

# GÉNESIS CONSTITUCIONAL \*

CONSTITUTIONAL GENESIS

Roberto Saba\*\*

## Resumen

El autor de este texto realiza una disertación argumentativa sobre la génesis constitucional y la fuente de autoridad del poder constituyente, la cual sitúa en el aparente

---

\* Este trabajo, como suele suceder, se originó en varias conversaciones que he tenido, sobre todo, con amigos y colegas chilenos, todos nosotros estimulados por el particular proceso que atraviesa nuestro país con respecto a la posible reforma de la Constitución de 1980. En particular, me he visto estimulado y beneficiado por las preguntas, comentarios y sugerencias de Pablo Ruiz Tagle y Augusto Varas, antes y después de preparar este trabajo, a quienes agradezco la lectura de sus borradores. También, aunque no han tenido la oportunidad de leer mi manuscrito, fueron inspiradoras las intervenciones de Fernando Atria, Jorge Contesse, Domingo Lovera, Javier Couso y Claudio Nash, entre otros, en el contexto de conferencias en las que hemos coincidido, así como también los medulosos escritos de Claudio Fuentes o las columnas periódicas de Carlos Peña en *El Mercurio* de Santiago. A comienzos de 2014 tuve el honor de ser invitado por el profesor Rafael Blanco a realizar una presentación académica para inaugurar el año académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado de Chile. El título de aquella disertación fue "Constitución y democracia: un matrimonio difícil", y fue el origen de este ensayo. Agradezco a los profesores y alumnos de esa Facultad por sus estimulantes preguntas y comentarios. Finalmente, debo dar las gracias a mis colegas y amigos Pedro Salazar y Francisca Pou porque sus trabajos y nuestras conversaciones también me ayudaron a reflexionar sobre los problemas que presenta la génesis constitucional, especialmente desde la perspectiva de la experiencia de México. Finalmente, agradezco al Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de México, y a su director, mi querido amigo Roberto Lara, por haberme dado la oportunidad de exponer estas ideas en el Primer Congreso Internacional de Derecho constitucional que se llevó a cabo los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2015 en la Ciudad de México, donde presenté, en una conferencia magistral, una versión anterior de este documento de trabajo. El autor desea agradecer a Grisel Robles por su trabajo de edición de este artículo.

\*\* Profesor de Derecho constitucional de las Universidades de Buenos Aires y de Palermo.

conflicto entre la voluntad constitucional pretérita y la voluntad no constitucional presente, que limita o posibilita su ejercicio en un régimen democrático y, a su vez, confiere validez jurídica a la norma constitucional original. Ubica la discusión de modo espacial y temporal, principalmente en los ejercicios constituyentes de Chile, Argentina y México, como casos paradigmáticos de los desafíos históricos a los que se ha enfrentado la teoría constitucional latinoamericana. Explora las alternativas teóricas fundamentalista de derechos, monista y dualista constitucional, analizando sus encuentros y diferencias respecto a los procedimientos de reforma constitucional y el contenido de la reforma. Para el autor, es necesario analizar los procesos deliberativos de reforma constitucional para saber si se está ante un "momento constitucional" y aclara que no son éstos los que justifican por sí mismos la obediencia a las decisiones constitucionales. Apoyado en una teoría de la democracia deliberativa, y asentando que un texto constitucional representa un acuerdo profundo y extendido de la comunidad política en el proceso de búsqueda del contenido moralmente correcto, concluye que sólo aquellos momentos constitucionales que recogen valores moralmente justificados como los de libertad, autonomía e igualdad, son los que pueden dar validez a la norma constitucional y permiten derivar de ellos una sólida teoría del poder constituyente.

**Palabras clave:** Poder constituyente, génesis constitucional, democracia deliberativa, moral, derecho constitucional, validez jurídica.

### **Abstract**

The author presents an argumentative dissertation on the constitutional genesis and the source of authority of constituent power—which located in the apparent conflict between past constitutional will and present non-constitutional will—limits or makes their exercise possible in a democratic regime and, in turn confers legal validity upon the original constitutional norm. The author locates the debate both spatially and temporally, mainly in the constituent exercises of Chile, Argentina and Mexico, as a paradigmatic case of the historical challenges that Latin American constitutional theory has faced. He explores three theoretical alternatives: *human rights fundamentalism*, *constitutional monism* and *constitutional dualism*, analyzing their points of contact and divergence with respect to constitutional reform procedures and the content of the reform. For the author, it is necessary to analyze the deliberative processes of constitutional reform in order to know whether it is about a "constitutional moment"

and he clarifies that aren't these which justify on their own, obedience to the constitutional decisions. Supported on a theory of deliberative democracy, and assuming that a constitutional text represents a deep and widespread agreement of the political community in the search process of the morally right content, concludes that only those constitutional moments which incorporate values morally justified, as freedom, autonomy and equality, are those who can give validity to the constitutional norm and permit to deduce a solid theory of constituent power from them.

**Keywords:** Constituent power, constitutional genesis, moral, deliberative democracy, constitutional law, legal validity.

## 1. Introducción

Las constituciones son generalmente normas que han sido decididas por personas que han muerto. O incluso cuando fueran decididas por personas que aún viven, los textos que las contienen pueden expresar una voluntad diferente de la que esos mismos individuos poseen en su tiempo presente, pues las personas pueden modificar sus preferencias en el transcurso de su vida. O puede ser que esas normas constitucionales expresen la voluntad de representantes actuales o pasados del pueblo que no se corresponde con la voluntad constitucional del pueblo compuesto por aquellos que hoy están vivos. En cualquier caso, se trata siempre del pasado –lejano o cercano, de unos pocos, o de generaciones pretéritas o del pasado de una misma generación presente, o de representantes del pueblo pasado o actual– imponiéndose sobre el presente.

Por otra parte, es preciso también expresar qué es lo que generalmente entendemos por democracia y, en este sentido, podemos afirmar que es un régimen político en el que el pueblo, ese colectivo formado por los que hoy estamos vivos, se autogobierna produciendo el Derecho que ese mismo pueblo se compromete a obedecer. La validez del Derecho en una democracia depende justamente, al menos en principio y para quienes abogamos por una Teoría democrática del Derecho, del consentimiento de los gobernados.

En el régimen democrático constitucional, las decisiones de autogobierno actuales, tomadas por aquellos que estamos vivos, resultan limitadas por la voluntad constitucional de aquellos que han muerto o por una voluntad pasada de los que aún estamos vivos, presentando lo que algunos autores han caracterizado como la aparente paradoja de la democracia constitucional.<sup>1</sup> ¿Por qué los vivos debemos obedecer a los muertos? ¿Por qué deberíamos sentirnos atados hoy a los compromisos que asumimos, incluso nosotros mismos, ayer? ¿Marca alguna diferencia que además esos compromisos pasados o presentes, hayan sido expresados por nuestros representantes en Asambleas Constituyentes o en Parlamentos y no por nosotros mismos sin intermediaciones? Estas preguntas, así planteadas, generan esa aparente paradoja del sistema político y jurídico: ¿son compatibles las adhesiones simultáneas al ideal del autogobierno y al límite constitucional? ¿Si la respuesta es positiva, por qué? ¿Bajo qué circunstancias? ¿Cómo impactan las respuestas a estas preguntas sobre nuestra teoría del Poder Constituyente o, lo que es lo mismo, sobre nuestra teoría acerca de lo que podríamos llamar, en sentido amplio, la génesis constitucional? En parte, este dilema podría plantearse como un conflicto entre la autoridad, en el sentido de justificación de una pretensión de obediencia, de aquellos que decidieron en el pasado la norma constitucional y la autoridad de aquellos que expresan la voluntad actual de los que estamos vivos y entre los que aspiramos a autogobernarnos.

Por otra parte, una respuesta habitual a este dilema intenta diluirlo mediante la tesis de que el pueblo, entendido como aquel colectivo formado por los que hoy estamos vivos, consentimos y, por lo tanto, decidimos adoptar aquellas decisiones tomadas y expresadas en la Constitución por los que han muerto, como si fueran propias y, por lo tanto, es *como si* las decisiones que nos limitan, y que provienen del pasado, las hubiéramos decidido –tácitamente– hoy, nosotros mismos, al no modificarlas, es decir, como un límite autoimpuesto. Vale resaltar que incluso los más aguerridos defensores del autogobierno del pueblo en la historia de las

---

<sup>1</sup> S. Holmes, "Precommitment and the Paradox of Democracy", en Jon Elster y Rune Slagstad (ed.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

ideas constitucionales, como Thomas Jefferson o Thomas Paine, consideraban que aun cuando no les fuera aceptable la imposición de un límite decidido por personas que ya no estuvieran vivas, sí estaban dispuestos a limitar su voluntad presente, por el precompromiso asumido por una misma generación respecto de sus propias decisiones futuras. En otras palabras, incluso desde este tipo de posturas democrático-radicales, cada generación debería aceptar sus propias autolimitaciones constitucionales, pero jamás debería verse limitada por la voluntad de las generaciones pasadas.<sup>2</sup>

Como se afirmó arriba, algunos autores sostienen que podría aceptarse la obligación de obedecer compromisos asumidos por nuestros antepasados siempre y cuando, las generaciones presentes considerasen propios esos compromisos pretéritos. Ese consentimiento se vería expresado mediante un acto expreso, o por medio de la omisión de llevar adelante un proceso decisorio que modificara la voluntad constitucional de los antepasados. Esta última sería una especie de aceptación tácita de los compromisos asumidos por otros, pero como si fueran propios. Desde un punto de vista personal, esta propuesta de superación de la paradoja no es aceptable, o al menos no lo es si la voluntad del colectivo es la de continuar adhiriendo a un régimen democrático constitucional, pues resulta demasiado evidente –al menos para mí– que si una mayoría actual decidiera contra la voluntad expresada en la Constitución, esa misma decisión actual estaría negando implícitamente la adhesión a la Constitución y ello es justamente, lo que un régimen democrático constitucional aspira evitar: que una mayoría coyuntural modifique –viele o no considere– el límite constitucional.

De este modo, sólo parece posible justificar la primacía de la voluntad constitucional pasada –intra o inter– generacionalmente impuesta, por sobre la voluntad política actual de la mayoría del pueblo, si podemos articular un argumento que

---

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 202-205.

permita distinguir algún tipo de cualidad propia y exclusiva de la voluntad constitucional que la distinga de la cualidad propia y exclusiva –sustantiva o procedimental– de la actual voluntad mayoritaria. En este caso, la voluntad constitucional pasada no podría ser modificada por una simple decisión política coyuntural tomada por la regla de la mayoría, aunque sí podría ser modificada por una decisión mayoritaria que tuviera la misma "calidad" que la decisión constitucional pasada; lo cual nos conduce a la cuestión del denominado ejercicio del Poder Constituyente, y de la autoridad de quienes lo ejerzan frente al pueblo que aspira a practicar el autogobierno. El problema ya no estaría relacionado con un conflicto entre voluntades idénticas –mayoritarias– expresadas: una en el pasado y otra en el presente; sino entre voluntades de diferente *tipo* expresadas en el pasado y en el presente: una voluntad constitucional y una voluntad no constitucional.

