

CONSTITUCIÓN, DEMOCRACIA Y ASAMBLEAS CONSTITUYENTES: EL FUNDAMENTO DEL CONSTITUCIONALISMO EN LA PRIMACÍA DEL MOMENTO CONSTITUYENTE

Isabel TURÉGANO MANSILLA
Universidad de Castilla-La Mancha (España)

RESUMEN

Algunos de los argumentos que pretenden justificar el constitucionalismo desde la asunción del valor de la democracia atribuyen alguna relevancia normativa al sujeto o al procedimiento de elaboración de la constitución, considerando incompleta o incorrecta la mera apelación a una teoría de la justicia basada en derechos. Aunque los argumentos tienen orígenes heterogéneos es posible reconstruir algunos de los presupuestos que están en su base y que pueden reconducirse a los siguientes: la primacía de la democracia sobre los derechos, conforme a la que éstos cobran su sentido pleno en el principio de soberanía popular; una estrategia dualista para la que no todas las decisiones políticas son cualitativamente iguales y que prima la política constitucional sobre la política legislativa ordinaria; una actitud de desconfianza hacia la representación ordinaria y la exigencia de un procedimiento diferente y más exigente para la creación y la reforma constitucional; y, por último, la neutralidad metaética y la irrelevancia de una teoría ontológicamente objetivista. A partir de estos presupuestos se han empleado principalmente dos tipos de instrumentos argumentativos para dar prioridad a la decisión constituyente y fundar en ella la supremacía de la constitución. Por una parte, se ha considerado que la analogía de las situaciones de debilidad de la voluntad individual con la democracia constitucional justifica la extensión del instrumento del precompromiso para dar cuenta de las restricciones constitucionales como vínculos autoimpuestos. Por otro lado, se ha planteado que un concepto jurídico de poder constituyente sirve para dar prevalencia a las decisiones “populares” adoptadas en una práctica deliberativa amplia frente a las decisiones parlamentarias.

ABSTRACT

In the debate that aims at justifying constitutionalism from the acceptance of the value of democracy some arguments ascribe some normative importance to the body or the procedure that creates a constitution, deeming the mere appeal to a right-based moral theory to be incomplete or incorrect. Even though the arguments have heterogeneous origins, it is possible to reconstruct some of the underlying premises in the following: primacy of democracy over rights, by virtue of which they take on complete meaning in the popular sovereignty principle; a dualistic strategy that does not assign equal quality to every political decision but gives priority to constitutional policies over ordinary legislative policies; a lack of confidence in ordinary representation and the need for a different and more complex procedure for constitutional creation and amendment; and, finally, metaeth-

ics neutrality and irrelevance of an ontologically objectivist theory. From these premises two types of argumentative instruments have been mainly employed to give priority to the constituent decision and to found on it the supremacy of constitution. On the one hand, analogy of weakness of individual will with constitutional democracy is considered to justify the extension of precommitment to constitutional restraints as self-imposed ties. On the other hand, it has been argued that a legal concept of constituent power can be used to give precedence to “popular” decisions adopted in a broad deliberative practice against parliamentary decisions.

1. PLANTEAMIENTO: A LA BÚSQUEDA DE UNA AUTORIDAD CONSTITUYENTE

En el amplio debate que ha suscitado el problema de la justificación del constitucionalismo desde la asunción del valor de la democracia, algunos de los argumentos que se han venido empleando han hecho referencia a la primacía del momento constituyente. Dichos argumentos coinciden en atribuir alguna relevancia normativa al sujeto o al procedimiento de elaboración de la constitución de modo que sirvan como fundamento de su supremacía. A diferencia de quienes consideran que la apelación a una teoría de la justicia como realización de los derechos humanos es una justificación suficiente del constitucionalismo¹, la argumentación a la que quiero referirme aquí considera que la anterior justificación es incompleta o incorrecta.

Conforme a esta argumentación, la determinación de los límites al contenido de las decisiones jurídico-políticas no resuelve la cuestión del procedimiento de incorporación de tales límites al orden jurídico. Como señaló Anna Pintore, “[l]os teóricos del enraizamiento objetivo de los derechos caen con frecuencia en el error de confundir la realidad jurídico-política con su teorización sobre la misma”. El problema de la fundamentación de los derechos no sólo se refiere a las cuestiones de *cómo* fundamentar los derechos y *qué* derechos fundamentar sino también la cuestión de *cómo* insertar en la realidad de las instituciones político-jurídicas los derechos ya fundamentados². En la conocida afirmación de Waldron, una teoría de la justicia y los derechos debe ser complementada con una teoría de la autoridad que determine el procedimiento de adopción de decisiones colectivas³.

Esta exigencia es especialmente relevante cuando sobre lo que se decide es sobre el modelo de organización político-jurídica y sus límites. Corresponde a una

1. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984; GARZÓN VALDÉS, E., *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 644-645; HIERRO, L., “El concepto de justicia y la teoría de los derechos”, en Díaz, E. y Colomer, J. L. (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza, 2002, p. 34.

2. PINTORE, Anna, “Derechos insaciables”, en Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editado por A. de Cabo y G. Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, pp. 244-246.

3. WALDRON, J., “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993, p. 32.

teoría de la autoridad analizar el sujeto y el procedimiento legítimos para decidir acerca de qué es lo que quedará sustraído al poder de decisión de las mayorías. A la especial trascendencia de la decisión constituyente se ha vinculado en ocasiones la especial racionalidad del sujeto o del proceso de su adopción, considerando que de este modo se ofrece un fundamento a la supremacía de la constitución. Los argumentos que se han ofrecido en favor de ese fundamento tienen orígenes heterogéneos y carácter independiente pero es posible reconstruir algunos de los presupuestos que están en su base. Una vez evidenciados éstos, mostraré los dos principales instrumentos conceptuales que se han empleado para fundamentar el constitucionalismo en la racionalidad constituyente: la idea del precompromiso y la posible juridicidad del poder constituyente.

Si bien el examen de tales presupuestos e instrumentos puede proporcionarnos argumentos idóneos para la configuración de un marco adecuado para la deliberación en el momento constituyente, contribuyendo de este modo a la mejora técnica y política de la creación legislativa en esta fase fundamental, creo que deberá concluirse que tales argumentos son insuficientes como fundamento del constitucionalismo e incurrir en los problemas derivados de la atribución de un valor absoluto e independiente a la democracia.

2. PRESUPUESTOS DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO EN LA PRIMACÍA DEL MOMENTO CONSTITUYENTE

2.1. Primacía de la democracia sobre los derechos

La fundamentación autónoma de la supremacía de la constitución en la decisión constituyente sólo puede defenderse si se considera la soberanía popular como principio normativo prioritario en el que los derechos cobran su sentido pleno. La soberanía popular se refiere a la dimensión colectiva de la actuación de los individuos en la que buscan la comunicación con otros individuos para llegar a acuerdos o resolver conflictos. Esta capacidad de autogobierno del cuerpo político alcanza su máxima expresión en la potestad de dotarse *ex novo* de un orden jurídico-constitucional y de perpetuar en el mismo su capacidad perenne de autonormación. Desde esta perspectiva, la autonomía individual no se concibe como un valor intrínseco sino como un medio o instrumento al servicio del autogobierno del pueblo, como el presupuesto para un debate público imparcial y libre. La soberanía popular concebida como valor supremo resulta difícilmente conciliable con el modelo de Estado constitucional de derecho que disuelve toda *suprema potestas*⁴. El modo en que se ha tratado de hacerlos compatibles es

4. FERRAJOLI, L., "La soberanía en el mundo moderno", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prólogo de P. Andrés Ibáñez, trad. de P. Andrés y A. Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 141. Como ya afirmara Benjamín Constant, "cuando se establece que la soberanía popular es ilimitada,

considerando los derechos como condiciones previas necesarias para el ejercicio efectivo del autogobierno⁵.

