

Constitución y democracia. ¿Límites y vínculos?*

Adrián Rentería Díaz**

A partir de la segunda mitad del siglo XX, hemos presenciado un proceso de cambio en el constitucionalismo, apartándose de la noción anterior caracterizada por su rigidez y la existencia de un órgano encargado de vigilar la supremacía de la Constitución sobre la ley. El autor, partiendo de esta afirmación, examina los conceptos de constitución y democracia tanto del neo-constitucionalismo como del constitucionalismo decimonónico. El fin de este análisis es demostrar que el concepto de democracia formal, como método para tomar decisiones públicas mediante el principio mayoritario, que si acaso explicaba la realidad decimonónica, ha agotado su capacidad heurística en el neo-constitucionalismo. De modo que, en opinión del autor, seguir utilizando tal concepto genera una indisoluble tensión entre constitución y democracia. Así, con base en la obra de Luigi Ferrajoli, el autor propone una revisión radical del concepto de democracia que incorpore aspectos sustanciales, y que dé cuenta de la realidad de los actuales sistemas normativos.

Palabras clave: democracia, constitución, neo-constitucionalismo, legislador, juez constitucional.

Constitution and Democracy: Limits and Linkages?

There has been a process of change in the notion of constitutionalism since the middle of the 20th century, setting itself apart from its previous conceptualization which was distinguished by its stiffness and the existence of an organ responsible of surveilling the supremacy of the Constitution above the law. Using this affirmation as a starting point, the author examines the ways in which the neo-constitutionalism and the 19th-century constitutionalism theorized the concepts of constitution and democracy. The aim of this analysis is to demonstrate that the concept of formal democracy—as a method to take public decisions on the basis of the majority principle—has exhausted its heuristic capacity in neo-constitutionalism. According to the author, the use of such concept generates an indissoluble tension between constitution and democracy. Thus, based on the work of Luigi Ferrajoli, the author proposes a radical review of the concept of democracy that incorporates substantial aspects and takes into account the reality of the current normative systems.

Key Words: democracy, constitution, neo-constitutionalism, legislator, constitutional judge.

Fecha de recepción: 07/05/2007

Fecha de aceptación: 03/09/2007

INTRODUCCIÓN: HANS KELSEN Y EL DERECHO COMO ORDENAMIENTO DINÁMICO

El nombre de Hans Kelsen¹ recurre en muchos de los estudios que tienen como objeto el derecho, tanto desde perspectivas teórico-filosóficas como desde puntos de vista más relacionados con la dogmática jurídica, con el derecho constitucional, con el derecho internacional y con otras temáticas más. Kelsen, sin duda alguna, fue uno de los autores más sobresalientes en la cultura jurídica del siglo XX por sus valiosas contribuciones, sobre todo, en lo que respecta a la superación del iuspositivismo de matriz decimonónica.

El pensamiento de Kelsen ha suscitado innumerables críticas, desde perspectivas que pudieramos llamar progre-

sistas, por considerársele como un típico representante de la burguesía y de la cultura liberal del siglo XIX; pero también, paradójicamente, desde posiciones que pudieramos llamar conservadoras, por sus posiciones polémicas acerca del derecho natural y a favor del control de constitucionalidad.

Pero, lo que es interesante del pensamiento de Kelsen, para el tema que me propongo examinar, es un aspecto de sus contribuciones que, seguramente, nadie pone hoy en tela de juicio. En efecto, Kelsen, superando la visión que identificaba las características fundamentales del derecho a través del examen de la norma jurídica como una entidad individual, construye su

* Versión modificada de la Conferencia pronunciada como parte de los Seminarios EGAP. Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, Monterrey (Méjico). 23 marzo 2007.

** Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad de Insubria, Italia, y Universidad Nacional Autónoma de México.

1 Hans Kelsen (1881–1973). Resulta superfluo tratar de dar un perfil de este autor, cuya obra es bien conocida por todo estudioso del Derecho. Autor, entre muchas otras cosas, de obras fundamentales para la teoría del derecho y el derecho constitucional; remito al reciente trabajo de Bayer (2005). Una reseña de la bibliografía kelseniana se puede ver en Walter (1982).

propia concepción a partir de una idea de derecho como un conjunto de normas puestas por una autoridad normativa: pasa, en consecuencia, de una teoría de la norma a una teoría del ordenamiento, para decirlo con el léxico de Norberto Bobbio².

Sobre estas bases, para consolidar su teoría como una doctrina pura del derecho (exenta de consideraciones de justicia y de carácter factual), Kelsen presenta como profundamente diferentes dos tipos de ordenamiento normativo, ambos *species* del mismo *genus*. Con el afán de distinguir, ulteriormente, entre derecho y moral define el ordenamiento normativo de carácter jurídico –el derecho, para entendernos mejor– como un sistema normativo dinámico-formal; mientras que al ordenamiento normativo del cual la moral constituye el paradigma, le atribuye el nombre de sistema normativo estático-material. La diferencia entre ambos sistemas reside en el modo diverso con que se “comporta” la norma básica (la norma fundamental, la *Grundnorm*), en cada uno de los sistemas, en su función de “motor” de la producción de las demás normas.

En el ordenamiento estático-material, el sistema de la moral, la norma fundamental hace las veces de una premisa lógica, de la cual, por medio de un acto de pensamiento (así Kelsen se refiere a la inferencia lógica), se deducen las normas del sistema. En este ordenamiento, así como las conclusiones de un razonamiento lógico están ligadas inexorablemente a las premisas, del mismo modo, entre la norma fundamental y las normas del sistema existe una relación determinada por el contenido, una relación material, precisamente; en otras palabras, el contenido de las normas del sistema está ya presente en la norma fundamental y se concretiza mediante una simple operación mental de carácter deductivo. Por ejemplo, de la norma fundamental “trata a tu prójimo como a ti mismo” se derivan, lógicamente, los contenidos de las normas que prohíben el homicidio, el robo, las agresiones, etc.

El aspecto estático del sistema es un corolario del aspecto material que apenas se ha examinado. El hecho de que de la norma fundamental del sistema derivemos, mediante un procedimiento deductivo, los preceptos que forman parte del sistema mismo, determina, como consecuencia, que para modificar el contenido de uno de los preceptos particulares (p. Ej. una precepto que permite el homicidio) es necesario modificar, *antes*, la norma fundamental. Este “comportamiento” del sistema normativo estático-material es análogo al “comporta-

miento” de las premisas y la conclusión en un razonamiento disciplinado por las reglas de inferencia de la lógica clásica. Dadas las premisas,

- a) «Todos los solteros (o las solteras) no están casados(as)»
- b) «“X” (Jorge, Humberto, Mario, Gabriela, Estela) es soltero(a)»

La conclusión lógica (y válida) según la cual «Jorge (... Estela) no está casado(a)» no agrega nada nuevo a nuestro conocimiento, pues ya se encuentra incluida en las premisas y, para establecerla, es suficiente una operación mental; y para que fuese válida la conclusión «Jorge está casado» es obvio que se haría necesario individualizar otras premisas.

Esto hace del razonamiento lógico, así como del sistema normativo estático-material, un sistema “cerrado” y estático que, para cambiar en lo que se refiere a sus preceptos –o a sus conclusiones– necesita cambiar, se podría decir, todo el ordenamiento en su conjunto.

En lo que respecta, por el contrario, al sistema normativo dinámico-formal, o sea al ordenamiento jurídico, la norma fundamental tiene una función como “motor” de producción normativa completamente diferente. Para comenzar, el ordenamiento jurídico es pensado por Kelsen, coadyuvado en ello por su alumno Adolf Merkl, como una estructura piramidal formada por normas jurídicas de diferente nivel jerárquico: desde la norma fundamental, que ocupa la cúspide de la pirámide, hasta las normas individuales y concretas, como los actos ejecutivos y las sentencias, pasando, de arriba para abajo en la pirámide, por la Constitución, la ley ordinaria, los decretos y reglamentos, etc. etc. Luego, en el derecho, la norma fundamental no constituye nada de parecido a una premisa ni las normas jurídicas que conforman el sistema se crean mediante un razonamiento lógico, a través de un acto de pensamiento. La norma fundamental del ordenamiento jurídico contiene un precepto de carácter general que constituye el inicio de un procedimiento de sucesivas delegaciones de poder, mediante el cual la norma de grado superior constituye un esquema en cuyos límites viene creada la norma de grado inferior. Y toda norma, para existir –para ser válida³– debe ser expresamente emanada mediante un acto de voluntad por parte de un órgano autorizado por la norma de grado superior, siguiendo, además, los procedimientos establecidos

2 Véase Bobbio (1993), especialmente, la segunda parte “Teoria dell’ordinamento giuridico”. Hay trad. cast. *Teoría general del derecho*. Madrid: Debate, 1990.

3 No hay duda de que el tema de la validez de una norma es verdaderamente central en la teoría del derecho y no me es posible afrontarlo en esta sede sin correr el riesgo de superficialidad. No obstante, creo que el lector atento percibirá al respecto un “sabor” iuspositivista kelseniano, precisamente, en la equivalencia existencia-validez (véase, sin embargo, la nota 11 y su respectivo texto, así como las págs. 19–20, *infra*).

en tal norma. Los requisitos para la formación de la norma son, pues, que sea emanada por un órgano autorizado (lo que responde a la pregunta de *quién* crea la norma: es el requisito de la competencia), mediante procedimientos establecidos (lo que responde a la pregunta de *cómo* debe ser creada la norma: es el requisito procedural).

De esta caracterización del ordenamiento jurídico como un sistema dinámico-formal sigue que el requisito material, el contenido (o sea el *qué* se decide mediante la norma) no posee ningún papel, ya que todo se juega alrededor de los requisitos formales de *quién* y *cómo*. El aspecto formal del sistema, y de la producción de las normas jurídicas, tiene también su corolario en el aspecto de la dinamicidad, en el sentido de que si el contenido no constituye un requisito para la normación y sólo cuenta la forma, entonces, el sistema es extremadamente dinámico, pues en la norma se puede introducir cualquier contenido sin necesidad de modificar la premisa, o sea la norma fundamental.

