

La Constitución de los Modernos

SOLANGE DELANNOY Y ADRIANA MACK

La Constitución de los Modernos	1
Paz interna, guerra civil y soberanía.....	2
El surgimiento de la soberanía como solución a la Guerra Civil	3
Soberanía contra Constitución.....	4
Condiciones de la legitimidad de la soberanía.	4
El constitucionalismo	5
Las Revoluciones.....	8
Revolución contra Tradición	13
Estado y Constitución.....	15
Democracia y Constitución	17
Concepciones actuales sobre el poder constituyente	24
Bibliografía.....	30

Paz interna, guerra civil y soberanía

Las doctrinas de la soberanía aparecen en los orígenes de las Constituciones modernas. En la Francia de las guerras religiosas y en la Inglaterra de los años cuarenta del siglo XVII, surgen doctrinas que ven a la constitución mixta medieval como fuente de inestabilidad política.¹ El orden medieval había eludido durante siglos un conflicto siempre presente, producto de la multiplicidad de poderes, vínculos y pactos, el conflicto de la guerra ante la imposibilidad de la síntesis. Cuando el Estado Moderno se expande, incluye dentro de su territorio a cada vez más numerosas comunidades de diferentes religiones. Las guerras religiosas hacen estallar la constitución mixta medieval. La paz es un presupuesto del imperio del derecho, de la justicia, del desarrollo de la cultura, del bienestar, de la economía. La soberanía es la condición de la paz interna. La paz puede ser producto de la victoria de alguno de los bandos, del compromiso de los combatientes, del arbitraje de un tercero, o finalmente un tercero somete a los dos contrincantes sin tomar partido por ninguno de ellos. La soberanía del Estado es este último caso. Debe aparecer un poder que sea absoluto y perpetuo para poder excluir la guerra, aunque para BODIN (1529-1536) no es un poder ilimitado. Imbuido todavía de la tradición medieval, por lo menos acepta dos límites; distingue entre corona y rey, límite de la ley dinástica, y la hacienda pública, el segundo es que el rey no puede apoderarse de los bienes de sus súbditos. Existen prerrogativas, hay poderes que no pueden ser compartidos; si una comunidad política aspira a excluir el peligro de la disolución, para ello debe haber un poder soberano, su cualidad de absoluto deriva en realidad de la característica de perpetuidad, ya que significa que es originario. Es el poder de dar y anular las leyes, hacer la guerra y firmar la paz, decidir en última instancia en los conflictos entre los subordinados, el de nombrar a los magistrados, y el tan discutido poder de imponer tributos.

¹ Constitución mixta medieval, según FIORAVANTI, significa primero, limitación de los poderes públicos, no son poderes soberanos, no tienen pretensión totalizadora y omnicomprensiva en relación con las cosas, los hombres que existen dentro de sus jurisdicciones, es una limitación de hecho, segundo, el reconocimiento de un orden jurídico dado estructurado por mil vínculos y convenciones que provoca la más extrema fragmentación, el más alto particularismo. Un orden sentido profundamente como vinculante, precisamente como un orden jurídico dado. Hablar de constitución medieval es hablar de reglas, de límites, de pactos y contratos, de equilibrio. FIORAVANTI, MAURICIO pp. 34 a 38.

El surgimiento de la soberanía como solución a la Guerra Civil

En el comienzo de la soberanía está la guerra civil, las guerras religiosas que estallan en Europa. Esta situación implica un clima de desesperación y miedo que se agudiza al fin de la guerra, ya que al concluir el vencedor debe mantener en impotencia al vencido con medios policiales. El terror significa el enfrentamiento entre torturador y torturado, en guerra civil en cambio, se enfrentan enemigos. La posibilidad del terror hace a la guerra civil más fanática ya que se pueden presuponer las consecuencias de ser vencido en ella, es siempre preferible ejercer el terror y no sufrirlo. El que quiere la guerra debe demostrar que es una situación menos mala que la de la paz que se sufre.

La uniformidad o la tolerancia religiosas, son dos vías posibles. Un grupo de juristas llamados “los políticos” trata de encontrar una tercera opción que permita la paz. Fortalecer al Rey (un tercero que somete a ambos bandos) Primero hay que crear las condiciones que hagan posible la concreción del interés más fundamental, ética de la acción política responsable. “La teoría de la *soberanía* era en sus comienzos una advertencia de que la *ética política* debe ocuparse en primer lugar de los *fundamentos*.”² BODIN, quien escribe bajo el horror de la guerra religiosa, está convencido que no es tarea de la política apoyar la victoria del valor superior, sino asegurar las condiciones pacíficas para poder desarrollar la religiosidad. Los intereses más básicos tienen que ver con la razón política. Recién puede elegirse la vía de la tolerancia cuando los reyes se consolidan y concentran el poder; cuando disciplinan los poderes feudales. La soberanía echó sus bases a fines del siglo XVI en Francia con el Edicto de Nantes. Es sólo una posibilidad de paz, no una garantía, se asume el riesgo de la tiranía. El menor de los males es la tiranía antes que la guerra civil. – HOBBS- El que vive bajo la tiranía puede llegar a preferir la guerra civil. La concesión de la tolerancia religiosa, poco a poco se transforma en superflua y en un obstáculo. Entonces el soberano termina eligiendo uno de los bandos. La soberanía se convierte en absolutismo, terror interno, prohibición de emigrar, campea el desprecio absoluto de la dignidad humana. “El problema está en la ambivalencia del modelo de paz en que se basa la soberanía”³. El soberano debe forzar a los contrincantes a hacer la paz, pero como está imbuido de una fuerza tal que puede ponerse de uno de los lados, la tentación de la tiranía es inevitable.

² KRIELE p. 59

³ *Ibidem* p. 64 KRIELE

Soberanía contra Constitución

Según la doctrina general alrededor del tema de la soberanía, el poder soberano no puede ser discutido, ya que es un poder que cuenta con una autorización previa para decidir, y los –individuos- autorizantes no pueden oponerse a lo que el soberano decida, ya que serían intentos suicidas de poner en peligro el orden pacífico con la terrible amenaza de la guerra civil. Como los hombres por naturaleza poseen el instinto de preservación no correrán el riesgo de oponerse al soberano. Además, gracias al mecanismo de la autorización los individuos ponen en movimiento la máquina de la representación la que los convertirá en pueblo dejando de ser multitud.

Condiciones de la legitimidad de la soberanía.

Para BODIN había limitaciones a la soberanía, el derecho natural, el derecho de gentes, sin embargo no hay sanciones en el caso de violación por parte del soberano. Esta exclusión del orden jurídico del soberano está justificada por el temor a la guerra civil que era concebida como peor que la tiranía. No podría haber una tiranía tan mala que fuese preferible la guerra civil. Otra limitación era la ley de la sucesión, este límite tiene un fundamento racional, si es posible modificarlas pueden desencadenarse luchas por la sucesión que pueden llevar a la guerra civil. Así aparece la figura del usurpador, si hay resistencia a él, la guerra civil es la consecuencia, pero si el usurpador es efectivo, ya no es posible resistir. Otra de las limitaciones es que el soberano estaba obligado por los tratados, la violación de los mismos lleva a la violencia, es así que esta contradicción de poder celebrar los tratados, deber de cumplirlos y al mismo tiempo autorización para violarlos, actualiza el problema de la legitimidad. Además consentir los impuestos es derecho de los estamentos, controlan entonces al soberano. El soberano de BODIN no es absolutamente soberano. La propiedad es la base de la vida que merece ser vivida. Vida pacífica, en familia, disfrutando la propiedad. Entonces la guerra civil en este caso es un mal menor a la tiranía.

Existe un cosmos de competencias que rivalizaban entre sí, los estamentos, el rey, el emperador. La teoría de la soberanía da una nueva base del poder del rey, “no tiene una función jurídica, sino político-programática”⁴. Pero la base de legitimidad, no se puede

⁴ KRIELE p. 75

reemplazar en un acto único, más bien es un proceso de siglos, el viejo derecho y la teoría de la soberanía son esgrimidos alternativamente.