Conforme a esta tesis, estará justificada la constitucionalización de aquellos derechos que sean condiciones necesarias para la participación libre e igual en la toma de decisiones públicas⁶. En los términos de la tesis de Habermas de la conexión entre “autonomía pública” y “autonomía privada”, los derechos constituyen las condiciones bajo las que ha de institucionalizarse jurídicamente la formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes⁷. Para que sea posible la producción discursiva de normas, los sujetos deben presuponerse recíprocamente como autónomos, reconociéndose derechos⁸. Pero este sistema de derechos no tiene carácter apriorístico, “no es algo que anteceda al legislador constitucional como un derecho natural”⁹. Son los propios ciudadanos, haciendo uso de una autonomía originaria, quienes interpretan el sistema de los derechos para unas circunstancias concretas en el acto constituyente. Los derechos no pueden ser comprendidos de un modo teórico abstracto, sino que se especifican en cada caso en una práctica intersubjetiva de autolegislación que, con los medios del derecho, llevan a cabo sujetos históricos¹⁰. En Habermas, por tanto, los procedimientos institucionalizados no sólo tienen un valor epistémico sino ontológico, puesto que las decisiones

se crea y se introduce caprichosamente en la sociedad humana un grado de poder demasiado grande en sí mismo, y eso es malo, independientemente de quien lo posea... Es la cantidad de poder y no a quienes son sus depositarios a quien hay que acusar” (CONSTANT, B. (1806), *Escritos políticos*, trad. de M. L. Sánchez Mejía, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 9).

5. Como expresa Holmes en su conocido trabajo, las “restricciones” a la democracia son las que hacen posible la propia democracia, constituyendo formas de decisión pública. HOLMES, S., “Precommitment and the Paradox of Democracy”, en J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 195-240.

6. En esta línea están las conocidas propuestas de ELY, J. H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980; y de NINO, C. S., que dota de un contenido sustantivo a la propuesta procedimentalista del primero, vid. “La filosofía del control judicial de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 4, 1989, pp. 86-87; *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 387-400; y *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 203-209.

7. HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, introd. y trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 169. Los derechos, para Habermas, son “condiciones necesarias que no hacen más que *posibilitar* el ejercicio de la autonomía política; y como condiciones posibilitantes, no pueden *restringir* la soberanía del legislador, aun cuando no estén a disposición de éste, es decir, aun cuando éste no pueda disponer de ellos a voluntad. Las condiciones posibilitantes no imponen restricciones a aquello que constituyen” (*ibidem*, p. 194).

8. *Ibidem*, p. 184.

9. *Ibidem*, p. 194.

10. Lo anterior no implica que Habermas adopte una concepción de la constitución como proyecto acabado del sujeto constituyente. “Toda constitución es un proyecto que sólo puede cobrar *consistencia* en el modo de una interpretación constitucional sostenida, impulsada continuamente hacia delante en todos los planos de la producción de normas” (*ibidem*, p. 195). Para Habermas, la empresa constitucional es una empresa falible, necesitada de revisión, que tiende a realizar siempre de nuevo y en circunstancias cambiantes el sistema de los derechos. “Bajo este aspecto de un proceso de

correctas o legítimas *se constituyen* como resultado de las discusiones reales jurídicamente organizadas¹¹.

En virtud de las premisas anteriores, la primacía del momento constituyente deriva de su concepción como *acto* de decisión mediante el que se institucionalizan jurídicamente los procedimientos y se especifican los derechos conforme a los que los ciudadanos puedan ejercer su autogobierno. Se funda así la constitución en un acto de voluntad o de disposición sobre el sistema teórico de los derechos, que se produce en un momento temporal preciso.

Pero el presupuesto del que parte esta fundamentación, la primacía de la soberanía popular y la reconducción a la misma del sentido de los derechos, plantea serias dificultades, relativas tanto a la indeterminación acerca de qué derechos tenemos como a la insuficiencia de su fundamentación. En primer lugar, es una cuestión controvertida determinar cuáles son los derechos que son condiciones indispensables para la validez del proceso democrático. Y ésta es una cuestión moral que no puede reducirse a la cuestión política relativa a quién y cómo establece los derechos como derechos fundamentales y con qué alcance. Y, en segundo lugar, los derechos que pueden ser considerados como precondition de la democracia en su sentido formal o procedimental no agotan los derechos que pueden ser fundados desde una teoría de la justicia. Hay valores independientes de la democracia que pueden servir de justificación a los derechos y que pueden estar en conflicto con aquélla¹².

2.2. Política constitucional versus política legislativa

La primacía de la democracia no da cuenta por sí misma de la prevalencia de algunas decisiones públicas precedentes en el tiempo sobre decisiones colectivas posteriores. Esta preferencia presupone, además, una estrategia dualista conforme a la que no todas las decisiones políticas son cualitativamente iguales y se estiman preferentes las decisiones constituyentes.

continua actividad *constituyente*, pensado a largo plazo, el procedimiento democrático de producción legítima del derecho cobra una fundamental importancia" (*ibidem*, p. 466).

11. Vid. en este sentido, NINO, C. S., *Ética y derechos humanos*, cit., pp. 388-389.

12. Esta tesis ha sido expuesta por autores que han criticado el concepto sustancial de democracia de Luigi Ferrajoli argumentando que oculta con una solución semántica la tensión normativa inherente a la democracia constitucional entre el ideal de autogobierno y el de los derechos. Vid. PINTORE, A., "Derechos insaciables", *cit.*, p. 250; BOVERO, M., "Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta", en Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 237, 240-241; BAYÓN, J. C., "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en Betegón, J., Laporta, F., de Páramo, J. R. y Prieto, L. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 76, 83-4.

Bruce Ackerman ha reconstruido el modelo político que encuentra diseñado en *El Federalista* como un modelo de democracia constitucional dualista¹³. Conforme a este modelo, las decisiones adoptadas por las instituciones ordinarias no expresan la voluntad del pueblo y, en consecuencia, gozan de menor legitimidad y deben restringirse al marco de los principios fundamentales formulados en la vía política superior. Los poderes constituidos se ven obligados a acceder a un nivel superior de legislación que exige la movilización popular si pretenden afectar principios básicos ya formalizados en cuyo marco los individuos desarrollan libremente sus planes de vida.

La interpretación que Ackerman hace del dualismo, sin embargo, resulta insuficiente para justificar la supremacía de la constitución, puesto que, en primer lugar, no distingue con precisión ambas vías de creación legislativa¹⁴ y los ejemplos que proporciona nos hacen pensar más bien que su modelo es más prescriptivo que descriptivo¹⁵. En segundo lugar, no está suficientemente fundada la necesidad de un sistema dual, de dos vías políticas, cuando, como señaló Nino, se podría distinguir todo un continuo con muchos grados diferentes de legitimidad, según el nivel de movilización y de debate¹⁶. La idea que late en la reconstrucción de Ackerman es la de la necesidad de un marco deliberativo amplio para la identifi-

13. La conocida tesis de ACKERMAN, B., se puede encontrar en “Neo-federalism?”, en J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, pp. 153-193 (hay trad. cast. de esta revisión por G. L. Alonso, en B. Ackerman, *La política del diálogo liberal*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 165-215); “Constitutional Politics/Constitutional Law”, *Yale Law Journal*, vol. 99, 1989, p. 453; *We the People. Foundations*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1991; y *We the People. Transformations*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1998. Con C. F. Rosenkrantz, «Tres concepciones de la democracia constitucional», en B. Ackerman et al., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

14. ¿Cuál es el fundamento para sostener que la labor de síntesis que desarrolla la Corte Suprema en la etapa de codificación encuentra su motivación en la preservación de la voluntad popular y no en otros motivos menos republicanos? ¿No es posible explicar algunos de los episodios históricos que relata Ackerman como compromisos políticos movidos por intereses poco imparciales? ¿Cuáles son los instrumentos mediante los que es posible conocer que el pueblo ha llegado a un juicio profundo, amplio y concluyente? ¿Es consciente el pueblo de que se encuentra en un momento decisivo de transformación constitucional? Esta última dificultad es decisiva para la teoría dualista. Como afirma Alonso, sin esa autoconsciencia popular “es difícil reconocer un momento constitucional como un proceso intencional en que los agentes asumen un punto de vista interno respecto del episodio extraordinario al que están dando sentido a través de su accionar colectivo” (ALONSO, G. L., “Introducción” a B. Ackerman, *La política del diálogo liberal*, cit., pp. 21, 24, 25).

