentos trascendentales, si es guiado por algunos principios generales, claros y estables.

Pero no cualquier tipo de principios. Deben ser inmanentes. Deben ser destilados y reconstruidos desde dentro de la propia acción instituyente en todo momento de su desempeño. En palabras de Arendt, el acto constituyente lleva

¹⁹ Si éste fuera el caso, la libertad radical de los actores constituyentes se vería seriamente comprometida y el acto constituyente de comenzar de manera impredecible algo nuevo sin ser determinado o condicionado por reglas externas se vería fatalmente socavado. Si los principios de acción se deducen de un atractivo metafísico por la naturaleza, la razón, la historia o la divinidad para volverse vinculantes de los actores políticos durante la política constitucional —que actúan como pasamanos, por parafrasear a Arendt—, ya no veríamos los actos de fundación como una manifestación del poder constituyente. Y no tendría sentido hablar del poder de constituirse voluntariamente en una asociación política legalmente organizada sin la mediación de fuerzas externas y limítrofes. Ya no sería para nada un poder constituyente.

sus propios principios dentro de sí mismo, en lugar de estar subsumido por normas externas, las cuales amenazarían la autonomía y la dignidad del reino de los asuntos del hombre y destruirían el espacio “intermedio” que comparten todos los participantes. Por tanto, si la principal tarea de los principios es canalizar y regular la operación constituyente, no deben confrontar a los actores fundadores como limitaciones externas, sino que deben ser formas de autolimitación, dictadas por el acto instituyente en sí. Como dijo Arendt (1963, p. 212) de manera categórica: “Lo que salva al acto de comenzar desde su propia arbitrariedad es que lleva consigo su propio principio”. Los principios de acción son inmanentes, pues emanan únicamente de la práctica constitutiva (Arendt, 1963, p. 203 y 1993, pp. 152-153). Arendt entendió esos principios en términos de un estándar implícito que se vuelve explícito mediante el desempeño del propio acto constituyente, es decir, durante el momento mismo de fundar un nuevo orden constitucional.

Las referencias que hace Arendt a la acción guiada por principios, aunque son poco frecuentes y vagas, son de importancia crítica para la teoría del soberano constituyente. Ella introdujo la noción de los principios inmanentes de acción como el principal contrapeso a la arbitrariedad de los nuevos inicios constitucionales, porque éstos protegen al poder constituyente de perder de vista lo que debe realizar, evitando así que se convierta en un capricho contra-productivo o en una permanente revolución que se autoengaña (Arendt, 1963, p. 12).²⁰ Como lo ha dicho atinadamente Andrew Arato, los principios tienen la ventaja de ser capaces de basarse en “recursos que no han sido formalizados y que están disponibles cuando al recurrir a los recursos legales en momentos de fundación sería inevitablemente entrar en un círculo. Los principios pueden romper este círculo sin recurrir a la violencia o a amenazas arbitrarias de fuerza” (Arato, 2000, pp. 333-339). En este sentido, los principios inmanentes de Arendt pueden ser considerados como leyes de acción (Arendt, 1963, p. 212).

Pero, ¿qué son estos principios inmanentes? Arendt menciona el honor, la

²⁰ Con este argumento, desarrolló aún más su declaración teórica de que “el poder político [...] siempre es un poder limitado y, puesto que el poder y la libertad en la esfera de la pluralidad humana son de hecho sinónimos, esto significa también que la libertad política siempre es una libertad limitada” (Arendt, 1978, p. 201).

gloria, la distinción, la excelencia, el amor a la igualdad e incluso la justicia (1993, p. 152; acerca del principio de justicia véase también 1984, p. 71). Sin embargo, ¿por qué consideró esos principios inmanentes de la acción constituyente? Nunca explicó cómo emergen de la práctica constituyente (Kateb, 1984, pp. 12-13). ¿Y cómo autorizan al poder constituyente? Esto sigue siendo un misterio. Además de algunas referencias dispersas, Arendt no dice mucho acerca de lo que implica una acción guiada por principios. Es necesario ver más allá de su marco teórico para responder estas preguntas. Para hacerlo, debo estudiar la etimología de la palabra latina *constitūere* de los escritos recientes de Habermas sobre la elaboración de leyes superiores y la creación constitucional.