Y aunque después de HOBBS (1588-1679) pareció que los partidarios de la soberanía habían triunfado sobre los de la constitución mixta, cerca ya de la Revolución francesa en 1762 se publica *El Contrato Social* de JJ ROUSSEAU (1712-1778), en el cual el poder soberano se atribuía *directamente* al pueblo. Según el Procurador de la ciudad de Ginebra, cuando fundamenta la censura a ROUSSEAU, éste sostiene que las leyes constitutivas de todos los Estados son revocables y no reconoce ningún compromiso recíproco entre gobernantes y gobernados. El moderno poder soberano asoma como voluntad libre, incesante y periódicamente llamada a redefinir las formas de gobierno, y con ello todo el espacio de las relaciones políticas y sociales. La ley general, que gobernaba a los hombres que habían renunciado a la libertad natural, los hacía libres civilmente al obturar toda dependencia personal. El único propósito del soberano era evitar que la integridad de la ley se fuera desintegrando, que la voluntad general volviese para atrás y terminase en manos de los intereses particulares. De allí la crítica a la representación, ya que los diputados son sólo comisarios, y la ley no es tal hasta su ratificación popular. En ROUSSEAU la Constitución no funciona ni como límite ni como garantía, al contrario para él, totalmente absorbida por la soberanía, la única ley fundamental es la que obliga a preservar la integridad del poder soberano, que luego de la Revolución francesa se manifestará como ley general y abstracta productora de la igualdad. De manera permanente la Constitución puede ser revocada ya que el pueblo soberano la precede y porque su naturaleza está fuera de ella, la Constitución no puede ni debe traicionar al soberano y no al revés.⁵

El constitucionalismo

FIORAVANTI define al constitucionalismo como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir del siglo XVII se ha dedicado a recuperar los aspectos del *límite* y la *garantía* elementos constitutivos de la constitución antigua. Los pensadores que reflexionan en esta época, no pensaban al *poder soberano* como un *poder arbitrario*, sino más bien en qué forma el contrato social pudiera convertirse en la cuna de los derechos individuales. Sin embargo, en la Constitución moderna de HOBBS y ROUSSEAU eran

⁵ FIORAVANTI, MAURIZIO “Constitución de la Antigüedad a nuestros días” Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 71 a 85

imposibles dos operaciones; la primera era la división del poder soberano, y la segunda es la limitación legal de los poderes para garantizar la tutela de los derechos individuales. Sin embargo, el constitucionalismo sostiene que estas dos operaciones son compatibles con la Constitución moderna, sin menoscabo de la unidad del Estado. El escenario privilegiado para este pensamiento es el inglés, en los años siguientes a la caída del poder monárquico, se establece una nueva relación entre los ciudadanos y los poderes públicos, sobre todo los representativos. Esta nueva relación hace posible salir de la Constitución medieval y reconstruir un orden constitucional equilibrado y contrapesado, capaz de representar de modo seguro y duradero al conjunto de los ciudadanos ingleses.⁶ Para JAMES HARRINGTON (1611-1677) no hay república sin una equitativa y razonable distribución de los bienes, la primera ley es la *agraria*, que crea el equilibrio social, limitando el valor de la tierras que cada uno puede poseer y creando las condiciones para que la mayor cantidad de individuos pueda acceder a la propiedad aunque sea pequeña. La segunda ley es la *electoral*, que permite organizar a los individuos propietarios en un república estable y moderada, de la cual están excluidos los asalariados. Al Senado le pertenece el monopolio de la iniciativa legislativa, y la deliberación le corresponde a la Cámara como expresión de la soberana decisión de los representantes de todo el pueblo. El dilema entre Constitución mixta amenazada por la guerra civil y un poder soberano único e indivisible de HOBBS, es el dilema al que HARRINGTON sortea distinguiendo *Constitución mixta* y *gobierno mixto* a diferencia de HOBBS, porque concibe superada la primera pero quiere asegurar la república estable y duradera bajo el gobierno mixto. El modelo que los partidarios del gobierno mixto admiran es el de la República romana, el que les llega a través de MACHIAVELO. Una forma ideal de gobierno preparada para contener el conflicto irremediable entre nobleza y pueblo, la igualdad civil podía ser realizada, atenuaba, suavizaba las diferencias, y hasta evitaba la riqueza desmesurada. Esta nueva constitución, la de los *contrapesos de los poderes*, está orientada sobre un doble criterio, del poder soberano y de los derechos individuales. La caída de la Constitución mixta no significó la ruina del gobierno mixto.

El gobierno mixto se afirma luego de la Revolución Gloriosa –1689-, tanto en sus relaciones intraparlamentarias, entre Lords y Commons, como del Parlamento con la

⁶ *Ibidem* pp. 85-87

Corona. Con la Gloriosa se adopta el Bill of Rights que afirma la primacía del Parlamento y la tradición del gobierno mixto y el contrapeso de los poderes.⁷

LOCKE (1632-1704) es el primer ideólogo de esta solución, en su obra no sólo hay una teoría del gobierno mixto, sino una afirmación del derecho natural en especial el de propiedad, además en el estado de naturaleza señala la ausencia de una *standing rule*, es decir una norma que protegiera eficazmente la *property*. La salida del hombre del estado de naturaleza hacia la sociedad política significaba un perfeccionamiento de una situación ya existente. Eran necesarios un juez imparcial y un ejecutivo eficaz para ejecutar las sentencias. El Poder Legislativo a pesar de que LOCKE dice, es el supremo, tiene limitaciones importantes, ya que no crea derechos, sino que tutela derechos preexistentes. También están los límites que el Legislativo asume en el ámbito de la forma de gobierno, LOCKE considera incompatibles con el gobierno mixto, no sólo la Monarquía Absoluta sino el gobierno de una sola Asamblea, que podría concentrar no sólo la tarea de legislar en reuniones periódicas, sino que al decidir no disolverse le parece que avanzaría sobre las funciones ejecutivas. Es el primero en formular, la distinción entre poder absoluto y poder moderado. El poder moderado implica sujetos distintos que poseen funciones diferentes. El que posee el legislativo no tiene el poder de coacción y viceversa. El espacio de la Constitución es una relación prudente y equilibrada entre el Legislativo y el Ejecutivo, de manera que prevenga y evite la formación de una dimensión absoluta del poder que amenace los derechos de los individuos. Si el Parlamento o la Corona amenazan romper este equilibrio, queda la *invocación al cielo*, es decir es la situación a la que se retorna cuando sucede aquel supuesto, lo que no quiere decir que el pueblo retome ningún poder constituyente.

Durante el siglo XVIII, afirmó cada vez más la idea de que la Constitución inglesa era aquella definida como un conjunto de leyes, instituciones y costumbres, derivados de ciertos principios inmutables del bien común, que constituyen el conjunto del sistema según el cual, la comunidad ha convenido y ha aceptado ser gobernada. Un buen gobierno es aquel que obra en estrecha conformidad con los principios y fines de la Constitución. Sin

⁷ *Ibidem* pp.87 a 91

embargo el sistema se fue parlamentarizando con la formación del gobierno, primer ministro y gabinete surgiendo como el ejecutivo desde el legislativo.⁸

Más adelante, el gobierno mixto y su expresión en la Constitución inglesa va a ser defendida en la célebre obra "*El espíritu de las leyes*" de 1748 por MONTESQUIEU (1689-1755). Sostiene que tanto los gobiernos monárquicos como los populares pueden terminar en poder concentrado. Su ideal es un Legislativo como el inglés, en parte de base territorial, excluidos sólo los de muy baja condición socio-económica, y en parte compuesto en base hereditaria de personas ilustres por nacimiento, riquezas y honores; pero también un Poder Ejecutivo de base monárquica con poder de veto sobre la ley. "*El poder que frena el poder*" significa para MONTESQUIEU el control sobre cada uno de los poderes por el otro, pero no la colaboración. Con BLACKSTONE, (1723-1780) aparece la imputación de poder soberano al Parlamento, "como autoridad suprema, irresistible, absoluta, no contestada en la cual residen los poderes soberanos", esta afirmación la hace para evitar el nacimiento de *otra soberanía* que ve nacer como una amenaza en la forma de una *voluntad popular* que a través de los partidos pretendía determinar el gobierno y la dirección política del mismo. El otro gran pilar de la Constitución que defiende BLACKSTONE es la titularidad monárquica del gobierno, para evitar el peligro de la parlamentarización del mismo. La constitución inglesa es caracterizada por él, como más precisa y más determinada, para impedir la formación de un poder despótico y arbitrario que las constituciones continentales.⁹

Las Revoluciones

En el pensamiento revolucionario francés, la limitación del poder no surge como en el caso inglés del gobierno mixto, sino que más bien nace de la idea de *contrato* entre *pueblo* o *nación* y el *príncipe*, van surgiendo entonces limitaciones a los *poderes constituidos* y a la vez al *poder constituyente* en tanto pueblo soberano. Por ello ROUSSEAU para afirmar la soberanía del pueblo se aparta de la idea de contrato entre pueblo y gobernante. Las grietas de la construcción constitucionalista aparecen en los años 70 del siglo XVIII en Inglaterra, con EDMUND BURKE (1729-1797) quien plantea la cuestión política del gobierno, para reconducir la elección de los ministros y la dirección política en el sentido de la voluntad de los electores, expresada por los partidos. En realidad, no tenía

⁸ *Ibidem* pp. 91 a 97

⁹ *Ibidem* pp. 97 a 100

el propósito de afirmar la soberanía popular, sino de corregir el sistema institucional, que a su juicio se había encerrado en sí mismo, produciendo una práctica personalista nociva, sobre todo por parte de la Corona en la elección de los ministros. Sin embargo, más allá de las intenciones de BURKE el problema de la soberanía popular estaba planteado; pocos años después JEREMY BENTHAM (1748-1832) atacó frontalmente esa constitución, especialmente arremetiendo contra BLACKSTONE y su defensa de la constitución inglesa y del gobierno mixto. Según BENTHAM la verdadera diferencia entre gobierno despótico y libre no estaba en la posibilidad de oponer límites en nombre de la constitución, sino en la participación en el poder legislativo de las “distintas clases”, por los “frecuentes y fáciles cambios de condición entre gobernantes y gobernados”, por la “responsabilidad de los gobernantes” frente a los electores y al país, y por el modo de organizar las libertades políticas más importantes, como la de prensa y asociación”.¹⁰

En definitiva la legitimación del consenso popular hacia el poder hace innecesario insistir en el límite tan querido por la tradición constitucionalista, ya que la legitimación ha sido reemplazada por el control popular y la responsabilidad del gobierno frente al pueblo.