15. *Ibidem*, pp. 21, 22, 27. Para la autora, Ackerman hace un tratamiento selectivo de los episodios de política constitucional estadounidense en función de su visión liberal-igualitaria de una sociedad justa.

16. C. S. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, op. cit., p. 690. El propio Ackerman parece consciente de esto al reconocer que es posible separar “grados de gris” (ACKERMAN, B., *We the People: Foundations*, cit., p. 292). En otro lugar, al criticar la posición que denomina niveladora —aquella que estima que la democracia se desarrolla en una única vía en la que el legislador tiene siempre la misma legitimidad en función de haber sido elegido a través de un procedimiento libre y justo— parece atenuar su posición dualista reconociendo que la legitimidad democrática de cada

cación de la voluntad mayoritaria. Pero cabría preguntarse si la imagen que ofrece Ackerman de un pueblo movilizado y de un debate vigoroso y pasional ofrece un marco idóneo para la adopción de decisiones racionales.

Algunas de estas críticas se pueden superar si la vía dualista no se entiende como contraposición entre la política legislativa ordinaria y las decisiones de un pueblo movilizado sino entre aquella y las decisiones de una asamblea constituyente. Se ha considerado que las decisiones que éstas adoptan son cualitativamente diferentes de las decisiones legislativas ordinarias; sólo ellas constituyen, en palabras de Elster, la *politique politisante*¹⁷. Esta relevancia del momento constituyente puede favorecer la adopción de decisiones más racionales bien porque implique que los motivos que inspiran a quienes participan son motivos desinteresados en la búsqueda de la imparcialidad, o bien porque el propio contenido e índole de la tarea que desempeñan favorezca la consecución de acuerdos racionales.

En ocasiones se asume que los redactores de la constitución están exentos de las motivaciones que presiden el comportamiento usual de los políticos. Lejos de las tendencias partidistas, los intereses y aspiraciones que constituyen la lógica de la creación legislativa, se piensa que los constituyentes son sujetos desinteresados y desapasionados movidos por intereses más generales y racionales. Sin embargo, que esto sea así es una cuestión contingente.

Elster considera que los legisladores constituyentes pueden estar afectados por los mismos problemas que tratan de superar mediante el diseño de la constitución: los prejuicios, las pasiones y los intereses. Afirma que no hay ninguna razón para suponer que los legisladores constituyentes están exentos de los prejuicios que comparte la población en general. Pero no sólo en este sentido pueden actuar de modo interesado. El propio contexto en el que han de adoptar sus decisiones los hace más vulnerables a las pasiones. Las constituciones suelen tener su origen en tiempos de turbulencias y crisis en los que “el juicio está empañado por las pasiones del momento”. Por último, el contexto constituyente puede resultar particularmente idóneo para atrincherar decisiones interesadas. Las fuerzas sociales y políticas más relevantes pueden tratar de aprovechar los momentos constituyentes para lograr un reconocimiento difícilmente reformable de intereses partidarios. “Los partidos políticos o agrupaciones que están representados en la asamblea sabrán que su futuro depende en gran medida de los arreglos institucionales específicos que se incorporen en la constitución. Puesto que puede que se dificulte su reforma, tienen un fuerte incentivo en asegurar que sus intereses sean respetados”¹⁸. Como afirmaba Elster en un escrito anterior, “las emociones nos proporcionan

acto legislativo particular depende de la calidad de la participación ciudadana (ACKERMAN, B., “¿Neofederalismo?”, *cit.*, p. 200).

17. ELSTER, J., *Ulises y las sirenas. Estudios sobre la racionalidad e irracionalidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 159.

18. ELSTER, J., *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment and Constraints*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 157-162, 173 (hay trad. al cast. de J. Mundó, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Barcelona, Gedisa, 2000).

un sentido y una dirección para nuestra vida, pero también nos impiden caminar uniformemente en esa dirección”¹⁹. El tiempo del legislador constituyente es un tiempo esencial en la búsqueda de una dirección racional para nuestra vida en común. Que lo sea en cada caso particular o responda a los prejuicios, pasiones o intereses es algo contingente.

En ocasiones, sin embargo, el superior valor de las decisiones constituyentes no se atribuye a los elevados motivos que necesariamente inspiran a quienes las adoptan, sino a la propia tarea que desempeñan y su aptitud para favorecer una más amplia y profunda deliberación. Así Moreso ha considerado que la superioridad de las decisiones de la asamblea constituyente radica en la propia estructura de su contenido. Las decisiones constitucionales versan sobre *conceptos* y no sobre *concepciones* en el sentido dworkiniano. El diseño de una constitución de principios y no de detalle favorece la consecución de acuerdos amplios por encima de nuestros desacuerdos y permite una deliberación franca y abierta sobre sus implicaciones. “Esto puede explicar la razón de que el poder constituyente tenga una mayor presunción de lucidez que el poder legislativo ordinario: decide sobre cuestiones más abstractas, cuestiones en las cuales nuestro grado de confianza es más alto”²⁰.

Pero, además, Moreso considera que la primacía de las decisiones constituyentes obedece a que las asambleas que las adoptan suelen emplear la deliberación en mayor medida para así alcanzar el consenso sobre materias de la cultura política básica²¹. En este caso, el argumento que se emplea para diferenciar las decisiones constituyentes de las legislativas ordinarias es la mayor capacidad deliberativa –y, en consecuencia, la mayor aptitud para llegar a decisiones imparciales– de un órgano extraordinario y no ya el contenido abstracto de su decisión.

19. ELSTER, J., *Nuts and Bolts for the Social Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 70 (hay trad. cast. de Antonio Boncinno bajo el título *Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, Barcelona, Gedisa, 1990).

20. MORESO, J. J., “Derechos y justicia procesal imperfecta”, en Laporta, F. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, cit., p. 395. En un escrito posterior el autor afirmaba que “para producir estabilidad y acuerdo en un mundo social de desacuerdo y pluralismo es necesario, a menudo, dejar en la opacidad el largo recorrido que une nuestras concepciones más abstractas con las soluciones a los casos concretos” (MORESO, J. J., “El encaje de las piezas del derecho”, *Isonomía*, n. 14, abril 2001, p. 186). También Zagrebelsky señala que las asambleas constituyentes deliberan cuando “todas las fuerzas, debido a la inseguridad de sus intereses particulares inmediatos, se ven inducidas a obrar sobre la base de consideraciones de orden general”. En ellas, las voluntades de los sujetos políticos se coordinan para dictar principios que, estando por encima de los intereses particulares, permitan la convivencia de todos. Por ello, los principios de las constituciones pluralistas tienen una formulación universalista y abstracta (ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 115, 12-14).

21. MORESO, J. J., “Derechos y justicia procesal imperfecta”, cit., p. 396. El autor toma la distinción entre la cultura política básica, cuya modificación ha de exigir algún tipo de procedimiento especial o reforzado, y las disposiciones más detalladas y contingentes de RAZ, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986, pp. 257-260.