Vale la pena efectuar algunas observaciones acerca de un tema, éste que he delineado a grandes trazos y que funciona como punto de partida para lo que sigue en este trabajo. En primer lugar, es evidente la distinción de Kelsen entre sistemas normativos dinámico-formales y sistemas normativos estatuto-materiales; es de vital importancia en la economía de su pensamiento filosófico-jurídico, guiado por la intención de distinguir el derecho como es del derecho, como queremos que sea, pues le permite replantear los aspectos que, en su parecer, nos dicen lo que es el derecho y lo que es la moral. En segundo lugar, la distinción se inscribe dentro de un discurso que, siguiendo la terminología de su autor, podríamos definir como jurídicamente puro.

No es el caso, creo, de abundar analíticamente acerca de estas observaciones. Pero sí es oportuno evidenciar que si la finalidad de la distinción es del todo comprensible, dadas las tesis generales de Kelsen, sin embargo, también se hace necesario notar que tal distinción se remonta, podríamos decir, a los albores de su trayectoria iusfilosófica, a los primeros años del siglo XX; lo que nos autoriza a pensar que no sería inadecuado pensar que en el curso de su larga vida de investigador, Kelsen haya podido cambiar idea acerca de las características de (los requisitos para) la formación de las normas en un ordenamiento jurídico (dinámico-formal); hay, a lo largo del pensamiento

kelseniano, algunas señales importantes en este sentido; por ejemplo, cuando sostiene que la norma de grado superior, en ocasiones, determina el contenido de la norma inferior (Kelsen, 1945: 148), o bien, cuando a su labor intelectual agrega su empeño político-práctico, contribuyendo a la formación de la Constitución austriaca de 1920, antecedente importante del modelo constitucional que se afirmará sucesivamente, después de la Segunda Guerra Mundial.

¿MÁS ALLÁ DE LA PURA FORMA?

En efecto, llevar a sus extremas consecuencias la distinción que hemos examinado, insistiendo sobre el hecho de que la creación de las normas jurídicas se realiza respetando sólo requisitos de naturaleza formal, abre las puertas, o mejor dicho, consolida el modelo de constitución –flexible y como consecuencia desprovista de un órgano de justicia constitucional– que, no distinguiendo la Constitución de la ley ordinaria, ve en la legislación la instancia que tiene la última palabra acerca de todas las cuestiones públicas⁴. En este modelo, el legislador, elegido democráticamente, puede introducir cualquier contenido, inclusive un contenido moralmente repugnante, ya que le es suficiente, en cuanto órgano legitimado (*quién*) para crear derecho, respetar los procedimientos establecidos (*cómo*) para legislar, aún contra los valores y principios contenidos en la Constitución. Eso fue lo que sucedió, si recurrimos a nuestra memoria, con la Constitución de Weimar y el Estatuto Albertino, documentos que, mediante decisiones políticamente legítimas (tomadas respetando los requisitos formales), fueron completamente “vaciados” de sus contenidos originales generando, de hecho, las premisas históricas, en Alemania y en Italia, por las formaciones políticas de Hitler y de Mussolini, que dieron vida al drama de la Segunda Guerra Mundial. El hecho muy simple es que ambas constituciones (si podemos reconducir el Estatuto italiano a esta categoría) eran constituciones flexibles, que se insertaban perfectamente en el modelo constitucional compatible con la distinción kelseniana que ya ha sido examinada aquí.

La experiencia del drama de la guerra, con su secuela de lutos, destrucción y de miserias morales y políticas, tuvo, sin embargo, sus repercusiones en la reflexión iusfilosófica, particularmente en la filosofía del derecho constitucional. Lo que ha ocurrido, se decía, es que el positivismo jurídico clásico, de ma-

⁴ En una primera aproximación, entiendo por ‘constitución flexible’ aquella Constitución en la cual no existe una neta distinción entre Ley Constitucional y Ley Ordinaria; es decir, cuando la segunda puede derogar, modificar o abrogar la primera. Y por ‘constitución rígida’ entiendo la Constitución que sí incorpora tal distinción, estableciendo, para su reforma, requisitos diferentes, agravados como se suele decir, de los que conforman el procedimiento para la formación de la Ley Ordinaria; además, en la Constitución rígida habitualmente se establece un órgano (Corte Costituzionale, Corte Constitucional, Suprema Corte, etc.) que se encarga de garantizar el respeto de la distinción. Es obvio que la definición de Constitución rígida establece no solo requisitos de carácter procedural (o formal) (una tendencia a reconocer en la Constitución rígida solo este requisito se puede notar, por ejemplo, en Tena Ramírez (1992)) sino también, como su necesario corolario, requisitos sustanciales. Una referencia imprescindible acerca del tema de las constituciones flexibles y de las constituciones rígidas es Brice (1952).

triz decimonónica, nos había permitido distinguir entre norma válida y norma no válida, mas no entre norma justa y norma injusta: se podría decir, entre norma que respeta los principios y los valores inscritos en la Constitución y norma que no lo hace⁵.

En la búsqueda de soluciones a tal cuestión, que a todas luces no es sólo una cuestión teórica para filósofos o moralistas, la doctrina constitucional está siguiendo, desde la posguerra (de 1945 hasta hoy), un camino del todo diferente. Diferente con respecto a lo teorizado por Kelsen en su distinción, pero también diferente con respecto al modelo de constitución que en la distinción encontraba sus puntos teóricos de apoyo. Desde la segunda posguerra, en efecto, comenzando por las constituciones de Alemania y de Italia, se está generalizando cada día más un modelo de Constitución rígida y dotada de un órgano de control de constitucionalidad; modelo en el cual, para decirlo con Ferrajoli⁶, la Constitución contiene un núcleo de cuestiones que forman una "esfera de lo indecidible", que no está disponible a la acción del legislador, aun y cuando éste legislara siguiendo los requisitos formales de producción de las normas. Con diferentes modalidades, a partir de la posguerra, en buena parte del mundo (al menos en su parte occidental) se generaliza este modelo de constitución, el cual determina, siempre en la línea de Ferrajoli, el tránsito de un Estado de Derecho hacia un Estado constitucional de Derecho (Ferrajoli, 1998).

La diferencia entre uno y otro es clara. En el Estado de Derecho asistimos a la omnipotencia del legislador como productor de las normas que rigen los destinos de la colectividad. Con su afirmación histórica, que culmina con el pensamiento iuspublicista alemán de la segunda mitad del siglo XIX, sin duda se cumple un pasaje fundamental en la historia de las instituciones públicas, ya que su consolidación representa el tránsito definitivo del gobierno de los hombres al gobierno de las leyes. A los hombres, al ejecutivo y al judicial, no les corresponde otra tarea que no sea, al primero, la de conducir el aparato administrativo y, al segundo, la aplicación del aparato coactivo para reforzar la obediencia a las leyes; ambos, sin embargo, desprovistos de toda prerrogativa como "creadores" de derecho, pues constituyen una expresión de la imagen montesquieuiana del juez como *bouche de la loi*, cuya tarea es, solamente, la de declarar un derecho que ha sido creado en otro lado, por parte

del legislador. La omnipotencia del legislador, en el Estado de Derecho, le garantiza una posición institucional de poder casi constituyente permanente, al no encontrar ninguna "frontera" donde detener su actividad de creador de normas jurídicas: la constitución no contiene ningún límite en ese sentido.

En el Estado Constitucional de Derecho, la irrupción del nuevo constitucionalismo, el neoconstitucionalismo, como se le suele llamar, rompe con la imagen en la que prevalece la voluntad del legislador, pues la afirmación de la rigidez constitucional y de los órganos de justicia constitucional significa un redimensionamiento sustancial del poder legislativo, al cual, para decirlo mediante una fórmula simplificadora, se le substraerá su carácter de omnipotencia en cuanto a la producción jurídica. El legislador, en el Estado Constitucional de Derecho, ya no es omnipoente sino que constituye un poder limitado, 'acotado' como se suele decir. Y no sólo encuentra límites en su acción institucional sino que encuentra también vínculos, pues la esfera de lo indecidible de la cual hablamos antes, contiene dos aspectos. Uno *negativo*, relacionado con los límites que el legislador encuentra en la distinción entre ley constitucional y ley ordinaria (para proteger los principios y valores inscritos en la constitución como aspiraciones colectivas); y otro, *positivo*, relativo a los vínculos que la misma constitución, en sus principios y valores fundacionales, impone al legislador como tareas a cumplir.

La consecuencia, importantísima tanto en el plano de la política como en el plano del derecho, es que –en el nuevo estado de cosas, en el neoconstitucionalismo (que desde el punto de vista descriptivo en mi opinión nadie puede sensatamente confutar)– para dar cuenta de las modalidades mediante las cuales se crean ahora las normas jurídicas, el concepto de democracia, entendido tradicionalmente como un método para tomar decisiones públicas mediante el principio de mayoría, ya no es del todo útil. Tal concepto, en efecto, constituye un instrumento para asegurar el gobierno de las leyes emanadas por aquellos que, no pudiendo hoy ejercer la democracia directa como en sus orígenes, son elegidos para ello. Y no hay duda que, en cuanto instrumento teórico-conceptual, esa idea de democracia (hacia la cual van las simpatías de estudiosos muy conocidos como Kelsen, Bobbio, Dahl, Sartori, por mencionar sólo algunos) coincide perfectamente con el contexto

5 La polémica contra el iuspositivismo decimonónico, en realidad, es fácil verlo, se mueve dentro del debate más amplio entre el derecho positivo y el derecho natural y a ella se refiere la primera frase («Lo que ha ocurrido...»). Por otra parte, la frase que se refiere a los principios de la constitución evidencia una concepción un tanto diferente, más acorde con la idea de Constitución que aquí se maneja. En este sentido, no se habla aquí de norma ontológicamente justa, axiológica general, sino sólo de norma justa en relación a los principios generales recogidos en una Constitución. Puede parecer singular esta afirmación, sin embargo, de ese modo se conserva una visión iuspositivista del derecho, sin correr el riesgo de caer en perspectivas iusnaturalistas.