El término *constitūere*, “constituir”, es una combinación del prefijo *con-* y el verbo *statuēre*. El prefijo *con-* tiene numerosos significados gramaticales, uno de los cuales es “con” o “junto”. El verbo *statuēre*, en cambio, proviene directamente de *stātūo*, que significa causar, establecer, construir, poner, colocar, erigir. Por lo tanto, la palabra *constitūere* literalmente denota el acto de *fundar juntos*, *fundar en concierto* o *crear conjuntamente*. Por esta razón, también era usada en latín para designar, en el vocabulario económico de las relaciones de intercambio, un acuerdo con otro o con algo, un acuerdo entre una pluralidad de actores. Así, contrario al paradigma del mandato soberano que invita a la personificación y que puede ejercerse mejor por un individuo que representa y encarna la unidad de autoridad —desde el antiguo *imperatore* hasta el rey y el ejecutivo moderno—, el poder constituyente apunta a los atributos colectivos, intersubjetivos e impersonales de la soberanía, como su dimensión pública y cooperativa.

Es aquí donde es significativa la reciente teoría de la creación constitucional de Habermas. Su punto de partida es la reconstrucción de las condiciones de un génesis colectivo de la ley (Habermas, 1996, p. 28). Habermas, dando un paso más allá que Arendt, se pregunta cuáles son las presuposiciones procedimentales ineludibles de la práctica de la autoconstitución original, mediante las cuales los ciudadanos se consideran a sí mismos como los autores de la ley, de la cual también son sujetos en cuanto destinatarios (Habermas, 1996, p. 289). Al tratar de deducir los principios constitucionales del proceso formal

de creación constitucional, renueva la búsqueda de Arendt de normas inmanentes de acción. El propio acto de la fundación de un nuevo orden legal a partir del cual se origina la constitución de una comunidad política que se gobierna sola contiene, según Habermas, principios implícitos que son explicados y confirmados durante la construcción del marco histórico y el ordenamiento de un nuevo documento constitucional (Habermas, 2001b, pp. 776-777).

En el inicio, hay una multitud de individuos que participan en el proceso constitucional de elaboración de leyes, con base en el cual decidirán cuáles derechos legales y leyes superiores se concederán mutuamente, a fin de establecer una asociación democrática de personas libres e iguales a través de un medio de ley positiva. Pese a las numerosas diferencias entre los participantes fundadores, poseen en común una orientación mínima, es decir, que todos están involucrados en el proceso de *con*-institución de un nuevo orden, de instituir juntos dicho orden. El adjetivo “juntos” es de trascendental importancia, pues evoca el significado etimológico de *constitūere* y alivia sus consecuencias políticas y normativas. El acto *con*-instituyente es un acto en concierto, un acto de una pluralidad de actores que entablan relaciones entre sí al crear las leyes superiores. En este momento legislativo-colectivo, las partes sólo pueden depender del propio proceso y de sus presuposiciones implícitas, tales como la simetría, la autonomía, la igualdad, la mutualidad, el desacuerdo, la discusión y la inclusividad. Todos están involucrados en la misma actividad de establecer nuevas fundaciones jurídicas, a pesar del hecho de que pueden estar en desacuerdo en muchos otros temas sustantivos. Por tanto, tienen que depender del proceso recíproco en sí mismo si quieren instituir una constitución incluyente que atraiga a todos los participantes (Habermas, 1996, p. 133). Por esta razón, los participantes tratan de hacer explícitas las normas de igualdad y reciprocidad que ya están implícitas en el proceso constituyente y que son practicadas por aquellos que igualmente están participando en el proceso de fundación (*ibid.*, p. 457). Aquí se puede distinguir el argumento de Paine que: “una carta magna debe entenderse como un vínculo de obligación solemne, que acepta el todo, para apoyar el derecho de cada una de las partes por separado” (Paine, 1995, p. 43). En consecuencia, la creación constitucional se parece a un proceso de

descubrimiento, excavación y reconstrucción (Habermas, 1996, pp. 156-157, 185). Puesto que los participantes operan con la categoría jurídica del poder constituyente, hacen uso de la gramática de la ley (Habermas, 2001, p. 776). Al hacerlo, se percatan de que primero deben incluir en el nuevo documento constitucional esas mismas normas a las que se han estado apegando y que son las presuposiciones implícitas de la creación constitucional. Entre ellas se encuentran los derechos y deberes que automáticamente realizan y afirman durante el proceso constituyente y que posteriormente otorgan a los otros de manera voluntaria. Para Habermas (1996, p. 453):

El *significado* performativo de esta práctica de creación constitucional contiene *in nuce* todo el contenido de la democracia constitucional. Los sistemas de derechos y los principios del Estado constitucional pueden desarrollarse desde lo que significa llevar a cabo la práctica en la que uno se ha involucrado con el primer acto en la autoconstitución de dicha comunidad legal.