En este sentido, un tercer criterio que se puede emplear para sostener la mayor aptitud del proceso constituyente para producir decisiones racionales es la posibilidad de diseñar un marco normativo idóneo para la deliberación racional en los relevantes momentos en que se elaboran las normas constitucionales. La especial naturaleza de la tarea que corresponde a las asambleas constituyentes exige de modo esencial normas que garanticen el diálogo imparcial. Un marco normativo adecuado puede favorecer la adopción de resultados racionales con independencia de los motivos reales de los participantes. A menos que el sistema de elección de los representantes en la asamblea constituyente y el procedimiento de decisión se conformen a algunas precondiciones, no se puede afirmar que las decisiones constitucionales tienen mayor calidad deliberativa.

Esta parece ser la tesis que subyace a la afirmación de Elster acerca de que el proceso de producción constitucional demanda la creación de un marco deliberativo²². El autor ofrece una propuesta normativa acerca del diseño de producción constitucional que crea condiciones óptimas para la deliberación imparcial: para reducir el alcance del interés de los redactores en el texto, las constituciones deben ser elaboradas por una asamblea convocada al efecto y ratificadas por un cuerpo distinto del poder legislativo ordinario; el proceso debería contar con debates secretos en comisiones y discusiones públicas, salvando así los peligros del secreto total y de la plena publicidad que favorece la retórica vacía; las elecciones de los miembros de la asamblea deberían utilizar el sistema proporcional más que el de la mayoría, para favorecer la representatividad; se debe evitar que las fuerzas armadas constituyan una amenaza implícita; la constitución debería ser ratificada por referéndum; y la imparcialidad debe ser favorecida por un periodo de *vacatio legis* prolongado. El diseño que formula Elster no pretende ser el que con mayor probabilidad produzca una constitución ideal conforme a principios normativos independientes, sino simplemente el que con mayor probabilidad cree las condiciones óptimas para la deliberación. Es decir, no es un modelo de «justicia procesal perfecta» sino de «justicia procesal pura»²³.

La idea de un marco normativo para la deliberación en el contexto constituyente presupone un modelo deliberativo de democracia y una confianza en las posibilidades de este modelo para alcanzar un consenso imparcial generalmente aceptable. Por ello, esta idea resulta problemática tanto desde el punto de vista de quienes dudan que el ejercicio de la razón dialógica pueda producir un consenso tal, como para quienes duden de que las especiales circunstancias en que son elaboradas las normas constitucionales puedan favorecer ese diseño. Sin embargo, creo que la tesis de un marco normativo como precondición para la adopción de decisiones constituyentes *legítimas*, aunque irrealizable en circunstancias históricas turbulentas y cambios revolucionarios de régimen, sugiere adecuadamente que la

22. ELSTER, J., “La deliberación y los procesos de creación constitucional”, en Elster, J. (comp.), *La democracia deliberativa*, trad. de J. M.^a Lebrón, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 139.

23. *Ibidem*, p. 153.

primacía que deba atribuirse a las decisiones constitucionales no puede derivar del puro acto de su adopción sino de su adecuación a ciertos principios sustantivos que son independientes de cualquier poder de decisión.

2.3. Procedimiento diferenciado para la creación y la reforma constitucional

En general, las tesis que invocan las decisiones de las asambleas constituyentes para fundamentar la primacía de la constitución parten de una actitud de desconfianza hacia la representación ordinaria²⁴. La idea general de necesidad de garantías frente al ejercicio arbitrario del poder se ve en estas tesis apoyada por la creencia en la tendencia partitocrática de la democracia representativa y su actuación autointeresada basada en presiones financieras y electorales. Pero, al mismo tiempo y a diferencia de Ackerman, las tesis relativas a las asambleas constituyentes desconfían también de la posibilidad de una ciudadanía activa, con notables intereses públicos.

A partir de estas ideas, la decisión acerca de las cuestiones constitucionales no puede dejarse a las instituciones mayoritarias que, con sus tendencias partidistas y autointeresadas, no resultan idóneas para definir el contenido y alcance de los derechos fundamentales. Pero, al mismo tiempo, tampoco se considera que deba ser una decisión desinstitucionalizada que apele al pueblo de modo informal. Por ello, las propuestas van en la línea de diseñar el procedimiento institucional idóneo para adoptar decisiones constitucionales, introduciendo en ellos exigencias adicionales al principio mayoritario que rige la política legislativa. Y estas exigencias no sólo se refieren a las asambleas constituyentes originarias, en las que las propuestas normativas son más difícilmente realizables²⁵, sino también a los procedimientos de reforma constitucional formalmente constituidos. Así, a los argumentos lógico-conceptuales en favor de la vinculación entre supremacía de la constitución y rigidez²⁶ se añaden argumentos de naturaleza histórico-política relativos a la necesidad de limitar, no ya sólo sustancialmente sino *formalmente*, la voluntad mayoritaria.

24. Ackerman concibe la representación en un sentido “semiótico” conforme al que la institución no capta la realidad de la soberanía popular sino que sólo simboliza aquello que representa; los representantes aparece como agentes o sustitutos que hablan en lugar del pueblo (ACKERMAN, B., “¿Neofederalismo?”, en *La política del diálogo liberal*, cit., p. 180. Vid. también *We the People: Foundations*, cit., pp. 259-261).

25. ELSTER, J., *Ulysses Unbound*, cit., p. 101.

26. En los últimos años se han aportado en nuestro país contribuciones interesantes al problema de las relaciones entre la supremacía y la rigidez constitucionales. Vid. PRIETO, L., “Constitución y democracia”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 150-154; BAYÓN, J. C., “Democracia y derechos”, cit., pp. 132-136; RUIZ MIGUEL, A., “Constitucionalismo y democracia”, *Isonomía*, 21, 2004, pp. 58-63. Conceptualmente, considero que la tesis de Bayón acerca de que la rigidez es condición necesaria de la supremacía de la constitución en el sentido de jerarquía formal o positiva es inobjetable.

La regulación de un procedimiento más complejo de reforma constitucional puede conculcar en ciertos casos la priorización del principio democrático que he señalado como primer presupuesto, puesto que algunos de los mecanismos que se pueden emplear para reforzar el procedimiento tienen carácter contramayoritario. Sin embargo, la propia regulación de la revisión constitucional garantiza la posibilidad de debatir en el seno de las instituciones políticas las cuestiones constitucionales, creando las condiciones para que los cambios en el consenso político no supongan en todo caso rupturas informales del orden político-jurídico vigente. Como señaló Víctor Ferreres, la rigidez implica dificultad para reformar pero implica también “reformabilidad”. La principal razón que este autor aporta en favor de la rigidez consiste en su legitimidad como respuesta de los órganos políticos al control judicial de la legislación²⁷.

Las exigencias formales adicionales que pueden ser requeridas para la reforma constitucional son de diversos tipos y afectan de modos diversos al principio democrático que está en la base de la primacía de la decisión constituyente²⁸. Algunos de estos instrumentos impiden de modo irreversible a la mayoría decidir libremente. Este es el caso no sólo cuando existen materias intangibles o cuando se permite el veto de un órgano no representativo sino también cuando se incorpora la exigencia de mayorías cualificadas que, lejos del ideal de igual participación, valora desigualmente los votos de cada individuo y otorga un poder de veto a las minorías.