La situación del último cuarto del siglo XVIII podría definirse como la coexistencia de dos tendencias: por una parte, la *tradicción constitucionalista del poder limitado* y por otra, la *aspiración de poner en discusión la forma política y la misma tradición por el mismo pueblo*, que ya ROUSSEAU había definido como soberano. La primera tendencia pertenece al campo de la *constitución*, la segunda al de la *soberanía*. Para la primera, la segunda representaba el peligro de la disolución del vínculo de obediencia política a los poderes constituidos y la pérdida del valor mismo de la constitución, disolviendo todos los límites y equilibrios que representaban la mayor garantía de los individuos. Por el contrario, para la segunda tendencia la constitución resultaba una dificultad, o una ficción para mantener vivos los poderes de reyes y aristocracias parlamentarias, irresponsables frente al pueblo. “La constitución temía a la soberanía popular, y el pueblo soberano temía a la constitución”.¹¹

En este sentido las revoluciones americana y francesa representan un momento del constitucionalismo, situando en primer plano un nuevo concepto y una nueva práctica que ponen en discusión la oposición entre tradición constitucionalista y soberanía popular. Es el

¹⁰ Ibídem pp. 100 a 102

¹¹ Ibídem p. 103

poder constituyente de los colonos americanos que se declaran independientes de Inglaterra, y que luego ejercen para poner en vigor las constituciones estatales y la de la Confederación en 1787; es el de los franceses que lo ejercitan a partir de 1789 para destruir las instituciones del Antiguo Régimen. En el ejercicio del poder constituyente está contenida una expresión indestructible de la soberanía, con la que un sujeto colectivo pretendía reconstruir una nueva forma política.

En el proceso americano, los colonos encuentran en la tradición inglesa y su conocido aforismo “*no taxation without representation*”, la razón para alzarse en contra de Inglaterra y la ley del Parlamento que exigía impuestos sobre el té los que no habían sido votados por los que debían pagarlos. Así la supremacía de la Constitución queda establecida sobre la soberanía parlamentaria. Ya reconocían sus asambleas locales como las instituciones representativas. A la lucha por este derecho a la representación, se le van sumando la lucha por otros derechos políticos: derecho a la petición, derecho de reunión, elecciones libres, etc.¹² La superioridad de la Constitución se intenta mantener sobre la doble base de la tradición de la constitución inglesa y la de los derechos absolutos de los britishmen; y la nueva del poder constituyente y los derechos naturales de los individuos.

La Constitución americana no es un fruto póstumo de la constitución inglesa, sino que en su base está el reconocimiento de la voluntad popular para la unión entre estados con un vínculo federal, legitimado por los ciudadanos. Pero bien mirada, la Constitución norteamericana democrática, en realidad rescata de la constitución mixta inglesa los *frenos* y *contrapesos*, ya que veían a la parlamentarización sufrida por aquella, como una desviación absolutista de la forma política. Para GARGARELLA, el sistema de “*mutuos controles*” acompañaba al presupuesto según el cual el sistema político “*incorporaba*” a toda la sociedad. Recién cuando combinamos ambos elementos –el mayoritario y el minoritario- podemos conocer el propósito básico de esta maquinaria institucional. La idea era la siguiente: dado que los sectores “mayoritario” y “minoritario” de la sociedad, tenían asegurado un lugar institucional propio, luego, facilitando los “*mutuos controles*” se forzaba a cada grupo a negociar sus iniciativas con el grupo opuesto. El sistema de “*equilibrios de poder*” contribuía así al “*equilibrio social*”. Ningún grupo tenía la

¹² KRIELE, MARTÍN “Introducción a la Teoría del Estado” Depalma, Buenos Aries, 1980, p. 218

posibilidad de imponer, simplemente, su voluntad sobre el contrario. Para NINO¹³ la concepción pluralista de la democracia -adoptada por el modelo norteamericano- valora el hecho de que en un sistema democrático nadie está autorizado a hablar por todo el pueblo. Según ALEXANDER HAMILTON, (citado por GARGARELLA), las nuevas instituciones permitían que la “*mayoría*” quedase en control del poder político, entonces ésta oprimiría irremediablemente a la “*minoría*” pero -del mismo modo- si las instituciones facilitaban las riendas del poder al grupo minoritario, entonces éste también, inevitablemente, oprimiría al grupo opositor. La conclusión a la que llegaba HAMILTON, a partir de tales criterios, parecía obvia: a partir de previsiones como las señaladas, se tornaba necesario darle poder institucional a ambos sectores sociales -y no sólo a uno de ellos- para así evitar el riesgo de las opresiones mutuas.¹⁴ Confluyen en esta Constitución las dos tendencias, la democrática y la del gobierno limitado, precisamente porque los poderes del Estado no eran originarios sino que derivaban del poder constituyente que los había dispuesto en la Constitución, con un diseño de límites entre cada uno tal como la tradición inglesa. Pero si el pueblo es el soberano, no hay por qué retacear la posibilidad de que el poder constituyente pudiera reformar permanente o por lo menos periódicamente la Constitución, que no era más que producto de su voluntad. Sin embargo, los norteamericanos reforman la Constitución a través del mecanismo de las Enmiendas, el que les posibilita la no inspección de los fundamentos de la misma.

Los franceses en cambio, debían concebir no al pueblo soberano como origen y fundamento de la Constitución, sino como *el soberano*, que a través de la Constitución sostiene el movimiento revolucionario. EMMANUEL SIÈYES (1748-1836) en su célebre ensayo “¿Qué es el Tercer Estado?” deriva del poder constituyente consecuencias diferentes a las de los norteamericanos. Si bien reconoce la función limitadora de los poderes constituidos, avanza más allá sosteniendo que, la Constitución que limita a los poderes constituidos no puede limitar al poder constituyente, la Nación que es el sujeto soberano no puede someterse a las formas constitucionales. La Constitución deberá

¹³ NINO, CARLOS SANTIAGO “El hiper-presidencialismo Argentino y las concepciones de la democracia, en El presidencialismo puesto a prueba,” Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 1992 p 37.

¹⁴ GARGARELLA, ROBERTO, “Sobre Los Déficit Del Sistema De “Frenos Y Contrapesos”. Ponencia presentada en el VI Congreso Nacional de Ciencias Políticas de la Sociedad Argentina de Análisis Político (SAAP). Universidad Nacional de Rosario. Noviembre de 2003. pp. 10 a 12.

disciplinar los poderes que ella misma instituye, pero de ninguna forma puede apagar el motor que inició el movimiento revolucionario. El problema era transferir el poder soberano a uno de los poderes constituidos por la Constitución, ya que ésta reconocía el poder originario del pueblo. La representación se vuelve la piedra de toque de esta cuestión; la revolución, el movimiento vertiginoso del pueblo soberano que arrasa con todo a su paso, debe ser frenado, la política debe ser enlentecida, y esto se logra mediante la radicación de la soberanía en los representantes, que encargados de hacer la ley, encarnan la voluntad general, siendo entonces de una naturaleza muy diferente a la de los otros poderes constituidos. Para los constituyentes franceses la separación de poderes no era más bien que una palabra genérica, de carácter político, contrapuesta como tal a la fórmula anterior del Estado absoluto, que los eventos sucesivos debían llenar de contenido constitucional.¹⁵ La Constitución de 1791 es una diseñada con un predominio casi absoluto del *poder legislativo* y privada casi por completo de frenos y contrapesos, y así de la posibilidad misma de contrastar en el plano legal y constitucional ese mismo poder. El Rey tenía poder de veto pero éste sólo podía ser ejercido en su carácter de representante de la unidad nacional y como titular de un poder realmente distinto, el *Ejecutivo*, aparecía subordinado al Poder Legislativo. A la cabeza del Poder Judicial está el Tribunal de Casación, el complementaba la superioridad de la Asamblea Legislativa, este Tribunal estaba establecido para preservar la integridad de la ley y como órgano de vigilancia y control de los jueces más que para protección de los derechos de los individuos. La representación además, por indicación de SIÈYES, establecía una diferenciación entre ciudadanos activos y pasivos, que no era más que una diferenciación censitaria aunque de niveles bajos; sin embargo la elección de los representantes no era directa sino que los ciudadanos activos elegían a electores los que eran seleccionados por criterios censitarios elevados. En 1793 es sustituida por una Constitución claramente democrática en la cual el soberano es el pueblo no ya la Nación, y el pueblo es el *conjunto de los ciudadanos franceses vivos*. Sin embargo se mantiene la idea de que el pueblo está representado en uno de los poderes constituidos, el cual es el Legislativo, como guardián de la voluntad general que debía vigilar a los otros dos poderes de deformar o desviar la ley. En 1795 la nueva Constitución como producto de la reflexión sobre el período jacobino, intenta poner un freno a las fuerzas revolucionarias, el poder