6 Luigi Ferrajoli es el autor que con más lucidez ha contribuido a la toma de conciencia sobre la importancia de este aspecto. En su parecer, en los sistemas político-jurídicos nacidos después de la segunda guerra mundial, se comienza a configurar con fuerza un nuevo paradigma de derecho que, a su vez, influye la connotación de la democracia, mediante el cual la legitimidad de las decisiones políticas no depende sólo de la forma sino también de la sustancia: Ferrajoli habla de una «esfera de lo no decidible», que incluye tanto lo que no se debe decidir como lo que no se debe no decidir (Ferrajoli, 1989). Las tesis de Ferrajoli, alrededor de los conceptos de democracia, de derechos fundamentales, han generado un amplio debate internacional, en Italia, en España y en muchos países de América Latina, y se pueden encontrar en muchos trabajos sucesivos a Derecho y razón. Vease también Prieto Sanchis (1997).

que hemos definido como Estado de Derecho; en el cual, para recordarlo brevemente, respetando los requisitos formales que especifican *quién* decide y determinan *cómo* se decide, al legislador se le aseguraba la completa supremacía entre todos los órganos del estado, pudiendo introducir cualquier contenido, hasta modificando la constitución según su visión política.

Sin embargo, esta idea de democracia, que podríamos llamar ‘formal’ (o concepto mínimo de democracia o democracia procedural, como prefieren algunos autores), se resiste a la “muerte” conceptual y “vive” aún en muchas de las reflexiones politológicas y jurídicas; es como si, para quienes sostienen hoy en día esta idea de democracia, no hubiera sucedido nada después de la Segunda Guerra Mundial, en el sentido que aquí se ha expuesto; y, como consecuencia, muchos de ellos siguen imperterritos tratando de dar cuenta de una realidad, la toma de decisiones públicas, mediante un instrumental teórico inadecuado.

DEMOCRACIA FORMAL Y DEMOCRACIA SUSTANCIAL

Un concepto mediante el cual se trata de romper decididamente con la noción de democracia mínima es el que ha venido trabajando, desde hace muchos años, Luigi Ferrajoli, autor ya mencionado, y que subyace a algunas de las consideraciones que aquí expongo. Para éste, la democracia es una noción compleja que incorpora ya sea elementos de naturaleza *formal* (que corresponden a su noción mínima) ya sea aspectos de naturaleza *sustancial*⁷. Para llegar a esta noción de democracia, Ferrajoli parte de (aparentemente) lejos, del derecho –y en esto comparte con Bobbio, de quien, por otra parte, es discípulo– la intuición de que para una mejor comprensión de las modalidades de ejercicio del poder político resulta imprescindible considerar las reglas establecidas por las reglas del ordenamiento jurídico. Veamos como llega Ferrajoli a esta noción de democracia.

Ferrajoli sostiene que con el nacimiento (surgimiento) primero del Estado moderno y, sucesivamente, con la consecuente visión de esta entidad como un artificio creado por la voluntad humana, se consolida el paradigma del derecho moderno. Por encima del derecho pre-moderno, en el que se consideraba válida y vinculante la norma jurídica sólo si correspondía a va-

lores trascendentes de derecho natural, en el nuevo paradigma se comienza a afirmar la idea de que la validez de la norma jurídica depende, exclusivamente, de la forma de su producción: del *quién* y del *cómo*, y ya no de la correspondencia de su contenido con el contenido del derecho natural⁸. Se trata del triunfo, no definitivo ni concluyente, del iuspositivismo por sobre el iusnaturalismo, en un proceso histórico de una sustancial continuidad. Esta preponderancia se prolonga alrededor de dos siglos y contribuye a la formación del Estado de derecho, a la afirmación plena del principio del gobierno de las leyes y a la consolidación de una idea de democracia como democracia formal, o como democracia mínima, en las palabras de Bobbio.

El paradigma del derecho moderno, sin embargo, comienza a entrar en una fase de crisis que tiene su base teórica en el nunca resuelto problema de la soberanía y en la distinción, introducida por Sieyés (1789; 1795), entre *pouvoir constituant* y *pouvoir constitué*⁹. Tal crisis Ferrajoli la coloca en un momento histórico preciso, en el surgimiento del nazismo y del fascismo, en Alemania e Italia, fenómenos que, en un cierto sentido, dan razón a quienes sostienen que la democracia contiene los gérmenes de su degeneración y de su disolución en un régimen autoritario: en efecto, en ambos países la transición hacia el autoritarismo se dio en los márgenes de la democracia formal, es decir, siguiendo las reglas del derecho¹⁰. El resultado, como todos podemos tristemente confirmar, fue la Segunda Guerra Mundial, con millones y millones de víctimas.

Habiendo experimentado en manera dramática los resultados de un ejercicio sin límites de la democracia formal, según Ferrajoli, inmediatamente después de que la guerra termina se verifica un nuevo cambio de paradigma en el pensamiento teórico-jurídico. En efecto, a partir de ese momento comienza a nacer, y a generalizarse, una nueva doctrina constitucional: la doctrina del constitucionalismo rígido y su corolario, el garante o “guardián” de la Constitución como instrumento de control acentrado de constitucionalidad. Antecedentes de estos dos aspectos de la nueva doctrina ya existían en el Tribunal Constitucional austriaco de 1920¹¹ y en otras experiencias marginales, así como en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica que, sin embargo, preveía un control no acentrado sino difuso de constitucionalidad.

7 Ferrajoli enuncia estas tesis en varios trabajos: aquí menciono sólo el volumen *Derecho y razón* (1989) y el ensayo “Derechos fundamentales” (1998), aparecido en la revista «Teoría política», la cual contenía, además del trabajo de Ferrajoli que replanteaba con vigor sus ideas acerca del concepto sustancial de democracia, también algunas críticas; en el número 1/1999 de la misma revista aparecían otras críticas y una primera respuesta de Ferrajoli; después, en el número 2/2000 estaban presentes nuevas críticas, unas relativas al ensayo inicial y otras que ya consideraban la primera respuesta; finalmente, en el número 3/2000, aparece otra crítica y la segunda réplica de Ferrajoli. Todo el debate está contenido en Ferrajoli (2001). Del mismo Ferrajoli véase, por último, (2002). He examinado algunos aspectos de esta esfera de lo no decidible en A. Rentería Díaz (2002).

8 Ferrajoli ha sostenido esta tesis, con la que concuerdo plenamente, en varios escritos. Por ejemplo, véase Ferrajoli (1998).

9 Sobre la obra de Sieyés existe una amplia literatura; como ejemplo, P. Pasquino (1998). Acerca del binomio poder constituyente–poder constituido también la literatura es muy amplia y me es imposible dar cuenta de ella en este trabajo. Sólo como ejemplo: Doglioni (1995), Zagrebelsky, Portinaro y Luther (1996: 253–289).

10 Sobre la disolución de la República de Weimar hay tanto material escrito, así como también acerca del nacimiento de la toma del poder en Italia por parte de Mussolini sobre lo que no es el caso de dar indicaciones bibliográficas.

11 En cuya construcción teórica, y en sus iniciales actividades, participó activamente Hans Kelsen.

En el nuevo paradigma constitucional, en pocas palabras, el derecho positivo, las leyes producidas por los órganos autorizados para ello, ahora, ya no son válidas solamente porque la forma de su producción corresponde a la forma prevista por el mismo derecho. Para Ferrajoli al derecho así producido corresponde un juicio de vigencia, o sea del que declaramos que está vigente, reservando el juicio de validez al momento que sigue a la comparación de su *contenido* con el contenido de la Constitución: el derecho que no corresponda a la Constitución será, entonces, un derecho vigente, no válido, que, sin embargo, hasta que no se le declare la inconstitucionalidad por parte de un órgano autorizado para ello, –un Tribunal constitucional– forma parte del ordenamiento jurídico¹².

Es evidente que, a partir de estas consideraciones de orden jurídico, Ferrajoli configura una idea de democracia que, necesariamente, va más allá de la pura consideración de la forma de las decisiones públicas, para afirmar una dimensión *sustancial*. Democracia sustancial, hay que precisarlo, que no tiene nada que ver con las críticas marxistas a la democracia formal o burgués hechas en nombre de una supuesta “verdadera democracia”. La democracia sustancial de Ferrajoli, contrariamente a Marx y a muchos de los marxistas, no desdeña el derecho, relegándole a mero reflejo condicionado por fenómenos que sí son, en esa tradición, determinantes. Ferrajoli parte del derecho y, precisamente, por tomarlo en serio, parafraseando a Ronald Dworkin (1977), construye su concepto de democracia sustancial que, como tal, también hay que precisarlo, se coloca en la esfera ideal de la democracia –más allá de la cruda materia, de la democracia real– en una esfera normativa, como se verá más adelante.

La noción ferrajoliana de democracia, en sus primeras formulaciones (Ferrajoli, 1989: 898 y sigs), parecía oponerse a la definición clásica, por así decirlo, sostenida en sedes diferentes y por autores de diversa proveniencia cultural, según la cual se entiende por democracia un método para tomar decisiones públicas mediante el principio de mayoría y, en particular, con Norberto Bobbio, un método que asegura la participación en este proceso a la mayor parte de los individuos cuyas vidas recibirán la influencia de tales decisiones: o sea su propuesta de “democracia mínima”¹³. Si la democracia mínima consiste en la forma mediante la cual se toman las decisiones (*quién y cómo*), la democracia sustancial de Ferrajoli se coloca como una propuesta alternativa (el qué de las decisiones): o una u otra, *tertium non datur*. En las formulaciones sucesivas, en las

que Ferrajoli responde a sus críticos, él revisa ulteriormente su pensamiento en modo tal que su propuesta conceptual, ahora, ya no se puede considerar una mera alternativa a la definición formal de democracia, sino como su necesario complemento. Sobre todo, al dar respuesta a algunas agudas observaciones de Zolo (1999), Pintore (1999; 2002), Bovero y Vitale (1998), Ferrajoli se ve obligado a precisar cómo la noción de democracia sustancial que propone contiene en su núcleo definitorio el aspecto “mínimo” bobbiano, es decir, el aspecto formal: la democracia es, para iniciar, *forma*, dice Ferrajoli (2000; 1998:321–322), pero es también sustancia.