La convocatoria periódica de convenciones constitucionales es un instrumento mediante el que se trata de superar la objeción común al constitucionalismo relativa a que las restricciones que impone no vinculan a la propia mayoría que las aprueba sino a mayorías futuras, afectando de este modo tanto a la idea de que la democracia implica la posibilidad de que la voluntad popular se exprese de modo indefinido como a la idea de pluralismo político y de posibilidad de cambio de la voluntad política. Si bien este tipo de cláusulas es conforme con las ideas que priman el valor de la democracia, como señala Laporta, la separación orgánica del sujeto encargado de la reforma constitucional cuando supone la creación de un nuevo órgano legislativo distinto del ordinario puede suponer una redundancia institucional²⁹.

Por último, no puede existir ninguna objeción democrática respecto de aquellos instrumentos que están encaminados a intensificar la deliberación (cláusulas de enfriamiento) o a legitimar al órgano decisor (mediante la convocatoria de elecciones para una nueva asamblea o mediante referéndum), ni, por supuesto, cuando

27. FERRERES COMELLA, V., “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, 23, 2000, pp. 40-42. “...[E]n última instancia, la comunidad política debe poder expresar, tras deliberar, cuál es su juicio con respecto a una determinada cuestión controvertida” (*ibidem*, p. 40).

28. ELSTER, J., *Ulysses Unbound*, cit., pp. 101-104; FERRERES, V., “Una defensa de la rigidez constitucional”, cit., pp. 30-33; LAPORTA, F., “El ámbito de la constitución”, cit., pp. 465-469; BAYÓN, J. C., “Democracia y derechos”, cit., pp. 70-71.

29. LAPORTA, F., “El ámbito de la constitución”, cit., p. 468.

el propio cuerpo legislativo adopta expresamente una ley de reforma. En estos casos, la regulación de un procedimiento más complejo sólo tiene como finalidad fomentar una mayor deliberación, autenticar o corroborar la voluntad mayoritaria o asumir una obligación de motivación, transparencia y generalidad³⁰, es decir, estarían en la dirección de favorecer un marco normativo idóneo para la adopción de decisiones constitucionales legítimas, partiendo del propio presupuesto de la primacía del valor intrínseco a la participación política. Este tipo de argumentación, sin embargo, vuelve a plantear algunas dudas. Del mismo modo que las propuestas de procedimientos democráticos, pero más complejos, de producción de normas constitucionales parten de la toma de conciencia de la distancia que separa el ideal de autodeterminación colectiva de la vida parlamentaria efectiva, no puede pretenderse que esa mayor exigibilidad de límites formales a las decisiones constituyentes garanticen sin más decisiones que encarnen la voluntad de la soberanía popular³¹. Y, en todo caso, quedaría sin resolver, la cuestión de si deberían diseñarse exigencias formales contramayoritarias para dificultar o impedir la reforma constitucional de aquellos principios independientes del autogobierno que pueden servir de justificación a los derechos.

2.4. Irrelevancia de la objetividad moral

Por último, cabe preguntarse si el otorgar alguna relevancia a la decisión constituyente para fundamentar la supremacía de la constitución conlleva la renuncia a una teoría metaética ontológicamente objetivista. En principio podría pensarse que si se considera que *existen* derechos, bien como entidades naturales o bien derivados de normas morales fundadas, no puede hacerse depender su validez de una decisión democrática contingente. Más bien ésta habrá de ser valorada en función de que respete y haga valer aquellos derechos, de tal modo que la decisión de constitucionalizar los derechos no se justifica por considerarse que es una expresión de autogobierno adoptada en un contexto más racional sino porque se considere que el diseño que adopta favorece en mayor medida la realización efectiva de los derechos.

Sin embargo, se puede pensar que no es necesariamente así y que es posible justificar la relevancia de las decisiones democráticas sobre los derechos con independencia de la teoría metaética que se sustente. Waldron habla de la “irrelevancia

30. LAPORTA, F., “El ámbito de la constitución”, *cit.*, pp. 468-469; BAYÓN, J. C., “Democracia y derechos”, *cit.*, pp. 70-71; PRIETO, L., “Constitución y democracia”, *cit.*, p. 151.

31. Prieto señala que “ni es cierto que en la Constitución cristalice de verdad el poder constituyente del pueblo, si es que por tal entendemos, como habitualmente se hace, ese acto de autodeterminación en que un colectivo toma conciencia de sí mismo y asume las riendas de su destino; ni es cierto tampoco que los gobiernos o las mayorías parlamentarias sean sin más equivalentes a la soberanía de ese pueblo a quien se quiere reconocer como inagotable fuente de Derecho” (PRIETO, L., “Constitución y democracia”, *cit.*, p. 146).

de la objetividad moral” debido al hecho innegable del desacuerdo moral, puesto que incluso aquellos que creen en la idea de una verdad moral objetiva no logran ponerse de acuerdo acerca de cómo acceder a ella³². Y en tales circunstancias lo que viene exigido es una solución epistemológica, el diseño de un método o procedimiento para adoptar decisiones sobre aquellas cuestiones prácticas que tratan de resolver las distintas teorías sobre la justicia³³. Esta solución no supone, afirma Waldron, una concesión al subjetivismo moral, el convencionalismo o el relativismo. Si se reconoce la existencia de amplios desacuerdos morales se debe comprender que asumir una determinada teoría sobre el modo de adoptar decisiones políticas puede implicar aceptar que prevalezca una decisión injusta. “ ‘Elige la decisión correcta’ no es una regla útil para la acción ante el desacuerdo. El rechazo de esa regla no debe verse como un alejamiento del realismo moral hacia alguna metaética más relativista. Es simplemente una respuesta a lo que debe ser para un realista el hecho triste de que la gente discuerda implacablemente acerca de cuál es la respuesta objetivamente correcta”³⁴.

Moreso estima, no obstante, que la defensa de una teoría de los derechos, con independencia de su base metaética, es una justificación suficiente del constitucionalismo. Si bien puede fundarse en tesis distintas de un compromiso ontológico fuerte, aceptar una teoría de la justicia que reconozca derechos y, como tal, un criterio de justicia independiente del procedimiento democrático, debe exigir en el ámbito político aquel diseño institucional que en mayor medida asegure resultados conformes con los principios de justicia. Frente a la argumentación de Waldron, considera que la protección constitucional de los derechos es a menudo un elemento necesario para tal fin, puesto que el desacuerdo al que se refiere este autor puede ser en gran medida evitado si los derechos son establecidos de forma genérica³⁵. Sin embargo, Moreso no parece apartarse de la idea de Waldron de que la constitucionalización de los derechos se fundamenta en que es el resultado de un proceso de decisión, no ya por ser expresión del autogobierno sobre cuestiones controvertidas sino por tratarse de una decisión sobre cuestiones genéricas que permiten en mayor grado el acuerdo. Y en ambos casos finalmente la creación de la constitución no se fundamenta en su idoneidad para hacer efectivos los derechos justificados de modo independiente de la decisión.

32. WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 176-181 (hay trad. al castellano de J. L. Martí, *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005).

33. WALDRON, J., “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *cit.*, p. 32.

34. *Ibidem*, p. 34.

35. MORESO, J. J., “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *cit.*, p. 394.

3. INSTRUMENTOS CONCEPTUALES

3.1. Precompromiso y decisión colectiva

Algunos autores han mostrado la analogía de las situaciones de debilidad de la voluntad individual a las que es aplicable el instrumento de racionalidad imperfecta conocido como precompromiso³⁶ con las decisiones constituyentes mediante las que la comunidad política desea protegerse frente a futuras decisiones irracionales que frustren sus principios básicos. A partir de esta analogía, se ha considerado que el instrumento del precompromiso sirve adecuadamente para dar cuenta del sentido de las restricciones constitucionales a las decisiones legislativas mayoritarias. Y ha sido esta argumentación la que se ha empleado mayoritariamente para fundar el carácter de norma suprema de la constitución en la primacía del momento constituyente, puesto que permite explicar las restricciones constitucionales como vínculos autoimpuestos y, por tanto, democráticos³⁷.