En principio, y continuando con esta distinción cualitativa entre los tipos de voluntad política, en una democracia constitucional existen tres tipos de decisiones que puede tomar el pueblo: a) decisiones constitucionales originales o revolucionarias –asociadas a la noción de un "nuevo comienzo"– generalmente denominado Poder Constituyente originario; b) decisiones constitucionales que modifican esas primeras decisiones constitucionales, pero que no aspiran a fundar un nuevo régimen político, y que podrían estar condicionadas o limitadas por las primeras –sustantiva o procedimentalmente– y que, por lo general, se denomina Poder Constituyente derivado; y c) decisiones políticas coyunturales no constitucionales –expresadas generalmente por medio del gobierno pero no exclusivamente por éste–, y que estarían limitadas por las dos anteriores. El problema del que se ocupa este ensayo es que una mayoría actual, que ve expresada su voluntad por medio del gobierno elegido democráticamente y de una decisión específica, al imponérsele el límite de las decisiones constitucionales, puede preguntarse, en principio en forma legítima, cuál es la fuente de autoridad de aquellos que en el pasado decidieron el contenido constitucional –original o derivado– y que se supone, *prima* sobre su voluntad actual.

El constitucionalismo, como teoría jurídica y política, quizá también como ideología, responde afirmando que la autoridad del gobierno actual, o de las mayorías actuales, surge a partir de la decisión constitucional que le otorgó la facultad de legislar y gobernar, por lo que, a la inversa de lo sostenido por los críticos de la autoridad constituyente el constitucionalismo ataca el fundamento de la autoridad de las mayorías basada exclusivamente en los números y los votos; pues esa mayoría no tendría ninguna autoridad si no fuera porque ésta le fuera conferida por medio de la voluntad constitucional del propio pueblo para tomar decisiones de gobierno. De este modo, la conocida paradoja de la democracia constitucional, como se afirmó arriba, se podrá presentar como un conflicto entre la autoridad de quienes tomaron la decisión constitucional y la de aquellos que tomaron la decisión democrática actual o coyuntural. Y este conflicto es aún más dramático entre la decisión constitucional llamada originaria y las decisiones tomadas por los gobiernos democráticos, pues, como veremos más adelante, esa autoridad original no se deriva de normas que le asignen competencias para decidir.

¿De dónde proviene la autoridad de los muertos para limitar la autoridad de los que estamos vivos y qué queremos decidir sobre nuestro propio destino en el presente? Si la teoría constitucional no lograra responder esta pregunta de modo que el ejercicio de esa autoridad constitucional y pasada, se encuentre justificado, vería desvanecerse no sólo la capacidad de esa autoridad para imponer sus mandatos, sino que el propio concepto de Constitución carecería de sentido y el régimen democrático constitucional se volvería una entelequia.

## **2. La relevancia histórica de este debate**

El debate sobre el Poder Constituyente ha cobrado una relevancia inusual en América Latina en las últimas dos décadas. En la literatura reciente, puede observarse, por un lado, un fenómeno particular que agrupa los casos de los

procesos constituyentes relativamente recientes en Venezuela, Ecuador y Bolivia.<sup>3</sup> Si bien hay particularidades propias de cada uno de estos tres casos, ellos son percibidos como ejercicios constituyentes fundacionales de nuevos regímenes o nuevos comienzos. Al menos desde la perspectiva de los actores que los han impulsado, ellos se asocian a lo que Bruce Ackerman o Hanna Arendt podrían catalogar de revoluciones políticas o sociales.<sup>4</sup> Por otro lado, se han planteado algunas situaciones interesantes por diferentes motivos, aunque quizá con menos trascendencia en el debate global que aquellos tres casos en México, Chile y Argentina. Estos tres países presentan situaciones constitucionales muy diferentes entre sí, pero exponen desafíos vinculados con el ejercicio del Poder Constituyente que, creo, nos obligan a los constitucionalistas de la región a articular una teoría acerca de la génesis constitucional, que permita encontrar salidas a los problemas y dilemas que surgen en esos contextos nacionales. Mientras los casos de Venezuela, Ecuador y Bolivia han sido presentados como cambios revolucionarios, con sus propias problemáticas y dilemas, los casos de México, Chile y Argentina constituyen ejemplos de situaciones en las que se busca o propone un cambio constitucional necesario, pero que quiere lograrse sin el recurso a la justificación que provee el cambio radical de régimen político o social, o la fundación de un nuevo comienzo.

De estos últimos tres casos, el más complejo y desafiante es quizá el de Chile, pues ha ocupado el debate público de ese país por varios años y continúa haciéndolo mientras escribo estas líneas. En 1980, bajo el gobierno dictatorial de Augusto Pinochet, éste impuso una Constitución que buscaba sujetar a las generaciones futuras incorporando una serie de normas que hacen práctica-

---

<sup>3</sup> Véase G. Negretto, *La política del cambio constitucional en América Latina*, México, FCE, 2015; y J. Couso, "[¿] Regreso al futuro? El retorno de la soberanía y del 'principio de no intervención en los asuntos internos de los estados' en el constitucionalismo radical latinoamericano", disponible en línea: [https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15\\_Couso\\_CV\\_Sp.pdf](https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/SELA15_Couso_CV_Sp.pdf)

<sup>4</sup> Véase H. Arendt, *On Revolution*, Nueva York, Penguin Books, 1963; B. Ackerman, *We the People*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, pp. 203-212.



mente imposible aún hoy, para los gobiernos democráticos que sucedieron al dictador, modificar su contenido.<sup>5</sup> Debido a la imposición de estos "cerrojos constitucionales", como los llama Fernando Atria,<sup>6</sup> los contenidos constitucionales diseñados por Jaime Guzmán (asesor del dictador), las mayorías democráticas de la nueva era democrática no sólo se vieron y se ven impedidas de avanzar en la formulación de reformas sustantivas por los límites impuestos por una Constitución de corte libertario, sino que además les resultó casi imposible llevar a cabo un proceso de reforma constitucional que generara un espacio para el diseño y la implantación de esas reformas y políticas. Los cerrojos eran básicamente los siguientes: en primer lugar, el establecimiento de un sistema electoral por circunscripción binominal por el cual el territorio nacional era dividido en jurisdicciones y la ciudadanía que habitaba cada una de ellas elegía dos representantes al Congreso: uno por la mayoría y otro por la minoría. En un contexto de bipartidismo, por otra parte, incentivado por el mismo sistema electoral binominal, el Congreso quedaba prácticamente conformado por grupos de legisladores correspondientes a los dos partidos del sistema, con dos facciones empatadas en cantidad de votos. Este sistema electoral fue modificado como consecuencia de la presión ejercida por amplios sectores de la sociedad civil a comienzos de 2015, año en el que se decidió implantar un sistema proporcional.<sup>7</sup>

En segundo término, se instaló un procedimiento de reforma que otorga la facultad de introducir enmiendas en la Constitución al propio Congreso, pero exigiéndole mayorías calificadas de 3/5 y de 2/3, dependiendo de los temas por reformar;<sup>8</sup> lo cual genera un virtual poder de veto en manos de la minoría que,

---

<sup>5</sup> Para una descripción de la situación chilena, veáse Claudio Fuentes y Alfredo Joignant, "La solución constitucional. Rutas de salida del antiguo orden y estrategias de entrada a una nueva Constitución", en C. Fuentes y A. Joignant (eds.), *La solución constitucional*, Santiago de Chile, Catalonia, 2015, pp. 13-40.

<sup>6</sup> Cfr. F. Atria, *La constitución tramposa*, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2013.

<sup>7</sup> Visítese el sitio oficial del Gobierno de Chile, <http://www.gob.cl/2015/04/27/fin-al-binominal-conoce-el-nuevo-sistema-electoral/>

<sup>8</sup> Capítulo XV de la Constitución de Chile sobre Reforma de la Constitución, art. 127: "Los proyectos de reforma de la Constitución podrán ser iniciados por mensaje del Presidente de la República o por moción de

cuando gobernó Chile bajo el liderazgo del dictador, diseñó una Constitución y un proceso de reforma que la beneficiaba. De este modo, un Congreso dividido por mitades, con dos partidos ideológicamente opuestos –uno conservador y con simpatías hacia el exdictador y su legado, y otro que expresaba la adhesión a una coalición de partidos de centro-izquierda–, se encuentra con una imposibilidad prácticamente irremontable de lograr la mayoría calificada que demanda una reforma constitucional. Esta situación no fue distinta ni siquiera con el cambio en el sistema electoral que la presidenta Bachelet introdujo a comienzos de 2015, y que se aplicará en 2017, pues las mayorías calificadas y la conformación del sistema de partidos continúan dándole un enorme poder de veto a la minoría.<sup>9</sup>

El caso mexicano ofrece un ejemplo casi simétrico con el chileno. La Constitución de México presenta un procedimiento de reforma altamente exigente en materia de mayorías, pues requiere 2/3 de los votos de los miembros presentes de cada una de las dos Cámaras del Congreso y, luego, de la aprobación de la reforma por la mayoría de los Estados de la Federación. La lógica hacía pensar que este sistema, que resultaba ser funcional a un sistema de partido hegemónico, que predominó en la escena política mexicana por 70 años, haría prácticamente imposible llevar adelante reformas constitucionales con un Congreso dividido, conformado por una pluralidad de partidos, a partir de la salida del Partido Revolucionario Institucional (PRI) del gobierno. Sin embargo, como señalan María Amparo Casar e Ignacio Marván en su estudio *Reformar sin mayorías*, este proceso

---

cualquiera de los miembros del Congreso Nacional, con las limitaciones señaladas en el inciso primero del artículo 65. El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado en cada Cámara el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Si la reforma recayere sobre los capítulos I, III, VIII, XI, XII o XV, necesitará, en cada Cámara, la aprobación de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio".

En lo no previsto en este capítulo, serán aplicables a la tramitación de los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley, debiendo respetarse siempre los quórumos señalados en el inciso anterior.

<sup>9</sup> F. Atria, "Sobre el problema constitucional y el mecanismo idóneo y pertinente", en C. Fuentes y A. Joignant (eds.), *La solución constitucional*, Santiago de Chile, Catalonia, 2015, pp. 41-70.

exigente en materia de consensos no bloqueó la posibilidad de avanzar con enmiendas a la Constitución.<sup>10</sup> El estudio señala que entre 1997 y 2012 se realizaron casi 70 reformas constitucionales que fueron posibles por los acuerdos logrados entre partidos opositores, al punto de que muchas veces se superaron las mayorías exigentes requeridas por la Constitución.<sup>11</sup> Esas reformas, más las efectuadas en los 70 años de dominio del PRI, elevan las enmiendas a la Constitución mexicana a más de 600 desde su sanción en 1917. En suma, cada mayoría parlamentaria ha logrado imponer su agenda de cambios constitucionales cuando ha sido su turno, con o sin alianzas con miembros de partidos que no integraban la mayoría, ofreciendo así una especie de ejemplo en nuestra región del sueño jeffersoniano de la autolimitación generacional; aunque la autolimitación no es completa, pues también se suele indicar que es poca la aplicación real de esas reformas plasmadas en el papel.

