

# Boletín Nº 13

del  
Instituto de Estudios  
Constitucionales  
Escuela de Derecho

**DIRECTOR: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO**

---

**LA IDEOLOGÍA NEOCONSTITUCIONAL Y LAS  
TRANSFORMACIONES DEL DERECHO**

*Alejandro Ordóñez Maldonado*

**"COSTITUZIONALISMO" ED ESPERIENZA  
POLITICO-GIURIDICA**

*Danilo Castellano*

**LAS TRANSFORMACIONES DE LA DEMOCRACIA  
CONSTITUCIONAL**

*Juan Fernando Segovia*

---



UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

**UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA**  
**BOLETÍN DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES**

**LA IDEOLOGÍA NEOCONSTITUCIONAL Y LAS  
TRANSFORMACIONES DEL DERECHO**

© *Alejandro Ordóñez Maldonado*

**"COSTITUZIONALISMO" ED ESPERIENZA POLITICO-GIURIDICA**

© *Danilo Castellano*

**LAS TRANSFORMACIONES DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL**

© *Juan Fernando Segovia*

Primera edición: mayo de 2008.

Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin  
previa autorización escrita del editor.

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones

Universidad Sergio Arboleda.

Calle 74 No. 14-14.

Teléfonos: 3 22 00 80 - 3 22 02 82 - 5 40 03 00.

[www.usa.edu.co](http://www.usa.edu.co)

Fax: 3 17 75 29.

Bogotá D.C.

Diseño Carátula y Diagramación: Maruja Esther Flórez Jiménez.  
Bogotá, D.C.

ISSN: 1909-3977

*El cambio es la única cosa inmutable.*

**Arthur Schopenhauer.**



## CONTENIDO

<b>LA IDEOLOGÍA NEOCONSTITUCIONAL Y LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO</b> <i>Alejandro Ordóñez Maldonado</i> .....	7
<b>"COSTITUZIONALISMO" ED ESPERIENZA POLITICO-GIURIDICA</b> <i>Danilo Castellano</i> .....	15
<b>LAS TRANSFORMACIONES DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL</b> <i>Juan Fernando Segovia</i> .....	25



## LA IDEOLOGÍA NEOCONSTITUCIONAL Y LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO

---

*Alejandro Ordóñez Maldonado*

SUMARIO: *§ ¿Ocaso o eclipse del Estado? § El constitucionalismo después del Estado moderno. § Consecuencias.*

El tema del foro resulta muy atractivo, y es, tal vez, uno de los debates intelectuales de más calado suscitados en los últimos años. En la literatura jurídica encontramos las más disimiles posturas, desde quienes consideran el neo-constitucionalismo como un simple problema conceptual, –se trataría, dicen, simplemente de un nuevo rol que cumple la Constitución en el ordenamiento jurídico–, ésta dejó de ser marco para convertirse en fundamento, debiéndose constitucionalizar todo el derecho a partir de esta novedad. Pasando por quienes consideran que estamos ante una novedosa ideologización del derecho, poniéndolo al servicio de una especie de evangelio individualista en el que el hombre carece de límites sociales diferentes de su autonomía<sup>1</sup>, expresada ésta mediante una democracia llamada inclusiva de la heterogeneidad interna o por quienes simplemente consideran que estamos ante una nueva forma de creación judicial del derecho en la que el juez no solo interpreta sino inclusive construye y justifica la norma ostentando poderes ilimitados e ilimitables, garantizadores de unos paradigmas globales. Algunos más pragmáticos reconocen en él, el derecho que más se adecua a la globalización; ésta requiere un derecho, y ése es el neoconstitucionalismo. En suma, subyacente a todas estas percepciones se encuentra una idea común: el neoconstitucionalismo es la filosofía jurídica de una nueva teoría del Estado.

---

<sup>1</sup>Juan Fernando Segovia. Marcial Pons. Madrid 2004. "Derechos Humanos y constitucionalismo".

Para entender esta nueva concepción y los presupuestos políticos y filosóficos que la justificarían, recordemos que la concepción moderna del derecho convirtió a éste en un sistema de normas organizadas jerárquicamente y terminó por identificar el derecho con la ley, y así, ésta es expresión de la voluntad estatal; en resumen, el derecho se codifica, se estatiza, y el Estado termina siendo la fuente del derecho, o sea, existe un monopolio estatal del derecho. Acá el derecho constitucional cumple una función política transmite unos paradigmas liberales que fluyen de la Revolución Francesa, estableciendo un marco de funciones estatales y de garantías individuales desarrolladas por la ley. Es el Estado nacional que, mediante el ejercicio de su autoridad soberana, de la tridivisión de poderes y de la vigencia de un orden jurídico local, organiza las naciones.

### **§ ¿Ocaso o eclipse del Estado?**

Pero hoy constatamos permanentemente la crisis innegable e irreversible de los Estados Nacionales y de su soberanía, nadie puede desconocer la pérdida de atribuciones y potestades que le eran típicas, tanto externas como internas, y al ordenamiento soberano legitimado para promover el bien común en un territorio determinado<sup>2</sup> le ha sucedido una multiplicidad de centros de poder que proveen a las necesidades de la vida común; incluso organismos políticos, empresariales y financieros capaces de imponerse de modo inmediato a las gentes desplazan a los Estados nacionales, y éstos cada vez más aparecen con funciones típicamente residuales.

Es el resquebrajamiento de los Estados nacionales en favor de la globalización parece esto como un imperativo por la necesidad de imponer lo que llaman sus apologetas "un mínimo ético universal", que no es otra cosa que la implementación de los paradigmas del multiculturalismo y la ideología de género, los cuales permitirán alcanzar –según los arquitectos de la globalización-niveles de prosperidad y gobernabilidad fácilmente estandarizables internacionalmente<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Pietro Giuseppe Grasso.

<sup>3</sup> Artículos 9 y 93 de la Constitución Política.



Estamos presenciando dos procesos contradictorios que han determinado la crisis de la soberanía estatal de una parte la disolución de las soberanías internas, y, de la otra, la absolutización de la soberanía externa. Ello ha tenido dramáticas consecuencias en la jurisdicción, en la ciencia jurídica y en la democracia.

En el orden jurídico anota el conocido constitucionalista italiano Luigi Ferrajoli:

"Hoy la jerarquía de fuentes de derecho fundado en la unidad, la coherencia y la plenitud de los ordenamientos estatales se encuentra totalmente invertida, presenciamos una superposición de fuentes y unos ordenamientos concurrentes que comportan el debilitamiento tanto del Estado como de los constitucionalismos nacionales provocado por el desplazamiento de funciones en organismos supranacionales y aconstitucionales que de hecho deciden sin responsabilidad política y sin límites constitucionales<sup>4</sup>. Hoy las fuentes periféricas priman frente a las nacionales. Cuando ingresan en los ordenamientos nacionales prevaleciendo sobre sus leyes, incluso sobre sus Constituciones, estas nuevas fuentes normativas amenazan con deformar la estructura constitucional de las democracias y con abrir espacios de poder neo-absolutista. Los Estados y sus ciudadanos son destinatarios no ya solo de su derecho interno sino, cada vez más, de una "espesísima red normativa planetaria", que regula las materias más disímiles. La adopción de decisiones relevantes no corresponde ya a los poderes estatales sino a poderes supraestatales, cuando no de otros Estados o, peor, a poderes económicos de mercado. Los organismos multilaterales declaran derechos que superan el marco moderno del constitucionalismo de Estado, obligando muchas veces a modificar sus normas internas. Es una auténtica homogenización, donde progresivamente desaparecen las singularidades nacionales".

"La democracia", según nos lo recuerda el profesor Ayuso en su última publicación,<sup>5</sup> "ha quedado orillada debilitándose la relación entre

<sup>4</sup> "Hipótesis para una democracia cosmopolita". Ferrajoli.

<sup>5</sup> ¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización. Marcial Pons. Madrid. 2005.

pueblo y poder político. Los nuevos diseñadores del sistema jurídico global carecen de legitimación democrática o de vínculos constitucionales.

Gran parte de las normas vigentes en los distintos ordenamientos tienen origen extra –estatal, y entonces ¿es posible seguir hablando de un nexo indisoluble entre Estado y derecho positivo o, incluso, entre Estado y estado de derecho?