¹⁵ FIORAVANTI, Ob. cit. pp.106 a 115

constituyente es visto como amenaza de cualquier intento de estabilidad. SIÈYES anota “se confía así a la constitución la tarea de organizar la máquina política, es decir, el concurso de los poderes constituidos estableciendo sus competencias y funciones de manera que se produzca una soberanía limitada que la mantenga “*en sus justos límites*””.¹⁶ Francia no podía ser el país de los frenos y contrapesos, tenía como tarea la destrucción de instituciones sociales y económicas, y no era una preocupación ponerle límites al legislador, sino más bien el límite debía sostener la voluntad general expresada legislativamente.

Revolución contra Tradición

Durante los últimos años del siglo XVIII y luego en el XIX surgen diferentes doctrinas frente a las revoluciones. Dentro de ellas la crítica de EDMUND BURKE, se destaca ya que su centro es el mismo concepto de revolución. Mientras que en Francia se partía de un concepto de revolución desde la nada hacia una nueva constitución, BURKE sostiene la necesidad de preservar las antiguas costumbres y la Constitución que representaban la única garantía de la certeza de las leyes y de las libertades. Los conceptos de *certeza* y *garantías* tienen una importancia fundamental en el pensamiento constitucionalista inglés ya que consideran a la Constitución como un verdadero pacto entre individuos, pero en el sentido de una consolidación progresiva e históricamente dada de una condición de equilibrio entre los intereses sociales y no como un proyecto político expresado a través de una asamblea constitutiva. El peligro estaba en las tumultuosas y diferentes mayorías que se expresaban en las asambleas, que ponen a los derechos en el centro del conflicto político ordinario. Excluirlos de la posibilidad de voluntades mayoritarias cambiantes era el camino de la protección de las libertades. Pero no es sólo un defensor de la Constitución inglesa, es capaz de tomar de la revolución otro aspecto, que amenaza no sólo a la seguridad y propiedad de los individuos sino a la autoridad política misma. En la Revolución Francesa no habría sólo un *exceso*, en el sentido de la inestabilidad de los derechos individuales sino también en cuanto a su concepción del *contrato*, el que pone en discusión la misma naturaleza de la *obligación política*, y pone en su fundamento una especie de acuerdo societario asimilable a los contratos del derecho privado que pueden romperse por voluntad de las partes. La constitución inglesa por el contrario, esta sustraída a la discusión política

¹⁶ *Ibíd*em p. 118

ordinaria, y de esta manera asegura las libertades y la estabilidad del fundamento político del Estado, en virtud de su fundamento histórico.¹⁷

Sin embargo, fue IMMANUEL KANT (1724-1804) el que tuvo el mérito de haber situado el problema histórico del orden constitucional en un plano más general, no circunscripto a la experiencia en un país determinado. La Constitución republicana es un conjunto de principios, de los que el primero y principal es el de la *libertad*, que consiste en la libre consecución de la felicidad por parte de cada uno, siempre que no impida la misma búsqueda para los demás. El segundo principio es el de la *igualdad*, entendida como la sumisión de todos a la ley. El principio de *reserva de ley* es el que asegura el principio de la libertad para todos en igual medida. KANT distinguía entre *forma de Estado* y *forma de gobierno*, la primera atendía al poder soberano de hacer la ley y sería entonces, democrático, monárquico o aristocrático, y la segunda atendía a la relación entre el poder legislativo soberano y los otros poderes, por una parte a partir de la separación entre Legislativo y Ejecutivo, el poder soberano de hacer la ley y por otra el director de la cosa pública que domina a través de la disposición del poder directo de coacción. La importancia no estaba en la fórmula política sino en la concreta estructuración de la forma de gobierno, de manera que a través de la separación de poderes se garantizaran los principios de libertad e igualdad.¹⁸

BENJAMÍN CONSTANT (1767-1830) inicia una reflexión sobre la revolución parecida a la de KANT pero buscando una limitación y disciplinamiento de la soberanía popular. Sin embargo, su aporte más importante respecto de la Constitución, se produce durante la Restauración, hay entonces que recordar la misma separación que ya había hecho KANT entre forma de Estado y forma de Gobierno. La garantía de la libertad está en la segunda siendo indiferente la primera distinción para este tópico. Reelabora el concepto de soberanía popular concibiéndola como “supremacía de la voluntad general sobre todas las voluntades particulares”. La ley es la garantía de los derechos y la constitución no puede oponerse a ésta, en consecuencia el control de constitucionalidad no tiene sentido alguno.¹⁹ En la otra orilla del Atlántico en los EEUU el control de constitucionalidad era bien visible, lo advirtió un joven magistrado francés ALEXIS DE TOCQUEVILLE (1805-1859) quien en “La

¹⁷ *Ibídem* pp.121 a 123

¹⁸ *Ibídem* pp. 123 a 126

¹⁹ *Ibídem* pp. 126 a 129

democracia en América” describió con simplicidad lo siguiente; “En los Estados Unidos la Constitución manda tanto sobre los legisladores como sobre los simples ciudadanos”, con ello no intentaba prescribir este modelo a su país, sino más bien mostrar una situación en la cual la democracia desarrollada al máximo no había renunciado al límite, y ese límite no podía ser de otra clase que *aristocrático*, desvirtuando en cierta medida sus afirmaciones de una democracia extendida en lo social y lo político. Los jueces norteamericanos le parecían el elemento aristocrático que atemperaba el principio democrático americano. El *asociacionismo* sea el económico, industrial, comercial, científico o literario, es la piedra de toque que le parece el salvador de las libertades comunes. Las asociaciones son también para TOCQUEVILLE, como los jueces, aristocracias nuevas, que por condiciones económicas e intelectuales son independientes del poder político y no cooptables desde arriba. En su obra posterior “Del Antiguo Régimen” adjudica los orígenes del despotismo político y administrativo, a la ausencia de una clase aristocrática como portadora de la libertad, gracias a la acción niveladora y uniformizante, que comenzada por la Monarquía contra la nobleza, culmina con la Revolución.

Sintetizando, el peligro del constitucionalismo posterior a la Revolución, proviene para BURKE, del poder constituyente, para KANT y CONSTANT, que la soberanía popular sobrepase la supremacía de la ley y para TOCQUEVILLE, es el proceso histórico de concentración de poderes inherentes a la expansión del principio democrático y la nivelación.²⁰

Estado y Constitución

Para JOSEPH DE MAISTRE (1753-1821) el problema de la Revolución había sido separar Sociedad y Soberanía debilitando ambas, porque la primera era mera multitud de individuos privados de orden y forma y siempre destinados a buscar un nuevo soberano, y la segunda reducida a un mero resultado de voluntades de individuos siempre revocable por ellos. La Revolución era descrita así como un acontecimiento que rápidamente había desembocado en una situación de desorden y anarquía generalizados dentro de la cual todo orden había sido sometido a una continua contestación, haciendo imposible un orden constitucional estable.