El acto de la creación constituyente de leyes superiores promulga aquellos principios que son también las propias condiciones de su existencia, que ya se manifestaron durante la realización del acto constituyente. Son inmanentes, aunque amorfos y carentes de tema, del acto constituyente en sí e independientes de cualquier contexto sociocultural particular e identidad común. Éstos entran en juego sólo después, para determinar el contenido particular de las normas. Por consiguiente, mientras que la forma de los principios constitucionales superiores siempre esté ya presupuesta en la manifestación misma del poder constituyente, su contenido sustantivo es contingente a la autocomprensión hermenéutica y a las actitudes volitivas de colectividades históricas concretas que intentan constituirse en una forma de organización política, de acuerdo con sus necesidades particulares y sus concepciones del bien (Arendt, 1963, p. 213).²¹

²¹ Esta reinterpretación de la noción que Arendt tenía de la acción basada en principios por medio de una lectura selectiva de la contribución de Habermas a la literatura de la política constitucional, en mi opinión, tiene varias ventajas. En primer lugar, evita cualquier referencia a un esquema de desarrollo, que se

III

Pero, ¿dónde encaja la democracia en todo esto? ¿Cómo se relaciona con el poder constituyente? ¿Cuáles son las bases de Böckenförde al afirmar que “el concepto del poder constituyente es, tanto por su origen como por su contenido, un concepto democrático y revolucionario de una teoría constitucional democrática” (Böckenförde, 1991, pp. 11-12);²² o, según lo afirma Negri, que “hablar de poder constituyente es hablar de democracia. En la época moderna los dos conceptos están relacionados” (Negri, 1999). Esta estrecha relación entre democracia y poder constituyente se ilustra mejor con respecto al asunto de la legitimidad.

acercaría a la política de las fundaciones en términos de la evolución gradual de una norma fundamental. Ni Arendt ni Habermas consideraron que los principios inmanentes eran previos al momento de la fundación. En segundo lugar, una vez despejados de la teoría de la situación del discurso ideal y de la disertación ética, esta estrategia de recuperación evita el peligro de una derivación casi trascendental de estos principios originales y, por tanto, evita la resurrección del fundacionalismo lingüístico que habría evitado la circularidad viciosa del acto de creación sólo para transformar el lenguaje en un terreno de la política. Además, confronta exitosamente la arbitrariedad de la acción política con el espectro del nihilismo legal. La política constituyente puede estar tan basada en principios y tan consistente como la política normal, incluso cuando funciona en un ambiente indeterminado e inestable donde las limitaciones formales y legales han sido debilitadas por un poder constituyente audaz y perturbador, que reclama sus poderes instituyentes primordiales. Si bien lo extraordinario no está guiado por normas legales existentes, sí obedece a una lógica interna y con principios. Por tanto, el poder constituyente se entiende como un poder autolimitante y orientado por sus propias normas que, a pesar de estar ubicado fuera de la realidad instituida, es aún capaz de evitar el abismo del voluntarismo absoluto y de la violencia sin normas del Estado de la naturaleza, sin tener que recurrir a reglas extrapolíticas. Además, evita con notable destreza el dualismo del universalismo y del contextualismo. Los principios de acción no son universales, ni transhistóricos, ni locales y reflexivos del *ethos* cultural dominante de una comunidad histórica. Más bien, están incrustados en el acto de fundación como tal. Finalmente, el concepto de acción con principios o consistente nos lleva a la idea de deliberación y argumentación pública, aunque no en la poderosa versión de Habermas. Los procesos de persuasión difundidos, informales y extraconstitucionales son necesarios para informar a los participantes acerca de esos principios inmanentes, cuya existencia no es aparente intuitivamente para los actores, sino que requiere procedimientos preconstitucionales reales de discusión pública entre todas las partes involucradas. Si la Revolución estadounidense tuvo más éxito que la francesa, según Arendt, se debió en parte al hecho de que fue lo que podríamos llamar una “revolución con principios”.