¿Cuál es, en síntesis, el futuro de la democracia política y del estado de derecho que sugiere la actual crisis del Estado nación, concebido como ordenamiento originario, unitario, autosuficiente e independiente?"

La unidad indisoluble entre Constitución y Estado, dogma del constitucionalismo, hoy aparece en entredicho, resultando inevitable la separación de estos dos conceptos otrora indisolubles; autores como Zagrevelsky, Nino y Ferrajoli, pontífices éstos de tal ideología, cada vez con más insistencia hablan de "Una Constitución sin Estado"<sup>6</sup>, en un mundo globalizado, complejo y postestatal, donde el derecho no procede de una sola fuente o pirámide, y las Constituciones nacionales terminan convirtiéndose en instrumentos marginales. Es la concepción misma de soberanía la que está en entredicho.

Parecen cumplirse las previsiones que Kelsen hiciera en "**El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional**": La supresión del principio de soberanía es una revolución cultural que hace falta; desde luego, para Kelsen el único soberano es el derecho internacional. El profesor Rodolfo Luis Vigo, en conferencia pronunciada con ocasión de los Actos organizados por la Corte Suprema de Justicia Colombiana al cumplirse los 150 años de su existencia hizo manifestaciones similares en su conferencia "Neoconstitucionalismo y la función judicial"; dijo en aquella oportunidad:

"La supresión o el debilitamiento del Estado, esto es clarísimo tanto en Ferrajoli, como en Zagrevelsky, que sostienen reiteradamente que no se debe hablar de soberanía o, mejor, que la única soberanía reside en la

---

<sup>6</sup> Zagrevelsky, Ferrajoli, Peces Barba, Niño.

Constitución-ojo-, la idea de un Estado tal cual lo concebíamos en el siglo XIX y XX, que, de acuerdo con la doctrina Kelseniana, se expresaba mediante un ordenamiento jurídico que se identificaba con el Estado teniendo este un territorio como ámbito de validez espacial; éste era el ordenamiento jurídico estatal que progresivamente se diluye, el Estado nacional, así como los ordenamientos jurídicos locales terminan siendo un obstáculo, debiendo diluirse para dar paso al constitucionalismo global, que no es otra cosa que el sistema jurídico requerido por el nuevo orden mundial".

Los defensores de este nuevo orden jurídico global pretenden legitimarlo políticamente ante lo que ellos llaman "ausencia de garantías al interior de los Estados nacionales capaces de proteger los derechos fundamentales" fundándose en los paradigmas del estado constitucional de derecho ya diseñado por la carta de la ONU. De este modo, el derecho internacional se ha convertido en fuente de regulación y en criterio de legitimación y deslegitimación.

"El Estado está en un proceso de descomposición, de reinención o de reconstrucción, incluso dentro de los marcos transnacionales de integración"<sup>7</sup>.

"La superación del Estado de derecho en el panorama internacional es solo cuestión de tiempo; en el asunto del general Pinochet, cualesquiera que hayan sido la dosis de política, la rectitud de las motivaciones de los jueces y la justicia de la acusación, la idea de que el derecho de un Estado forma un bloque autosuficiente e impenetrable ha quedado herida"<sup>8</sup>.

Esta crisis del Estado y de la soberanía determinó la crisis del estado de derecho y, por ende, del estado de derecho fundado en la ley; con claros propósitos ideológicos, pero con mucho realismo, zagrevelsky anota: "El estado de derecho está poco menos que irreconocible a consecuencia del proceso de fragmentación, pulverización y trivialización de la ley, por tanto lo que hay en nuestros días no es un estado de derecho sino un estado constitucional. De manera similar el profesor de la

<sup>7</sup> Juan Fernando Segovia. "Derechos Humanos y Constitucionalismo".

<sup>8</sup> Antonio Carlos Pereira. "Rule of Law o Estado de Derecho", Editorial marcial Pons, Madrid 2003. página 105.

Universidad Santiago de Compostela Antonio Carlos Pereira, en su texto sobre "El **Rule Of Law o Estado de Derecho**", **afirma** que la superación del Estado acarrearía la superación del estado de derecho, porque estaba demasiado vinculado al derecho codificado, a la concepción del derecho como un ordenamiento piramidal, al territorialismo y los demás rasgos de la concepción estatista del derecho.

## § El Constitucionalismo después del Estado moderno

En esta época postestatal, postconstitucional y postlegal, las características de los sistemas jurídicos leídos a través de la ideología neoconstitucional serán las siguientes:

◆ **Su constitucionalización.** Eso quiere decir que la Constitución se juridiza, se convierte en una norma jurídica, completa y eficaz, y hasta los preámbulos son normas jurídicas operativas; es la aplicación directa de la Constitución así como la concentración del derecho en ella; la Constitución deja de ser un programa político dirigido al Congreso; por tanto, éste no la desarrolla; dicha labor la realizará el juez en sus decisiones. Las normas pierden significación, como decía zagrevelsky, se trivializan; el derecho deja de ser un sistema de normas para convertirse en un sistema de principios y valores constitucionales, los cuales, a propósito, nadie sabe exactamente qué son; al haber desaparecido los criterios objetivos para su determinación e interpretando las leyes a través de éstos, se termina por confundir con harta frecuencia lo jurídico, con lo ético y con lo político. Los principios y valores constitucionales se presentan como una nueva totalidad, es decir, se absolutizan apareciendo no solo como fundamento del ordenamiento jurídico sino de la misma vida social que no sería sino el desarrollo de ésta; se tiende a judicializarlo todo, desde la vida política hasta la vida social; vivimos una especie de judicialización universal: a veces, materias tan poco constitucionales como la concesión de un cupo a un curso de doctorado o la autorización de portar una moda en un centro educativo, podrían encontrar soluciones sin acudir a la Constitución; en otras oportunidades, se judicializan complicados problemas políticos pronunciándose el juez constitucional sobre la legitimidad de la deuda externa, o de una declaración de guerra o la inconveniencia de la dolarización; con frecuencia nos vemos abocados a la judicialización de la política o a la politización de la justicia, lo cual

ocasiona un inusitado activismo judicial<sup>9</sup>. Para justificar ese gobierno judicial se crea un control jurisdiccional constitucional **sustancial**, sin importar los límites funcionales señalados en las Constituciones.

### ◆ **Los jueces se convierten en señores del ordenamiento jurídico**<sup>10</sup>

La interpretación constitucional es totalmente libre, al establecer los jueces los contenidos del derecho sin límites objetivos, y definir incluso el catálogo de derechos y deberes; se convierten en señores no solo de sus Constituciones, sino inclusive de sus ordenamientos jurídicos que gobiernan con notable activismo reformándolos de facto aun careciendo de legitimidad para hacerlo; tal es muchas veces la función que cumple la variadísima clase de sentencias moduladas.

### § **Consecuencias**<sup>11</sup>

- Irrelevancia y debilitamiento del poder legislativo: al carecer las normas de importancia se evaporan; lo relevante serían los principios y valores constitucionales.
- El derecho se hipermoraliza. La Constitución se leerá a través de la moral; ése, a propósito, es un reciente título de un conocido filósofo de derecho, R. Dworkin. El derecho resulta absorbido por la ética social, el derecho fija la moral social, cómo me debo comportar con el otro. "Ya no es una reflexión personal, saber cómo me comporto en la vida social; es la Constitución la que fija la moral social; el juez termina desplazando al político, al administrador, al sacerdote".
- Tal filosofía del derecho y del Estado termina debilitando la democracia: el juez en sus sentencias podrá rediseñar el Estado, y no se requerirán los poderes constituyentes porque los jueces constitucionales serán órganos constituyentes permanentes.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pág. 89.

<sup>10</sup> *Ibidem*, página 77.

<sup>11</sup> "Neoconstitucionalismo y la función judicial", Rodolfo Luis Vigo. Comentarios a la Conferencia pronunciada con ocasión de los 150 años de la Corte Suprema de Justicia Colombiana.

- El juez constitucional termina absorbiendo al poder legislativo, al ejecutivo y, desde luego, a todas las jurisdicciones diferentes de la constitucional.
- Di Pietro: "La justicia constitucional es una pieza clave de la política constitucional", es la politización del poder judicial. Como de la Constitución surge una política, los jueces deben hacer esa política consistente en convertir en derechos subjetivos, los principios y valores constitucionales.
- **Estamos ante una nueva ideologización del derecho** que se impone ya no por vía de la ley sino de jurisprudencia; del fetichismo de la ley evolucionamos al fetichismo jurisprudencial, del legislador inerrante, coherente y justo pasamos a reconocerle los mismos atributos a la jurisprudencia.