El precompromiso se ha empleado como modelo explicativo para estas restricciones de modos distintos, según que la constitución se conciba como mecanismo adecuado para constituir y organizar las instituciones de toma de decisiones públicas o como diseño institucional que favorece la implementación de derechos básicos justificados al margen y con independencia del proceso democrático. En el primer caso, los individuos se autoimponen las condiciones posibilitadoras del debate público, con el fin de ser capaces de actuar colectivamente; en el segundo caso, el compromiso previo pretende afianzar la toma de decisiones públicas conformes con determinados principios normativos fundamentales. Como indica Waldron, en realidad sólo éste último es propiamente un precompromiso, pues trata de hacer posible una decisión futura *racional*³⁸.

Algunas de las razones que se han aportado para el precompromiso, es decir, para que los órganos públicos de decisión asuman constricciones en su capacidad de decidir, se orientan a satisfacer el primero de los tipos del precompromiso, aquel que intenta limitar la revisión constante de las reglas constitutivas, aunque no sólo entendidas éstas en un sentido procedimental estricto. Es el caso de los argumentos relativos a la eficiencia y la estabilidad a los que alude Elster³⁹: la planificación individual y política será más eficiente en un marco estable garantizado por un procedimiento rígido de reforma constitucional y válido, por tanto, para un horizonte temporal amplio. Esta argumentación es independiente

36. Son de sobra conocidos los trabajos de SCHELLING, Th., "Ethics, Law and the Exercise of Self-Command", en McMurrin, S. (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, vol. IV, Salt Lake City-Cambridge, University of Utah Press-Cambridge University Press, 1983, pp. 43-79; y ELSTER, J., *Ulises y las sirenas*, cit.

37. Vid. la argumentación de FREEMAN, S., "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review", *Law and Philosophy*, 9, 1990, pp. 327-370.

38. WALDRON, J., *Law and Disagreement*, cit., pp. 275-277.

39. ELSTER, J., *Ulysses Unbound*, cit., pp. 154-156.

de la fundamentación última del contenido de las normas constitucionales. Un tipo semejante de argumentación es la que emplea Moreso cuando se refiere al precompromiso como mecanismo de evitación⁴⁰, o las normas a las que se refiere Laporta que sirven para resolver problemas de acción colectiva y aseguran la eficiencia en determinadas interacciones⁴¹.

En otros casos, el compromiso previo no se concibe sólo en relación con un procedimiento o un marco estable cualquiera sino con aquellas condiciones que favorezcan la adopción de decisiones racionales. Juan Ramón de Páramo recurre al mecanismo del precompromiso para mostrar que la argumentación imparcial en el ámbito político legislativo se ve reforzada o implementada cuando se somete a normas. El compromiso con argumentos de imparcialidad, aun basado en razones estratégicas, produce en general consecuencias beneficiosas en el procedimiento democrático, en cuanto que favorece la confianza y la deliberación y ayuda a la consecución de acuerdos⁴². Moreso, como ya he señalado, considera que la democracia dualista, que incorpora el mecanismo del precompromiso, aumenta la probabilidad de que las decisiones colectivas no se vean afectadas por la debilidad de las voluntades concurrentes. Eso es así cuando se constitucionalizan los derechos formulados en forma de principios genéricos y, de este modo, se excluyen opciones de la decisión colectiva⁴³.

Sin embargo, el empleo del mecanismo del precompromiso para dar cuenta de un modelo dualista de democracia no ha dejado de resultar una idea controvertida. Dejando a un lado la cuestión de que en algunos casos se habla de una “metáfora” y en otros de una “analogía”, el propio Elster ha reconocido que la extensión de este instrumento de racionalidad individual al comportamiento de las colectividades puede resultar engañosa⁴⁴. De su crítica a la idea del precompromiso aplicada al constitucionalismo y de la crítica realizada por Jeremy Waldron se pueden extraer fundamentalmente los siguientes argumentos:

El mecanismo del precompromiso se basa, primero, en la idea de que el individuo se encuentra de algún modo dividido entre una parte de sí que quiere protegerse frente a otras partes menos racionales. “Aunque el individuo no es unitario, hay una parte que está al cargo y que se puede comprometer en un proyecto de largo

40. Moreso se refiere al empleo de las normas constitucionales para apartar de la política ordinaria cuestiones indiferentes para los intereses de los ciudadanos que extenderían indebidamente la deliberación y podrían generar conflictos estériles (MORESO, J. J., “Sobre el alcance del precompromiso”, *Discusiones*, 1, 2000, pp. 99-100).

41. LAPORTA, F., “El ámbito de la constitución”, *cit.*, pp. 471-473.

42. PÁRAMO, J. R. de, “Democracia, preferencias y negociación”, *Revista de Ciencias Sociales*, Chile, Universidad de Valparaíso, 45, 2000, pp. 675-689 y “Compromisos, grilletes de arena y nudos corredizos”, en Zapatero, V. (ed.), *Horizontes de la Filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2002, tomo 1, pp. 451-452.

43. MORESO, J. J., *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 165-167; y “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *cit.*

44. ELSTER, J., *Ulysses Unbound*, *cit.*, p. 92.

alcance para restringir las tendencias miopes e impulsivas de las otras partes”⁴⁵. Sin embargo, las razones por las que las sociedades no son unitarias son muy diferentes y ninguna parte aislada de la misma puede legítimamente representar el interés general. Por ello, las constituciones no se pueden concebir en la mayoría de los casos como actos autovinculantes sino más bien como vínculos impuestos *a otros*. Salvo que el precompromiso se conciba como expresión de la voluntad popular y fruto de una decisión unánime, debe verse como imposición de una decisión mayoritaria a las minorías y a las mayorías futuras⁴⁶.

En segundo lugar, el precompromiso consiste en la remisión a una estructura externa al control del propio individuo encargada de limitar su previsible actuación irracional futura. En el caso de las decisiones colectivas esto sólo es posible si las disposiciones constitucionales no se consideran producto de la soberanía popular —que no puede depositar en una estructura externa el control, puesto que no hay nada externo a la propia sociedad— sino de los órganos políticos de decisión. La dificultad, en este caso, según Waldron, es que los mecanismos usuales de control externo no son, como preveía Elster, de carácter causal sino que implican un juicio valorativo que va más allá de las intenciones del agente que pretende autoobligarse⁴⁷.

En tercer lugar, también resulta controvertida la idea central de la mayor racionalidad del momento constituyente. En las democracias constitucionales estamos ante una sociedad cuyos miembros discuerdan, en principio y en detalle, incluso en sus momentos lúcidos, acerca de los derechos que tienen, cómo se deben concebir y qué peso se les ha de dar en relación con otros valores. Y tales desacuerdos no se pueden concebir como debilidades de la voluntad. Un precompromiso constitucional en tales circunstancias no supone pues un mecanismo para asegurar la racionalidad sino el dominio de unas concepciones morales sobre otras⁴⁸.

El hecho del desacuerdo, además, plantea otra dificultad a la aplicación del precompromiso a las decisiones colectivas. Las decisiones que pretenden ser evitadas mediante el precompromiso pueden ser apoyadas en el futuro por una mayoría, no por su menor lucidez o su irracionalidad sino por circunstancias tales como la diversidad de opiniones y el desacuerdo razonable en cuestiones de justicia y la dinámica de la deliberación formal e informal a lo largo del tiempo. El cambio en las decisiones colectivas, puede ser sin más un cambio en el estado de opinión. Lejos de la constancia y unanimidad que sugiere la imagen de Ulises, las decisiones públicas son adoptadas en un marco de pluralismo político, desacuerdo razonable y deliberación dinámica que implica cambios en la opinión pública⁴⁹. Waldron reconoce que la idea del precompromiso como garantía del debate político abierto e

45. *Ibidem*, p. 168.