²⁰ *Ibidem* pp. 129 a 132

Empezó a gestarse la idea de sustraer a la lucha política un núcleo que permitiese una estabilidad política posrevolucionaria, esta idea viene de Alemania y es la de la *Constitución Estatal*, con GEORG WILHEM FRIEDRICH HEGEL (1770-1831). Alemania según HEGEL estaba condenada a no ser una Nación mientras siguiera atada a los múltiples pactos de derecho privado que regían con privilegios los estamentos en su territorio. Era una Constitución jurídica, de origen consuetudinario y feudal, exigible como cualquier contrato ante los Tribunales, pero no existía una Constitución estatal que expresase la existencia de un Estado como principio político común dotado de autoridad propia. La Constitución estatal es una norma jurídica de derecho público que está llamada a imponerse a la Constitución estamental y feudal y combatir todo tipo de privatismo, y también combate a la Constitución como mera norma que garantiza la propiedad y los derechos individuales. La Constitución estatal combate al antiguo privatismo de los estamentos y al nuevo de los individuos, por ello valora el poder político universal que se erige como interés general del Estado. La soberanía está en el Estado y en su constitución, de ninguna manera en el Monarca, ni en el Pueblo. La soberanía del Estado en Alemania sirvió durante muchos años para limitar el poder del monarca, de los estamentos y del principio popular. Para ello aparece la personalidad del Estado y ya sea el Monarca o las asambleas son sólo órganos del Estado. Otro modo de ver, en la misma Alemania, la soberanía del Estado es a partir de 1850, en esta perspectiva la Constitución debía ser respetada sólo cuando sus normas fuesen claras y precisas, pero cuando no era así el Monarca era el llamado a decir cuál era el interés superior del Estado, BISMARCK llega a expresar que el Estado es superior y anterior a la Constitución. “El Estado es la casa sólidamente construida”, y la Constitución, respecto de la casa, puede concebirse como la elección por un determinado “arrendamiento”, es el “lujo” que nos podemos permitir cuando sabemos que la casa ya existe.²¹

En el resto de Europa las perspectivas sobre la Constitución y la soberanía eran más moderadas. Se trataba de una soberanía del Estado que impedía la soberanía popular, pero también la del monarca, se trataba de poderes públicos limitados por el Derecho público estatal. Fue así inevitable que en el siglo XIX la soberanía del Estado coincidiese con el orden jurídico estatal dado por el mismo Estado, que con esa regla anulaba la *soberanía*

²¹ *Ibíd*em pp. 132 a 140

política del monarca y la del pueblo; aparece así el llamado Estado de Derecho. Esta tradición se desarrolla a través del pensamiento de GEORG JELLINEK (1851-1911), presenta una serie de puntos interesantes; uno es la equiparación de HOBBS y ROUSSEAU, considerando a ambos casos doctrinas *políticas* de la soberanía, concebidas en forma absoluta legitimando poderes sin límites y sin formas. La misma Revolución Francesa había sido prisionera de estas doctrinas, para vencer la soberanía del monarca había quedado prisionera de la absoluta soberanía popular. Los derechos individuales en estos últimos dos casos habían sido concebidos como concesiones graciosas del monarca o en el caso de la soberanía popular, tal la Declaración de 1789 proclamándolos vivazmente, para luego ponerlos a disposición de la voluntad –igualmente política- de las Asambleas. En el Estado de Derecho los derechos están confiados a la ley del Estado soberano, disciplinada por reglas constitucionales, que garantizan que en su formación concurren poderes limitados en sí, que no son expresión de ningún principio dominante, ya que son conscientes de ser sólo y exclusivamente poderes del Estado. Finalmente JELLINEK define la Constitución de esta manera: “La Constitución del Estado comprende los principios jurídicos que determinan cuáles son los órganos supremos del Estado, el modo de su formación, sus relaciones recíprocas y sus esferas de acción y en fin la posición fundamental del particular respecto al poder del Estado”²² El tiempo de la Revolución y el inmediatamente posterior han quedado detrás, ahora es la Constitución que existe sólo para sostener un Estado soberano, organizarlo, limitarlo y disciplinarlo. Para JELLINEK la democracia y el mismo principio de la soberanía popular pertenecían al campo de la pura política de la época de la Revolución, la Política había sido disciplinada y frenada por el Estado de Derecho.²³ P. 142

Democracia y Constitución

En Francia, con la Tercera República se instaura ese *diseño del punto medio*, en el cual son negados tanto el monarca como la soberanía popular, sin embargo, esta situación va evolucionando hacia el Parlamento soberano, de esta nueva situación es intérprete RAIMOND CARRÉ DE MALBERG (1861-1935), quien se apoya en la doctrina alemana del Derecho Público para limitar la soberanía del legislador. Se remonta a la matriz

²² JELLINEK, GEORG “Teoría General del Estado”

²³ Fioravanti, Ob. cit. pp. 140 a 142

revolucionaria de la soberanía popular a la que imputa la sobrevaloración de las asambleas representativas. La limitación para CARRÉ DE MALBERG, viendo imposible el control de constitucionalidad al estilo norteamericano, consiste en ver al legislativo como un órgano del Estado, y no como representantes populares. La excepción durante este siglo fue JOHN STUART MILL, (1806-1873) quien mediante la extensión del sufragio atribuye al Parlamento el lugar en el cual el pueblo soberano se representa en su complejidad, proporcionando así la base necesaria de toda decisión de relevancia pública, incluso la elección de gobierno. Sin embargo, es una opinión aislada dentro de la corriente dominante del constitucionalismo inglés, la que está sujeta a la idea del *King in Parliament*; un Legislativo constituido por tres voluntades, el Rey, el Pueblo y la Aristocracia. Este Parlamento no representaba la soberanía popular, el Parlamento inglés nunca ha de constituir una amenaza a la “ley del país” que es la que los Tribunales aplican. El Parlamento es expresión de la realidad social y política que ha dado lugar a esa ley, no constituye un sujeto en sí mismo con voluntad autónoma, ni tiene el propósito de dominar e imponer una decisión a la sociedad y a los jueces. Antes del Parlamento no había habido ningún pacto, ni ley constitucional de orden superior, querida por un poder precedente, agente en un sentido constituyente, era soberano porque no estaba legitimado por el principio de la soberanía popular. Más allá de estos argumentos, la no puesta en cuestión de la soberanía del Parlamento, que podría aparecer como un atisbo de absolutismo, lo que los ingleses estaban haciendo era no discutir el tema de la soberanía para que no se les filtrase el de la soberanía popular. La solución inglesa es relacionar el Parlamento con la *Rule of Law*, con la garantía de la seguridad especialmente dirigida hacia la libertad personal y la propiedad que ofrece la Constitución inglesa. La *reserva de jurisdicción* es la garantía, los derechos son considerados como procedimientos a hacer valer ante los tribunales, sin que el Parlamento los defina en abstracto, y menos imponer una razón política a esta delicadísima materia. Todo el Derecho Público europeo en el cambio de siglo se apoya en el rechazo del principio democrático de la soberanía popular. Y opera al mismo tiempo la otra perspectiva que es la del principio inglés de soberanía del Parlamento, sobre todo por excluir que él y su ley deriven del poder constitucional derivado a su vez del poder constituyente del pueblo soberano.²⁴

²⁴ *Ibidem* pp. 142 a 147

La Constitución democrática no era un concepto en aquel tiempo operativo, ROUSSEAU que había teorizado sobre la democracia había ahondado sobre la soberanía, pero no sobre la constitución. La Constitución democrática era un recuerdo y está prácticamente ausente. En el inicio del siglo XX no hay Constitución democrática por las razones que hemos expuesto, esto hace entonces significativo el cambio que se da en los años 20. Se abre una época de intensidad política que comienza en 1919 con la Constitución de Weimar y su República, el desencadenamiento de los totalitarismos, y en la posguerra regímenes democráticos dotados de un sentido social, éstos ya no pueden tener una Constitución sólo estatal en la línea del modelo alemán, ni la línea inglesa de la Constitución sólo parlamentaria. Ahora vuelve la idea de la Constitución ligada a la voluntad del poder constituyente del pueblo soberano, y que enumera normas y principios sobre derechos fundamentales y de igualdad. La Constitución de Weimar sería el precedente de las Constituciones democráticas europeas del siglo XX, no se concibe como un ordenamiento de poderes y la ley como única garantía de los derechos, sino que, pretende significar la existencia de unos principios fundamentales que presuponen la convivencia civil.

Comienza una búsqueda de *instrumentos institucionales*, para garantizar aquellos principios fundamentales, pero hay dos que presentan dificultades importantes. El *principio de la inviolabilidad de los derechos fundamentales*, que vuelve a traer a la arena la cuestión del control de constitucionalidad de las leyes en relación con esas Constituciones que han establecido esos derechos normativamente. La segunda dificultad aparece en el *principio de igualdad*, el que tiende en las Constituciones Democráticas a extenderse más allá que la mera prohibición de discriminación, incluyendo el derecho a la educación, al trabajo, poniendo en evidencia la gran cuestión de la realización de los derechos sociales. En Weimar se incluyen estos principios, pero los encargados de actuar estos derechos eran los partidos políticos a través de su representación parlamentaria proporcional; sin embargo rige desde el inicio una actitud de desconfianza de la soberanía del Parlamento, cuyo poder se compensa con la figura de un Presidente elegido directamente y que representa la unidad del pueblo alemán. Si este fue el camino elegido para garantizar los derechos fundamentales no se implementa un verdadero control de constitucionalidad. Aparecen interpretaciones del nuevo carácter democrático de las Constituciones, entre ellas la

brindada por CARL SCHMITT (1888-1985), para él el pueblo es, en la Democracia, sujeto del poder constituyente. Toda Constitución democrática se basa en la “decisión política concreta del pueblo dotado de capacidad política”²⁵. El poder constituyente se encuentra por encima de toda Constitución y ésta deriva de él, la Constitución de Weimar es una unidad sistemática normativa lógica, y esa unidad existe por la existencia política del pueblo alemán, y no descansa en la vigencia de la Constitución.²⁶ Existe porque contiene un irrenunciable elemento político, constituyéndose en ley fundamental de la comunidad política porque es allí donde el pueblo soberano se expresa normativamente.