**En suma, el neo-constitucionalismo pretende:**

- √ La superación del Estado.
- √ La separación de los conceptos de Estado y Constitución<sup>12</sup>.
- √ La posibilidad de un imperio del derecho en el ámbito internacional.
- √ La sumisión del poder al derecho.
- √ Un gobierno débil y un derecho fuerte garantizador de libertades cada vez más amplias; incluso, plantean una progresiva disolución del Estado, pero las exigencias de seguridad en unas sociedades vulnerables como las nuestras se tornan problemáticas ante la dogmatización de las libertades sin limitaciones<sup>13</sup>...

<sup>12</sup> Editorial marcial Pons, Madrid 2005, página 68, "El problema del Constitucionalismo después del Estado Moderno".

<sup>13</sup> Antonio Carlos Pereira. "Rule of Law o Estado de Derecho", Editorial Marcial Pons, Madrid 2003.

# "COSTITUZIONALISMO" ED ESPERIENZA POLITICO GIURIDICA

---

*Danilo Castellano*  
*Università degli Studi di Udine/Italia*

SUMARIO: § 1. *¿Di che cosa parliamo?* § 2. *Significato di liberalismo.* § 3. *La storia del Costituzionalismo come inseguimento dell'utopia.* § 4. *Esigenze vere e risposte false.* § 5. *Le ragioni per le quali il Costituzionalismo è un problema per l'esperienza politico-giuridica.* § 6. *Parole conclusive.*

## § 1. ¿Di che cosa parliamo?

Si dice che il linguaggio sia il "luogo" del pensiero. Se il pensiero, però, non è apprensione del reale difficilmente il linguaggio può essere il suo "luogo". Se –come capita sempre più frequentemente– il pensiero pretende di essere tale perché pensiero di un'ideologia (che, in ultima analisi, è il tentativo di interpretare la realtà sovrapponendosi ad essa), esso non può avere un solo "luogo" ma ne avrà tanti, separati e recintati, quante sono le ideologie. È per questo che attualmente si usano spesso le stesse parole ma non si dicono quasi mai le medesime cose.

L'osservazione vale anche per il termine Costituzionalismo e, persino, per il termine Costituzione. Costituzionalismo e Costituzione, infatti, sono usati con una pluralità di significati. I giuspositivisti ritengono generalmente che la Costituzione sia un insieme di regole, poste convenzionalmente come fondamentali, che danno identità a un ordinamento<sup>1)</sup>. La Costituzione sarebbe, quindi, la Legge fondamentale. Carl Schmitt, positivista ma positivista problematico, osserva, però, che

---

<sup>1)</sup> Cfr. A. BARBERA, *Le basi filosofiche del Costituzionalismo*, in AA.VV., *Le basi filosofiche del Costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 1997, 1998<sup>2</sup>, p. 3.

questo è l'ultimo e il meno importante dei significati del termine Costituzione<sup>(2)</sup>. E non parliamo qui del significato che essa ha, per esempio, per de Maistre<sup>(3)</sup> e per molti autori che fin dall'antichità hanno studiato il problema politico-giuridico con metodo realistico. Gli stessi giuspositivisti, però, sono costretti ad osservare che il Costituzionalismo è "un movimento politico, filosofico, culturale volto alla conquista di documenti costituzionali improntati a principi liberali o liberaldemocratici"<sup>(4)</sup>. Dunque, il Costituzionalismo sarebbe la forma giuridica che deve assumere la dottrina politica liberale. Ed è per questo che il Costituzionalismo può essere considerato pregno di significato solamente se e nella misura in cui si riferisce a quello che alcuni giuristi chiamano l'ordine di valori costituzionali. In altre parole il Costituzionalismo è la dottrina della Costituzione liberale. Esso, perciò, è in sé e per sé il presupposto di ciò che attualmente si intende per Costituzione, ciò che la trascende e pretende fondarla.

## § 2. Significato di liberalismo

Così circoscritto, il Costituzionalismo è la dottrina che separa politica e morale, Stato e Chiesa; è la dottrina che fonda l'ordinamento giuridico sulla sovranità, ovvero in ultima istanza sul potere che non è né potere politico né potere giuridico, poiché pretende di esserne la loro condizione e il loro fondamento; è la dottrina che "tutela" i diritti dell'uomo [come vengono intesi dalla *modernità*<sup>(5)</sup>], poiché assume e rivendica la libertà come "libertà negativa" (come, cioè, libertà esercitata con il solo criterio della libertà, vale a dire con nessun criterio); è la dottrina che si illude di "controllare" l'esercizio del potere con la tecnica della divisione e della separazione "geografica" dello stesso; è la dottrina che ripone nella legge come sola decisione/comando proceduralmente corretti la garanzia dei diritti, ridotti (coerentemente anche se assurdamente) a *facultates agendi* basate sulle *normae agendi* (cosiddetto "Stato di diritto" che identifica erroneamente il diritto con la norma positiva la quale è molto meno della stessa legge).

<sup>2)</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlino, Duncker e Humblot, 1928.

<sup>3)</sup> Cfr. J. DE MAISTRE, *Saggio sul principio generatore delle costituzioni politiche e delle altre istituzioni umane*, Milano, Scheiwiller, 1975.

<sup>4)</sup> A. BARBERA, *Op. cit.*, p. 3.

<sup>5)</sup> Sull'argomento si rinvia a D. CASTELLANO, *Razionalismo e diritti umani*, Torino, Giappichelli, 2003.



Il Costituzionalismo si presenta sotto molteplici forme: giacobina, liberale nel senso anglosassone, democratico-radical, "cattolico-liberale" e persino statalista (anche se ciò può sembrare a prima vista un'affermazione contraddittoria e insostenibile: Hegel, infatti, è sostenitore dello Stato totalitario al quale, però, riconosce e assegna l'esercizio della liberale "libertà negativa").

La sua multiforme fenomenologia non deve trarre in inganno. Uno storico, uno dei maggiori storici del liberalismo europeo ha giustamente scritto che la *Dichiarazione dei diritti* è la matrice di tre rivoluzioni: "una rivoluzione liberale *stricto sensu*, una rivoluzione democratica e una rivoluzione sociale: ma tutte e tre –afferma Guido De Ruggiero– non rappresentano che l'espansione progressiva di un medesimo spirito individualistico, spinto fino all'exasperazione estrema del socialismo; esse pertanto rientrano tutte egualmente nella storia della mentalità liberale"<sup>(6)</sup>. C'è, dunque, un minimo comune denominatore che sta alla base del Costituzionalismo; esso sta nel *razionalismo* individuale, politico e sociale<sup>(7)</sup>, che è l'essenza della dottrina liberale.

### **§ 3. La storia del Costituzionalismo come inseguimento dell'utopia**

Non c'è dubbio che la storia moderna e contemporanea, soprattutto quella occidentale (ma ora - sembra - anche quella orientale), sia caratterizzata dal tentativo di instaurare, prima, e di riformare, poi, il Costituzionalismo. Essa è l'epifania del *riformismo di una rivoluzione* (e, perciò, rivoluzione esso stesso), perché è caratterizzata da una corsa continua all'innovazione come riparazione "di ciò che non va"; vale a dire essa è la ricerca continua di rimedi alle insufficienze e agli errori causati dai vari modelli proposti, di volta in volta, dal Costituzionalismo attraverso la Costituzione. L'epoca delle *rivoluzioni* (gloriose e non gloriose, americana e francese), è stata la stagione della grande illusione secondo la quale la Costituzione come "documento" (per usare un'espressione di Augusto Barbera) avrebbe rappresentato la garanzia "politica" del rispetto dell'esercizio del diritto di "libertà negativa", sia

<sup>6)</sup> G. DE RUGGIERO, *Storia del Liberalismo europeo*, Bari, Laterza, 1925, 1959 (6ª ed.), p.76.