Finalmente, Argentina presentó una situación interesante –y no es sólo cosa del pasado, pues está siempre latente– en los años previos al cambio de gobierno que se produjo en diciembre de 2015: entre 2003 y 2015 se sucedieron tres gobiernos elegidos por el voto popular que se autoidentificaron con un mismo proyecto político. Al gobierno de Néstor Kirchner (2003-2007) lo sucedieron dos mandatos de la presidenta Cristina Fernández de Kirchner (2007-2011 y 2011-2015). Al promediar el segundo mandato de esta última presidenta, algunas voces importantes del gobierno y de sus seguidores partidarios ligados al Partido Justicialista, comenzaron a difundir la idea de que las políticas desarrolladas por estos dos mandatarios implicaban no sólo políticas públicas de sus gobiernos, sino un cambio de paradigma o de régimen, el cual debería verse reflejado en una nueva Constitución. Si bien es cierto que uno de los objetivos de la presidenta

---

<sup>10</sup> Ma. A. Casar e I. Marván, "Pluralismo y reformas constitucionales en México: 1997-2102", en Ma. A. Casar e I. Marván (comps.), *Reformar sin mayorías. La dinámica del cambio constitucional en México: 1997-2012*, México, Taurus, 2014, pp. 13-86.

<sup>11</sup> *Idem*.

era modificar la cláusula constitucional que le impedía postularse a un tercer mandato consecutivo, algunos de sus seguidores también argumentaban que los gobiernos de los Kirchner habían impulsado cambios estructurales en el régimen político y en la sociedad que deberían verse reflejados en la norma constitucional pues, de lo contrario, esa norma fundamental no estaría expresando la nueva voluntad constitucional del pueblo. Además, esos cambios requerían desinstalar el obstáculo de la no reelección de la persona que impulsaba esta transformación política. Ernesto Laclau, un reconocido filósofo que oficiaba como uno de los ideólogos afines al gobierno, con su teoría sobre la *razón populista* avalaba el inevitable tránsito de estas reformas políticas de los Kirchner hacia la sanción de una nueva Constitución.<sup>12</sup> Por otro lado, pero en la misma línea, un grupo de intelectuales afín a los gobiernos de los Kirchner, autodenominado *Carta Abierta*, sostenía públicamente que:

[...] los pueblos y los gobiernos de Suramérica son navíos en la tormenta que asumen la responsabilidad de rediseñar las magnas normas para que coincidan con los procesos de transformación que suceden en varios países de la región viabilizando, en algunas de esas experiencias populares, la eventual continuidad democrática de liderazgos cuando éstos aparecen como condición de esta inédita etapa regional. Ello configura un 'momento constitucional', apropiado para ligar las transformaciones en curso y el andamiaje legal. No se trata de imponer normas, sectorizar gobiernos, arbitrar en causa propia en cuestiones de grave significación institucional, sino de pensar en forma completa el decurso de una historia. Si las formas más relevantes de los cambios deben ser protegidas, un armazón novedoso de normas debe legislar a una escala constitucional admisible y nueva las relaciones entre el Estado y la sociedad, entre la producción y el

---

<sup>12</sup> E. Laclau, "Institucionalismo y populismo", *Tiempo Argentino*, 29 de agosto de 2012, <http://tiempo.infonews.com/nota/91870>. Allí Laclau afirma que: "La Argentina ha iniciado en 2003 un proceso emancipatorio que está conduciendo a una considerable expansión de la esfera pública y a la incorporación de numerosos sectores que tradicionalmente habían estado excluidos de ella. Este proceso de construcción de una hegemonía popular no podía darse, evidentemente, sin cambios fundamentales en el sistema institucional, cambios que han tenido lugar a través de una serie de medidas legislativas que están produciendo un desplazamiento progresivo en la relación de fuerzas entre los grupos. Todo esto debería culminar, en un futuro cercano, en una reforma constitucional." Cf. E. Laclau, *La razón populista*, Buenos Aires, FCE, 2005.

consumo, entre la economía y la política, entre la república y la nación, entre los derechos particulares y los derechos sociales [...]. Un nuevo cuerpo normativo, realizado y sostenido por un sujeto constituyente popular, debe establecer una barrera anti neoliberal, en el reconocimiento de la multiculturalidad, la reconstrucción de la geometría del Estado, la inclusión de nuevas formas de propiedad, el dominio nacional-estatal de los recursos naturales, la protección del ambiente humano y natural, el reconocimiento de la salud como derecho y la responsabilidad del Estado para ofrecer respuestas integrales a la necesidad de salud de las poblaciones con eje en servicios públicos, el respeto a la heterogeneidad lingüística del territorio nacional, las relacionales colaborativas entre sociedad y Estado: en suma, el reconocimiento de áreas que requieren un gran debate imprescindible. ¿Cómo no reconocer que Argentina necesita una nueva Constitución? El proceso de transformación en curso que en nuestro país reconfigura la nación es parte del fenómeno que recorre Suramérica. Y este fenómeno, sea que atraviese momentos de bonanza como de riesgo, merece una altura constitucional diferente. Ésta es nuestra convicción y nuestro compromiso.<sup>13</sup>

El argumento de los intelectuales de Carta Abierta se asemejaba al realizado por los liderazgos políticos de Venezuela, Ecuador y Bolivia pero sin llegar a plantear el cambio como una revolución, en el sentido de un cambio total de estructuras sociales o políticas. Además, uno de los modelos que se tomaba como posible para esa transformación radical del régimen constitucional fue la Constitución sancionada bajo el gobierno de Juan Domingo Perón en 1949 y que, luego del golpe de Estado contra ese presidente, fuera dejada sin efecto por el gobierno militar que lo derrocó; el cual reinstaló en 1957, con procedimientos que no eran los de la vieja y original Constitución sancionada en 1853, la vigencia de esa norma del siglo XIX. El gobierno militar dejó sin efecto la Constitución de 1949 y la reemplazó por la anterior de 1853, por medio de una Asamblea Constituyente, pero sin seguir los procedimientos de reforma de la Constitución, ni de la de 1853 ni de la de 1949. Por lo pronto, el proceso estaba impulsado por un gobierno sin legitimidad constitucional, elemento indispensable para impulsar una reforma

---

<sup>13</sup> Véase "La diferencia", *Página 12*, 25 de agosto de 2012, <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-201848-2012-08-25.html>

constitucional de acuerdo con las reglas establecidas en la Constitución de 1853. Finalmente, la derrota de los candidatos de la presidenta Cristina Fernández de Kirchner en la elección legislativa de 2013 echó por tierra la iniciativa de promover un cambio de paradigma constitucional, al hacerse evidente que no existían los amplios consensos necesarios para sostener una demanda de ese tipo; pero la creencia de que la Constitución liberal de 1853 no expresa la voluntad constitucional de un amplio sector de la ciudadanía es recurrente en la política argentina, especialmente en sectores ligados al Partido Justicialista, que añora e invoca la Constitución de 1949 como la expresión cabal de esa voluntad.

El caso chileno, el mexicano y el argentino, los tres, nos interpelan como constitucionalistas para ofrecer respuestas inteligibles respecto de cómo opera o, mejor, cómo debería operar, el ejercicio del llamado Poder Constituyente. El caso chileno, aún en debate mientras escribo este ensayo, ha llevado a algunos juristas a plantear la necesidad de llamar a una Asamblea Constituyente que, pese a que su convocatoria no está prevista en la Constitución de 1980, modifique el marco constitucional de la nación. Otros consideran que la reforma es necesaria pero que debe realizarse por medio de los procedimientos que estableció Pinochet en la Constitución, en 1980. El gobierno de Bachelet finalmente optó, a mediados de 2015, por lo que la presidenta denominó un "proceso constituyente", el cual contaría con cuatro momentos: primero, se impulsaría un debate amplio sobre el cambio constitucional que comenzó en septiembre de 2015 y se extendería por un año; luego se elegiría, de acuerdo con el nuevo sistema electoral proporcional, en 2017, un Congreso que sería "constituyente";<sup>14</sup> en tercer término, se alcanzaría un gran acuerdo político entre los partidos y, finalmente, se aprobaría el acuerdo por medio de un plebiscito. Algunos juristas consideran que este proceso es en verdad una variante de la posición que sugiere apartarse de los procedimientos previstos en la Constitución de 1980, aunque detrás de la

---

<sup>14</sup> Véase J. Correa Sutil, "Cambio constitucional desde el Congreso Nacional", en Claudio Fuentes y Alfredo Joignant (eds.), *La solución constitucional...*, *op. cit.*, pp. 113-126.

cosmética de su observancia.<sup>15</sup> El caso mexicano nos interroga sobre la legitimidad de un poder constituyente que no se corresponde en su ejercicio con la existencia de excepcionales momentos constitucionales, sino que se asemeja más a un parlamento que se impone sus propios límites, quizá incluso sin que medie necesariamente el apoyo o acompañamiento de la sociedad civil, en un movimiento que diluye los contornos que distinguen al poder constituido del poder constituyente y, como afirma Francisca Pou, conformando una especie de poder constituyente permanente, que es casi como un poder constituido permanente<sup>16</sup> y que, agrego, es casi como si no existiera una Constitución en el sentido de límite al poder democrático. El caso argentino muestra un intento infructuoso de cambio refundacional, sustentado en una especie de *momento* constitucional, y expresado en el predominio de un partido por 12 años, cuyas decisiones y reformas eran percibidas por un sector de sus seguidores como un momento constitucional.

El intento por entender estas situaciones complejas puede estar marcado por el recurso a las teorías jurídicas tradicionales sobre competencia y jurisdicción. ¿Estaría facultada la Asamblea Constituyente que proponen algunos juristas como Fernando Atria para sancionar una nueva Constitución para Chile, a pesar de no estar prevista en la Constitución de 1980 como el órgano facultado para reformar la Constitución? ¿Cuál era la facultad de Pinochet para atar a los chilenos a una Constitución prácticamente inmodificable para toda la eternidad? ¿El Congreso mexicano, aun siendo jurídicamente competente para llevar a cabo cientos de reformas constitucionales, es la autoridad legítima para establecerlas? ¿Por qué deberían las mayorías representadas en los gobiernos de Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner –que dominaron la vida política del país con

<sup>15</sup> Véase C. Peña, "El fin del misterio constitucional", *El Mercurio*, Blogs, 24 de mayo de 2015. Disponible en <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/05/24/32075/Fin-del-misterio-constitucional.aspx>

<sup>16</sup> F. Pou Giménez, "Las reformas en materia de derechos fundamentales", en Ma. Amparo Casar e Ignacio Marván (comps.), *Reformar sin mayorías...*, *op. cit.*, pp. 87-138.

cambios percibidos por ellos y sus seguidores como estructurales—, sentirse limitados por una decisión constitucional tomada en el siglo XIX por líderes liberales, o por la decisión de devolver validez a esa misma Constitución por un gobierno no democrático que además impulsó una Asamblea Constituyente con el peronismo proscrito en 1957? Estas interrogantes nos ponen frente a lo que considero uno de los más serios desafíos históricos para la teoría constitucional latinoamericana.