La propuesta definitoria de la democracia, como democracia sustancial que comprende también aspectos formales, nace, entonces, como reflexión que tiene como finalidad la comprensión de los presupuestos e implicaciones que subyacen a los cambios reales que se han verificado en el terreno concreto de la historia jurídica. Si la mayor parte de las Constituciones, nacidas después de la segunda guerra, han asumido los principios del constitucionalismo rígido, ello significa que estamos de frente a un nuevo paradigma que corresponde ya no a un mero Estado de derecho, donde se asegura la preeminencia del legislador, sino que determina el Estado Constitucional de derecho, donde la omnipotencia del legislador se encuentra limitada por la Constitución: ningún poder es absoluto, pues todos encuentran un límite en los dictados de la Constitución. Se puede decir, ahora, que la alternativa clásica entre gobierno de las leyes y gobierno de los hombres se convierte en una alternativa que se juega *dentro* del gobierno de las leyes, entre el gobierno de las leyes emanadas por el legislador y el gobierno de la Constitución, como producto de la voluntad común para asegurar la convivencia civil¹⁴.

LÍMITES Y VÍNCULOS DE LA IDEA DE DEMOCRACIA SUSTANCIAL

La noción de Ferrajoli, no está por demás decirlo, ha suscitado un gran número de perplejidades, como veremos enseñada. Quizá el núcleo de su teoría que más se presta para ser criticado es aquél donde él habla de la esfera de lo indecidible, como elemento fundante del nuevo paradigma democrático y jurídico. El constitucionalismo rígido, sostiene Ferrajoli, nos obliga a hacer las cuentas, como ya ha sido evidenciado, con una esfera del derecho que no es decidible; en dos aspectos; uno, relativo a *lo que no se puede decidir* y otro, relativo a *lo que no se puede no decidir*.

12 En ello Ferrajoli, sorprendentemente para quienes critican esta distinción del concepto de validez, parece coincidir con el mismo Kelsen, máximo teórico del iuspositivismo del siglo XX, cuando éste distingue también entre una validez provisional y una validez definitiva, para dar cuenta del hecho de que una norma jurídica puede contrastar con otra de jerarquía superior, conservando ambas, de cualquier modo, su carácter jurídico, hasta que una decisión jurídica sucesiva no “elimine” la primera del sistema (Kelsen, 1966).

13 Véase también Bovero (2000a; 2000b).

14 Al respecto ver Bobbio, Prefazione a Ferrajoli (1989: XI–XII).

El primer aspecto tiene como finalidad ni más ni menos que evidenciar todos aquellos espacios que la Constitución, si la tomamos en serio, substraen a la esfera de la política; espacios sobre los que el poder político no debe decidir: se trata, en primer lugar, de los derechos individuales que no deben ser conculcados mediante la acción pública y, en segundo lugar, de todos aquellos factores que el constituyente decide establecer como no modificables, o modificables sólo mediante una acción política diferente de la que se resuelve en la creación de la ley ordinaria o en la normal administración de la *res* pública. Cuando (y si) el poder político "invade" estos ámbitos, este coto vedado, el Tribunal constitucional debe establecer el orden, debe subsanar la ruptura, eliminando del sistema las decisiones contrarias a la Constitución: se trata de la función del juez constitucional que Kelsen llama "legislador negativo". Por otro lado, el segundo aspecto concierne a lo que *se debe* decidir por parte del poder político, en razón de que así lo establece la Constitución: se trata de todas aquellas disposiciones que las Constituciones, dadas sus características de documentos generales, contienen y que son prescripciones de acciones posteriores, de algo que *debe ser*: o sea la función del juez constitucional, al que Kelsen llama "legislador positivo". Según la visión de la esfera de lo no decidible, toca a un Tribunal constitucional, ayudado en ello por la ciencia jurídica y la ciencia política, hacer lo posible para que se colme la laguna¹⁵ que se origina cuando el legislador no cumple su cometido, indicándole, inclusive, los instrumentos necesarios para realizarlo.

Es evidente, a todas luces, que la esfera de lo indecidible, corolario del neoconstitucionalismo, generador a su vez de la noción sustancial de la democracia, viene a constituirse como un límite y un vínculo para la acción del legislador, el cual *no puede* tomar determinadas decisiones, mientras que *debe* tomar otras, señaladas por la Constitución. Se configura de esta manera, así parece, una cierta tensión, teórica y política, entre los conceptos de Constitución y democracia, pues parecería que tanto al teórico como al político no les queda otra alternativa que tomar partido: o por la Constitución, en oposición a la democracia, o por los procedimientos democráticos, corriendo el riesgo de que el legislador haga lo que deseé con la Constitución.

En efecto, el paradigma (neo) constitucionalista y el concepto de democracia sustancial, que constituye su corolario, conducen, así, a un nuevo momento de crisis del pensamiento político. Se podría casi decir que, en una forma cíclica, se da un paso hacia atrás, a un momento precedente de tensión teórica

entre gobierno de las leyes y calificación negativa de la democracia, etapa que había sido sanada mediante la "introducción" de una noción formal (o mínima) de la democracia, en la que se recomponía la fractura. Con la democracia sustancial, concepto que explica de mejor manera lo que ha sucedido en el terreno concreto de la política, es decir, el constitucionalismo, se viene a configurar, en otras palabras, otra fractura, si bien, esta vez, interna al mismo fenómeno político, entre constitución y democracia, entre política y derecho, entre el principio de mayoría y la constitución. Se podría formular esta tensión con las siguientes preguntas: ¿Por qué el legislador, como legítimo representante del pueblo soberano, debe encontrar límites (negativos y positivos) para su actividad política en la Constitución? ¿Por qué, en otras palabras, debemos seguir la voluntad de personas que ahora yacen en sus tumbas, los padres de la Constitución?

¿Acaso, como una paradoja, el constitucionalismo y la democracia sustancial son esencialmente antidemocráticos? A primera vista, en efecto, parecería que sí, pues, como sostiene S. Holmes (1988:195-249), "la función fundamental de una Constitución es *remover* ciertas decisiones del proceso democrático, es decir atar las manos a la comunidad". Esta primera impresión parecería generar la dificultad de tener que justificar un sistema político que es contrario a la voluntad de las mayorías, que se expresa en una decisión pública. Estado constitucional de derecho y democracia sustancial, si se configuran como un paso importante para limitar las posibilidades de que el poder político "degenere" y se convierta en tiranía, parecen contener en su interior los gérmenes de su "destrucción", de su inutilidad como poder constituido.

La tensión entre constitución y democracia, claramente presente en la reflexión actual acerca de los fenómenos políticos, se advertía ya en el horizonte, en los albores del Estado moderno, cuando estaba por afirmarse el paradigma del derecho moderno por sobre el del derecho premoderno: la prevalencia del iuspositivismo sobre el iusnaturalismo. De esta contradicción, en efecto, ya existe huella en autores como Hume, Locke, Paine, Burke, Hobbes, Bodin, Mill, Grozio, Rousseau, quienes, como es sabido, proponen soluciones diferentes al problema de cómo crear un sistema político que permanezca en el tiempo, pero que también respete la voluntad de los individuos¹⁶.

De la consideración de la esfera de lo no decidible se han determinado agudas críticas a su autor, a quien, entre otras cosas, se lo ha acusado de haber creado un instrumento, la

¹⁵ Ferrajoli se refiere a esta laguna como 'técnica' (1998: 26 y sigs.) prestando el flanco a una crítica de Pintore (1999: 5-36) quien, justamente, a mi parecer, prefiere llamarla laguna ideológica. No concuerdo, sin embargo, en el vago sabor iusnaturalista que ella atribuye a la tesis de Ferrajoli, quien ve en la Constitución, y no en una forma de derecho natural, el valor que le permite hablar de laguna, de derecho que no existe y que, como tal, se critica.

¹⁶ No puede aquí exponer y discutir las tesis de estos autores, que se pueden ver en S. Holmes (1998). Entre las características de un documento normativo, de una Constitución, Elster menciona tres: que cuente, que funcione y que dure. Elster (1993: 24 y sigs.)

democracia sustancial, que es “insaciable”, que “devora” todo el espacio de la política, subordinando ésta a los derechos y limitándola a una pura actividad “ejecutiva”, no deliberativa (Pintore (2002); Vitale (1998).

CONTRA LA IDEA DE DEMOCRACIA SUSTANCIAL

La propuesta de Ferrajoli se inscribe, pues, en una tendencia que podríamos considerar minoritaria, porque resuelve la tensión entre democracia (sustancial) y constitucionalismo, teorizando la presencia de límites (negativos y positivos), reconocidos en la Constitución, para la acción política, en una esfera sustancialmente relativa a un *deber ser* del derecho: mediante una toma de decisión “favorable” a la noción sustancial de democracia. Una tendencia opuesta que concede mayor peso a la democracia, es decir a la esfera de la política, se puede ver en los estudios de un autor como Jeremy Waldron (1999), quien se da a la tarea de reivindicar dignidad para la legislación, en aras de substraer la acción del creador de normas jurídicas a los límites y a los vínculos que impone la Constitución. Y también, en parte, siguiendo las huellas de Waldron, Anna Pintore, quien evidencia con vigor los inevitables problemas interpretativos de la Constitución y el riesgo que se corre en dejar su solución en manos del poder judicial quien sería, en última instancia, el que tendría la última palabra acerca del contenido de los derechos: un juez, específicamente el juez constitucional que, para colmo, no es elegido democráticamente¹⁷.

En México, el tema también ha sido estudiado, en modo agudo, por estudiosos informados y serios. Siguiendo el camino trazado por Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero (uno de sus alumnos “tardíos”, cuando Bobbio deja la filosofía del derecho para darse a la ciencia de la política), quienes sostienen una idea de democracia como método para tomar decisiones mediante el principio de mayoría –o sea una idea formal de la democracia– en nuestro país se han ido desarrollando tesis como la que sostiene Pedro Salazar (2006) en su último trabajo de amplio aliento¹⁸. En este libro, como ya en otros escritos menores (algunos expuestos en *Nexos*), Salazar, de alguna manera, se adhiere a la tesis de que la soberanía –por cuanto mínima– reside en el pueblo, ejercida a través de sus representantes. Salazar está consciente de la tensión introducida por el neoconstitucionalismo entre democracia (formal) y constitución, pues “apostarle” a una de los conceptos significa, de hecho, condenar el otro; si prevalecen los límites y víncu-

los de la constitución, tenemos una democracia, un legislador, que ve “invadido” su espacio (así dicen los críticos); mientras que, si prevalece la democracia formal, tenemos una constitución que vale cuanto la ley ordinaria, convirtiéndose así aquélla en un “objeto” que las mayorías políticas contingentes pueden manipular a su antojo.