<sup>7)</sup> Cfr. SARDA y SALVANY, *El Liberalismo es pecado*, s.i.l e s.i.d., p. 9.

che essa fosse considerata di per sé garanzia di eguaglianza (dottrina *stricto sensu* liberale) sia che essa, per essere tale, avesse bisogno dell'eguaglianza sostanziale (dottrina marxista). Quello che rileva è il fatto che per il Costituzionalismo vale l'affermazione esplicita e chiara dell'Assemblea legislativa francese del 26 agosto 1789 secondo la quale "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la separation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution" (art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino). Tralasciando per il momento la grande questione della natura dei diritti, non c'è dubbio che la Costituzione è ridotta qui a mero strumento di "garanzia" che si pensa possa essere tale solo se c'è la separazione formale dei poteri. Va notato, però, che la concezione montesqueiana della divisione dei poteri porta alla "limitazione" del potere ma non all'intrinseca sua regolamentazione. Il confine fra poteri è "geografico" come "geografico" –lo accenneremo fra poco– è il diritto; il potere è (e non potrebbe essere altrimenti) di necessità intrinsecamente non regolamentato, poiché se avesse una natura diversa dal solo potere sarebbe un potere "qualificato" dall'aggettivo che lo accompagna: politico, morale, giuridico, religioso, potestativo, reale e via dicendo. La sua qualificazione, dettata dalla sua natura, sarebbe il criterio intrinseco e legittimerebbe anche il suo esercizio. Ciò, però, rappresenterebbe la confutazione radicale della "libertà negativa" sulla quale poggia la dottrina liberale avendone fatto la sua essenza.

#### § 4. Esigenze vere e risposte false

Che l'esercizio del potere richieda di essere regolamentato è un'esigenza giusta e razionale, si tratti del cosiddetto "potere pubblico" o del cosiddetto "potere privato" (definizione convenzionale e assolutamente infondata). A tal fine è, però, del tutto inidoneo (anche se non assolutamente inutile) il "controllo" esterno, anche quando esso è esercitato attraverso la legge (positiva), considerata come solo comando del sovrano (volontà dello Stato, del popolo, della contingente maggioranza), accompagnato dall'effettività. La legge, infatti, per essere veramente tale deve "penetrare" la natura delle cose; non può ignorarla. Il grande giuspubblicista italiano Vittorio Emanuele Orlando sottolineò, per esempio, l'assurda pretesa di Napoleone I di definire "atto" anziché "contratto" la donazione, anche se a questa richiesta dell'allora "potere pubblico" si piegarono immediatamente diversi

"giuristi" francesi<sup>(8)</sup>. D'altra parte, per limitarci a un secondo esempio, il potere morale e giuridico della "patria potestà" non è un potere arbitrario: non è arbitrario nella sua definizione e per quel che attiene al suo recepimento nel diritto positivo, cioè da parte del legislatore; non è arbitrario nel suo esercizio, cioè da parte dei genitori. Ciò che lo regola intrinsecamente è il bene del minore che deve essere aiutato a crescere e maturare nel rispetto e in conformità alla sua natura umana.

Il diritto deve certamente tutelare la libertà ma, per fare ciò, non può assumerla come "negativa". Se l'assumesse come "negativa" esso si porrebbe come (almeno parziale) sua negazione: il diritto sarebbe inevitabilmente "limite" della libertà anziché essere suo potenziamento. La "cosa" è particolarmente evidente nel campo del diritto pubblico che, se chiamato a tutelare la "libertà negativa", dovrebbe in ultima analisi farsi garante dell'anarchia. Taluni ordinamenti giuridici, che hanno sostanzialmente accolto questa *ratio*, si sono trovati, poi, di fronte ad aporie, cioè a strade senza uscita. Basterebbe pensare, per fare un solo esempio, all'obiezione *di coscienza* [che non è l'obiezione *della coscienza*<sup>(9)</sup>] che, riconosciuta come inalienabile diritto soggettivo a livello di diritto costituzionale, viene poi posta nel nulla nel caso in cui lo Stato non sia in grado di prestare a livello sanitario la richiesta pratica dell'aborto procurato (ritenuto necessario per la salute della gestante). L'ordinamento giuridico italiano, per esempio, cade in questa radicale e insuperabile contraddizione (Legge n. 194/1978), poiché, da una parte, ancora l'obiezione *di coscienza* al ritenuto diritto alla sola soggettiva coerenza e, dall'altra, s'impegna a garantire la pratica di un'opzione (altrettanto soggettiva e ritenuta diritto soggettivo) come quella dell'aborto procurato, soprattutto se questo viene invocato per ragioni di salute della gestante (la quale, in realtà, è sempre nella condizione di poterle invocare, poiché la salute, secondo la previsione di legge, investe ambiti generalissimi, non solo la salute del corpo ma anche gli aspetti psicologici, *lato sensu* considerati). Non solo. Qualche ordinamento giuridico (quello italiano, per esempio) consente di partorire in incognito. La norma dell'ordinamento

<sup>8)</sup> Cfr. V. E. ORLANDO, Discorso all'Assemblea Costituente del 10 marzo 1947 in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. I, Roma, Camera dei Deputati-Segretariato Generale, 1970, p. 298.

<sup>9)</sup> Sull'argomento di veda D. CASTELLANO, *Obiezione di coscienza e pensiero cattolico*, ora in ID., *La razionalità della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1993, pp. 25-44.

italiano (D.P.R. n. 396/2000), occasionata da una finalità apprezzabile (consentire la nascita del concepito la cui vita la madre avrebbe soppresso invocando la legge dell'aborto procurato), che diritto tutela? Sicuramente quello della madre di liberarsi di ogni obbligazione naturale e di ogni obbligo positivo legati al fatto del concepimento e della nascita del figlio. Si nega che dal fatto nasca il diritto. Non sarebbe più valido insomma il broccardo secondo il quale *ex facto oritur ius*. Perciò non rilevano i diritti del figlio che, anche se affidato e/o adottato, non viene a trovarsi nella condizione naturale e giuridica della stragrande maggioranza dei figli legittimi. Il citato D.P.R. n. 396/2000 tutela sì la "libertà negativa" della madre ma, per fare ciò, è costretto a misconoscere il diritto del figlio a vedere adempiute le obbligazioni naturali dei genitori verso di lui. Il diritto finisce così per negare la sua natura e la sua funzione. L'eterogenesi dei fini che i diritti umani e il Costituzionalismo (inteso –come abbiamo detto– come "movimento ... volto alla conquista di documenti costituzionali improntati a principi liberali o liberaldemocratici") raggiungono (e che qui è stata brevemente esemplificata), dimostra che il Costituzionalismo attraverso le Costituzioni liberali o liberaldemocratiche non riesce a rispondere alle esigenze vere poste dall'esperienza politica e da quella giuridica. Non riesce a rispondere a queste esigenze a causa del suo *razionalismo* che, pur essendo la forma positiva del *nihilismo*, resta una risposta irrazionale e, perciò, erronea alle istanze della giustizia che comprende anche il valore della libertà e quindi il dovere/diritto della medesima.

### **§ 5. Le ragioni per le quali il Costituzionalismo è un problema per l'esperienza politico-giuridica**

Il già citato Vittorio Emanuele Orlando, "liberale", osservò (ed è significativo che lo abbia fatto in sede di discussione generale del Progetto di Costituzione della Repubblica italiana); Vittorio Emanuele Orlando, dicevamo, osservò che "le Costituzioni le fanno assai più il costume, assai più la maniera della loro attuazione, anziché la fredda redazione degli articoli"<sup>(10)</sup>. Questa via storico-pragmatistica non è considerata (e tanto meno accolta) dal razionalismo del Costituzionalismo il quale preferisce, invece, fare leva sugli "articoli" per imporre un cambiamento, talvolta una rivoluzione. È per questo che il Costituzionalismo predilige nelle Costituzioni la loro parte dedicata ai principi sui quali dovrà basarsi

<sup>(10)</sup> Cfr. V. E. ORLANDO, Discorso cit. p. 288.

l'ordinamento giuridico piuttosto che la parte dedicata all'organizzazione dello Stato. La Costituzione, infatti, viene intesa dal Costituzionalismo come strumento per imporre rapidamente la realizzazione di un modello di società elaborato sulla base di un'ideologia.