### 3. La improcedencia del argumento jurídico

En su pequeña y clásica obra *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Genaro Carrió presenta un caso hipotético que nos invita a reflexionar sobre el ejercicio del poder constituyente y la génesis constitucional.<sup>17</sup> Carrió nos cuenta la historia de tres militares que se presentan en el bufete del *Dr. K* y le realizan una consulta *jurídica*. Los tres señores quieren que el abogado los asesore sobre la legalidad del acto que planean concretar. Dicen contar con el apoyo de una importante porción de la población para tomar el poder por la fuerza y proceder a la emisión de normas jurídicas. Como son personas muy apegadas a la ley y no desean hacer nada que no esté jurídicamente justificado, quieren saber si esas decisiones que tomarán serán válidas o, en otras palabras, preguntan si es posible afirmar que ellos estarán facultados para tomar esas decisiones, si *pueden* tomar esas decisiones. El *Dr. K*, sorprendido por el tenor y el contenido de la consulta, trata de interpretar correctamente lo que estas personas necesitan saber. El letrado entiende que los tres militares no quieren saber si *pueden* tomar decisiones en un sentido fáctico, pues ellos no necesitan de un abogado para responder a esa pregunta. De hecho, son militares y saben mejor que el jurista si cuentan con el poder *de hecho* de tomar decisiones, emitir órdenes y respaldarlas

---

<sup>17</sup> Carrió, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1972.



con la amenaza del uso de la fuerza frente a la eventual desobediencia por parte de los ciudadanos. El *Dr. K* deduce que lo que estos señores en realidad están preguntando es si *pueden* tomar esas decisiones en un sentido normativo-jurídico, es decir, si tienen *facultades* para tomar esas decisiones. El problema, según Carrió, que a esta altura habla por medio de su *alter ego*, el *Dr. K*, es que cuando nos preguntamos acerca de si cierto agente tiene facultades para tomar decisiones que tienen la pretensión de ser consideradas normas válidas, necesariamente se debe indagar si existe una norma jurídica que indique que ese agente tiene la autoridad, la jurisdicción o la facultad para tomar esa decisión, pues de otra manera las decisiones no serían tomadas en virtud de una norma que le confiera facultades al agente para emitir las y serían jurídicamente inválidas.

Sin embargo, el *Dr. K* sabe que los tres militares están conscientes de que no hay una norma que les otorgue la facultad de tomar decisiones jurídicamente válidas y, entonces, lo que deben estar preguntando, se dice K a sí mismo al tratar de resolver el enigma planteado, es si ellos, como primera autoridad legisferante, tienen la facultad de emitir normas jurídicamente válidas. Lo que sucede es que la primera autoridad legisferante, por definición, no puede fundar la validez *jurídica* de sus decisiones en una norma que le otorga la facultad para emitir normas jurídicas válidas, pues no hay ninguna norma que otorgue esa facultad a la primera autoridad emisora de normas jurídicas. Por otro lado, hay quienes podrían argumentar que la validez de las decisiones de esa primera autoridad no reside en la facultad de esa autoridad derivada de una norma jurídica que se le otorga, sino de la obediencia que las personas rindan a esas decisiones una vez tomadas. Esta fue la postura de la Corte Suprema argentina luego del primer golpe de Estado perpetrado en este país en 1930. El Máximo Tribunal de la Nación emitió entonces una acordada –una opinión que no está vinculada a un caso o controversia– según la cual, las decisiones tomadas por el nuevo gobierno serían consideradas válidas si ellas fueran obedecidas por la ciudadanía. Se llamó a esta postura la doctrina de la revolución triunfante. Carrió rechaza esta teoría

por considerarla falaz. Según el gran jurista argentino, reconocer validez a una norma jurídica en función de la obediencia o acatamiento de aquellos a quienes está dirigida la norma implica incurrir en la denominada falacia naturalista o falacia de Hume, pues desprender un juicio del *deber ser* a partir de una proposición del mundo del *ser*, constituye un movimiento lógicamente imposible. Las normas (el deber ser), argumenta Carrió, no reciben su validez del *hecho* de que son obedecidas (el ser). Si ello fuera así, las órdenes que impartiera una mafia y que fueran obedecidas por los sujetos sometidos a su autoridad fáctica, por temor a las consecuencias de su inobservancia, deberían ser consideradas derecho. Las normas jurídicas sólo pueden recibir su validez a partir de la existencia de otra norma jurídica que establezca la competencia o jurisdicción del órgano que emite esa norma para poder dictarla. Éste es el problema del ejercicio del poder constituyente originario y, quizá también, del derivado.<sup>18</sup>

Llegamos así al corazón de nuestro problema. Por un lado, no es posible desprender la validez de la primera norma constitucional a partir del *hecho* de que esa norma es obedecida, pues ello sería falaz, pero, por otro lado, tampoco podemos reconocer la validez de esa norma a partir de la existencia de una norma que otorgue facultades al primer poder constituyente porque, por definición, esa norma no existe. El *Dr. K* —es decir, Carrió— llega así a la conclusión de que la pregunta que le han formulado sus tres extraños clientes acerca de si la autoridad que emite la primera norma tiene facultades, competencias o jurisdicción para hacerlo, no es sensata; es decir, que no tiene sentido, pues, por definición, no hay norma *jurídica* anterior que le otorgue a esa autoridad la facultad para hacerlo. Por ello, Carrió sostiene que pretender utilizar el lenguaje de las normas jurídicas, el lenguaje normativo, para describir o comprender el fenómeno del poder constituyente originario es equivalente a empujar el lenguaje jurídico más allá de los límites dentro de los cuales éste puede ser inteligiblemente utilizado. De allí

---

<sup>18</sup> *Ibidem.*

su ocurrente imagen acerca de que no podemos hacer con el lenguaje algo similar a lo que se nos ocurriría hacer con un mal uso de los cubiertos: no deberíamos aspirar a tomar la sopa con un tenedor.

El caso hipotético que nos presenta Carrió es una metáfora del poder constituyente originario, y su conclusión es escéptica respecto de la posibilidad de justificar la validez de la primera norma constitucional con base en un fundamento jurídico. Pero entonces, ¿es posible justificar la obediencia a la primera Constitución de algún modo?

#### **4. El fundamento moral de la autoridad constitucional**

Carlos Nino está de acuerdo con la evaluación de Carrió sobre la insensatez de la pregunta sobre la validez *jurídica* de la norma constitucional original. Incluso agrega que esa misma crítica podría hacerse extensiva a las normas constitucionales derivadas y, también, a las normas emanadas del Congreso o del Poder Ejecutivo, pues si no puede predicarse la validez *jurídica* de la norma constitucional original, y siendo ella la que reconoce jurisdicción a la Asamblea Constituyente –o al Parlamento, dependiendo del caso específico nacional de que se trate– que reforma la Constitución o a los poderes constituidos que emiten normas infra constitucionales, todas las decisiones emanadas de ellos, cuyas competencias se desprenden de aquella norma originaria de la que no se puede predicar validez jurídica, estarían también impregnadas de la misma dificultad de justificación jurídica.<sup>19</sup> Sin embargo, el acuerdo de Nino con Carrió termina aquí, pues para Nino, a diferencia de Carrió, sí es posible asignar validez a la primera norma constitucional, pero esa validez no dependería de una norma jurídica

---

<sup>19</sup> C.S. Nino, "El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica", en Eugenio Bulygin, Martín D. Farrell, Carlos S. Nino y Eduardo A. Rabossi (comps.), *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983.

que le reconozca competencia al órgano que emite la primera Constitución, pues ella no existe por definición, sino que la validez derivaría de una norma moral que le reconoce competencia a ese órgano o agente. Esa norma moral podría desprenderse de una teoría moral o de una teoría política, por ejemplo, de una teoría de la democracia que entendiera que hay razones morales para obedecer las decisiones que surgieran de un proceso deliberativo que tiene superioridad epistémica respecto de otros procesos de toma de decisión, por ejemplo, aquellos que no sean democráticos.<sup>20</sup> En suma, una vez descartada, gracias a la tesis de Carrió, la vía de reconocer la validez de la norma constitucional a partir de una norma jurídica que le otorga competencia al primer órgano constituyente, y de descartar por falaz la justificación jurídica de la validez de esa norma en la mera obediencia de los súbditos, se puede, siguiendo a Nino, explorar la alternativa de recurrir a una teoría moral para asignarle validez a la norma original y a las normas derivadas de ella tomadas por los órganos facultados por ella para tomarlas, ya sean constituyentes derivados o legislativos. En otras palabras, se necesitarán una teoría de la democracia y una teoría de los derechos, que permitan derivar de ellas una teoría de la constitución y, en consecuencia, una teoría del poder constituyente.

## **5. Tres concepciones de democracia, tres nociones de Constitución**

Si bien es posible identificar en el debate académico y político un amplio universo de concepciones de democracia y de teorías de los derechos vinculadas o en tensión con las primeras, recurriré a tres categorías que utiliza Bruce Ackerman en su libro *We the People*, que encuentro útiles para ilustrar el punto que deseo

---

<sup>20</sup> C.S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, 1998. También C.S. Nino, "La validez de las normas 'de facto'", en su libro *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, pp. 89-108.

hacer.<sup>21</sup> En primer lugar, Ackerman nos presenta una familia de enfoques a los que asocia con teorías que defienden la existencia de derechos fundamentales que no surgirían de un acuerdo democrático, sino de una teoría moral. Esta postura, que denominaré, sólo para efectos argumentativos *fundamentalista de derechos*, podría estar asociada a la de los denominados neoconstitucionalistas en el debate constitucional europeo continental y latinoamericano contemporáneo. Para esta tesis, los derechos humanos, o los principios de justicia, son universales y prepolíticos, por lo que operan como un límite a las decisiones democráticas de autogobierno e incluso a las decisiones constitucionales. Son, en palabras de Owen Fiss, ideales sociales que nos permiten juzgar críticamente esas decisiones.<sup>22</sup>

Una segunda familia de enfoques corresponde, según Ackerman, a posiciones que denomina *monistas* por su visión del funcionamiento del sistema democrático. Autores como John Ely en los Estados Unidos<sup>23</sup> y Roberto Gargarella en Argentina<sup>24</sup> se ubicarían en este enfoque. La idea principal de esta familia de pensamiento jurídico es que el sistema democrático se caracteriza por contar con un solo tipo de decisiones que pueden ser consideradas válidas y ellas son las que toma el pueblo cuando se autogobierna. Desde esta perspectiva, no existe ninguna otra autoridad legítima en un sistema democrático que no sea el pueblo, entendiendo por éste al colectivo conformado por las personas que comparten durante un tiempo más o menos prolongado la existencia dentro de una comunidad política, el pueblo de los vivos. Este pueblo autodeterminado no debería verse limitado en la implementación de su voluntad política por decisiones tomadas por personas que ya no forman parte de la comunidad –por haber

---

<sup>21</sup> B. Ackerman, *We the People*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, pp. 3-33.