En la Constitución de Weimar se reúnen todas las líneas del constitucionalismo liberal, la separación y el equilibrio de poderes, la tutela jurisdiccional de los derechos, y el método parlamentario para la asunción de las decisiones políticas. Pero, SCHMITT piensa que las dos grandes líneas del constitucionalismo dominantes en el siglo XIX, el estatal alemán y el parlamentario inglés, habían despojado a las Constituciones de su elemento político, eliminando al pueblo soberano, al poder constituyente, por ende al principio democrático. Para él, la Constitución es permanentemente socavada por las leyes constitucionales, reforzadas en el plano formal y modificables libremente. En 1931, la situación de la República de Weimar era desastrosa, el Parlamento estaba dividido y fragmentado, esto lleva a SCHMITT a sostener, que el Presidente elegido directamente por el pueblo y que está en la cumbre de la burocracia, es el *guardián de la Constitución*, como consecuencia de los amplios poderes extraordinarios que la misma en su artículo 48 le concedía. Así, el presidente expresa el elemento político de la Constitución que es la unidad del pueblo alemán. Paradójicamente SCHMITT, partiendo de la defensa del poder constituyente del pueblo, termina defendiendo el principio de continuidad del Estado, vale decir la primacía del Estado sobre la Constitución. La Constitución designa una unidad y una totalidad, entonces es factible identificar Estado y Constitución; pero no en el modo de que Estado es igual a Constitución, sino lo contrario, la Constitución es el Estado, porque el Estado es tratado como un deber ser normativo, ya que todas las leyes y normas son referidas a una norma, el Estado se convierte en una ordenación jurídica que descansa en la Constitución como norma fundamental, es decir en una unidad de las normas jurídicas. La

²⁵SCHMITT, CARL “Teoría de la Constitución” Alianza Universidad Textos, Madrid, 2001 p.234

²⁶ Ibídem pp. 35 y 108

doctrina schmittiana no termina de resolver la cuestión del encuentro entre democracia y Constitución.²⁷

En las antípodas de SCHMITT, encontramos a HANS KELSEN (1881-1973) para quien todo poder necesariamente debe tener un fundamento normativo. Una Constitución es democrática cuando tiende a desterrar los *poderes autocráticos*, es decir aquellos poderes que tienden a autolegitimarse, alejándose de la norma Constitucional que para él es el único fundamento posible del poder. De esta manera todos los poderes son reconducidos a la norma constitucional. El primer adversario para la Constitución democrática, es el principio monárquico es decir el poder del rey y de la burocracia como en Alemania, los que representaban al Estado y eran anteriores por naturaleza a la Constitución. En la perspectiva kelseniana la Constitución democrática es republicana y pluralista, contra toda la tradición que había iniciado ROUSSEAU. En suma para KELSEN una Constitución es democrática cuando es una Constitución *sin autor*, y está protegida del peligro de que alguien se haga su dueño, y en consecuencia nadie puede disponer libremente de ella. Así niega la posibilidad de la interpretación auténtica conforme a la voluntad soberana del poder constituyente. El pluralismo está en la base del pensamiento kelseniano, la Constitución no es el producto de un poder, o de un “sujeto” que exprese una “voluntad” como la roussoniana *tradición* sino de un *proceso* que da origen a la Constitución producto de una *mediación*, una composición, representativa en su interior de *la pluralidad de fuerzas* y de los *concretos intereses existentes*. La Constitución democrática, para KELSEN, debe ser *republicana*, *pluralista* y finalmente *parlamentaria*. El Parlamento es para él, el escenario adecuado para la composición, y transacción de los intereses sociales, y en él todos han renunciado a representar el interés general, reconociendo los intereses particulares como legítimos y como objeto de acuerdos y compromisos parlamentarios. De tal diálogo son artífices los Partidos Políticos, los que representan los intereses sociales plurales y los encaminan hacia la mediación. En definitiva la Constitución tiene como objetivo la *pacífica integración* y *coexistencia de la pluralidad de las fuerzas políticas y sociales, a través de la proporción de consenso que cada una ha obtenido en la puja electoral*. Por lo tanto, es de vital importancia que todos los grupos políticos tengan representación parlamentaria en proporción a sus fuerzas, así el Parlamento representará la realidad de la *situación de hecho*

²⁷ FIORAVANTI, Ob. cit. pp.149 a 154

de los intereses en conflicto. La primacía de este escenario representativo nunca es para KELSEN la *soberanía del parlamento*, ya que la *ley* es suprema en el sistema de las fuentes del Derecho, y es válida porque se dictó de acuerdo con los requisitos formales de procedimiento. Si la ley es *puro acto de la voluntad de la mayoría*, en tanto unos intereses dominan sobre otros, para KELSEN es necesario poner un límite a la ley, ya que se pondría en juego la Constitución entendida como “principio en el que se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas”. El *control de constitucionalidad* es el límite, la presencia de un Tribunal constitucional que puede dejar invalidada una ley, no es un ataque a la legitimidad democrática sin embargo. Esto es así porque la ley ya no es inatacable, no posee dentro de sí la *voluntad general del pueblo soberano*. La ley es válida en cuanto respete el ideal democrático de la pacífica convivencia de la pluralidad de fuerzas e intereses. Estos mecanismos garantizan el equilibrio de fuerzas, tutelando los derechos de las minorías.²⁸

Las dos interpretaciones de la Constitución democrática, la de SCHMITT y la de KELSEN, fueron las alternativas del constitucionalismo del siglo XX. El desarrollo histórico de la Nación se convierte en el límite del arbitrio de los poderes constituidos. Esta construcción estalla en Europa con el advenimiento de los partidos de masas, luego de la primera guerra mundial, ya no son los individuos capaces y racionales llamados por el Estado a designar la clase política. La ley ha de aparecer como el fruto de la voluntad política de una mayoría vencedora que nada tiene que ver ya con la *unidad histórica* de la Nación. La competencia entre sujetos distintos, entre partidos, individuos, grupos, intereses, por la conquista del poder político por la determinación de la dirección política dominante, a su vez terminará cambiando los equilibrios de la sociedad, lo que traerá como consecuencia que cada vez sea más difícil reconocer en el legislador el espejo fiel de la nación y de su historia. Entonces la Constitución en sus dos sentidos, como *norma directiva fundamental* y como *norma fundamental de garantías* de la época revolucionaria volverá a vencer. Después de la Segunda Guerra Mundial, se establecen en Europa en varios países Constituciones que asumen el principio de igualdad como central, pero como un indicador normativo para el futuro, para la promoción de una creciente igualdad entre los ciudadanos, en el acceso a algunos bienes sociales como la educación y el trabajo. En el plano histórico

²⁸ *Ibíd*em pp. 154 a 158

se trata de recomponer la gran fractura entre democracia y constitucionalismo. Estas nuevas Constituciones se caracterizan por el justo equilibrio entre el principio democrático a través de las instituciones de la democracia política, y el mismo papel del legislador y del gobierno apela a la tradición de los *límites de la política*, fijándole fuerza normativa a la Constitución en particular a través del control de constitucionalidad. La apelación al poder constituyente del pueblo, es compensada por su límite y el reconocimiento del papel fundamental de los poderes constituidos, quienes a la vez están limitados por la misma Constitución. Sin embargo, esta solución no es absolutamente definitiva, ya que pronto la vieja tensión entre poder constituyente y poder constituido volverá a aparecer, la tentación de los poderes constituidos de quebrantar los límites constitucionales bajo diferentes argumentos, -governabilidad, emergencia, crisis- están al orden del día; la política vuelve a acelerar sus tiempos. Así es que la Constitución no es ya última garantía de estabilidad, sino que se convierte en sí misma en fuente e instrumento de inestabilidad. Ante nuevas situaciones constitucionales materiales, surgen grupos que reclaman e impulsan legislación que acoja sus demandas de intereses particulares.