Il *costruttivismo politico* (benché - com'è noto - non si identifichi *tout court* con il Costituzionalismo) ne è stato una forma manifesta. Esso –lo ha sottolineato, per esempio, il maestro di Bobbio, l'italiano Gioele Solari<sup>(11)</sup>– ha creduto di poter trasformare il politico in costituzionale. In altre parole, il patto sociale (assunzione ipotetica assolutamente irrealistica), il cui contenuto è raccolto nella e documentato dalla Costituzione, segnerebbe la nascita della società politica. Questa, non esistendo prima del patto (avendo una genesi volontaristica), non sarebbe naturale né naturalmente ordinata alle esigenze della natura dell'uomo. Essa, inoltre, non essendo naturalmente regolamentata, sarebbe plasmabile a piacimento dei consociati come una qualsiasi società per azioni. Per il costruttivismo il Costituzionalismo coincide con l'ordinamento giuridico costituzionale il quale pone e garantisce i diritti fondamentali, definiti spesso inviolabili, e perciò mette anche i confini tra Stato e cittadini. Il Costituzionalismo del costruttivismo politico assume, quindi, la libertà come libertà "negativa" (quella che, per esempio, Hobbes chiamava libertà naturale); ritiene che il potere politico si identifichi con il potere e che, pertanto, esso sia un male, anche se di esso non ci si può liberare (è la tesi della Arendt, per esempio); fonda il diritto, in particolare quello pubblico, sulla sovranità (filosoficamente intesa) e, perciò, ancora una volta fa ricorso al potere non qualificato per tentare di fondare il diritto, giustificato solamente in quanto strumento di una finalità convenzionale assegnata allo Stato<sup>(12)</sup>.

Altra forma, all'apparenza (ma solo all'apparenza) più "realistica" e meno "astratta", attraverso la quale il Costituzionalismo si rende strumento per la realizzazione di un modello ideologico di società, è la politologia che si presenta come "nuova scienza" politica, il cui gnosticismo

<sup>11)</sup> Cfr. G. SOLARI, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Torino, Giappichelli, 1962, in particolare p. 65.

<sup>12)</sup> Per le caratteristiche dello Stato moderno e del Costituzionalismo, nella vasta letteratura, si può vedere per gli aspetti descrittivi N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno*, Bologna, Il Mulino, 1993, 1997<sup>2</sup>, e, in senso problematico, M. AYUSO, *?Después del Leviathan?. Sobre el Estado y su signo*, Madrid, Speiro, 1996, Dykinson, 1998<sup>2</sup>.

è stato in parte illustrato per esempio da Voegelin<sup>(13)</sup>. Anch'essa, in ultima analisi, fa del potere il fondamento del potere politico che, in maniera elastica e dinamica, dà contenuti sempre diversi all'ordinamento giuridico, anche a quello costituzionale. L'ordine giuridico coincide e deve coincidere con l'ordine sociologico effettivo. Esso è la rappresentazione del modo, contingente e talvolta effimero, di essere della società definita "civile". Il Costituzionalismo si rispecchia nella Costituzione che, a sua volta, è specchio della società. Può, però, un ordinamento giuridico, in particolare, un ordinamento giuridico costituzionale, basarsi sulle rappresentazioni dell'ordine sociologico? In altre parole può il diritto avere per fondamento una verità costituitasi tale perché "condivisa" e, in quanto condivisa (in modo almeno maggioritario), imposta alla società come norma dalla società o dalle componenti sociali maggioritarie ed egemoni? È il problema che incontra anche il *repubblicanesimo globale* contemporaneo che ritiene che l'ordine costituzionale sia una costruzione necessaria e ineludibile ma componibile e scomponibile a piacimento. Esso radicalizza così, da una parte, le premesse della dottrina politologica e, dall'altra, cerca di nobilitare ciò che nobilitabile non è: il mero potere, infatti, tale è e tale resta e, anche se usato con le armi di cui la natura ha dotato l'uomo, esso resta brutale qualora non sia regolamentato da criteri intrinseci, fondati sulla natura delle "cose" che l'intelligenza umana è chiamata a cogliere<sup>(14)</sup>.

## § 6. Parole conclusive

Il Costituzionalismo nasce e si muove entro la sfera di una visione pessimistica dell'uomo anche se i rimedi da esso proposti e le soluzioni politico-giuridiche da esso indicate sono tentativi ottimistici (qualche volta ingenui) di soluzione delle questioni fondamentali della politica e del diritto.

Quello che va brevemente notato in sede conclusiva è il fatto che il razionalismo, che lo caratterizza, non gli consente di dare risposte se non all'interno del sistema assunto. Queste, quindi, possono essere coerenti ma non sono necessariamente fondate e, per giunta, come abbiamo notato,

<sup>13)</sup> Cfr. E. VOEGELIN, *The new science of politics*, Chicago, The University of Chicago Press, 1952.

<sup>14)</sup> Aristotele osserva giustamente che ciò è essenziale per affrontare la questione della comunità politica e del suo ordinamento giuridico e che lo Stato deve trovare il suo fondamento teorico per legittimare il "comando politico" che è comando di uomini liberi ed uguali ad uomini altrettanto liberi ed uguali (cfr. ARISTOTELE, *Politica*, rispettivamente I, 1253a e III, 1277b).

si sono rivelate inidonee per la stessa soluzione del problema che il Costituzionalismo si prefiggeva di risolvere. Ciò rivela che il Costituzionalismo rinuncia (anzi, è costretto a rinunciare) ad interrogarsi sulla questione del potere, la quale è la questione delle questioni della politica e del diritto pubblico. Il Costituzionalismo, infatti, la ritiene risolta *a priori* in presenza del consenso, anche se questo fosse inteso come mera adesione a un progetto qualsiasi. Lo rivela il modo con il quale esso pone il problema del "potere costituente". Questo, infatti, non è considerato semplicemente ordinatore (il che implicherebbe innanzitutto la conoscenza della natura e del fine della comunità politica) ma costitutivo dell'ordine giuridico della società e, quindi, della società politica in sé. Non a caso è stato scritto che la Costituzione è la porta attraverso la quale il momento astratto dello Stato entra nella vita e nella realtà<sup>15</sup>. Lo Stato, perciò, si identifica con il suo ordinamento giuridico inteso come istituzione.

La rinascita del diritto internazionale, avviata dopo la seconda guerra mondiale, e la globalizzazione in atto, da una parte, l'affermarsi della dottrina politologica, dall'altra, hanno messo in crisi la vecchia dottrina del Costituzionalismo: non è più, infatti, l'ordinamento giuridico (magari considerato "chiuso") la condizione del diritto.

Intendiamoci: talune esigenze poste dal Costituzionalismo sono esigenze vere. Lo abbiamo già riconosciuto. Quello che si rivela inaccettabile è la soluzione che il Costituzionalismo offre sulla base di premesse altrettanto inaccettabili, innanzitutto perché "convenzionali". Inaccettabile è anche la principale funzione che esso assegna all'ordinamento giuridico talvolta apertamente in contrasto con la tradizione del diritto civile e del diritto penale che è pure parte, sia pure parte ritenuta subordinata rispetto alla Costituzione, dell'ordinamento giuridico. Il che è un'ulteriore conferma del suo razionalismo che "piega" la giustizia alle pretese dell'ideologia che sorregge il Costituzionalismo e che si "concretizza" nelle moderne Costituzioni.

---

<sup>15</sup> Cfr. G.W.F. HEGEL, *Verlesungen über die Philosophie der Geschichte*, trad. it. vol. I, Firenze, La Nuova Italia, 1941, 1967<sup>2</sup>, p. 138. Per il Costituzionalismo hegeliano non rileva la difesa dei diritti della persona (ritenuta un accidente), considerati inesistenti prima del diritto dello Stato, quanto il problema del raggiungimento con la migliore sicurezza possibile del fine dello Stato. La tesi è stata divulgata da diversi giuristi positivi fra i quali primeggia Santi Romano.