<sup>22</sup> O. Fiss, "Human Rights as Social Ideals", en su libro *The Dictates of Justice. Essays on Law and Human Rights*, Dordrecht, Holanda, Republic of Letters Publishing BV, 2011, pp. 1-12. También publicado en español bajo el título *Los mandatos de la justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2013, traducción de Roberto Saba.

<sup>23</sup> J. Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

<sup>24</sup> R. Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, Buenos Aires, Ariel, 1996.

abandonado el mundo de los vivos –, así como tampoco por las propias decisiones de ellos mismos, de su generación, en un tiempo pasado. Mucho menos, por derechos o contenidos supuestamente prepolíticos que no son decididos por el pueblo y que provienen de teorías de la justicia o de los derechos que, al fin y al cabo, son articuladas por personas físicas iguales a cualquier miembro de la comunidad política. Mientras los fundamentalistas creen que el pueblo debería limitar sus decisiones constitucionales y legislativas en el respeto que merecen los principios de justicia justificados extrapolíticamente, lo que Ackerman llama con cierta ironía "los grandes libros", como la *Teoría de la justicia* de John Rawls, o la teoría articulada en *Justicia social y Estado liberal* el propio Ackerman, o la Biblia o el Corán,<sup>25</sup> los monistas consideran que la voluntad del pueblo no puede estar sujeta a contenidos prepolíticos. Si bien a primera vista parece ser que el monismo rechaza cualquier tipo de límite constitucional, ello sin embargo no es así. Autores monistas como Ely argumentarán que en el mismo compromiso de una comunidad con el ideal de autogobierno podemos encontrar el único límite (constitucional) aceptable que un monista podría acatar: las reglas que son precondition del sistema democrático de autogobierno que el pueblo ha adoptado.

Hay cierto parentesco entre el monismo y las posturas identificadas con el constitucionalismo popular en el debate académico actual. Finalmente, Ackerman identifica una última familia de enfoques en materia de teoría democrática y constitucional a la que denomina *dualismo*, dentro de la que se encuentra su propia tesis constitucional. El dualismo se caracteriza, a diferencia del monismo, por considerar que en una democracia conviven dos tipos de decisiones: las que el gobierno formado por representantes del pueblo toma en momentos corrientes y las que el pueblo toma en momentos constitucionales. Ackerman afirma que las segundas limitan a las primeras. Por otra parte, los dualistas se distinguen

---

<sup>25</sup> B. Ackerman, *op. cit.*, pp. 10-16.

de los fundamentalistas de un modo similar al que los monistas también se distinguían de ellos: las decisiones constitucionales del pueblo no podrían estar limitadas por contenidos expresados en los grandes libros. Fundamentalistas, monistas y dualistas tienen relaciones diferentes con dos aspectos centrales de una teoría del poder constituyente: los procedimientos de reforma constitucional y el contenido de la reforma. Veamos ahora algunos de los casos nacionales, mencionados más arriba, a la luz de estos enfoques sobre la relación entre democracia y Constitución y sus repercusiones en el debate sobre génesis constitucional.

## 6. Procedimientos

El caso chileno es sumamente interesante en lo que respecta al lugar que ocupan –o deberían ocupar– los procedimientos en la génesis constitucional. El centro del debate actual radica justamente en determinar si, en el caso de que los chilenos quisieran reformar la Constitución, el cambio debería llevarse a cabo de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Constitución vigente sancionada por Pinochet en 1980, máxime que sería extremadamente difícil hacerlo siguiendo las reglas que la propia Constitución establece. Fue el mismo asesor de Pinochet, Jaime Guzmán, quien afirmó que la finalidad de esas reglas constitucionales era que "si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque el margen de alternativas posibles que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario".<sup>26</sup> Ulises atado, pero no por sí mismo. Por ello, Atria llama a éste un juego tramposo. Desde otro extremo del debate, se defiende el procedimiento establecido como el único camino para expresar la voluntad constitucional, no importa su origen ni el contenido de lo decidido, posición que ha

---

<sup>26</sup> J. Guzmán, "El camino político", *Revista Realidad*, año 1, núm. 7, diciembre de 1979, pp. 13-23, citado por F. Atria en *La constitución tramposa*, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2013.

defendido, con matices, por ejemplo, Pablo Ruiz Tagle.<sup>27</sup> Este jurista afirma que, al menos en el caso chileno, "[...] una Constitución legítima o que sea legítima, tiene que cumplir dos condiciones [...] tiene que ceñirse al Derecho constitucional existente, y segundo, tiene que respetar a las mayorías y a las minorías, es decir, a los principios democráticos".<sup>28</sup> El Poder Constituyente, en las democracias constitucionales, siempre tiene límites. Siempre. Y los límites son las normas constitucionales existentes. Si ejercemos el Poder Constituyente en un ámbito que no es la democracia constitucional, ciertamente no hay límites, y eso es lo que distingue el ejercicio de Pinochet, el ejercicio de los gobiernos que tienen una base constitucional y no democrática, de los que la tienen.<sup>29</sup>

Veamos el caso argentino del restablecimiento de la Constitución de 1853 por el gobierno militar en 1957, luego del golpe de Estado contra el presidente Juan D. Perón y del desconocimiento de la Constitución decidida por su gobierno en 1949, que había también sido sancionada con vicios en el procedimiento establecido en la Constitución que se estaba reformando. En ambos casos, el chileno y el argentino, la tesis de Ackerman, que ofrece una versión mejorada a la defendida por Hamilton en el siglo XVIII en los Estados Unidos, y que articula bajo la denominación de dualismo constitucional, podría proporcionar alguna pista para dirimir la controversia sobre validez constitucional y los caminos para generar normas constitucionales. Según Ackerman, lo que importa es que la Constitución exprese la voluntad *constitucional* del pueblo en un momento constitucional. Por ello, no es necesario, entonces, que se respeten los procedimientos establecidos para su reforma, pues el foco en los procedimientos, como dirían Carrió y Nino, no permite justificar el respeto a la primera Constitución –que carece de norma

---

<sup>27</sup> Véase "Mecanismo para asamblea constituyente divide a asesores del comando de Bachelet", *El Mercurio*, 10. de junio de 2013, p. C6. Cf. *Una gran conversación por Chile. Proceso constituyente y una nueva Constitución política. Ciclo de discusiones*, agosto-noviembre de 2015, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en [http://web.derecho.uchile.cl/documentos/unagranconversacion\\_web2015.pdf](http://web.derecho.uchile.cl/documentos/unagranconversacion_web2015.pdf), pp. 71-99 y 295-337.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 299.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 300.



anterior que establezca competencias y, por ende, procedimientos— y, en los casos de procedimientos viciados, no permite explicar por qué consideramos válidas reformas que no han seguido las reglas establecidas en la Constitución vigente. En definitiva, no existían normas que otorgaran competencia para decidir normas constitucionales a los convencionales constituyentes argentinos de 1853 y tampoco a los convencionales constituyentes que reestablecieron esa Constitución a instancias de un gobierno no democrático en 1957. Además, si lo que permite reconocer que estamos ante una norma constitucional no es el hecho de que se siguieron los procedimientos preestablecidos en textos constitucionales decididos en el pasado, sino que esa norma expresa la decisión del pueblo en un momento constitucional, es posible afirmar que para esta tesis no tendría fundamento la distinción entre ejercicio de poder constituyente originario y derivado, pues si los procedimientos no cuentan para fundamentar la autoridad del que genera Constitución, el poder constituyente no es ni originario ni derivado, sino que es simplemente la manifestación de la voluntad constitucional del pueblo en momentos altamente excepcionales llamados constitucionales.

La tesis ackermaniana, creo, podría justificar posturas como la defendida en Chile por Fernando Atria en su obra *La constitución tramposa*. Atria considera que la Constitución de 1980 diseñada por Guzmán, bajo el gobierno de Pinochet, falla en términos democráticos por dos razones. Por un lado, porque su origen no es democrático —se sancionó bajo un régimen dictatorial— y, por el otro, establece un procedimiento de reforma que contiene una serie de "cerrojos" que le otorga, en los hechos, poder de veto a la minoría conservadora del país respecto de la modificación del límite impuesto por la decisión constitucional a las decisiones de política pública que deberían estar regidas por la voluntad política coyuntural. El mejor argumento que subyace al de Atria es un argumento dualista y democrático que permitiría atacar la validez de la Constitución de Pinochet sobre la base de su origen no democrático y —subrayo esta interjección— por contradecir las reglas que subyacen al compromiso con un sistema democrático de gobierno, por el veto que otorga a las minorías en materia de reforma constitucional y de

decisión de políticas públicas. Sin embargo, la tesis de Atria podría encerrar una conclusión autofrustrante, al igual que la de Ackerman: aceptar que la voluntad constitucional expresada en la norma de 1980, si bien no es el producto de un momento constitucional en los tiempos de su sanción por un gobierno dictatorial, ella podría ser expresión de la voluntad del pueblo en un momento constitucional –y, por ello, democrático– que se corresponde con la voluntad del pueblo chileno de aceptar el contenido constitucional de 1980 como propio, durante los años de democracia que siguieron a la salida del dictador de la Presidencia de la Nación –incluida la reforma constitucional que Atria considera cosmética llevada a cabo bajo el gobierno de Lagos en 2005–. Ésta es básicamente la respuesta que Pablo Ruiz Tagle le da a la tesis de Fernando Atria: el ataque de este último al origen no democrático de la Constitución de 1980 se desarma cuando se opone el hecho de la aceptación de esa Constitución y de sus procedimientos de reforma por parte de la mayoría del pueblo chileno bajo los gobiernos de la Concertación, coalición de la que forman parte Bachelet, Atria y el propio Ruiz Tagle. Sin embargo, éste último podría ser atacado desde tesis como las de Carrió y Nino, en cuanto que estaría incurriendo en una falacia de tipo naturalista al considerar que la validez de la Constitución de 1980 se desprende de la aceptación u obediencia constatada a lo largo de las últimas décadas, en las que los chilenos se han gobernado por gobiernos democráticos que acataron aquella decisión constitucional de origen espurio, pero de linaje democrático adquirido con el paso del tiempo.

El argumento de Ruiz Tagle quedaría herido ante una tesis ackermaniana que, insisto, podría ser también la de Atria –de que hoy estamos ante un nuevo momento constitucional–, aunque esta tesis se debilita al ritmo que se debilita el poder y el apoyo popular de Bachelet, al menos al momento en el que se escribe este trabajo. La decisión de Bachelet de diciembre de 2015, de lanzar un gran debate nacional sobre la reforma, podría ser interpretada como un intento de articular un momento constitucional que incluya a la ciudadanía y que, así, le

otorgue a la reforma la validez que necesita desde el punto de vista de una tesis dualista.