En la base de legitimación del Estado Constitucional democrático, hay confusión, entre soberanía del Estado y absolutismo. En el absolutismo hubo siempre reservas. El soberano no está obligado frente al Derecho y la ley, puede conceder, pero siempre puede revocar. El soberano puede violar el Derecho, no está sujeto, inclusive al Derecho tradicional, todos los demás están sujetos Recordemos que el soberano hobbesiano introduce el estado de naturaleza en la sociedad civil.. El soberano puede asumir en cualquier momento cualquier competencia, todo poder es delegado por él. El soberano por sobre todo crea el orden jurídico. La obligación política es absoluta por parte de todos los demás, es ilimitada en su contenido, no existe derecho de resistencia. No puede haber un concepto de pacto entre gobernante y gobernados. No hay derechos que puedan invocarse frente al soberano, en consecuencia es imposible la existencia de un tirano, ya que depende de si se quiere o no al gobernante. En este punto polemiza HOBBS con ARISTÓTELES el que recordemos distinguía entre monarquía y tiranía.

Concepciones actuales sobre el poder constituyente

El poder constituyente es un poder excepcional, transitorio, de épocas de crisis que queda desactivado en los períodos de normalidad durante los que funcionan los poderes constituidos.

La soberanía del pueblo queda durmiendo, sólo se despierta en momentos de crisis. La Constitución es lo único que queda de la voluntad soberana, permaneciendo como el único medio válido para controlar el poder de los gobernantes. La idea de los fines es la conveniente para la soberanía, ya que la distinción de poder limitado o ilimitado no tiene que ver con la capacidad de lograr sus fines que son hacer la Constitución. La Constitución es el medio de limitar el poder; al crear una Constitución y erigir los poderes constituidos sometidos a reglas jurídicas, realiza los fines cuya realización legitima su propia labor, en cuanto la aplicación, sistematización y garantía del principio democrático, de la distribución de poderes y los derechos humanos. El consentimiento de todos a la Constitución es necesario para legitimar, es conteste la opinión de rechazar el requisito de la unanimidad, entonces juega la regla de la mayoría, como regla procedimental para garantizar la libertad y existencia de las minorías.

La Constitución no ha venido simplemente a ocupar el lugar de la ley, sino a diseñar un modelo de producción normativo notablemente más complejo donde todos los jueces encuentran, no un orden jurídico unívoco, sino orientaciones de sentido conflictivo que exigen ponderación. Cabe decir que en las sociedades actuales el pluralismo ideológico ha reemplazado al monismo del Estado liberal de Derecho, y ello tiene su reflejo normativo en la Constitución. Así pues la Constitución no es sólo una “súper ley”, sino algo distinto donde podemos encontrar directivas de actuación de sentido contradictorios, entre otras cosas porque su carácter pactista o de consenso ha incorporado aspiraciones de distintas procedencias que sin embargo, han de convivir y armonizarse.²⁹

KRIELE considera que para abordar un objeto de estudio, tal el Estado, las posiciones descriptivas que responden a la pregunta ¿cómo es? y las posiciones prescriptivas que responden a la pregunta ¿cómo debe ser?, no logran comprender los fenómenos en su plenitud. Más bien hay que, como SAVIGNY lo ha enseñado, perseguir la evolución de las instituciones hasta su raíz histórica. Este tipo de análisis es importante porque nos lleva a

²⁹ PRIETO SANCHÍS, LUIS “Ley, principios, derechos” Editado por Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid 1998

darnos cuenta de que el Estado Constitucional-Democrático puede –a pesar de sus debilidades- solucionar a la larga los problemas esenciales mejor que cualquier otro tipo de Estado y del por qué de este hecho. Esto es así, porque el Estado Constitucional Democrático crea las situaciones reales relativamente más favorables para la paz, la libertad y la justicia; constituyéndose estos principios en la base de la legitimidad de este tipo de Estado.³⁰ Así es que las Constituciones modernas han dado lugar a una serie de principios y valores que son contradictorios Según ZAGREBELSKY “La coexistencia de valores y principios, sobre los que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir”³¹. “Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores -en lo tocante al aspecto sustancial- y la lealtad en su enfrentamiento -en lo referente al aspecto procedimental-.”³²³³ Aquellos principios y valores ya no cumplen la función de cubrir lagunas sino que se aplican siempre. Anteriormente se decía que los principios cumplían una función de orientación política, pero esto se deja de lado cuando se le reconoce valor normativo a la Constitución. No es ella un mero catálogo de principios, sus preceptos son alegables ante los tribunales. ¿Quién y cómo garantiza el cumplimiento de los principios y de las reglas estipulados en la Constitución? Deben existir garantías que aseguren su cumplimiento, la verdadera eficacia de la Constitución depende de la planificación de sus propias garantías. El reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución produce como consecuencia que la aplicación de las normas constitucionales plantee problemas de interpretación especialmente

³⁰ KRIELE, MARTÍN “Introducción a la Teoría del Estado” Depalma Buenos Aires 1980. pp.2 y 3.

³¹ ZAGREBELSKY, GUSTAVO “El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia” Editorial Trotta Madrid 1999, p.14

³² *Ibíd*em pp. 14,15.

³³ GIOVANNI SARTORI en Teoría de la Democracia dice que de los tres niveles que tiene el consenso 1) el consenso básico sobre los valores en la sociedad política consenso que facilita la democracia 2) consenso procedimental y 3) el consenso sobre la acción política y los gobiernos; el que es pp. 122-126. En el mismo sentido, BERNARD CRICK sostiene como fundamental el consenso procedimental. “El consenso no es un aglutinador espiritual sistemático, externo o intangible, un adhesivo metafísico ni algo misteriosamente previo a la política o por encima de ella; es la actividad política en sí misma”. “Donde sí parece necesario un consenso sistemático y articulado es en la autocracia. Un gobierno cuya legitimidad no se basa en la adhesión pública a los métodos, los medios, los procedimientos y la participación necesita difundir un mito de consenso único, verdadero y esencial, algo así como una causa “causa y finalidad” teleológica de la sociedad.” CRICK advierte sin embargo que no objeta la consideración de que el consenso consista en un alto grado de concordancia de valores sociales, pero que de ser así probablemente sea un producto de la política y no una condición de sus existencia. CRICK, BERNARD, “En defensa de la política”. Criterios Tusquets. Barcelona, 2001, pp. 199, 200. SARTORI, GIOVANNI: Teoría de la democracia 1.El Debate contemporáneo, rei argentina, Buenos Aires, 1998

significativos, debido entre otras cosas, a esos principios y valores que se incorporan, y desde los cuales puede extraerse fundamentos de otras reglas jurídicas. Así, la interpretación de los valores y principios debe efectuarse operando con criterios normativos, puesto que ambos son prescriptivos y vinculantes y, por lo tanto, susceptibles de interpretación jurídica. Siguiendo a CANOSA USERA esto significa hacer valer los contenidos de la Constitución en la mayor medida posible para regular con ellos la entera actividad del Estado y de los ciudadanos. Entonces la interpretación pone al día cualquier disposición normativa ya que los preceptos de la Constitución reciben actualización del intérprete por medio de una vivificación constante del sentido normativo del precepto constitucional de que se trate. Esta actualización se produce siempre con motivo de un litigio concreto que requiere la atención del tribunal. En consecuencia cada caso resuelto produce una regla de derecho que tiene encaje en el conjunto del ordenamiento y, por consiguiente, la sentencia se erige en una indudable fuente del Derecho. Esto significa que si un Estado es verdaderamente democrático, su Constitución debe constituirse como la norma jurídica fundamental, obligatoria para todo el ordenamiento jurídico-político, vinculando a la totalidad de los órganos de poder y a los particulares, ya sea cuando se relacionan entre sí, o con los órganos estatales. Consecuentemente, para que la norma se cumpla, se acate, debe ser invocable ante todos los tribunales de justicia. La Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*³⁴.

Decimos esto por varias razones; primero porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del derecho, de modo que sólo podrán dictarse normas conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento); una ley sólo así será válida o un reglamento vinculante. En este sentido, la Constitución, es la primera de las “normas de producción”, la norma *normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene pretensión de primacía o duración, lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de intención total tan relevante, y limitadas a objetivos

³⁴ CANOSA USERA, RAÚL “Interpretación constitucional y fórmula política” Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988 pp. 141 a 155

mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido³⁵.

Según ARAGÓN, la vigencia de la Constitución dependerá de su capacidad “de realización”, es decir, de su efectividad normativa, porque requiere necesariamente que la cooperación, la responsabilidad y el control queden asegurados. “No es concebible, pues, la Constitución como norma, y menos la Constitución del Estado Social y Democrático de Derecho, sino descansa en la existencia y efectividad de controles”.³⁶

La Constitución con fuerza normativa funciona, en un Estado Democrático, con ambivalencia objetiva y subjetiva: así, en el primero de los sentidos las normas de la Constitución dan origen y presiden un ordenamiento jurídico; y en sentido subjetivo, los derechos, libertades y garantías de su plexo confieren a cada persona el status jurídico-político subjetivo. Según SCHNEIDER, el *status constitucional* del individuo, fundamentado y garantizado por los derechos fundamentales, es ante todo un “*status*” *jurídico material*, es decir, un *status* concreto con un contenido determinado, sobre el que, ni los poderes estatales ni los propios individuos, pueden disponer ilimitadamente.