# LAS TRANSFORMACIONES DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>

---

*Juan Fernando Segovia*  
*Consejo Nacional de Investigaciones*  
*Científicas y Técnicas (CONICET).*  
*Universidad de Mendoza. Argentina*

SUMARIO: § I. *Presentación* § II. *Democracia constitucional (I): Una aproximación conceptual.* § III. *Democracia constitucional (II): Los desafíos de nuestra época.* § IV. *Democracia constitucional (III): Individualismo, secularización y totalitarismo.* § V. *Democracia constitucional (IV): Una mirada crítica.*

## § I. Presentación

1. El título de la intervención a mi cargo me impone la tarea de vincular el neoconstitucionalismo –este estadio hodierno del movimiento constitucionalista– con los cambios recientes a nivel constitucional bajo el impulso de la democracia. Asumo que estamos de acuerdo en que la ideología constitucionalista ha operado una mutación hacia formas presentes en las que, preservado el corazón del constitucionalismo, se han modificado sus formas. Este es un hecho perfectamente comprobable con la sola consulta de los textos de las Constituciones reformadas o sancionadas luego de la segunda mitad de la década de 1970; pero también con la lectura de la doctrina de los autores y de la jurisprudencia, aun en aquellos países en los que la letra constitucional casi no ha sufrido cambio.

También asumo que esta nueva etapa del constitucionalismo está caracterizada por el imperialismo democrático, esto es, por el dominio indisputado de las formas democráticas del régimen o del sistema político

---

<sup>1</sup> Texto de la conferencia en el Seminario "ideología "Neconstitucionalista" y transformaciones del Derecho Constitucional", Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 14 de Febrero de 2007.

e incluso de los valores o principios constitucionales. Y esto es igualmente comprobable por el procedimiento antes apuntado.

Ahora bien, siendo sencilla la verificación de la transformación, lo que me compete y trataré de explicar es la ideología subyacente a ella, la ideología democrática tal como se ha presentado en estos últimos treinta y cinco años y de qué modo impregna la lectura del constitucionalismo actual.

2.- Una precisión más antes de entrar en materia. Democracia constitucional no es lo mismo que democracia en la Constitución. La democracia estuvo siempre ligada estrechamente al constitucionalismo, sea como forma de gobierno que se aspiraba a instaurar (proyecto o programa), sea como fuente originaria de la Constitución misma (criterio de legitimidad), sea como uno de los valores que componían el complejo de virtudes cívicas que alentaban la vida constitucional.

Pondré un ejemplo basado en la Constitución argentina de 1853/1860. La democracia no es mencionada ni una sola vez en el texto, y sin embargo los intérpretes han dado por sentado que estaba implícita en sus enunciados:

a) cuando el preámbulo hace mención a "los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en congreso general constituyente", se presume el origen democrático de la Constitución, pues el poder constituyente está en el pueblo y de él deriva la norma suprema;

b) cuando el artículo 1º enuncia que se adopta como forma de gobierno "la representativa; republicana y federal", se entiende que se refiere a la república democrática de la que habló Montesquieu o, más simplemente, a la democracia bajo su modalidad representativa;

c) y cuando refiriéndose a los derechos no enumerados los remonta a los que nacen "del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno" (artículo 33), se interpreta también que hay una referencia obvia a la democracia, ya como principio de legitimidad del Estado, ya como modalidad de organización de los poderes estatales, ya como justificación de los derechos del hombre.

3. Me parece evidente que, en este sentido, el constitucionalismo –aún en su comienzo liberal o en su deriva jacobina– incorpora la democracia, la tiene en cuenta, se inspira en ella aunque no se la nombre como tal. En cambio, hablar de democracia constitucional importa hacerlo acerca de una Constitución que es plenamente democrática más allá de toda inteligencia o interpretación. La democracia ya no es una parte de la Constitución o un momento de ella, sino que ella toda es democrática, porque penetra en sus disposiciones, impregna cada uno de sus artículos, volviéndose inseparable del texto, tanto en sus procedimientos como en su contenido, desde su origen hasta su aplicación. Si el neoconstitucionalismo es el nombre de la ideología de los actuales Estados democráticos constitucionales en los que se acentúa la defensa de los derechos fundamentales, la limitación del poder no sería ya un fin en sí, pues el poder, al ser democrático, no es ya motivo de desconfianza<sup>2</sup>. Democracia y derechos humanos se vuelven indisolubles en el neoconstitucionalismo.

## **§ II: Democracia Constitucional (I): Una aproximación conceptual**

4. "Democracia constitucional" indica tanto un contenido como una pauta, la única o principal pauta, de interpretación constitucional, un disparador de sentido de las cláusulas constitucionales. En el neoconstitucionalismo es inescindible de la democracia como institución política y como valor del ordenamiento constitucional. Es como si se dijera que no puede haber Constitución en sentido propio si no es democrática. Y también que la democracia aspira a salir –¡ya salió!– de su confin meramente gubernamental u orgánico para convertirse en el espíritu de la Constitución, su fundamento<sup>3</sup>. Tanto si se concibe la Constitución como el resultado de un proceso democrático de establecimiento, cuanto si se la entiende democrática por su contenido de derechos y libertades, en uno y otro caso se puede hablar de democracia constitucional<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Paolo Comanducci, "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", *Isonomia*, México, N° 16 (abril 2002), pp. 89-112; también en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 75-98.

<sup>3</sup> Miguel Ayuso, "Las aporías de la democracia como forma de Estado", en Miguel Ayuso Torres (ed.), *De la geometría legal-estatal al redescubrimiento del derecho y la política. Estudios en honor a Francesco Gentile*, Fundación Francisco Elías de Tejada-Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, p. 133.

<sup>4</sup> Richard Bellamy y Dario Castiglione, "Constitutionalism and Democracy - Political Theory and the American Constitution", *British Journal of Political Science*, Vol. 27, N° 4.

El neoconstitucionalismo afirma que se puede ir más allá de la constitucionalización de los procedimientos democráticos, más allá de la democracia meramente política, de la democracia como gobierno del Estado, haciendo de ella una Institución jurídica y constitucional. Para ello es suficiente apropiarse del principio de acción electiva o de la reflexividad del yo y de la sociedad –del que ya hablaré– y convertirlo en la espina dorsal de la ideología del humanismo o del personalismo democrático, dotándolo de un valor supremo, que traspasa toda la organización político-constitucional, sirviendo de criterio de inteligencia del ordenamiento normativo superior y, por derivación, del inferior, tanto del constitucional como del infraconstitucional, incluso del supraconstitucional<sup>5</sup>. En un sentido amplio, se puede decir que la acción electiva está en la base de todo orden constitucional en la medida en que procede de una decisión colectiva<sup>6</sup>; en un sentido estricto, la acción electiva da forma a la Constitución al dotar a las personas de libertades y derechos de autodeterminación<sup>7</sup>.

Dicho de otro modo, la distancia que media entre los orígenes liberales del constitucionalismo (de la democracia en la Constitución), a nuestros tiempos de una democracia constitucional, es la del paso de la democracia como contenido parcial de la Constitución a la democracia como espíritu constitucional y principio hegemónico de fundamentación e interpretación. Hay que insistir en este aspecto: el concepto de democracia constitucional significa la evolución de la democracia como

---

(October 1997), pp. 595-618. El artículo pasa revista a la vasta literatura sobre democracia constitucional, especialmente en idioma inglés, fundada en la interpretación de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica; en especial Political liberalism de John Rawls, y We the People, de Bruce Ackerman. Cf. también Roberto Gargarella, "El constitucionalismo según Rawls", en Claudio Amor (comp.), *Rawls post Rawls*, Universidad Nacional de Quilmes/Prometeo, Buenos Aires, 2006, pp. 11-27.

<sup>5</sup> Esto supone, como expongo más adelante, un concepto de Constitución que anteponga los principios a las normas, la ponderación a la subsunción, los jueces al legislador y, finalmente, la Constitución misma al legislador. Cf. Susana Pozzolo, "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *Doxa, México*, N° 21-II (1998), pp. 339-353.

<sup>6</sup> Lo que supone revisar el concepto de poder constituyente y entenderlo como acto y proceso de autolegislación del pueblo, de acuerdo con Habermas. Cf. Jürgen Habermas, "La soberanía popular como procedimiento. Un concepto normativo de lo público", en María Herrera Lima (coord.), *Jürgen Habermas: moralidad, ética y política*, Alianza, México 1993, pp. 27-58; y Andreas Kalyvas, "Soberanía popular, democracia y poder constituyente", *Política y Gobierno*, México, Vol. XII, N° 1 (1er semestre 2005), pp. 91-124.