46. *Ibidem*, pp. 92-94, 167-170. WALDRON, J., *Law and Disagreement*, cit., pp. 272-275.

47. ELSTER, J., *Ulysses Unbound*, cit., pp. 94-96; WALDRON, J., *Law and Disagreement*, cit., pp. 260-266.

48. WALDRON, J., *Law and Disagreement*, cit., p. 266-270.

49. *Ibidem*, pp. 270-275.

imparcial es un argumento interesante pero su vinculatoriedad dependería, primero, de la unanimidad y constancia en la concepción de un marco deliberativo ideal y, en segundo lugar, de la creencia en que cualquier reforma de las constricciones iniciales implicaría una reducción en la garantía de las libertades⁵⁰.

La idea del precompromiso, por tanto, puede tener sentido si los individuos comparten un cierto sentido de pertenencia y participación en una acción colectiva común y ésta tiene cierta constancia (por ejemplo, si se prevé que el equilibrio político existente en la asamblea constituyente se prolongará en las legislaturas ordinarias o se espera que los futuros agentes políticos compartan la misma cultura política); y, en todo caso, si se rechaza no ya sólo la tesis del desacuerdo radical sino también la tesis de la indeterminación radical y se asume que puede existir consenso acerca de lo que de modo genérico ciertos derechos pueden exigir. Pero, en este caso lo que justifica la supremacía constitucional no es sólo que sea autoimpuesta democráticamente sino su valor como diseño instrumental para la realización efectiva de los derechos básicos. Es decir, que, frente a la tesis de la primacía del momento constituyente, el fundamento de la supremacía constitucional no reside en la prioridad absoluta del valor de la democracia sino en las razones sustantivas en que tanto éste como los derechos descansan. Como señala Bayón, el sentido del constitucionalismo no es la limitación de la regla de la mayoría mediante decisiones colectivas adoptadas por procedimientos suplementarios —igualmente falibles pero carentes además del intrínseco valor moral de aquélla— sino la imposición de límites *sustantivos* a la regla de la mayoría⁵¹.

3.2. *La juridicidad del poder constituyente*

Otro de los instrumentos que se han empleado para la defensa del valor primario de la democracia y su incardinación en un orden constitucional es el planteamiento de un concepto jurídico de poder constituyente. Conforme al mismo, la democracia constitucional no es un sistema estático sino orientado al cambio y la reforma mediante procedimientos que garantizan la deliberación y la crítica. El concepto de poder constituyente deja de emplearse como concepto analítico que designa solamente un presupuesto teórico necesario para dar cuenta de la supremacía de la constitución y se introduce en el marco jurídico-político como posibilidad constante de replantear el pacto constitucional.

Dejando al margen un concepto genérico de poder constituyente como poder originario que, en el sentido schmittiano, indica una posibilidad futura absoluta y

50. *Ibidem*, pp. 278-281. Según Waldron, ninguna de estas condiciones están presentes en el caso de los Estados Unidos y del Reino Unido. En ambos existen tradiciones fuertemente establecidas de las libertades políticas y en ambos existen vigorosos debates acerca de las cuestiones de estructura y procedimiento políticos.

51. BAYÓN, J. C., “Derechos, democracia y constitución”, en Laporta, F. (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, cit., p. 415.

siempre abierta⁵², la noción de poder constituyente se ha empleado usualmente en el constitucionalismo moderno como concepto analítico o presupuesto teóricamente necesario para afirmar la limitación del poder político y la supremacía de los derechos; y, como tal, referido no sólo ni principalmente a una voluntad política indefinida sino a la garantía de esos derechos⁵³. En este sentido hace referencia a una situación ya concluida, resuelta de modo definitivo en los poderes constituidos que ocupan por completo el espacio jurídico. El poder constituyente no es posibilidad absoluta de crear en todo momento una organización político-jurídica sino instrumento de realización de un modelo concreto de legitimación política que es independiente del poder que lo instituye, es decir, no es un poder absoluto sino orientado por un objetivo o función predeterminada⁵⁴. De este modo, como señaló Dogliani, el concepto hace referencia a un espacio que no debe ser llenado por la voluntad política contingente, a un vacío o ausencia de poder político que no puede ser ocupado por ninguna facción política⁵⁵. Se habla, por ello, del necesario agotamiento del poder constituyente en el Estado constitucional. Una vez que los valores y principios fundamentales abandonan la esfera de la trascendencia y se incorporan a las constituciones, se agota el espacio del poder constituyente⁵⁶.

A partir de estas premisas garantistas, la afirmación de la continuidad del poder constituyente en el orden jurídico bajo la forma de un poder ilimitado de revisión tiene una indudable connotación negativa, al considerarse que si los derechos ya han sido constitucionalizados es sólo al poder de revisión al que corresponde su extensión y perfeccionamiento y cualquier otra actuación sobre los mismos implica

52. SCHMITT, C., *Teoría de la constitución*, trad. de F. Ayala, Madrid, Alianza, 1982, p. 95. Me remito al conocido escrito de Carrió acerca del empleo excesivo del lenguaje alegórico en relación con el concepto de poder constituyente en CARRIÓ, G. R., "Sobre los límites del lenguaje normativo", en *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 4ª ed., 1990, p. 247.

53. En otro lugar he analizado con más detenimiento la ambigüedad del concepto de poder constituyente y su naturaleza dual, al mismo tiempo voluntarista y garantista. Vid. TURÉGANO, I., "Constitución y democracia: algunas reflexiones sobre el concepto de poder constituyente", en Di-ciotti, E. y Velluzzi, V. (eds.), *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 81-105.

54. Es ésta la paradoja de la teoría del poder constituyente, poder "por esencia soberano, y a quien se va a privar de la soberanía" (PÉREZ SERRANO, N., "El poder constituyente", en *Escritos de derecho político*, I, Madrid, Instituto de Administración Local, 1984, p. 281).

55. DOGLIANI, M., "Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione", en Zagrebelsky, G., Portinaro, P. P. y Luther, J. (eds.), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, pp. 270-277.

56. Según Luciani, el constitucionalismo actual es incompatible con un poder constituyente siempre disponible y en perenne actividad. La potencia fundacional que expresa una *voluntas* se objetiva necesariamente en un orden jurídico que la trasciende (LUCIANI, M., "Quattodici argomenti contro l'invocazione del potere costituente", en *Democrazia e diritto*, vol. 3-4, 1995, p. 99; del mismo autor, "L'antisovrano e la crisi delle costituzioni", *Revista de Diritto Costituzionale*, vol. 1, 1996, pp. 147-153. En nuestro país esta tesis fue defendida por VEGA, P. de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985).

necesariamente su negación o restricción⁵⁷. Es decir, se asume –como señalaba Waldron como segunda condición para un hipotético precompromiso válido– la creencia en que cualquier reforma de las constricciones iniciales implicaría una reducción en la garantía de las libertades.

Y es esta tesis la que se ha considerado discutible si al valor de los derechos se añade el valor intrínseco de la democracia, no sólo por el carácter problemático de la noción de la *extensión* de un derecho⁵⁸ sino por el problema ya señalado de la falta de acuerdo acerca de qué derechos tenemos y con qué alcance, y la necesidad de decisiones al respecto. Puesto que el modo en que los derechos se incorporan a la constitución es mediante un acto de voluntad contingente, la posibilidad de su revisión se convierte en una necesidad ineludible para permitir decisiones posteriores que cambien aquélla.