Salazar resuelve la tensión con un *escamotage* poco convincente y algo contradictorio. En sustancia, cuando propone las modalidades a través de las cuales se puede, en su opinión, ir en búsqueda de un difícil equilibrio entre constitución y democracia, él sostiene que la democracia formal es posible si se garantizan algunos derechos fundamentales: “esta dimensión material del constitucionalismo no debe interpretarse como una limitación a la autonomía política de los ciudadanos, sino como una precondición para que sea posible el ejercicio mismo de la autonomía política” (p.265). El *escamotage*, a mi parecer, consiste en la dudosa distinción entre ‘limitación’ y ‘precondición’. Me explico. Los derechos fundamentales que hacen posible la democracia formal (faltando ellos no hay democracia) son la libertad personal, de pensamiento, de reunión y de asociación, así como el derecho a la subsistencia y a la educación. Tales derechos constituyen un coto vedado, pues sin ellos no hay democracia, dice Salazar; pero, agrega, ello no determina límite alguno para el legislador, pues se trata sólo de una precondición. ¿Cuál, pregunto, es el sentido último del término ‘precondición’ si no el de límite? Una precondición para que yo esté escribiendo este artículo es que yo tenga a mi disposición papel y pluma (o bien una computadora); si no hubiese dispuesto de estas condiciones ello habría significado una limitación de mi libertad de movimiento y seguramente no estaría escribiendo mi trabajo. No me es claro, pues, el sentido de la distinción y me parece más, bien, como he dicho, una estrategia para no aceptar la presencia de límites materiales en la constitución. Lo que conduce, siempre en mi opinión, a algunas contradicciones. Si la distinción no es sostenible, lo que resulta es que, si las precondiciones de la democracia no pueden ser tocadas por parte del legislador, el concepto de democracia que se perfila ya no es el de democracia formal sino algo diferente, que Salazar se rehusa a toda costa en llamar democracia sustancial. Por otro lado, si ellas (las precondiciones) pueden ser cambiadas por el legislador, ello significa que la idea de democracia que emerge es la de democracia formal. De una manera u otra, es evidente, no se realiza el equilibrio que Salazar busca, entre democracia y constitución, sino que, al contrario, viene confirmado.

17 “No es cristalizando los derechos en modelos teóricos que sirven para colmar las lagunas de los derechos positivos, dejándolos en manos del terrible y no democrático poder judicial que se maximiza su tutela. No es presumiendo que “las listas filosóficas de los derechos” estén ya incorporadas en las constituciones que se les concilia con la democracia. No es dejando el espacio de la política en manos del filósofo que se protegen ni los derechos ni la democracia” (Pintore, 19 99:36).

18 Más o menos en la misma línea teórica, Ansolabehere (2007).

La contradicción en la que cae Salazar en su búsqueda del equilibrio se genera porque él acepta, correctamente, desde una perspectiva descriptiva, el horizonte constitucional nacido sobre las cenizas que dejó la Segunda Guerra Mundial (véase la *Introducción* y el *Prólogo* de su libro). En otras palabras, Salazar constata que lo que aquí hemos llamado neoconstitucionalismos introdujo cambios fundamentales en lo que hace al paradigma de validez de las decisiones pública, con la constitución rígida y los órganos de control constitucional. Ello debía haberlo conducido a poner en discusión el concepto de democracia formal, al cual parece adherir; y, de ahí, el paso para tomar partido, en la dura tensión entre constitución y democracia, en favor de la primera, hubiera sido muy breve. Por el contrario, coincidiendo con las tesis de Bovero (y de Bobbio) acerca de la democracia formal, como método para tomar decisiones públicas, no le queda otra alternativa que colocarse en una posición ambigua, pero, de cualquier modo, cercana a quienes consideran más oportuno dejar la última decisión en manos del legislador.

VIRTUDES DE LA DEMOCRACIA SUSTANCIAL

En lo personal, me parece más convincente la propuesta de Ferrajoli, sobre todo, porque evidencia con claridad el aspecto normativo de la idea de democracia sustancial, distinguiéndole de su elemento meramente descriptivo; aspecto normativo, que, por otra parte, constituye un elemento fundamental del derecho, de lo jurídico, que para él es determinante para la configuración de su propuesta de una democracia sustancial como fenómeno político¹⁹. La dimensión normativa del derecho, del constitucionalismo rígido y de la democracia sustancial imponen, se quiera o no, la presencia de un límite para la acción de los poderes públicos, en primer lugar para el legislador: este límite es la Constitución rígida, no sujeta a la voluntad de las mayorías contingentes que se determinan a partir del *quién* y del *cómo* de la democracia.

El constitucionalismo rígido²⁰ impone al poder político dos deberes. El primero es la conservación del producto de prescripciones emanadas por el primer constituyente que son proclamadas con solemnidad en la Constitución; el segundo es la actuación plena del espíritu de lo que establece la Constitución. En lo que hace al primero de ellos, ese genera un límite, en el sentido de que la Constitución señala cuestiones que el legislador *no puede* hacer, so pena de incurrir en deliberaciones

sujetas al control de constitucionalidad; por ejemplo, limitar los derechos que constituyen, precisamente, las precondiciones de la democracia, el sufragio universal, en primer término, o bien, como sucede en algunos ordenamientos, modificar la forma de gobierno. El segundo deber, por otra parte, impone al poder político la obligación de dar vida, por ejemplo, a los derechos sociales de los individuos, como la educación y el trabajo, y consiste en última instancia en el aspecto de lo que *no se puede no decidir* de la esfera de lo indecidible, según la tesis ferrajoliana de la democracia: constituye, este deber, un vínculo. Es claro que, por su propia naturaleza, este deber se conjuga en modo estrecho con consideraciones relativas a la disponibilidad de los recursos que la colectividad pone en manos del poder político, y a su uso racional en todos los ámbitos de la vida social. Pero, es igualmente claro que tal *deber ser* impone al poder político un empeño para una distribución equilibrada y racional de los recursos para privilegiar ámbitos que, en determinadas circunstancias, la opinión pública percibe como no prioritarias (como el gasto destinado al armamento, por ejemplo).

Es claro, creo, que la suma de los dos deberes, uno *negativo*, relativo al límite, y otro *positivo*, relativo al vínculo, configura el problema, al que ya se ha hecho referencia, de a quién le corresponde la última palabra en un ordenamiento, en quién reside la soberanía; si en un poder, como el legislativo, superior a todas las otras ramas institucionales, capaz, cuando lo deseé, de modificar el cuadro completo de las leyes fundamentales: la Constitución²¹. O bien, en otra instancia autónoma, como un tribunal constitucional (o cualquier otro órgano que asuma estas funciones). En otras palabras, lo que está en juego es la Constitución misma, en cuanto conjunto de las reglas fundamentales que la colectividad se ha dado a sí misma. Si el pueblo o sus representantes son soberanos, *legibus solutus*, entonces no existe un límite para su acción política, y sus decisiones pueden inclusive modificar la Constitución; o bien a la Constitución se le atribuye un valor jurídico superior, por encima de la deliberación tomada por el legislador. En la primera hipótesis, la Constitución deja de ser tal, para convertirse en una cosa diversa, una articulación del derecho más semejante a la ley ordinaria; mientras que en la segunda, a la Constitución se le toma en serio, como un conjunto de normas que contienen obligaciones y deberes. Se trata, en resumidas cuentas, de la cuestión de si las decisiones de los padres, los "creadores" de la Constitución, vinculan a los hijos de modo tal de impedirles tomar decisiones contrarias al "espíritu" de

19 Zolo niega que la democracia como fenómeno político se caracterice por el elemento jurídico. Véase Zolo (1999: 54).

20 Según una definición de 'constitución rígida' de mayor alcance, en cuanto determina también un deber positivo de actuación del contenido constitucional, de la que se expone en la nota 4 *supra*.

21 Correspondiente más o menos a la idea que algunos estudiosos mexicanos tienen de este poder como un poder constituyente permanente. Idea, hay que decirlo, que se funda en una lectura interpretativa de la Constitución que no tiene cuenta de la distinción entre poder constituyente y poder constituido, la cual, de alguna manera, constituye el precedente teórico de la distinción entre Constitución y ley, que, a su vez, funda el constitucionalismo rígido.

la Constitución. La democracia sustancial parece colocarse en esta línea de tendencia, contraria a la idea de que los hijos pueden, en cualquier momento, modificar la Constitución que les fue dejada por sus padres.

La idea de democracia sustancial introduce con pleno título en la reflexión filosófica, jurídica y política, como corolario de la democracia formal, un factor al que no se la ha dado la suficiente importancia, a pesar de que ha estado siempre presente en los escritos de los juristas (y a veces también en los más agudos de los estudiosos de filosofía política y de ciencias políticas)²²: la dimensión sustancial de las decisiones públicas. En forma casi paradójica, es como si la influencia de las primeras tesis kelsenianas acerca de la validez de una norma jurídica como simple existencia que depende de requisitos de pura forma, hubiese predominado hasta hoy en la percepción jurídico-política general, no concediendo demasiada importancia ni a reflexiones kelsenianas sucesivas²³ (o paralelas en determinados momentos²⁴) ni a su grande construcción que fue la Constitución austriaca de 1920, primer experimento acabado de control de constitucionalidad diferente del modelo estadounidense. No es que, presentando y discutiendo el pensamiento kelseniano, no se dé relevancia a este aspecto de la validez, ya que, en efecto, se suele hacerlo objeto de mención. Lo que no sucedía, y el haberlo hecho es quizás uno de los grandes méritos de Ferrajoli, era ampliar la reflexión en una perspectiva tanto jurídica como filosófica y política que permitiera "extraer" los presupuestos implícitos en esta dimensión sustancial, utilizándolos en forma acabada para la "construcción" de una tesis acerca de la democracia.

Quizá en este "olvido" de la dimensión sustancial y de sus presupuestos para una teoría de la democracia, un rol importante lo jugó también la misma reflexión kelseniana acerca de esta noción, en la que no le fue posible hacer explícito un nexo entre la noción de validez (como existencia pero también como sustancia) y su concepción de la democracia y, sobre todo, un nexo teórico con su actividad política como "creador" de la Corte constitucional austriaca, pues su idea al respecto de esta última parece reflejar una tesis únicamente formal²⁵,

²² El mismo Bobbio parece creer (1984: 66–67) en la existencia de algunas áreas de la Constitución cuyo cambio puede generar la creación de algo diverso respecto a la democracia (por ejemplo si se modificara con una decisión parlamentaria la regla de mayoría), sin que, sin embargo, ello le impida de todas maneras mantener su concepción de democracia como democracia mínima, como forma, como procedimiento.