<sup>7</sup> Es decir, libertades negativas. Cf. Danilo Castellano, *Racionalismo y derechos humanos*, Marcial Pons, Madrid, 2004, cap. I.

sistema político (más o menos reconocido según cada caso) a la democracia como instrumento de transformación de toda la sociedad. La democracia constitucional realiza las ideas modernas de autogobierno y derechos personales, de autonomía colectiva e individual, que ya no resultan contradictorias sino entrelazadas, como Habermas no se cansa de repetir<sup>8</sup>. El derecho establecido de manera positiva —es decir, sin fundamento extraño a la voluntad de los ciudadanos—, que es garante de la libertad y puede imponerse coactivamente, exige una legitimación que no puede ser otra que el reconocimiento de igual autonomía a todas las personas jurídicas, que enlaza autolegislación moral colectiva y autoconstitución ética subjetiva; por eso existe "no sólo una conexión histórico-contingente entre la teoría del derecho y la teoría de la democracia, sino también una conexión interna o conceptual"<sup>9</sup>.

Esta interpenetración (el derecho y los derechos que sólo se realizan en la democracia), marca el paso de la democracia en la Constitución a la democracia constitucional: el derecho y la Constitución están penetrados por la democracia, se entienden desde la democracia, a partir de la democracia y para la democracia. La democracia deja de ser un elemento más para convertirse en el principio de inteligencia constitucional en sus dimensiones públicas y privadas.

5. La democracia constitucional cumple la tarea de una teoría que reinterpreta el sentido y el alcance de las instituciones del Estado constitucional de derecho y las lanza hacia una significación nueva "por la vía de una reconstrucción de intuiciones probadas, esto es, de intuiciones que se encuentran en las prácticas y tradiciones de una sociedad democrática", según las palabras de Habermas<sup>10</sup>. Esto es: nuestras sociedades contarían con disposiciones sociales e instituciones políticas que no necesitan ser cambiadas o sustituidas sino entendidas de un modo nuevo, que está ya, hasta cierto punto, latente en la misma cultura y en su encuadramiento normativo. No se trata de tirar por la borda el

<sup>8</sup> Por caso, en "Tres modelos normativos de democracia", en Jürgen Habermas, *La inclusión del otro*, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 231-246; del mismo, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 2005, cap. III, pp. 147 y ss.

<sup>9</sup> Jürgen Habermas, "El vínculo interno entre Estado de derecho y democracia", en Habermas, *La inclusión del otro*, cit., p. 248.

<sup>10</sup> Jürgen Habermas, "Reconciliación mediante el uso público de la razón", en Jürgen Habermas/John Rawls, *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 55.

constitucionalismo sino de darle un nuevo vigor, volviendo sobre sus fundamentos y reinterpretándolos democráticamente, para descubrir que la democracia actualizada puede también actualizar los viejos esquemas y las viejas formas del constitucionalismo liberal. Esto quiere decir, sin embargo, que debemos ser selectivos a la hora de indagar las raíces ideológico-constitucionales, que están no tanto en Locke, Montesquieu o Sieyès, sino en Kant, Rousseau, Jefferson y Paine.

Ha de aceptarse, se dice, que nuestra actual condición política no es cerrada ni está concluida, sino que se trata de un "proceso abierto e inconcluso", que sólo necesita, volver a encender el "núcleo radical democrático" de nuestras sociedades<sup>11</sup>. De acuerdo con Habermas y Rawls, por ejemplo, el constitucionalismo democrático opera sustituyendo una interpretación excluyente de los derechos y de las normas jurídicas por otra incluyente o inclusiva; reemplazando una concepción de la justicia que no legitimaba las diferencias por otra que se afirma en el reconocimiento de todas las diferencias, una justicia modular, como la llama Rawls<sup>12</sup>, capaz de acomodar en su interior todas las concepciones de vida manteniéndose neutral<sup>13</sup>: Aún más: si democracia es autogobierno, democracia constitucional es también autolegislación, de donde la soberanía del pueblo no se afirma sólo como poder constituyente sino, además, como poder constituido operante y actuante, aunque informal o espontáneo<sup>14</sup>. En otros términos: la democracia constitucional afirma el carácter originalmente democrático del Estado constitucional y su actuación o desarrollo igualmente democrático en el diario devenir<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Habermas, "Reconciliación mediante el uso público de la razón", cit., p. 67.

<sup>12</sup> John Rawls, *Liberalismo político*, FCE/UNAM, México, 1995, p. 37, teoriza una justicia como módulo que "encaja en varias doctrinas comprensivas razonables y que puede ser sostenida por ellas, las cuales perduran en la sociedad a la que regula".

<sup>13</sup> Jürgen Habermas, "La lucha por el reconocimiento en el Estado de derecho", en *La inclusión del otro*, cit., pp. 216-217; Rawls, *Liberalismo político*, cit., conferencia 4 sobre el consenso entrecruzado o traslapado, pp. 137 y s.s.

<sup>14</sup> Escribe Habermas: "El concepto jurídico de autolegislación debe adquirir una dimensión política hasta transformarse en el concepto de una sociedad democrática que actúa por sí misma. Sólo entonces se podrá lograr, a partir de las actuales constituciones, el proyecto reformista de realización de una sociedad "justa" o "bien ordenada"." Jürgen Habermas, *La constelación posnacional y el futuro de la democracia*", en *La constelación posnacional*, Paidós, Barcelona, 2000, p. 83.

<sup>15</sup> Lo que reabre el viejo debate de si la Constitución en su rigidez ha de regir para generaciones venideras o si cada generación tiene el derecho de establecer su propia Constitución, pues no puede estar sometida al pasado, a la tradición o a las normas establecidas por generaciones muertas. Los muertos no tienen derechos sobre los vivos, decían Rousseau, Paine y Jefferson;

6. Me detengo un instante en Habermas porque su teoría parece estar inspirando la práctica de los Estados nacionales y de la incipiente comunidad internacional. Para el filósofo germano no hace falta reformar las Constituciones para volverlas democráticas; hay, más bien, que obrar de un modo más modesto y práctico, aprovechando la democracia ya existente en el entramado normativo, esto es, continuar "el proceso de una realización no controvertida de principios constitucionales universalistas en actos sencillos de legislación". Y esto se consigue cuando la sociedad que delibera (el espacio público comunicativo) influye sobre la burocracia ejecutiva estatal. "De esta manera, la Constitución ha perdido su carácter estático; aun cuando el tenor de las normas sigue siendo el mismo, sus interpretaciones están en constante transformación." No hay que reformar la Constitución, hay que presionar sobre los órganos de decisión para que estos se vuelvan permeables al cambiante sentir democrático social, al espíritu y los valores democráticos que espontáneamente genera la praxis pública comunicativa. Esto es lo que denomina "comprensión culturalista de la dinámica constitucional"<sup>16</sup>.

Podría decirse que se trata de una hermenéutica transformadora entendida como continuidad de la simiente democrática ya presente en el Estado constitucional democrático, que subvierte las interpretaciones dogmáticas, estáticas, incluso las de corte historicista, tomando como eje la praxis deliberativa social (de suyo democrática) en torno a la cual

---

lo mismo dicen hoy los teóricos de la democracia constitucional. La idea de una Constitución justa, dice Rawls, "es siempre algo que hay que elaborar progresivamente", de donde resulta que cada generación puede elegir su propia Constitución –como lo sostenía Jefferson– "y que las generaciones pasadas no tuvieran ningún derecho a este respecto" (John Rawls, "Réplica a Habermas", en Jürgen Habermas /John Rawls, *Debate sobre el liberalismo político*, cit., pp7-10Ty 114). Habermas, por su parte, prefiere basarse en Rousseau reinterpretado desde Kant, para sostener el derecho de autodeterminación de cada generación: todo consenso de fondo anterior "resulta ser provisional y, como presupuesto de la existencia de la democracia, innecesario, escribe en "La constelación posnacional y el futuro de la democracia", cit., p. 99. En este sentido, su posición es más radical que la de Rawls, quien parecería inclinarse por una Constitución abierta según el proceso de interpretación-actualización, que no repite el acto constituyente. Es extraño que ni el uno ni el otro remitan a la teoría de la autodeterminación de Paine: "Cada época y cada generación son y deben ser (en cuanto a derecho se refiere) tan libres para actuar por sí mismas en todas las circunstancias como la época y la generación que le precedieron." Thomas Paine, "Disertación sobre los primeros principios del gobierno", 1795, en *El sentido común y otros escritos*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 78.