En este sentido, se ha ofrecido un concepto de poder constituyente como factor de dinamismo constitucional que actúa dentro del marco jurídico de la constitución. Como señaló Hermann Heller, es soberano el poder constituyente que crea el derecho y que, por tanto, es capaz de decidir y ello sólo lo puede ser la organización estatal como tal, es decir, como orden normativo. Al mismo tiempo, el elemento normativo es también necesario para dotar al pueblo de autoridad⁵⁹. El poder constituyente aparece como un elemento endógeno o inmanente a la construcción normativa que tiende a la legitimación del orden jurídico. Una constitución democrática ha de expresar los principios que hagan valer la aspiración legítima de un pueblo de gobernarse a sí mismo. Como señala Rawls, al ratificar una constitución democrática que instituya derechos básicos, los ciudadanos fijan elementos constitucionales esenciales que les otorgan las vías para aprobar leyes. “A través de esos procedimientos establecidos, el pueblo puede expresar, hágalo o no, su voluntad democrática razonada, y de hecho sin tales procedimientos ni siquiera puede tener tal voluntad”⁶⁰.

Pero, mientras que en la teoría de Rawls la deliberación pública de la fase constituyente, parcialmente levantado el velo de la ignorancia, se ve inmersa en la jerarquía de un orden ético preestablecido⁶¹, en otros casos el poder constituyente se ha empleado, no simplemente para expresar y asegurar un orden normativo preexistente, sino un orden abierto, en el que la voluntad popular no venga predefinida. Y, en este sentido, se ha considerado que las exigencias éticas que

57. DOGLIANI, M., “Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione”, *cit.*, pp. 272-273. Vid. FERRAJOLI, L., “Sobre la definición de “democracia”. Una discusión con Michelangelo Bovero”, *Isonomía*, 19, 2003, pp. 227-240.

58. En este sentido, PINTORE, A., “Derechos insaciables”, *cit.*, p. 258.

59. HELLER, H., *Teoría del Estado*, trad. de G. Niemeyer, México, Fondo de Cultura Económica, 1942, pp. 306, 297-298.

60. RAWLS, J., *El liberalismo político*, trad. de A. Domènech, Barcelona, Crítica, 1996, p. 267.

61. HABERMAS, J., “Reconciliación mediante el uso público de la razón”, en Habermas, J. y Rawls, J., *Debate sobre el liberalismo político*, trad. de G. Vilar Roca, Barcelona, Paidós, 1998, p. 66.

se imponen a la función constituyente no son límites externos sino condiciones internas al propio concepto de poder constituyente. La consecuencia es que éste se considera inmanente al orden constitucional y a su sistema de valores. Esta es la tesis de Palombella que ha traído el concepto al debate sobre constitucionalismo y democracia⁶². Derechos, democracia y poder constituyente forman un continuo en el que los primeros son un componente interno, y no externo, del marco de ejercicio de la soberanía popular. Sin el respeto al principio democrático de auto-legislación no puede haber garantía de los derechos. “No podemos pensar”, afirma el autor, “que un *diktat* teórico sobre la *positividad* de los derechos sea por sí y para ellos una mejor garantía... El riesgo de un gobierno de los tutores se conjura no sólo en la medida en que se proporcionan al pueblo, externamente, derechos a respetar sino, por el contrario, en la medida en que estos derechos sean concebidos y percibidos como la proyección y la consecuencia de la elección democrática, y formen parte integrante de la ‘conciencia social’ de la democracia”⁶³.

Por ello, adquiere relevancia tanto la fuente de producción de la constitución como el contenido que caracteriza una constitución como tal: para que el principio de autolegislación sea efectivo, la constitución ha de provenir del pueblo y contener las condiciones procedimentales y sustantivas que hagan posible su continua autonormación. Interpretadas en sentido habermasiano, tales condiciones han de permitir un proceso deliberativo organizado y que garantice la participación de todos. “Por el respeto de estas condiciones reconocemos el ejercicio de tal poder. Lo que no significa que esté limitado por determinadas condiciones de legalidad, sino que no es un poder naturalista, o una desnuda fuerza, como alguno lo imagina y lo ha imaginado, sino una específica capacidad que funciona según propios *estándares cualitativos*, potencialidad inexpresable al margen de un mínimo de autoorganización procedimental. Por tanto, el poder constituyente del pueblo es simplemente inexpresable más allá de aquel *minimum*”⁶⁴.

Desde esta perspectiva, para la que la actuación del pueblo es también actuación jurídica, la democracia constitucional se ha de caracterizar por una dialéctica estructural y necesaria entre la esfera pública en sentido habermasiano y las instituciones, entre mayorías populares y mayorías constituidas. Y la cuestión principal pasa a ser, entonces, cómo pueden expresarse los derechos de la mayoría “popular” frente a la “parlamentaria”, sobre todo en el debate constitucional⁶⁵. La respuesta que proporciona Palombella consiste en que las decisiones sean el resultado de una práctica deliberativa basada “en el encuentro y confrontación de razones a

62. PALOMBELLA, G., *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, trad. y prólogo de J. Calvo González, Granada, Comares, 2000.

63. *Ibidem*, pp. 58-59.

64. *Ibidem*, p. 48. Palombella desplaza el acento “de la soberanía popular como ejercicio constituyente, como poder en última instancia decisivo, a la soberanía popular como praxis deliberativa (en el sentido anglosajón del término) fisiológicamente presente en la vida constitucional” (*ibidem*, p. 138, nota 9).

65. *Ibidem*, pp. 94-95.

través de ponderaciones, tolerancia, respeto”⁶⁶. De nuevo, nos encontramos con la propuesta de un marco normativo para la deliberación que presupone la confianza en las posibilidades de un modelo deliberativo de democracia para alcanzar un consenso generalmente aceptable.

Mientras que el concepto analítico de poder constituyente como presupuesto teórico necesario que se agota a la entrada en vigor de la constitución sirve a la garantía de derechos fundados previamente, el concepto jurídico de poder constituyente asume el pluralismo social y concibe el constitucionalismo, no como portador de verdades sustantivas, sino fruto de una decisión cuya legitimación se encuentra en la existencia de las condiciones que posibiliten la racionalidad de la deliberación de la que es producto. Sin embargo, creo que este tipo de argumentación, igual que el mecanismo del precompromiso, es insuficiente por sí solo para fundar la supremacía de la constitución. Al margen de las numerosas críticas que se vienen haciendo a la posibilidad de lograr un consenso racional y universal, la contingente mayor racionalidad del debate constitucional no es por sí sola razón suficiente de la primacía de las decisiones que ahí se adopten. Puesto que, en definitiva, son razones sustantivas las que justifican los propios procedimientos de decisión han de ser tales las razones que sirvan de criterio independiente de valoración del resultado de tales procedimientos⁶⁷.

En conclusión, la tesis de la primacía de la decisión constituyente es una tesis insuficiente para fundamentar la supremacía de la constitución. En primer lugar, la atribución de primacía al valor de la democracia y la consideración instrumental del valor de los derechos implica el doble riesgo de indeterminación acerca de qué derechos tenemos y con qué alcance y de falta de fundamentación de los derechos que no se justifican en el autogobierno. En segundo lugar, se privilegia injustificadamente la voluntad popular sobre cualquier otro criterio normativo, aunque algunas propuestas del modelo dualista y de procedimientos agravados de reforma apuntan acertadamente a la idea de que la primacía que deba atribuirse a las decisiones constitucionales no puede derivar del puro *acto* de su adopción sino de su adecuación a ciertos principios sustantivos independientes de decisiones políticas contingentes. En este sentido, el análisis de las condiciones normativas y políticas que han de constituir el marco idóneo para la adopción de decisiones constitucionales racionales y su posible especificidad respecto del procedimiento legislativo ordinario es la aportación más relevante del debate sobre la primacía del momento constituyente.

66. *Ibidem*, p. 119.

67. BAYÓN, J. C., “Democracia y derechos”, *cit.*, p. 116, nota 132.