²² Esta dimensión normativa del poder constituyente fue capturada por un pensador constitucional liberal, Carl Friedrich que, tratando de evitar cualquier referencia directa a Schmitt, reconoció en un tono reacio el estrecho vínculo entre una teoría de legitimación democrática y la noción del poder constituyente. Para Friedrich (1950, p. 128), “en la decisión constitucional también es necesario que participen algunos de los que están siendo gobernados, en contraste con aquellos que gobiernan. Esto diferencia dicho acto constituyente de un golpe de Estado”.

El poder constituyente responde a la necesidad de legitimidad democrática y permite volver a pensar el problema del déficit de legitimación, que ineludiblemente plaga a la política normal de todas las democracias constitucionales y representativas modernas. “La teoría democrática”, ha argumentado Schmitt (1989, pp. 94-95), “sólo conoce como constitución legítima a la que descansa en el poder constituyente del pueblo”. El razonamiento de Schmitt apunta al origen colectivo de las leyes constitucionales. En un régimen democrático, la legitimidad de las normas y las instituciones fundamentales depende de cuán incluyente sea la participación de los ciudadanos durante el momento extraordinario y excepcional de la creación constitucional (Schmitt, 1989, p. 87).²³ Precisamente porque el concepto de soberano constituyente reubica los ideales normativos de libertad política y autonomía colectiva en el centro de la teoría democrática, señala una teoría distintiva de la legitimidad democrática. La política constituyente puede verse como la autoinstitución explícita y lúcida de la sociedad, mediante la cual los ciudadanos son llamados juntos a ser los autores de su identidad constitucional y a decidir las reglas centrales y los procedimientos superiores que regularán su vida política y social (Castoriadis, 1987, pp. 369-374 y 1991, p. 72; 1997). La política de las fundaciones democráticas ilustra los orígenes populares de las estructuras básicas de la sociedad, mediante las cuales son concebidos los principios reguladores superiores y las instituciones centrales como el producto resuelto de una práctica colectiva basada en la formación consciente de la voluntad política. El soberano constituyente evoca el momento extraordinario de la manifestación directa de autonomía colectiva y movilización popular durante esos raros periodos de innovación política y creación constitucional original, donde hay una creciente intervención y participación de las masas en el proceso de establecer una nueva constitución. La libertad política, como la voluntad del pueblo de vivir bajo sus propias leyes, se actualiza mejor cuando esas leyes son las leyes superiores y fundamentales de un gobierno libre. Esta formulación de soberanía popular en términos del poder constituyente de una comunidad política expansiva es una reaseveración mucho

²³ Para una discusión de la teoría del constitucionalismo de Schmitt, véase Arato (1994, pp. 191-231; 1993, pp. 667-672).

más sofisticada del viejo y fundamental principio democrático de autogobierno y autodeterminación, de acuerdo con el cual, el pueblo es el autor de las leyes que lo gobiernan.

Como consecuencia, una teoría del poder constituyente ofrece una lente crítica con la cual evaluar las prácticas y las elecciones políticas y, en particular, varias formas de creación constitucional. Postula una regla de reconocimiento, en la famosa formulación de H. L. A. Hart, que suple criterios de autoridad para la identificación de reglas válidas de la creación constitucional democrática (Hart, 1961, pp. 96-120, 245). La noción de un soberano constituyente popular facilita la distinción, desde un punto de vista democrático normativo, entre constituciones legítimas y no legítimas, entre órdenes políticos y legales justos e injustos. Presenta un criterio normativo, el poder popular constituyente, con el que se puede juzgar la legitimidad de una constitución existente y de las estructuras básicas de la sociedad a la que dieron vida. Una teoría del poder constituyente representa un tipo ideal y puro de creación constitucional democrática de acuerdo con la cual se puede medir y evaluar, es decir, reconocer, la legitimidad de las prácticas existentes de fundación constitucional en relación a si se aproximan y distancian de su método incluyente y de participación, y cómo lo hacen. Por ejemplo, la identidad del sujeto constituyente, el pueblo, se convierte en el estándar definidor mediante el cual debe evaluarse la validez de las constituciones democráticas y los arreglos institucionales. Para Schmitt, “forma parte de la esencia de la democracia el que todas y cada una de las decisiones que se tomen sólo sean válidas para aquellos que deciden” (Schmitt, 1988, p. 24). Esta teoría de legitimidad democrática está de acuerdo con una definición de democracia como el régimen en el cual “el pueblo es el sujeto del poder constituyente y se da a sí mismo su propia constitución” (Schmitt, 1989, p. 224). Son los principios inmanentes del término “constituir” los que prescriben que la fundación de un nuevo orden constitucional debe involucrar a quienes deberán obedecerlo. De la misma manera, el contenido normativo del soberano constituyente es de participación. Este poder constituyente exige que *los que son sujetos de un orden constitucional lo con-instituyan*. Le otorga validez al documento constitucional con la condición de que participen todos sus