²³ Como ejemplo de esta tendencia Luzzati (1999). En las págs. 302–306 Luzzati sostiene esta interpretación de la 2a. edición de la *Reine Rechtslehre* kelseniana (1966: 298; 1985: 85–86). Todo ello a pesar de que en esta obra de Kelsen Luzzati observa que aparece una distinción entre validez plena (*volle Geltung*) y validez condicionada (*bedingte Geltung*) (p. 85), distinción que tiene algunas semejanzas con la distinción de L. Ferrajoli entre la validez y el vigor (1989: 353), que Luzzati critica con brusquedad (1999: 303–304). Ya en la 2a. edición de *Reine Rechtslehre* Kelsen introduce una distinción semejante, entre validez definitiva y validez provisional (pp. 300–301). Sobre esta duplicación de la noción de validez, que no me parece totalmente ajena a Kelsen, ver Paulson (1979: 1–17; 1980), Bobbio (1955).

²⁴ 1966: 302), cursiva mía: "... la Constitución regula los órganos y el procedimiento de la legislación y a veces determina en cierta medida también el contenido de las futuras leyes [...] surge el problema de quién debe ser autorizado por la Constitución para decidir si, en un caso concreto, han sido respetadas las normas de la Constitución, si un instrumento, cuyo sentido objetivo es el de ser una ley en el sentido entendido por la Constitución, debe valer como tal según su sentido objetivo". Véase también Kelsen (1985: 354 y sigs.), donde admite una cierta "contaminación" entre derecho y moral: "El derecho no prescribe una moral con un cierto contenido; sin embargo, aplicando un determinado ordenamiento jurídico puede considerar ilícito un comportamiento conforme a una determinada moral. Derecho y moral pueden referirse al mismo comportamiento".

²⁵ Kelsen (1955: 187) "... se debe considerar la participación al gobierno, es decir a la creación y a la aplicación de las normas generales e individuales del or-

que parece proporcionar razones a quienes afirman que en Kelsen se configura un modelo de "democracia constitucional sin derechos" (Pintore, 1999:30)²⁶.

La noción de democracia sustancial, sin embargo, se coloca en el ámbito que se suele llamar "democracia ideal", para distinguirla de la democracia real. Es decir con democracia sustancial Ferrajoli se refiere, y en este escrito sigo esta línea de razonamiento, a lo que *debe ser* y no, por el contrario a lo que *es*. En esta noción se encuentran entrelazados, en forma muy estrecha, elementos de naturaleza política y jurídica, y ambos, como debiera serlo claro, tienen que ver decididamente no con lo que *es*, con lo que realmente sucede, sino que constituyen un ideal, un proyecto de vida. Este aspecto "ideal", de *deber ser*, es tal vez mayormente evidente en la esfera del derecho, cuya característica principal consiste en proponerse como un conjunto de prescripciones que tienen como objeto orientar nuestras acciones; lo que significa que el derecho no describe el mundo y/o nuestro comportamiento (si lo hiciera pertenecería a la esfera del *ser*) sino que trata de modificarlo (y por ello pertenece a la esfera del *deber ser*). Como hemos visto, la concepción sustancial de la democracia tiene origen en una observación detallada de los fenómenos jurídicos: en ella el derecho es quizás el elemento fundamental. Y por ello esta concepción puede ser vista como una visión en la que la dimensión normativa es imprescindible.

LA (PRESUNTA) TENSIÓN ENTRE DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN

Me es imposible, ahora, profundizar en modo adecuado las relaciones de la soberanía con la Constitución, y, en particular, con el poder político, como se perfilan en el horizonte que se ha examinado líneas arriba, pues sería necesaria un espacio mayor que éste así como instrumentos conceptuales de otra naturaleza. Me limitaré, entonces, a algunas observaciones que, al mismo tiempo, consideraré como una especie de conclusión parcial, dentro de un proceso reflexivo más amplio.

¿En quién reside la soberanía? En el pueblo, se suele responder. Pero el pueblo, en una democracia representativa como la actual, es un concepto demasiado fluido como para considerar cerrada la cuestión con una respuesta tan tajante. Si ya en la democracia antigua, en la participación masiva de los individuos, en su acción, se veía la degeneración del gobierno de todos, el riesgo es aún mayor cuando de la democracia directa del mundo antiguo se ha pasado a nuestra democracia representativa, en un contexto donde la "voluntad" del pueblo se ve mediada, personificada, por la voluntad de sus representantes. La prueba palpable de la conciencia de este riesgo es la circunspección y la cautela con las cuales se hace uso del recurso directo a la opinión de los individuos. Así, si el pueblo es soberano, lo es a través de sus representantes, y si es así, se podría pensar, éstos no conocen límites en su acción política, como representantes del pueblo soberano.

Sabemos bien, la experiencia histórica nos lo demuestra, que el poder corrompe, en el sentido de que quien lo detenta casi siempre se ve tentado a mantenerlo; y bien sabemos, además, que las reglas formales de la democracia, al establecer quiénes decidirán, en ocasiones favorecen un gobierno de los peores, una kakistocracia como diría Bovero (2000a: 127 y sigs.)²⁷, en lugar de un gobierno de los mejores. En otras palabras, el pueblo elector a veces se equivoca, haciéndose representar por quienes preferirán sus propios intereses por sobre los intereses de la colectividad.

La pregunta es, entonces, ¿deben existir límites y vínculos para la acción del poder político, representante del pueblo soberano? Mi respuesta, la respuesta de la democracia sustancial es afirmativa. A la base de ella está el hecho de considerar en serio el derecho, la Constitución, las *reglas del juego político*. No poner límites al poder político, por considerarlo como el legítimo representante del poder soberano, comporta dejar en sus manos el conjunto de reglas fundamentales que garantizan la vida en común y la Constitución misma como conjunto de reglas del juego de la democracia: todos sabemos que un juego, cualquier juego, para ser leal y para garantizar a todos los participantes un igual porcentaje

de posibilidades de victoria ha de mantener sus reglas, y si a un participante se le concede el poder de modificarlas cuando el juego se está desarrollando, probablemente, lo hará para asegurarse ventajas.

El poder político no es, entonces, soberano porque representa al pueblo soberano; soberana, en todo caso, es la Constitución como pacto, como construcción artificial mediante la cual el pueblo ha dado forma a las reglas para convivir en modo pacífico²⁸. Es posible, sin embargo, que el pueblo se equivoque y/o que sus representantes se vean tentados por mantener el poder, o deliberen contra el interés público. En casos como éstos, el pueblo, la colectividad y, sobre todo, quienes lo representan, deben considerarse como Ulises que, frente a la alternativa entre la perdición por escuchar el canto de las sirenas y no escucharlo, decide, no tanto taparse los oídos sino ponerse en condiciones de oír el canto, ordenando a su tripulación que se cubra los oídos y que lo mantenga atado al mástil hasta que la nave se aleje²⁹. La Constitución, en este sentido, contiene ataduras para todos, las cuales nos impiden hacer lo que deseamos aún cuando, eventualmente, tengamos el poder para hacerlo; pero, y en esto consiste su valor, nos pone al reparo de nuestras pasiones contingentes, de la tentación de perdernos en la lucha por el poder y de conceder crédito a quienes pretenden representar la voluntad popular del pueblo, entendida como masa, como *oclos*.

Afirmando su propia predilección por el gobierno de las leyes y no por el gobierno de los hombres, Norberto Bobbio (1984:183) se pregunta:

¿Qué es la democracia sino un conjunto de reglas (las reglas del juego) para la solución de conflictos sin derrame de sangre, y en qué consiste el buen gobierno democrático sino, sobre todo, en el riguroso respeto de estas reglas?

Gobierno de las leyes, entonces, en cuanto democracia significa gobernar respetando las reglas del juego. Pero las reglas del juego pueden ser de dos tipos: por un lado, las reglas que permiten que el juego se desarrolle y, por el otro, las reglas

denamiento social que constituyen la comunidad, como la característica esencial de la democracia". Además Kelsen (1945: 288–308), donde reduce las tres clásicas formas de gobierno (monarquía, aristocracia y democracia) a dos (democracia y autoritarismo), evidenciando su predilección por la primera, vagamente caracterizada en términos que se pueden llamar formales (o procedimentales). Aquí no me es posible discutir detalladamente la tesis de Kelsen sobre la democracia. Digo solamente, sin argumentarlo, que las críticas que lo colocan sin más en una posición formal al respecto me parecen demasiado apresuradas (Pintore, 1999).

26 No me deja muy convencido esta estudiosa, pues proporciona una interpretación del pensamiento kelseniano que no tiene en consideración algunas observaciones del Kelsen constitucionalista, ni otras como teórico del derecho, ni su contribución práctica en el terreno concreto de la construcción de instituciones jurídicas.

27 Bovero, con una solución mixta, semejante a la de los antiguos solo por este aspecto, imagina el terror de una forma de gobierno que, contrariamente a la solución mixta de ellos, que reúne los aspectos mejores de las tres formas de gobierno, unifica en una sola, la kakistocracia, sus elementos peores.

28 Me parecen claras (y convincentes) las palabras de Portinaro (1999: 110): "Al interior de un Estado constitucional – es ésta la tesis que se consolida a partir de la Staatslehre positivista y que progresivamente le correrá sus mismas bases – no puede existir algún poder soberano, pues solamente donde no existe soberano puede existir garantía jurídica para la libertad, es decir libertad como consecuencia del reconocimiento de los derechos del hombre y no simplemente como corolario de la idea de tolerancia".

29 Utilizo aquí la bella imagen ilustrada Holmes (1988: 168). En las palabras de Holmes se pueden ver ecos del pensamiento de Elster (1979). De Holmes véase también (1995).

constitutivas del juego que lo crean, las reglas que *permiten el juego mismo*³⁰. La noción de democracia sustancial trata de dar una respuesta a la pregunta acerca de cuáles son las reglas del juego democrático y, en particular, cuáles son aquellas que no se pueden modificar sin que se modifique el juego mismo; pero esta indagación no se limita a considerar las primeras, las que permiten el desarrollo del juego, sino que amplia la reflexión para considerar también las segundas, aquellas que, cambiando, convierten el juego en un juego diferente, que podría no ser de nuestro agrado, pero, tal vez, demasiado tarde. No hay duda de que el segundo tipo de reglas precede, lógica y temporalmente, al primero, pues para desarrollarse el juego ha de ser, primero, creado, constituido: en otras palabras, sin las segundas, las primeras no podrían existir.