La teoría de los momentos constitucionales también podría justificar la obediencia a la Constitución restablecida en Argentina en 1957, pese a no haberse observado el procedimiento de reforma preestablecido. Es más, si no mediara una tesis de este tipo, sería difícil justificar con razones morales la obediencia a esa Constitución que, con algunas reformas, es la que rige hoy a los argentinos, que aplica la Corte Suprema y a la que adhieren todos los actores políticos; incluso el Partido Peronista, que estuviera excluido del proceso constituyente de 1957 y que periódicamente reclama la reinstalación de la Constitución de 1949 o de sus contenidos centrales.

Una nota aparte merece el lugar que ocupa el papel o la naturaleza de la Asamblea Constituyente en el debate sobre la génesis constitucional. Desde la perspectiva ackermaniana, ese órgano parece ser una especie de garantía de expresión de la voluntad popular constitucional, mas no una condición necesaria para que ella se exprese. Esa presunción podría basarse en la conjunción de deliberaciones y mayorías que requiere una reforma que exija el llamado a esa Asamblea (mayoría parlamentaria para convocarla, elecciones de constituyentes para llevar a cabo la reforma, mayorías en la Asamblea para aprobar las reformas y, en algunos casos, como el de los Estados Unidos, mayorías estatales para aprobar el cambio constitucional). Es el propio Ackerman el que considera expresamente que hay manifestaciones de voluntad popular constitucional por medio de las decisiones tomadas por otros órganos como, por ejemplo, el Congreso de los Estados Unidos cuando sancionó las normas del *New Deal* o la *Civil Rights Act* de 1964. Consistentemente, Ackerman no asocia la validez de la Constitución al seguimiento de los procedimientos establecidos por el artículo V de su Constitución, sino que la vincula con la manifestación de la voluntad constitucional del pueblo en un momento homónimo. Sin embargo, parece haber una presunción en la tesis dualista acerca de que la Asamblea Constituyente ofrece algunas garantías de

que estamos frente a un momento constitucional. Quizá la militancia de algunos juristas y políticos chilenos como Atria, por el llamado a una Asamblea Constituyente en ese país, se relaciona con la misma presunción de Ackerman de que ese órgano asegura (o al menos permite presumir) que estamos ante un momento constitucional. Ruiz Tagle, en cambio, y quizá también inspirado por el propio Ackerman, no cree que la Asamblea Constituyente sea el único canal para identificar la voluntad constitucional del pueblo:

El proceso de adopción de la Constitución Federal [de los Estados Unidos] siguió 20 métodos distintos, en cada estado un método distinto para su aprobación. Los representantes fueron seleccionados según lo que decía cada Estado. No existe [...] una bala de plata. La Constitución de España se hizo como derivado de las leyes de reforma política del franquismo. La Constitución francesa también es un derivado. La alemana se hizo con un memorándum de las fuerzas aliadas. No busquemos lo perfecto [...]<sup>30</sup>

Quizá, sugiriendo que éste es el objetivo de los que reclaman una Asamblea Constituyente, Atria le responde que si bien es correcto que la Constitución de los Estados Unidos la sancionó "una convención de hombres blancos dueños de esclavos. En Alemania fue un país ocupado. En Chile fue un poder que venía de un golpe de Estado. En otras partes han sido asambleas constituyentes. O sea, hay de todo", pero agrega que lo que sí se "puede decir es cómo *no* se hace una nueva Constitución [...] que es mediante el ejercicio de poderes constituidos. Es pretender ejercer el poder constituyente a través de formas constituidas".<sup>31</sup> Mientras Ruiz Tagle trata de distanciarse de la propuesta de recurrir a una Asamblea Constituyente, no prevista en el texto constitucional de 1980 para cambiar ese texto, en línea con la tesis ackermaniana, Atria ve en el recurso a la Asamblea Constituyente un camino casi ineludible para lograr formar y construir una voluntad constitucional. Sin embargo, creo que esta discrepancia es sólo

---

<sup>30</sup> *Ibid*, p. 90.

<sup>31</sup> *Ibid*, p. 302.

de tipo estratégico-político, pues considero que no chocan aquí dos teorías tan diferentes acerca de la génesis constitucional. Tanto Ruiz Tagle como Atria, así como Ackerman, no creen que la validez de la Constitución surja del respeto o no a los procedimientos, sino que ella se justifica en la expresión meditada y consciente de la comunidad política de procurarse una nueva Constitución o de modificar su propia voluntad constitucional pasada.<sup>32</sup>

En conclusión, parece que estamos ante tres alternativas posibles en cuanto a la relevancia de los procedimientos preestablecidos por una norma constitucional anterior para poder tomar decisiones constitucionales válidas: 1) o bien, esos procedimientos son exigidos porque de acuerdo con ellos la autoridad constituyente adquiere la facultad de reformar la norma fundamental, o los procedimientos no son excluyentemente relevantes; porque: 2) lo que realmente importa es que medie la voluntad constitucional del pueblo en un momento constitucional (tesis dualista); o 3) lo verdaderamente relevante es que el contenido constitucional refleje los ideales de justicia (tesis fundamentalista de derechos).

La primera alternativa, la que exige obediencia a los procedimientos preestablecidos, es similar a la tesis que exige a la autoridad constituyente *facultad* o *jurisdicción* –en cuanto a la existencia de normas *jurídicas* que otorguen la facultad– para tomar decisiones constitucionales, pero tanto Carrió como Nino ya nos demostraron que esa tesis no se soporta en el caso de las decisiones constitucionales originarias, así como tampoco, en este caso según Nino mas no según Carrió, en el de las derivadas o incluso las tomadas por el poder constituido.

La segunda opción, que hace depender la validez de la norma constitucional de su origen democrático –incluso cuando se circunscriba a cierto tipo de decisión

---

<sup>32</sup> Véase la postura abiertamente ackermaniana de Pablo Ruiz Tagle al indicar el lugar que debe tener la deliberación en un proceso constituyente, *ibidem*, pp. 71-74.

democrática que se tomaría exclusivamente en momentos constitucionales— duda, al menos de un modo importante, de la relevancia de los procedimientos preestablecidos, pues lo relevante será exclusivamente que el pueblo se haya pronunciado constitucionalmente, pudiendo manifestar su voluntad, tal como lo ejemplifica Ackerman en el caso de los momentos constitucionales que él identifica, en la historia de los Estados Unidos, por medio de Asambleas Constituyentes o Parlamentos, aun cuando los procedimientos preestablecidos ordenen la convocatoria a las primeras para expresar la voluntad constitucional.

La tercera opción, que vincula la validez constitucional con el contenido que la Constitución exprese, tampoco dará mayor relevancia a los procedimientos preestablecidos en la medida en que la norma constitucional exprese valores de justicia o ideales sociales.

Las segunda y tercera opciones ofrecen teorías que podrían justificar la validez de normas constitucionales que han sido dictadas tanto en momentos constitucionales fundacionales, así como en momentos constitucionales posteriores, sin seguir los procedimientos preestablecidos, que es lo que sucede con la mayoría de las constituciones de los siglos XVII, XVIII y XIX en Europa y América. Sin embargo, la segunda opción, la que vincula la validez constitucional con los momentos constitucionales, no puede dar cuenta de constituciones que no expresan la voluntad constitucional del pueblo en un momento tan excepcional como es el momento constitucional —y que podría ser el caso de las reformas constitucionales mexicanas, sobre todo en la etapa que va de 1997 a 2012—, aunque es posible que, por su contenido, ellas sean entendidas como válidas.

Si otorgamos a los procedimientos preestablecidos de reforma una importancia excluyente para producir normas constitucionales, no podríamos justificar la obediencia que le debemos a la mayoría de las reformas constitucionales que se realizaron en Argentina que no respetaron esos procedimientos, como el restablecimiento de la Constitución de 1853, hoy vigente, por el gobierno no

democrático en 1957 (recordemos que, además de reestablecer aquella Constitución del siglo XIX la Asamblea Constituyente introdujo cláusulas nuevas, como el artículo 14 bis, estableciendo el derecho de huelga y otros derechos sociales). Si requerimos que la Constitución sea la expresión de la voluntad del pueblo en un momento constitucional, entonces no sería "constitución" la mayoría de las reformas efectuadas en México o Argentina. Sin embargo, la obediencia a estas Constituciones, si aceptamos la debilidad del argumento que asigna una relevancia excluyente a los procedimientos de reforma preestablecidos, parece justificarse en el contenido de esas decisiones.

## 7. Contenido

La tesis ackermaniana o hamiltoniana parecería no admitir límite alguno al ejercicio del poder constituyente, en cuanto al contenido que terminaría configurando a la Constitución. La voluntad constitucional del pueblo, expresada en un momento constitucional, que puede no ser un instante sino un proceso extendido en el tiempo, como sostiene Gerardo Pisarello,<sup>33</sup> no parecería estar constreñida en términos sustantivos. De hecho, como se dijo, el propio Ackerman, en la introducción de su libro *We the People*, sostiene que el pueblo, al decidir el contenido constitucional, no está limitado por los "grandes libros", que ejemplifica con obras como *A Theory of Justice* de John Rawls. Incluso afirma que esto no quiere decir que él mismo no considere que habría un contenido constitucional "correcto", lo que articula en su libro *Social Justice and the Liberal State*, pero que esas ideas son las que él llevaría a una discusión constituyente en el marco de un momento constitucional; aunque si no lograra imponerlas por medio de sus argumentos no implicaría que rechazara la decisión constitucional que tomaran sus conciudadanos por considerarlas inválidas.<sup>34</sup> Encuentro esta tesis de Ackerman equivocada, pues detrás de su tesis sobre el poder constituyente hay

<sup>33</sup> G. Pisarello, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014.

<sup>34</sup> Afirmo esto a partir de conversaciones mantenidas con el jurista mencionado.

una teoría política que justifica la validez de esa decisión en una teoría democrática. El compromiso, que Ackerman supone, que el pueblo tiene con una teoría democrática sobre la validez del derecho constitucional, lo obliga, en aras de la coherencia y para evitar incurrir en una inconsistencia pragmática, a aceptar algunos límites en materia de contenido, como por ejemplo el respeto a las precondiciones y supuestos de esa teoría democrática, acercándolo a ciertas tesis monistas como la de Ely; aunque se diferenciaría de éste al aplicar –o al menos pienso que debería aplicar– esa perspectiva procedimentalista a las decisiones constitucionales, mientras Ely las aplica a las decisiones políticas en el marco de su tesis monista. Además, esta adhesión a una teoría democrática robusta, que hace recordar a la defensa de Nino de la democracia deliberativa,<sup>35</sup> también podría justificar otro límite sustantivo en materia de decisión constitucional, y que estaría dado por la inhibición de avanzar sobre decisiones de política pública propias del ideal de autogobierno. En su crítica a la Constitución chilena de 1989, Peña señala que así como esa norma falla al darle un enorme poder a la minoría en materia de decisión constitucional, también falla al avanzar sobre decisiones que le competen al pueblo en materia de políticas públicas, como por ejemplo políticas educativas o sociales.