posibles destinatarios. En consecuencia, el documento que encarna la primera constitución es una constitución válida, una ley vinculante superior, sólo si el acto que la creó cumple con los principios inmanentes de participación e inclusión, es decir, si se ha realizado de acuerdo con la prescripción normativa de su significado semántico. No todos los actos pueden llamarse constituyentes y no todos los actores pueden llamarse fundadores, incluso si el actor y el acto han tenido éxito, esto es, han sido efectivos para crear un nuevo documento constitucional. Si una persona o grupo se apropiara del poder para constituir un orden legal con la exclusión de aquéllos a quienes estará destinado, el documento constitucional resultante sería considerado como inválido y no autorizado, como el resultado de un acto arbitrario de usurpación que viola la prescripción normativa del acto constituyente. Un acto tal no sólo significaría un uso incorrecto del término “constituir”, sino que también violaría el contenido normativo de su significado semántico. No sería de ningún modo un acto constituyente sino más bien un acto de imposición, con el cual una parte decide por el todo de una manera ilegítima y sin autorización. Esta distinción crucial es capturada por Carl Friedrich quien atinadamente observó que:

Para tomar una decisión constitucional genuina es necesario que participen algunos de los que están siendo gobernados, en contraste con aquellos que gobiernan. Esto diferencia dicho acto constituyente de un golpe de Estado (Friedrich, 1950, p. 128).

El solo hecho de que alguien se haya impuesto en el momento de establecer un texto que afirma ser la ley positiva superior no es razón para considerarlo como una ley democrática válida, como una ley vinculante para los individuos a los que está dirigida. Si el significado colectivo e incluyente del acto constituyente no es observado y realizado de acuerdo con su significado semántico, las normas legales válidas nunca cobran existencia y las leyes creadas de esta manera están vacías. Son simplemente una expresión del poder disfrazada de derecho. **Pg**

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ackerman, Bruce (1998), *We the People II. Transformations*, Cambridge, MAS., Harvard University Press.
- Agamben, Giorgio (2000), *Means Without Ends. Notes on Politics*, trad. de Vincenzo Binetti y Cesare Casarino, Minneapolis, University of Minnesota Press.
- Arato, Andrew (1993), "Dilemmas Arising from the Power to Create Constitutions in Eastern Europe", *Cardozo Law Review*, vol. 14, núms. 3-4, pp. 667-672.
- (1994), "Forms of Constitution Making and Theories of Democracy", *Cardozo Law Review*, vol. 17, núm. 2, pp. 191-231.
- (2000), *Civil Society, Constitution, and Legitimacy*, Nueva York y Oxford, Rowman & Littlefield Publisher.
- Arendt, Hannah (1958), *The Human Condition*, Chicago, The University of Chicago Press.
- (1963), *On Revolution*, Londres y Nueva York, Penguin Books.
- (1971), "Thinking and Moral Considerations: A Lecture", *Social Research*, vol. 38, núm. 3, pp. 417-446.
- (1972), "On Violence", *Crises of the Republic*, Nueva York y Londres, A Harvest/HBJ Book, pp. 105-198.
- (1978), "Willing", *The Life of the Mind*, San Diego y Nueva York, A Harvest Book, pp. 3-239.
- (1978), *The Origins of Totalitarianism*, Nueva York y Londres, A Harvest Book.
- (1984), "Some Questions in Moral Philosophy", *Social Research*, vol. 51, pp. 1-2.
- (1993), *Between Past and Future. Eight Exercises in Political Thought*, Penguin Books.
- Austin, John (1998), *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, Indianapolis y Cambridge, Hackett Publishing Company.