Se debe agregar que esta distinción pudiera no encontrar la adhesión de autores como Bobbio, para quien, en última instancia, las reglas del juego son de naturaleza constitutiva, es decir, aquel tipo de reglas cuya existencia permite, crea el juego mismo: el ejemplo clásico es el juego del ajedrez. Las reglas acerca del movimiento de sus piezas y la finalidad del juego constituyen el juego mismo y, si se modifica una regla, por ejemplo, estableciendo que el alfil se mueve en dirección vertical u horizontal, y no sólo en líneas diagonales, ya no se juega al ajedrez sino a un juego diferente. Por si las cosas están de esta manera, es decir, si las reglas del juego democrático son reglas constitutivas, entonces la razón parece estar más a favor de una noción de democracia sustancial que incluya en un núcleo normativo, la constitución, los principios constitutivos que permiten que se siga jugando y no, por el contrario, a favor solamente de una noción formal.

Además, una idea sustancial de la democracia, se podría revelar útil en al menos dos aspectos relacionados entre sí. El primero, inmediatamente evidente, nos permite introducir en la reflexión politológica, la intuición –jurídica y política– de la existencia, en la Constitución, de elementos que vinculan, sea en sentido negativo sea en sentido positivo, la esfera de la acción política de las mayorías. Hacer finalmente propio, tomando en serio sus implicaciones en los planos teórico y normativo, el paradigma del Estado constitucional de derecho comportaría un paso hacia adelante en la comprensión de la estructura y el funcionamiento de nuestras sociedades actuales. La idea sustancial de democracia tiene la virtud de (no ocultar sino de) resaltar este límite para la acción de la política, poniendo de manifiesto todas sus implicaciones en el plano práctico y todos sus presupuestos en el plano teórico. En este

sentido, su alcance heurístico es incomparablemente mayor que la concepción formal (procedimental) de la democracia, que permanece anclado en un momento histórico del pasado, glorioso si se quiere, pero superado por el devenir mismo de la sociedad.

El segundo, quizá de mayor relevancia teórico-conceptual, nos pondría en condiciones de individuar algunos elementos que podrían constituirse como factores útiles para superar la tensión, la fractura, considerada por muchos estudiosos insuperable, entre constitucionalismo y democracia, dentro del pensamiento político moderno. Puede parecer paradójica esta afirmación ya que, en el párrafo anterior, se ha evidenciado como el paradigma constitucional contribuye, en realidad, a colocar en primer plano la tensión –inexistente en el derecho moderno, en el iuspositivismo clásico– entre democracia y constitución. A mi parecer, la paradoja está destinada a atenuarse apenas tomamos en serio la dimensión normativa del derecho, en una esfera dinámica à la Kelsen. La democracia sustancial es un *deber ser* que nos indica *cómo* se debería mover el universo jurídico con base en los dictados constitucionales. La naturaleza normativa de la democracia sustancial, en ese sentido, nos señala una dirección a seguir, pero no nos cierra el camino, pues nosotros podemos inclusive no seguirla: pero debemos, en todo caso, tener presentes las ventajas y los defectos de ella. Como ya el Estado moderno se configuraba no como una conclusión lógica de unas premisas que al individuo podían no ser comprensibles, sino como un producto de su propia voluntad, asimismo, la democracia sustancial funda su existencia en el paradigma constitucional que resulta de una Constitución rígida, con un núcleo indisponible para la acción política: se trata también, entonces, de una construcción nuestra, producto de nuestra voluntad.

Tomar plena conciencia de la presencia de límites para la acción del legislador, según lo que impone el constitucionalismo, así como de la noción de democracia sustancial, puede tener como resultado *tomar en serio* la tensión entre constitución y principio de mayoría, y no simplemente registrar su existencia para luego refugiar la “cabeza” en el agujero. O bien, como a final de cuentas sucede con la noción de democracia formal, darse cuenta de esta tensión. No se entiende, en efecto, a cuál tensión entre democracia y Constitución se refieran autores, como Anna Pintore³¹, que coinciden con una idea de la democracia limitada a su aspecto procedural, semejante a la de Bobbio, como método para tomar decisiones públicas. Si los requisitos de esta noción se cumplen, estable-

30 Sobre las relaciones entre las reglas del derecho y las reglas de los juegos, véase Robles (1984).

31 Pintore (1999; 2002; 2003) y su “Presentazione” a Waldron (2001). Me refiero a ella en cuanto se refiere explícitamente a esta tensión, mientras que en otros autores, como Bobbio y Boero, aún sosteniendo la idea de democracia formal, parece no estar presente esta tensión. Me es difícil establecer qué es más grave: si la contradicción o la falta de percepción. Matteucci capta esta falta de percepción de la relevancia del contenido en Bobbio cuando sostiene: “Las garantías [para el desarrollo del juego democrático] en realidad –como reconoce el mismo Bobbio– no son reglas procedimentales, sino verdaderos principios ético-políticos, con importancia jurídica, que constituyen verdaderos presupuestos axiológicos de las reglas procedimentales” (Matteucci, 2002a: 69).

ciendo cuál es el modo de tomar estas decisiones y quién las toma, es del todo evidente que, así, se excluye la posibilidad de contraste entre la decisión pública y la Constitución, a no ser existan *errores* de procedimiento. Es suficiente, y no es tan difícil, respetar los requisitos formales de la toma de decisiones para que éstos no contrasten con la Constitución. Las cosas, por desgracia, no están de esta manera, pues, desde sus albores, el mismo derecho ha producido una doctrina que está bien consciente de la posibilidad de antinomias en los ordenamientos jurídicos, dando origen, por ello, a técnicas para resolverlas que todos conocemos: *lex specialis derogat legi generali*, *lex posterior derogat legi priori* y *lex superior derogat legi inferiori*. La historia del derecho y de las instituciones del Estado sugieren, luego, la presencia de un contenido jurídico, formado por el conjunto de valores comunes (que se plasman en las Constituciones, en un marco teórico iuspositivista) el cual funciona como límite para la esfera de la política. Y de ahí, emerge la idea de una democracia de naturaleza sustancial además de formal.

De ello puede resultar, en efecto, toda una serie de propuestas específicamente técnicas; por ejemplo, la configuración de un "constitucionalismo débil" que sugiere la tesis de que las declaraciones de inconstitucionalidad se deberían tomar por los Tribunales Constitucionales, con base en el principio de unanimidad (De Lora, 1999)³², en un modelo de justicia constitucional donde los Tribunales Constitucionales no tienen la última palabra, o la tienen sólo en virtud de un amplio consenso entre sus miembros. Se puede no estar de acuerdo con este modelo del ejercicio de la democracia por parte de un Tribunal Constitucional, pero discutirlo presupone haber ya tomado plena conciencia de la importancia del problema de la tensión entre democracia y Constitución, y de la necesidad de buscar vías para tratar de sanar esta fractura, sin afectar a una, pero sin renunciar, en modo acrítico, a la otra; y viceversa. Después de todo, como sostiene Nicola Matteucci (2002b:71), "quien habla de democracia formal sostiene el gobierno del pueblo [mientras que] quien habla de democracia sustancial defiende un gobierno para el pueblo". Si ello da lugar a contradicciones y tensiones, en el terreno teórico no menos que en el ámbito concreto de la praxis política, constituye una tarea irrenunciable de los "especialistas" (filósofos, filósofos de la política, juristas) tratar de "pulir" el concepto de democracia para que se lo use de una mejor manera en el lenguaje de la política. La política, se podría decir, configura un terreno en el que un uso racional y consciente de su propio lenguaje constituye una condición indispensable para la toma de decisiones

que tengan un mínimo de contenido racional, que aspiren a ser intersubjetivamente vinculantes. Si en el lenguaje cotidiano el concepto de democracia parece reducirse a su núcleo formal, –como el método de tomar decisiones con base en el principio de mayoría– en el lenguaje de la política, que es un lenguaje especializado, aunque sin llegar a ser formalizado como el lenguaje de la lógica, tal concepto ha de ser precisado. Una cosa es el concepto formal de democracia en el lenguaje cotidiano, si se refiere a acciones de la esfera privada que se deciden sin menor problema mediante el uso de tal concepto, y otra cosa bien diversa es su uso para referirse a la esfera de la política donde se toman decisiones que repercuten en toda la colectividad. En este último caso, se utiliza el concepto de democracia (formal) para ocultar, mediante una operación ideológica (consciente o no) la existencia de límites a la regla de la mayoría. Las decisiones de la esfera de la política no son como las decisiones de un grupo de amigos que mediante un procedimiento democrático (formal) deciden ver una película en lugar de otra. A través de una decisión democrática análoga es posible establecer que el resultado de la suma de dos más dos es cinco, pero es evidente que ello es un error, a menos que no se decida, antes, modificar los axiomas de la aritmética. Lo que sugiere, es en efecto, que toda deliberación democrática está sujeta a reglas que van más allá de la pura regla de mayoría, colocándose en un horizonte más amplio, donde el contenido funciona como límite. Y el límite para la acción de las mayorías, en la esfera de la política, es el constitucionalismo que emerge en el siglo XX, sobre todo, después de la Segunda Guerra Mundial. No tomar en la debida consideración este hecho histórico es un error de perspectiva que, si se justifica en el "hombre de la calle", en el caso del estudioso de la filosofía, de la política y del derecho constituye una grave miope conceptual que, por desgracia para todos, puede tener repercusiones en el mundo concreto de las decisiones públicas.

De lo que aquí se ha dicho parecería inevitable que, dada la tensión entre Constitución y democracia, no nos queda otra que tomar una de las opciones en juego: o ser "constitucionalistas" y por ello demostrarlos menos democráticos, o bien, ser "democráticos" restándole, así, valor normativo al movimiento constitucionalista, surgido después de la segunda guerra mundial. ¿No existe otra alternativa? ¿La tensión es tal que nos obliga a tomar partido o por la constitución o por la democracia?