Otro acuerdo más o menos extendido en materia de límites al poder constituyente, acuerdo que parece estar enfrentado con aquellas teorías que, como la de Ackerman, asignan un poder prácticamente sin límites al pueblo en un momento constitucional, es el que considera que la decisión constitucional no puede contradecir derechos fundamentales –como Nino sostiene– o derechos entendidos como ideales sociales –como sostiene Fiss–. Por supuesto, estos derechos no son autoevidentes y es necesario articular una teoría que permita conocerlos o construirlos, pero podemos asumir que hay dos caminos para llegar a ellos. Por

---

<sup>35</sup> Cfr. C.S. Nino, *The Constitution...*, *op. cit.*



un lado, el de la teoría democrática que, como dije más arriba, sostiene que el compromiso con el autogobierno del pueblo asume ciertos presupuestos, reglas y procedimientos que podrían ser traducidos en clave o lenguaje de derechos, de lo que sería un ejemplo la igualdad de trato: expresión de una regla básica de la democracia que establece la igual influencia en el proceso de toma de decisiones, expresada, por ejemplo, en la condición de que cada persona tenga uno y sólo un voto. Por otro lado, también podemos llegar a la justificación de esos derechos por el camino de una teoría de la justicia o de una teoría moral. Nino, por ejemplo, entiende que los derechos son en verdad derechos morales. Es posible que estos dos caminos no conduzcan a los mismos derechos, pero la intersección de ambos senderos suele arrojar contenidos generalmente aceptados.

En suma, si tuviera razón Carrió, no es posible reconocer la validez (jurídica) de la primera Constitución o –siguiendo a Nino– tampoco de las siguientes, y tampoco de las leyes decididas por el Congreso, sobre la base del respeto a los procedimientos que suponen facultades que, por definición, no pueden haber sido otorgadas por una norma previa a la decisión constitucional, la cual no existe por definición. Si tuviera razón Ackerman, sólo deberíamos reconocer la existencia o la autoridad de una constitución en aquellos casos en los que esa norma expresa la decisión del pueblo en un momento constitucional, pero casos como el argentino, el chileno o el mexicano, en los que es difícil identificar la decisión constitucional con esos momentos, esa tesis llevaría a considerar inválidas esas decisiones. Si no podemos recurrir a los procedimientos preestablecidos ni a la teoría de los momentos constitucionales, ¿qué es lo que nos permite sostener que debemos obediencia a Constituciones como la de los tres países mencionados? Mi propuesta es que dirijamos nuestra mirada hacia los contenidos y a los procesos, o hacia teorías que nos permitan identificarlos.

## 8. Democracia deliberativa y contenido constitucional

De lo expresado en las secciones precedentes, es posible concluir que la incorporación de ciertos contenidos asociados a valores, tales como la autonomía o la igualdad, justifica la obediencia a la Constitución, pero ello, lejos de solucionar nuestros problemas, nos conduce a un nuevo dilema, esta vez relacionado con la identificación de esos contenidos, así como su alcance, pues ellos no son autoevidentes. La teoría de la democracia deliberativa, que subyace a la tesis ackermaniana de los momentos constitucionales y que defiende Nino, puede ser el modo por medio del que aspiramos a *descubrir* cuáles son esos contenidos o, alternativamente, de *construirlos* en ese proceso.<sup>36</sup>

La tesis que aquí presento no sugiere descansar en los procedimientos para reconocerle validez a la norma constitucional desentendiéndose de los contenidos; ni tampoco, en el otro extremo, establece la existencia de contenidos correctos *a priori* que sean ajenos e independientes de los procesos que permiten identificarlos en toda su extensión. En cambio, el enfoque que aquí se propone, entrelaza su procedimiento y contenido de un modo particular. No creo que los procedimientos, asumiendo incluso que estuvieran justificados en una teoría de la democracia o que hayan sido establecidos mediante la expresión de la voluntad democrática del pueblo por medio de una cláusula constitucional, por sí solos, justifiquen la obediencia a las decisiones constitucionales que se tomasen de acuerdo con ellos. En este sentido, no se propone una tesis positivista ideológica apegada a los procesos establecidos, en parte por las razones que se articularon arriba. Tampoco creo que esos procedimientos no tengan ningún valor al momento de reconocer validez a la norma constitucional. Sin embargo,

---

<sup>36</sup> Sobre la diferencia entre constructivismo epistémico y ontológico, véase C.S. Nino, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 387-400.

se entiende que esos procedimientos o el modo en que se tomaron las decisiones constitucionales en cuestión, podrán ofrecer o no razones para creer que la decisión constitucional, tomada de acuerdo con ellos, merece ser obedecida.

Se ofrece, entonces, una tesis que recurre a los procedimientos para desprender de ellos *presunciones*, a favor o en contra, de la existencia de razones para obedecer la Constitución, lo que dará paso a una teoría del poder constituyente o de los mecanismos justificados para la génesis constitucional. Los contenidos constitucionales *descubiertos o contruidos* por medio de un proceso profundamente deliberativo, similar a lo que Ackerman describe como momento constitucional, gozan de una presunción a favor de su validez, la cual surge a partir de la superioridad epistémica de ese proceso.

Del mismo modo, en espejo, el origen no democrático-deliberativo de una decisión que tiene la pretensión de ser considerada norma constitucional se verá afectada por una presunción de invalidez, justamente por la falta de calidad epistémica de ese proceso de decisión. Se desprende de ello que, así como no debemos concluir que toda decisión tomada por medio de un proceso profundamente deliberativo, siempre debería ser considerada válida; tampoco podemos afirmar concluyentemente que la decisión que se tomó prescindiendo de ese tipo de proceso, debería siempre ser considerada inválida. Justamente, el juego de presunciones que propongo, impone a quienes quieran o deban emitir juicios críticos, sobre decisiones con pretensión de ser consideradas constitucionales, la carga de demostrar, en el primer caso, que la presunción favorable a la decisión podría caer si esa decisión fuera contraria a contenidos moralmente justificados, como la autonomía o la igualdad.

Asimismo, la presunción negativa de un proceso altamente deficitario en materia deliberativa podría ser superada si el contenido de la decisión tomada estuviera moralmente justificado. Las presunciones operarían de la misma manera en aquellos casos en los que, al término de un proceso deliberativo, se establecieran

reglas para la toma de decisiones que atentaran contra el propio proceso deliberativo de toma de decisiones o si un proceso, poco o nada deliberativo, produjera reglas de procedimiento para la toma de decisiones que alentaran y robustecieran la deliberación. Esto quiere decir que una Constitución decidida en un momento constitucional podría no ser válida si su contenido, por ejemplo, fuera contradictorio con valores de justicia (a la Rawls) o a las precondiciones del diálogo moral racional (a la Nino), o a los derechos como ideales sociales (a la Fiss) o con las precondiciones de ese proceso democrático de toma de decisiones y de autogobierno (a la Ely). Por su parte, una Constitución decidida por medio de un proceso altamente deficitario en términos deliberativos no es inválida *a priori*, pero deberá superar la presunción en su contra por medio de un test al que tendrían que someterse sus contenidos.

Es cierto que este tipo de perspectiva, que establece un punto de vista externo a la práctica constitucional para juzgar esa práctica en cuanto al contenido de las decisiones (presuntamente constitucionales) que se tomen, podría conducir a sostener la irrelevancia moral del texto constitucional, pues se podría argüir que si la validez de la Constitución dependiera de su contenido, lo que en realidad consideramos "constitución" serían esos principios morales, y no la decisión constitucional expresada en el texto, o en lo que Nino llamaba *la Constitución histórica*. De esta forma, esa voz crítica podría sostener que aquello que ese autor denominaba Constitución ideal de los derechos, se impondría sobre la Constitución histórica, tornando irrelevante, moralmente hablando, a esta última.<sup>37</sup>

Sin embargo, en defensa de la relevancia moral del texto constitucional, en el marco de la tesis que aquí se defiende, es posible argumentar que éste expresa un acuerdo profundo y extendido de la comunidad política en el proceso de

---

<sup>37</sup> Cfr. Carlos S. Nino, *The Constitution...*, *op. cit.*

búsqueda del contenido moralmente correcto y es en torno a él que gira la práctica constitucional cuando se ha instalado exitosamente. Ese texto o Constitución histórica es el punto de apoyo alrededor del que articulamos como comunidad política nuestra conversación sobre lo que la Constitución dice o debiera decir. La presunción de invalidez sería irremontable, en cambio, si la decisión constitucional estableciera reglas que hicieran imposible la deliberación, por ejemplo, otorgándole poder de veto, prácticamente en cualquier circunstancia, a la minoría (como parece suceder con la Constitución chilena de 1980).

En este sentido, resulta útil recurrir a la tesis de Stephen Holmes, en la que las constituciones deberían ser entendidas como límites positivos a la democracia justificados por ser precompromisos de la comunidad política autogobernada con las reglas que hacen posible el juego democrático, a las que este autor llama *enabling rules* o reglas habilitantes.<sup>38</sup> En otras palabras, una Constitución como la chilena de 1980, dictada por Pinochet en un contexto de persecución política y ejercicio despótico del poder, al presentar una serie de cerrojos que hacen imposible, o casi imposible, la deliberación y la decisión constitucional del pueblo en el futuro, no es una Constitución que ofrezca razones para ser obedecida, al menos en lo que concierne a las reglas que limitan el proceso de reforma.

Por un lado, si tuvieran razón quienes afirman que esa misma Constitución recibió el consentimiento posterior de los chilenos en tiempos democráticos, esa norma fundamental gozaría de una presunción de validez producto de ese consenso alcanzado en democracia; pero ella no sería irrefutable, pues ni siquiera la voluntad de las mayorías podrían precluir el debate democrático en materia constitucional ni contradecir valores moralmente justificados. Por otro lado, esa presunción contra la validez de la norma constitucional podría ser superada si

---

<sup>38</sup> *Cfr.*, S. Holmes, "Precommitment and the Paradox...", *op. cit.*

los contenidos fueran correctos, tanto por ser consistentes con las condiciones de la deliberación política y con una noción liberal de los derechos justificada probablemente en el hecho de ser condición de la misma deliberación democrática.

Comienzo a cerrar este ensayo con una metáfora que no es mía. La Constitución no es un texto: es una práctica social. Constituyentes, Jueces, legisladores, abogados y ciudadanos nos encontramos inmersos en esa práctica que comienza con el texto pero que no se agota en él. Cada decisión que tomamos, respecto de cuál es nuestra Constitución, es una contribución a esa práctica. Esta práctica se asemeja a la construcción de una catedral a lo largo de los siglos, en la que se involucran múltiples generaciones.<sup>39</sup> Cada arquitecto realiza su contribución con una cuota de respeto a lo construido y una cuota de creatividad, pensando, además, en posibles aportes de los arquitectos del futuro cuyo margen de acción estará determinado por las contribuciones pasadas, incluso la nuestra en el presente. Es posible que un determinado arquitecto crea que lo construido no merece subsistir. Que la construcción en su estado actual no puede ser continuada. La tentación por destruir lo hecho por las generaciones pasadas puede incluso ser fuerte, pero aquí es donde surge la responsabilidad de cada constructor (y de cada generación de una democracia constitucional). Si se trata de un Juez interpretando la Constitución en un caso concreto, es claro para mí que su legitimidad para decidir en soledad dinamitar lo construido y comenzar una nueva práctica, por ejemplo, a partir de una nueva interpretación del texto constitucional que no guarda ninguna relación con la práctica, es limitada en extremo. La excepción sería precisamente que la interpretación por ser modificada fue en verdad un desvío de la práctica o que la práctica conspira contra la deliberación democrática o los valores moralmente justificados.