- Beaud, Olivier (1994), *La puissance de l'État*, París, PUF.
- Bobbio, Norberto (1998), *Essais de théorie du droit*, París, Bruylant LGDJ.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang (1991), "Die verfassungsggebende Gewalt des Volkes-Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts", *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Francfort del Meno, Suhrkamp, pp. 9-114.
- Bodin, Jean (1992), *On Sovereignty*, trad. de Julian Franklin, Cambridge, Cambridge University Press.
- Burdeau, Georges (1983), *Traité de science politique: le statut du pouvoir dans l'état*, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, vol. IV.
- Carré de Malberg, Raymond (1922), *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, París, Librairie de la société du Recueil Sirey, vol. II.
- (1984), *La Loi, expression de la volonté générale*, París, Economica.
- Castoriadis, Cornelius (1987), *The Imaginary Institution of Society*, trad. de Kathleen Blamey, Cambridge, Polity Press.
- (1991), *Philosophy, Politics, Autonomy. Essays in Political Philosophy*, David Ames Curtis (ed.), Nueva York y Oxford, Oxford University Press.
- (1997), "Radical Imagination and the Social Instituting Imaginary", en David Ames Curtis (ed.), *The Castoriadis Reader*, Oxford, Blackwell Publishers, pp. 319-337.
- David, Marcel (1996), *La souveraineté du peuple*, París, PUF.
- Derrida, Jacques (1986), "Declarations of Independence", *New Political Science*, vol. 15, pp. 1-11
- (1992), "The Force of Law: The 'Mystical Foundations of Authority'", en Drucilla Cornell, Michel Rosenfeld y David Gray Carlson (eds.), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, Nueva York y Londres, Routledge, pp. 3-67.
- De Staël, Germaine (1979), *Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la révolution et des principes qui doivent fonder la république en France*, Lucia Omacini (ed.), París-Ginebra, Librairie Droz.
- Duverger, Maurice (1948), "Légitimité des gouvernements de fait", *Revue du Droit Publique*, JGDJ.

- Elster, Jon (1995), "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process", *Duke Law Journal*, vol. 45, núm. 2, noviembre, pp. 364-396.
- Foucault, Michel (1990), *The History of Sexuality: An Introduction*, vol. 1, Nueva York, Vintage Books.
- Franklin, Julian (1978), *John Locke and the Theory of Sovereignty: Mixed Monarchy and the Right of Resistance in the Political Thought of the English Revolution*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Friedrich, Carl J. (1950), *Constitutional Government and Democracy. Theory and Practice in Europe and America*, Boston y Nueva York, Ginn and Company.
- Gierke, Otto (1958), *Political Theories of the Middle Ages*, trad. de F. W. Maitland, Cambridge, Cambridge University Press.
- Gramsci, Antonio (1971), *Selections from the Prison Notebooks*, Quintin Hoare y Geoffrey Nowell Smith (eds.), Nueva York, International Publishers.
- Groethuysen, Bernard (1956), *Philosophie de la révolution Française*, París, Gallimard.
- Habermas, Jürgen (1996), *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. de William Rehg, Cambridge, MAS, The MIT Press.
- (1998), *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, Ciaran Cronin y Pablo de Greiff (eds.), Cambridge, MAS, The MIT Press.
- (2001a), "Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?", *Political Theory*, vol. 29, núm. 6, diciembre, pp. 766-782.
- (2001b), *The Postnational Constellation. Political Essays*, trad. de Max Pensky, Cambridge, MAS, The MIT Press.
- Hamilton, Alexander (1938), "The Federalist No. 1", *The Federalist Papers*, Clinton Rossiter (ed.), Nueva York, The Modern Library.
- Hauriou, Maurice (1929), *Précis de droit constitutionnel*, 2a. ed., Sirey.
- Hart, H. L. A. (1961), *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Law Series.
- Heller, Hermann (1971), *Staatslehre*, Leiden, A. W. Sijthoff.
- Honig, Bonnie (1993), *Political Theory and the Displacement of Politics*, Ithaca y Londres, Cornell University Press.
- Ingram, David (1996), "Novus Ordo Seclorum: The Trial of (Post) Modernity or