En realidad, como ya he tenido modo de señalar antes, las cosas no se configuran de esta manera tan radical, pues mucho depende del significado de los términos en cuestión. En efecto,

32 De Lora se inspira en las reflexiones de James Bradley Thayer (1983) contenidas en el ensayo "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", *Harvard Law Review*, (7):129-156. Se debe llamar también la atención sobre el hecho, que tal vez se subestime en la tesis de la democracia sustancial, de que el juicio sobre el contenido de la Constitución y de los actos públicos de la esfera de la política involucran preocupantes cuestiones de interpretación: se trata del relevante problema de la interpretación de la Constitución, sobre el cual la doctrina jurídica cada vez más comienza a preocuparse. Como ejemplo de esta tendencia, véase Moreso (1997).

el conflicto entre democracia formal y democracia sustancial es tal sólo si no tomamos en la debida consideración las implicaciones teóricas de los cambios fundamentales que se han verificado en el terreno concreto de la lucha política, en la historia reciente; pero, al contrario, si les concedemos la importancia que merecen, la democracia sustancial nos aparece como el complemento necesario de la democracia formal. Si el concepto de democracia ha de ser una noción adecuada para explicar la realidad, a mí me parece que una correcta comprensión de esta realidad será favorecida mediante la idea de democracia sustancial, en los términos apenas indicados. Además de que posee un mayor alcance explicativo, a mi juicio, la noción de democracia sustancial, como hemos visto, no se opone a la de democracia formal, sino que, por el contrario, constituye su complemento ya que se coloca en un plano diferente. La democracia formal tiene como objeto principal el estudio de dos planos de la acción política que se resuelven en la toma de decisiones públicas vinculantes para la comunidad, o sea el *quién* y el *cómo*. El *quién* tiene que ver, precisamente, con quienes toman las decisiones, lo que significa, al interior de una democracia representativa –ya no directa como la del mundo antiguo– que el problema principal del *quién* consiste en el análisis de las modalidades relativas a la elección de los representantes quienes, posteriormente, serán los sujetos de la acción política. El *cómo*, por otra parte, tiene que ver con las modalidades mediante las cuales los individuos que han sido elegidos como representantes ejercerán el propio poder, es decir, tomarán las decisiones políticas. Ambos, el *quién* y el *cómo*, constituyen el conjunto de requisitos, bien conocidos por los juristas, que se suele colocar a la base de la legitimidad de una decisión, de la emanación de una norma jurídica: requisitos de competencia y requisitos de procedimiento. Pero, si consideramos con atención lo que sucede en el terreno concreto de

la experiencia jurídico-política, nos damos cuenta, sin duda, de que el *quién* y el *cómo* de la democracia no agotan absolutamente todos los aspectos relevantes de la acción política, pues falta el *qué*, es decir, el contenido de la decisión política: a ella se refiere, en primera instancia, la democracia sustancial.

Por otro lado, la idea de constitución que hoy en día recibe más crédito, en cuanto corresponde a la realidad empírica, es aquella de una constitución rígida judicialmente, garantizada a través de un órgano específico de control. Tal es la idea de constitución que hoy se transmite a los estudiantes de derecho, y si no fuera de este modo, la ciencia jurídica estaría frente a un grave problema.

Luego, si tomamos en serio esta idea de constitución y de ella derivamos, además –como su corolario, pero también como parte de un aparato conceptual jurídico y político– la tesis de la democracia sustancial, no hay la menor duda de que la tensión conceptual desaparece, se disuelve, para dar lugar solamente a otro tipo de aspectos problemáticos. Entre ellos, el aspecto normativo de la constitución del neoconstitucionalismo, no siempre realizado por el poder legislativo; también, las modalidades rectoras mediante las cuales regular el funcionamiento de un poder, el ejercido por el juez constitucional, de modo que sea posible conciliar su origen no representativo y su posición, necesariamente elitista, como instancia jurídico-política, en un contexto de equilibrio; y, finalmente, insertar todo ello en un horizonte histórico-jurídico no del todo consolidado, sujeto aún a tensiones, éstas sí reales, de un legislador recalcitrante que, en ocasiones, se niega a reconocer los límites y los vínculos incorporados en la constitución, dando, así, su aval a tentaciones autoritarias siempre existentes, cuando menos en un contexto como el latinoamericano.



Referencias bibliográficas

- Ansolabehere, K. (2007). *La política desde la justicia*. México: FLACSO–Fontamara.
- Bayer, K. G. (2005). "Hans Kelsen. Vida y obra". *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM. 55 (244): 217–242.
- Bobbio, N. (1955–1989). "Sul ragionamento dei giuristi". En Comanducci, P. y Guastini, R. (coords.). *L'analisi del ragionamento giuridico*, vol. II. Turín: Giappichelli. 161–179.
- (1984). *Il futuro della democrazia*. Turín: Einaudi. (Trad. Cast. *El futuro de la democracia*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1986).
- (1993). *Teoria generale del diritto*. Turín: Giappichelli. (Trad. cast. *Teoría general del derecho*. Madrid: Debate, 1990).
- Bovero, M. (2000a). *Contro il governo dei peggiori*. Roma–Bari: Laterza. 33–35. (Trad. cast. *Una gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*. Madrid: Trotta, 2002).
- (2000b). "Diritti e democrazia costituzionale". *Teoria politica*, 16 (3): 19–40.
- Brice, J. (1952). *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Bradley Thayer, J. (1893). "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law". *Harvard Law Review*, (7): 129–156.
- De Lora, P. (1999). *La posibilidad del constitucional thayeriano*. Trabajo presentado al V Congreso Hispano–Italiano sobre Teoría del Derecho: "Teoría del derecho y tribunal constitucional". Alicante (España). 21–23 octubre 1999.
- Doglioni, N. (1995). "Potere costituente e potere di revisione costituzionale". *Quaderni costituzionali*. (1):7–32.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. Barcelona: Ariel. (Trad. Cast. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984).
- Elster, J. (1979). *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge–New York: Cambridge University Press.
- (1993) *Argomentare e negoziare*. Milán: Anabasi.
- Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e ragione*. Roma–Bari: Laterza. (Trad. Cast. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995).
- (1998). "Diritti fondamentali". En *Teoria politica*, (2). (Trad. cast. "Derechos fundamentales". En Ferrajoli, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid; Trotta, 2005).
- (2001). *Diritti fondamentali*. Roma–Bari: Laterza. (Trad. cast. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2005).
- (2000). "I fondamenti dei diritti fondamentali". En *Teoria politica*. (3).
- (2002) "Lo Stato di diritto fra passato e futuro". En Costa, P. y Zolo, D. (coords.). *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*. Milán: Feltrinelli, 349–386.
- Holmes, S. (1988). "Precommitment and the Paradox of Democracy". En Elster, J. y Slagstad, R. (coords.). *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 195–249. (Trad. cast. "El pre compromiso y la paradoja de la democracia", en Elster, J. y Slagstad, R. (coords.). *Constitucionalismo y democracia*. Ciudad de México: FCE, 1999).
- (1995). *Passions and Constraint on the Theory of the Liberal Democracy*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Kelsen, H. (1945) *General Theory of Law and State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press. (Trad. cast., *Teoría general del derecho y del estado*. Ciudad de México: UNAM, 1949).
- (1955–1984). *La democracia*. Bolonia: Il Mulino.
- (1960–1966). *La dottrina pura del diritto*. Turín: Einaudi. (Trad. Cast. *Teoría pura del derecho*. Ciudad de México: UNAM, 1979).
- (1985). *Teoria generale delle norme*. Turín: Einaudi.
- Luzzati, C. (1999). *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*. Milán: Giuffrè.
- Matteucci, N. (1985). "Democrazia e autocrazia in Norberto Bobbio". *Il Mulino*, (34).
- (2002a). *Filosofi politici contemporanei*. Bolonia: Il Mulino.
- (2002b). "Le procedure non scaderanno i cuori ma rendono liberi". *Reset*. (74):69–74.
- Moreso, J. (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Paulson, S. (1979). "Neue Grundlagen für einen Brgriff der Rechtsgeltung". *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (65):1–17.
- (1980). "Zum Problem der Normen-Konflikte". *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. (66):487–505.
- Pintore, A. (1999). "Democrazia senza diritti. In margine al Kelsen democratico". *Sociologia del diritto*. (2):5–36.
- (2002). "Diritti insaziables". *Teoria politica*. 26 (2):3–20.
- (2003). *I diritti della democrazia*. Roma–Bari: Laterza,
- Portinaro, P. (1999). *Stato*. Bolonia: Il Mulino.
- Prieto Sanchís, L. (1997). *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara.
- Rentería Díaz, A. (2002). "La sfera dell'indecidibile in Luigi Ferrajoli". *Teoría política*, (1):123–140. (Vers. cast. "Justicia constitucional y esfera de lo indecidible en Luigi Ferrajoli". *Isonomia*. (19):241–266).
- Robles, G. (1984). Las reglas del derecho y las reglas de los juegos. Palma de Mallorca: Facultad de Derecho–Universidad de Palma de Mallorca.

- Salazar Ugarte, P. (2006). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México; UNAM-FCE.
- Sieyès, E. (1789). "Qu'est-que le Tiers Etat?" En *Opere e testimonianze politiche*. Milán: Giuffré.
- (1795). "Opinion sur les attributions et l'organisation du juri constitutionnaire". En *Opere e testimonianze politiche*. Milán: Giuffré.
- Tena Ramírez, F. (1992). *Derecho constitucional mexicano*, 26 ed. México: Porrúa.
- Vitale, E. (1998). "Teoria generale del diritto o fondazione dell'ottima repubblica". *Teoria politica*, 14 (2):41–48.
- Walter, R. (1982). *Hans Kelsen: Ein Leben im Dienste der Wissenschaft*. Viena: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.
- Waldron, J. (1999). *The Dignity of Legislation*. Cambridge, Mass.: Cambridge University Press. (Trad. it. *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*. Milán: Giuffrè, 2001).
- Zagrebelsky, G., Portinaro, P. y Luther, J. (coords.), (1996). *Il futuro della costituzione*. Turín: Einaudi, Turín.
- Zolo, D. (1999). "Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei 'diritti fondamentali'". *Teoria politica*, 15 (1).