---

<sup>39</sup> Cfr. C.S. Nino, *The Constitution of...*, *op. cit.*

Sin embargo, el pueblo, en un momento constitucional, tiene la libertad de empezar de nuevo. Pero ésa es una decisión que debe estar fundada en razones morales. Esa decisión, que equivaldría a una revolución en términos políticos y constitucionales, o incluso si se tratara de una reforma sin aspiraciones refundacionales, debe tomarse tras la evaluación del costo de terminar con una práctica en curso que se ha instalado exitosamente. Es posible que no haya nada de valioso en la práctica tal como la desarrollamos hasta el presente, en cuyo caso la revolución o el cambio constitucional estarían no sólo justificados, sino que incluso podrían ser requeridos moralmente. El *apartheid* sudafricano no respondía a una práctica constitucional valiosa y ella merecía ser terminada para dar paso a un nuevo comienzo. Pero si la práctica es sólo defectuosa, si los valores que defiende encuentran justificación moral, por ejemplo, en la práctica deliberativa, el costo de empezar una nueva práctica puede ser mayor que el de conservar la vieja y tratar de enderezarla.

Ilustremos una vez más el punto con el caso chileno contemporáneo. Son muchos los buenos juristas y políticos de ese país que sostienen que están irremediablemente atados a los procedimientos impuestos por la Constitución de 1980 para lograr su reforma. En mi caso, sin embargo, creo que hay muchas y buenas razones para desconocer esos límites procedimentales en ese caso nacional. En primer lugar, como se afirmó antes, una práctica constitucional exitosa, en términos *nineanos* o *dworkinianos*, en general, merece continuarse, entre otras razones, si ella contiene *enabling rules* que hagan posible la deliberación. Sin embargo, el veto implícito que la Constitución chilena le concede a la minoría, por la regla de 2/3, para introducir cambios en el texto constitucional, no favorece la deliberación y es una especie de *disabling rule* [regla inhabilitante] que la impide y obstruye. Por otro lado, el origen no democrático de esa Constitución, sumado a la existencia de esas reglas inhabilitantes, impide tener razones "democráticas" para justificar su obediencia, al menos en lo que concierne a las reglas que contiene respecto al procedimiento de enmienda constitucional. Es decir, su origen no es democrático y ello da razones para dudar que existan

razones para obedecerla (podría disiparse la duda si el contenido fuera "correcto", que desde mi punto de vista requiere que refleje valores liberal-igualitarios, es decir, liberal en el sentido político, nineano o rawlsiano del término). Hay algo valioso en la práctica constitucional chilena posterior a la dictadura, pero ello no exige estar atado a las reglas de reforma que impone el texto original de 1980. Entiendo, como Ackerman, que si lo que da validez a la Constitución es que expresa la "voluntad constitucional" del pueblo, entonces esa voluntad no necesita expresarse sólo por medio del Congreso, actuando de acuerdo con el procedimiento impuesto por las reglas de la Constitución de 1980. Incluso en el caso de los Estados Unidos, cuya Constitución reconoce sólo a la Asamblea Constituyente el poder de reformar la Constitución, Ackerman afirma que si el Congreso expresara la voluntad del pueblo en un momento constitucional, entonces una ley sancionada por ese órgano podría considerarse "parte de la Constitución", como sucede con las leyes del *New Deal* y la *Civil Rights Act* de 1964, que Ackerman considera que son parte de la Constitución de su país y que, por ello, no pueden derogarse por una simple mayoría del Congreso como si fuesen leyes comunes. Por otro lado, si hay algo de valioso en la práctica constitucional chilena postdictadura, no es bueno crear el precedente de que una simple mayoría en el Congreso, o una mayoría coyuntural o plebiscitaria, pueda modificar la Constitución, con base en el argumento de que esa mayoría, por el simple hecho de serlo, expresa una voluntad constitucional. Reitero un punto articulado anteriormente respecto de la importancia de distinguir entre *mayorías democráticas* o coyunturales y *mayorías que expresen una voluntad constitucional*. Aquí la diferencia no está en los números –pues, si así fuera, no se distinguirían ambas mayorías y, por ende, no habría razones para que una mayoría actual derogue sencillamente decisiones de mayorías pasadas–, sino en el tipo de voluntad que esas mayorías expresan.

Es imposible imaginar la distinción entre ley y Constitución sin recurrir a una distinción cualitativa entre voluntad legislativa y voluntad constitucional. Si bien admito la dificultad que implica identificar esta distinción en un contexto histórico



o nacional determinados, considero que es clave establecer que existe una distinción fundamental entre la mayoría que expresa su voluntad en un momento constitucional y la mayoría que lo hace en un momento noconstitucional. En este sentido, no se trata sólo de números. No es lo mismo que 60% de la población se exprese política, pero no constitucionalmente, a que una mayoría de igual número se exprese constitucionalmente. La voluntad de esta última mayoría desplaza cualquier voluntad mayoritaria futura y sólo podría ser modificada por la voluntad de otra mayoría futura que exprese una voluntad constitucional. En síntesis, no se trata *sólo* de contar cabezas o manos levantadas, sino que se trata de números y, además, de la profundidad de la deliberación que precede a una decisión de calidad constitucional. En este sentido, y con las prevenciones que siempre es debido tener en cuenta cuando se analizan hechos contemporáneos que se desarrollan mientras uno escribe sobre ellos, creo que el proceso deliberativo que impulsó la presidenta Michele Bachelet en 2015 y que culminaría aparentemente en 2018, parece ir en esta dirección, pues busca que los diferentes pasos que conducirán a una reforma acumulen voluntades en el sentido de su calidad, y no sólo de lograr una mayoría coyuntural en una votación instantánea. Si media un debate profundo en el ámbito de la ciudadanía por un año o más, y luego tiene lugar una elección de representantes para que éstos lleven a cabo una reforma constitucional (en el ámbito del Congreso o en el de una Asamblea Constituyente), ello obligaría a que la campaña electoral previa para la votación de los representantes de la ciudadanía se desarrolle con especial referencia a la reforma. Si a esto se suma un plebiscito bien implementado—en el sentido de que no esté manipulado, que es siempre un riesgo con ese mecanismo participativo— que esté precedido de una profunda deliberación de la propuesta de reforma, ya no se trataría sólo de números, sino de pensar, repensar y volver a repensar colectivamente la decisión que se tomará, lo cual la acerca a una decisión democrática en un momento constitucional (o proceso constitucional, para ser más exacto). Pero es preciso reiterar que ese proceso profundamente deliberativo otorga una presunción de validez a la decisión tomada, mas no es una carta blanca para que cualquier contenido forme parte de la Constitución.

En suma, en términos teóricos y generales, la práctica constitucional exitosa –en términos nineanos– es *en principio* valiosa; pero sólo será realmente valiosa si ella recoge valores moralmente justificados como los de libertad, autonomía e igualdad. Si la práctica es consistente en tanto práctica, pero es contraria a esos valores, hay razones de tipo moral para abandonarla. El origen del texto constitucional es algo diferente. Un origen deficitariamente democrático (como el de la mayoría de las constituciones del siglo XIX o algunas más modernas) hace "presumir" la falta de valor de la práctica, pero si su contenido rescata aquellos valores (como es el caso de algunas constituciones de ese siglo, como la sancionada en Argentina en 1853), entonces la presunción contra la práctica debería ceder.

El problema que se ha planteado en este breve ensayo es todo menos sencillo. Es muy complejo y, por momentos, altamente elusivo. Un tiempo atrás, un gran constitucionalista amigo a quien comenté que me encontraba escribiendo este trabajo sobre cómo opera la génesis constitucional y con quien discutí algunas de mis dudas y angustias suscitadas mientras pensaba en estas ideas, compartió conmigo su parecer al respecto y me dijo: "¡Ah! ¡La génesis de una Constitución y su validez! ¡Ése es realmente un gran misterio!". Espero haber contribuido con algunas humildes propuestas para que deje de serlo.

## Bibliografía

ACKERMAN, Bruce A., *We the People*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

ATRIA, Fernando, *La constitución tramposa*, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2013.

CARRIÓ, Genaro, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, Buenos Aires, Astrea, 1972

CASAR, Ma. Amparo e Ignacio MARVÁN (comps.), *Reformar sin mayorías. La dinámica del cambio constitucional en México: 1997-2012*, México, Taurus, 2014.

CORREA Sutil, Jorge, "Cambio constitucional desde el Congreso Nacional", en Claudio FUENTES y Alfredo JOIGNANT (eds.), *La solución constitucional*, Santiago de Chile, Catalonia, 2015, pp. 113-126.

ELY, John Hart, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

FISS, Owen, *The Dictates of Justice. Essays on Law and Human Rights*, Republic of Letters Publishing BV, Dordrecht, Holanda. [Edición en español: *Los mandatos de la justicia*, trad. Roberto SABA, Marcial Pons, Madrid, 2013].

FUENTES, Claudio y Alfredo JOIGNANT (eds.), *La solución constitucional*, Santiago de Chile, Catalonia, 2015,

GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, Buenos Aires, Ariel, 1996.

HOLMES, Stephen, "Precommitment and the Paradox of Democracy", en Jon ELSTER y Rune SLAGSTAD (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005.

NINO, Carlos Santiago, "El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica", en Eugenio BULYGIN, Martín D. FARRELL, Carlos S. NINO y Eduardo A. RABOSI (comps.), *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983.

NINO, Carlos Santiago, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale, Yale University Press, 1998.

\_\_\_\_\_, *La validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.

\_\_\_\_\_, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.

PISARELLO, Gerardo, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014.

## Hemerografía

"La diferencia", *Página 12*, 25 de agosto de 2012. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-201848-2012-08-25.html> [consultado: 5 de mayo de 2016]

PEÑA, Carlos, "El fin del misterio constitucional", *El Mercurio*, Blogs, 24 de mayo de 2015, disponible en <http://www.elmercurio.com/blogs/2015/05/24/32075/Fin-del-misterio-constitucional.aspx>. [consultado: 9 de mayo de 2016]

LACLAU, Ernesto, "Institucionalismo y populismo", *Tiempo Argentino*, 29 de agosto de 2012, <http://tiempo.infonews.com/nota/91870>. [consultado: 9 de mayo de 2016]

"Mecanismo para asamblea constituyente divide a asesores del comando de Bachelet", *El Mercurio*, 1o. de junio de 2013, p. C6.

*Una nueva Constitución política. Ciclo de discusiones*, agosto-noviembre de 2015, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, disponible en [http://web.derecho.uchile.cl/documentos/unagranconversacion\\_web2015.pdf](http://web.derecho.uchile.cl/documentos/unagranconversacion_web2015.pdf), pp. 71-99 y 295-337.