- the Tale of the Two Revolutions”, en Larry May y Jerome Kohl (eds.), *Hannah Arendt. Twenty Years Later*, Cambridge, MAS, The MIT Press, pp. 221-250.
- Kateb, George (1984), *Hannah Arendt. Politics, Conscience, Evil*, Nueva Jersey, Rowman and Allanheld Publishers.
- Kelsen, Hans (1945), *General Theory of Law and State*, Cambridge, MAS, Harvard University Press.
- (1989), *Pure Theory of Law*, trad. de Max Knight, 2a. ed. rev., Gloucester, MAS, Harvard University Press.
- (1992), *Introduction to the Problems of Legal Theory*, trad. de Bonnie Litschewski Palson y Stanley L. Paulson, Oxford, Clarendon Press.
- Klein, Claude (1996), *Théorie et Pratique du pouvoir constituant*, París, PUF.
- Lawson, George (1992), *Political Sacra et Civilis*, Conal Condren (ed.), Cambridge, Cambridge University Press.
- Locke, John (1991), *The Second Treatise of Government. An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government*, Peter Laslett (ed.), Cambridge, Cambridge University Press.
- Madison, James (1938), “The Federalist No. 38”, *The Federalist Papers*, Clinton Rossiter (ed.), Nueva York, The Modern Library.
- (1938), “The Federalist No. 40”, *The Federalist Papers*, Clinton Rossiter (ed.), Nueva York, The Modern Library.
- McClellan, James y M. E. Bradford (eds.) (1989), *Jonathan Elliot’s Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution as Recommended by the General Convention at Philadelphia in 1787*, Cumberland, VA, J. River Press.
- Michelman, Frank (1998), “Constitutional Authorship”, Larry Alexander (ed.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 64-98.
- (1999), *Brennan and Democracy*, Princeton, Princeton University Press.
- Négri, Antonio (1999), *Insurgencias: Constituent Power and the Modern State*, Minneapolis, University of Minnesota Press.
- Négri, Antonio, y Michael Hardt (2000), *Empire*, Cambridge, MAS, Harvard University Press.

- Paine, Thomas (1995), *Common Sense*, en Eric Foner (ed.), *Paine. Collected Writings*, The Library of America.
- Paine, Thomas (1995), *Rights of Man*, en Eric Foner (ed.), *Paine Collected Writings*, The Library of America.
- Paulsen, Stanley L. (1997), "Introduction", en Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, París, Bruylant L.g.D.J., pp. 3-42.
- Perry, Michael J. (1998), "What Is 'the Constitution'? (and Other Fundamental Questions)", en *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 99-151.
- Preuss, Ulrich K. (1995), *Constitutional Revolution. The Link between Constitutionalism and Progress*, trad. de Deborah Lucas Schneider, Nueva Jersey, Humanities Press.
- (1996), "The Roundtable Talks in the German Democratic Republic", en Jon Elster (ed.), *The Roundtable Talks and the Breakdown of Communism*, Chicago, The University of Chicago Press, pp. 99-134.
- Rawls, John (1993), "The Idea of Public Reason", en *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, pp. 212-254.
- (1999), *The Law of Peoples*, Cambridge, MAS, Harvard University Press.
- Sassen, Saskia (1996), *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization*, Nueva York, Columbia University Press.
- Schmitt, Carl (1988), *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, trad. de George Schwab, Cambridge, MAS, The MIT Press.
- (1988), *The Crisis of Parliamentary Democracy*, trad. de Ellen Kennedy, Cambridge, MAS, The MIT Press.
- (1989), *Verfassungslehre*, Berlín, Duncker und Humblot.
- (1993), *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Berlín, Duncker und Humblot.
- (1994), *Die Diktatur*, Berlín, Dunker und Humblot.
- Sieyès, Emmanuel (1970), *Qu'est-ce le Tiers état?*, Roberto Zapperi (ed.), Ginebra, Librairie Droz.
- (1989), "Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen", en François Furet y Ran Halévie (eds.), *Orateurs de la Ré-*

- volution française. Les Constituants*, París, Bibliothèque de la Pléiade, vol. I, pp. 1005-1018.
- Spinoza, Benedict de (1951), *A Theologico-Political Treatise*, trad. de R. H. M. Elwes, Nueva York, Dover Publications.
- Stourzh, Gerald (1988), "Constitution: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century", en Terence Ball y J. G. A. Pocock (eds.), *Conceptual Change and the Constitution*, Lawrence, Kansas, University of Kansas Press, pp. 35-54.
- Wolin, Sheldon S. (1996), "Transgression, Equality, and Voice", en J. Ober y C. Hedrick (eds.), *Demokratia: A Conversation on Democracies Ancient and Modern*, Princeton, Princeton University Press, pp. 63-90.
- (1989), "Collective Identity and Constitutional Power", *The Presence of the Past*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, pp. 8-31.