El cumplimiento de las funciones estatales y el ámbito vital del individuo en el Estado moderno de servicios, se encuentra entrelazado de múltiples formas, de manera que, por ejemplo, la libertad personal debe ser organizada por el Estado a través de reglas y procedimientos adecuados de participación, así como por la creación de condiciones de vida iguales para todas las capas de población a través de una *política distributiva previa*. El ciudadano individual ya no está por tanto, “sometido” al poder del Estado, es decir totalmente indefenso una vez rebasados los límites marcados por los derechos fundamentales, sino que en un Estado Constitucional Democrático se convierte él mismo en “libre colaborador de las decisiones comunitarias”.

A pesar de las diferentes concepciones sobre derechos fundamentales y democracia, todas estas manifestaciones tienen en común el reconocimiento que el Estado Constitucional Democrático no sólo organiza determinadas formas de actuación estatal, sino que, además, a través de los derechos fundamentales, garantiza elementos objetivos,

³⁵ GARCÍA ENTERRÍA, EDUARDO; “La Constitución como Norma y el Tribunal constitucional” Editorial Civitas S.A. Madrid 1981, p. 49. Ver en Argentina BIDART CAMPOS, GERMÁN J. “El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa”. EDIAR, Buenos Aires 1995

³⁶ ARAGÓN, MANUEL “Constitución y Control del Poder” Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires 1995, p. 41

cuya protección y realización le están encomendadas al Estado por la vía de la configuración jurídica.

Junto a la interpretación y concreción jurídica de los derechos fundamentales, debe producirse su actualización, mediante una *política efectiva*. Cabe aclarar que los derechos fundamentales, no son “valores” atemporales con una vigencia absoluta, ajena al intercambio pluralista de opiniones, sino *ordenaciones de ámbitos sociales vitales*, que se han evidenciado como especialmente “propensos a ser intervenidos” y, por tanto, en interés de la configuración liberal de la convivencia, particularmente necesitados de protección.³⁷

Es conveniente aclarar que la fuerza normativa de la Constitución nos lleva a otorgar a la Constitución escrita *contenidos sustanciales*, vale decir que no admiten ser cualesquiera. Se torna indispensable incorporar junto a la parte *orgánica* de organización del poder, la parte *dogmática*. Tal contenido sustancial se apoya en un *sistema de valores y de principios* que, con constancia implícita o subyacente, alimenta el contenido íntegro de la Constitución. Es evidente, que la “auténtica virtud del Estado Constitucional de nuestros días consiste en haber concebido una norma suprema, fuente directa de derechos y obligaciones, inmediatamente aplicable por todos los operadores jurídicos, capaz de imponerse frente a cualquier otra norma y, sobre todo, con un contenido preceptivo verdaderamente exuberante de valores, principios y derechos fundamentales, en suma, de estándares normativos que ya no informan sólo acerca de “quién” y “cómo” se manda, sino en gran parte también “qué” puede o debe mandarse”.³⁸

La Ley no es hoy lo que aún la Dogmática establecida (cuyas raíces se remontan a la época de la vigencia del Estado liberal de Derecho) nos sigue diciendo que es. La expansión de la acción estatal ha dinamizado el orden jurídico, ha sustituido la concepción estática de aquella acción (propia del Estado de Derecho, basada sobre el dualismo Estado-sociedad) por otra dinámica (propia del Estado social, fundada en la imbricación de Estado y sociedad) que ha roto con los esquemas de manifestación de la voluntad del Estado, con el consecuente reflejo en el concepto de Ley (en sentido material). “*El concepto clásico de la Ley, estaba al servicio de la protección de la libertad y la propiedad, y presuponía una*

³⁷ SCHNEIDER, HANS PETER “Democracia y Constitución” Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1991 pp. 19,20,21.

³⁸ PRIETO SANCHÍS, LUÍS; Ob. cit. pp. 35

*vocación de generalidad y permanencia, que hoy tiene un contenido más abierto, ya no es sólo constitutio sino también actio, es un medio de constitución política de la sociedad”*³⁹

Se pregunta ZAGREBESLKY, qué es lo que resta hoy de la ley, si está totalmente vinculada a los principios de la Constitución, o mantiene la libertad que el legislador tenía originariamente para establecer los contenidos de los derechos y de la justicia. En el mismo sentido AGAMBEN refiriéndose al pensamiento de WALTER BENJAMÍN, critica la tendencia a regular todo mediante normas. Este presenta la relación entre poder constituyente y poder constituido, como la existente entre violencia creadora del Derecho y violencia conservadora del Derecho. Advierte que en los Parlamentos ha desaparecido la conciencia de la presencia latente de la violencia, aquellos han dejado de ser conscientes de las fuerzas revolucionarias a las que deben su existencia. “Les falta el sentido de la violencia creadora del derecho que en ellos está representada; no tiene pues nada de extraño el que en lugar de llegar a decisiones dignas de tal violencia, traten de lograr, mediante el compromiso, una solución de los asuntos públicos que quisiera evitar la violencia”. Pero esta concepción, corre el mismo peligro de quedar apresada en la paradoja de la legitimidad. Ya que si el poder constituyente, como violencia creadora del Derecho es más noble que la violencia conservadora, no posee, sin embargo, en sí misma título alguno de legitimidad y mantiene una relación con el poder constituido ambigua e insustituible.⁴⁰

La concepción que liga la Constitución a la aplicación del Derecho, va sustituyendo el papel del Parlamento por el protagonismo de los jueces como creadores del Derecho, cuestión que también adolece de una legitimidad democrática de origen, así el legislador debe mantenerse como expresión del pluralismo existente en la sociedad, y los parlamentos como los lugares donde estos intereses plurales pueden ser discutidos y pactados.

³⁹ PAREJO ALFONSO, LUCIANO “Crisis y renovación en el Derecho Público” Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1991. p. 44

⁴⁰ AGAMBEN, “Homo”.p. 46

Bibliografía

- AGAMBEN, GIORGIO “Estado de excepción” Adriana Hidalgo editora. Buenos Aires, 2004
----- “Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida” Editorial Pre-textos Valencia, 2003 pp.56 a 58
- ARAGÓN, MANUEL “Constitución y Control del Poder” Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires 1995
- CANOSA USERA, RAÚL “Interpretación constitucional y fórmula política” Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988
- CRICK, BERNARD “En Defensa de la política” Criterios Tusquets. Barcelona, 2001
- DELANNOY, SOLANGE, MACK ADRIANA “Administración pública y legitimidad democrática” Libro de Ponencias V Congreso de Sociología Universidad Nacional de La Pampa, 2004
- FERRAJOLI LUIGI; “Derechos y Garantías. La ley del más débil. Trotta Madrid 1999
- FIORAVANTI, MAURIZIO “Constitución de la Antigüedad a nuestros días” Trotta, Madrid, 2001
-----“Los Derechos Fundamentales” Presentación de CLARA ÁLVAREZ ALONSO, Trotta, Madrid, 2000.
- GARCÍA ENTERRÍA, EDUARDO; “La Constitución como Norma y el Tribunal constitucional” Editorial Civitas S.A. Madrid 1981
- GARGARELLA, ROBERTO, “Sobre Los Déficit Del Sistema De “Frenos Y Contrapesos”. Ponencia presentada en el VI Congreso Nacional de Ciencias Políticas de la Sociedad Argentina de Análisis Político (SAAP). Universidad Nacional de Rosario. Noviembre de 2003
- HONGJU KOH, HAROLD Y SLYE, RONALD C. “Democracia deliberativa y derechos humanos: una introducción” Gedisa editorial Buenos Aires, 2004
- KRIELE, MARTÍN “Introducción a la Teoría del Estado” Depalma, Buenos Aries, 1980
- NINO CARLOS SANTIAGO; “El hiper-presidencialismo Argentino y las concepciones de la democracia, en El presidencialismo puesto a prueba,” Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 1992
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO “Crisis y renovación en el Derecho Público” Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1991
- PRIETO SANCHÍS, LUIS “Ley, principios, derechos” Editado por Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” Universidad Carlos III de Madrid. Madrid 1998
- SARTORI, GIOVANNI Teoría de la democracia 1.El Debate contemporáneo, rei argentina, Buenos Aires,1998
- SCHNEIDER, HANS PETER “Democracia y Constitución” Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1991
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO “El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia” Trotta, Madrid 1999