<sup>16</sup> Habermas, "La soberanía popular como procedimiento. Un concepto normativo de lo público", cit., pp. 56 y 57; *Facticidad y validez*, cit., pp. 465-466.

se dinamiza la realización de las normas constitucionales. La Constitución democrática no puede ser cerrada, no puede quedar anclada al pasado: es una Constitución abierta al proceso de democratización, retroalimentada por la misma cultura política democrática. Es una norma para el futuro, que no puede quedar cristalizada en el pasado constituyente ni ser solamente funcional a un presente por muy provechoso que parezca.

Ahondando en esta idea, la democracia constitucional no es sólo el principio de legitimidad del sistema político-constitucional sino también el de legitimación de los procesos de creación de reglas y acuerdos bajo el amparo de la Constitución. Mientras que en el primer constitucionalismo la democracia podía operar –bajo el concepto de poder constituyente– como clave de legitimidad del orden constitucional establecido y no necesariamente de los procedimientos políticos y de los derechos de los ciudadanos, que podían admitir otros criterios de legitimación; en las democracias constitucionales, todo lo que se instituye, se opera o produce en el Estado constitucional es sostenido por el principio democrático de legitimación<sup>17</sup>: la democracia es "el supuesto inicial del sistema de premisas que configuran el propio argumento constitucional", porque se apoya en el consenso de valores socialmente aceptados<sup>18</sup>.

Según lo explica un profesor mexicano, la democracia constitucional importa tres exigencias: primero, que la Constitución "provenga de un constituyente democrático y legítimo", es decir, el poder constituyente popular; segundo, que la Constitución formal "contenga los principios y valores de la Constitución material", es decir, la autorreferencia constitucional en el sentido de que la norma contiene los valores democráticos originarios; y tercero, que la Constitución "incluya las instituciones y dinámicas necesarias para salvaguardar tanto la intención constituyente como la autorreferencia ya positivizada", que equivale a la compenetración de democracia, Constitución y Estado como protección de la naturaleza democrática del Estado constitucional, es decir, la Constitución normativa

---

<sup>17</sup> Se ha dicho, en consecuencia de lo anterior, que la regla de reconocimiento democrática (Hart) puede estar o no escrita en el texto constitucional, pero ella define una modalidad específica de orientación de la vida comunitaria, guiándola por los principios de mayoría, no tiranía, deliberación, elecciones y respeto de los derechos fundamentales. Raúl Gustavo Ferreyra, "Poder, democracia y configuración constitucional", *Cuestiones Constitucionales*, México, N° 11 (Julio-Diciembre 2004), p. 99.

<sup>18</sup> Ferreyra, "Poder, democracia y configuración constitucional", cit., p. 100.



de la democracia<sup>19</sup>. Empero, faltaría una cuarta exigencia: la interpretación constitucional, siendo dinámica, no puede anclar el sentido de la norma suprema a un momento histórico dado sino avanzar el proceso de democratización que la propia Constitución denota como promesa futura.

Lo dicho se comprenderá mejor si vemos brotar el concepto de democracia constitucional en el cuadro de cambios y desafíos del siglo XX.

### **§ III. Democracia Constitucional (II): Los desafíos de nuestra época**

7. Quisiera dar cuenta de algunos cambios de nuestro tiempo que han pesado en la elaboración del neoconstitucionalismo y la democracia constitucional. Específicamente trataré de cuatro. El primero de ellos es un fenómeno estrictamente político: la generalización de las formas políticas democráticas tras las mudanzas en la década del 80 del siglo XX. El segundo que me interesa es un fenómeno de naturaleza jurídico-política y se vincula a modificaciones en el concepto de la función de la Constitución. El tercero es económico y del mundo de las comunicaciones, la globalización, pero de indiscutibles consecuencias políticas y jurídicas. El cuarto, finalmente, opera en el campo de la filosofía y la sociología y, a mi juicio, es el de mayor interés, pues trata del concepto de reflexividad como construcción/aprendizaje en las sociedades pluralistas complejas.

8. Comenzaré por la universalización de la democracia. En el prólogo a un libro raramente recordado, Sheldon Wolin señalaba que si la filosofía clásica había nacido de un ataque a la democracia, la filosofía moderna se iniciaba de un modo completamente contrario: la defensa de la democracia contra el elitismo<sup>20</sup>. La sugerencia del profesor norteamericano se dirigía también a trazar el camino de la democracia futura: la abolición no sólo ya de los privilegios hereditarios sino de toda forma restrictiva de la democracia que proscribiera al pueblo de la política. El siglo XX podría ser leído, entonces, como un esfuerzo –no siempre exitoso,

<sup>19</sup> Salvador O. Nava Gomar, "El Estado constitucional: sinonimia positivizada entre Constitución y democracia (triple relación)", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2003, p. 16.

<sup>20</sup> Sheldon Wolin, "Palabras preliminares", en Peter Bachrach, *Crítica de la teoría elitista de la democracia*, Amorrortu, Buenos Aires, 1973, p. 12.

por entronizar la democracia de masas mediante la difusión de los valores democráticos, especialmente una cultura ciudadana públicamente deliberativa<sup>21</sup>.

El cambiante mapa de la democracia describe este azaroso andar: luego de la IIa Guerra Mundial y con cierto retroceso en los años setenta, desde fines del pasado siglo hay un evidente proceso de democratización de los Estados, al menos nominal o formalmente. Una tercera ola –afirmó Huntington– de democracia ha llegado: este es un hecho irrefutable –casi irreversible– aunque se dispute, académicamente, sobre qué quiere decir democracia y cuáles son las condiciones o precondiciones de su adquisición<sup>22</sup>. El optimismo resiste toda prueba. Hacia 1969, Robert Dahl anotaba que había 31 países que gozaban de democracia plena y otros 35 que se le aproximaban<sup>23</sup>. Promediando la década de 1980, el mismo autor indicaba la existencia de 51 naciones democráticas y 13 más con algunas limitaciones<sup>24</sup>. En 1999, en cambio, un reporte daba cuenta, con alguna decepción, de que no existía ninguna ley universal que rigiera el crecimiento mundial de la democracia. Es que, sin contar los países asiáticos, sólo 68 países gozaban de regímenes con valores democráticos y 5 de ellos eran ciertamente dudosos<sup>25</sup>.

La constatación empírica de índices de democratización universal parece no acompañar el entusiasmo de los ideólogos. Después de la caída del muro de Berlín y del desbarranque de los países socialistas, la democracia apenas si ha ganado nuevos adeptos: con cierta generosidad se puede hablar de 66 países democráticos a fines de 1960; de 64 a mediados de 1980; y de no más de 70 en el umbral del siglo actual. Pero los guarismos no importan; lo cierto es que el mundo tiene hoy un color democrático: más allá del pigmento de la piel y de las diversas lenguas,

---

<sup>21</sup> Sheldon Wolin, *The presence of the past*, The John Hopkins U.P., Baltimore and London, 1990, p. 196.

<sup>22</sup> Samuel Huntington, *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*, Paidós, Buenos Aires, 1994. Aunque sus conclusiones contrarían la tesis de Wolin y Bachrach: sólo avanza la democracia cuando existen elites dispuestas a empujarla, cuando hay liderazgo político.

<sup>23</sup> Robert Dahl, *Polyarchy. Participation and opposition*, Yale U.P., New Haven and London, 1971, pp. 246-249.

<sup>24</sup> Robert Dahl, *La democracia y sus críticos*, Paidós, Buenos Aires, 1991, p. 289.

<sup>25</sup> Cf el estudio de geografía democrática realizado por John O'Loughlin; Michael D. Ward; Corey L. Lofdahl; Jordín S. Cohen; David S. Brown; David Reilly; Kristian S. Gleditsch; Michael Shin, "The Diffusion of Democracy, 1946-1994", *Annals of the Association of American Geographers*, Vol. 88, N° 4. (December 1998), pp. 545-574.

y más acá de tradiciones ancestrales y de costumbres tribales o de comportamientos atávicos, la democracia ha sido raptada de Norteamérica y Europa e implantada en Hispanoamérica, África y Asia. La democracia tiende a ser global porque vivimos un momento democrático<sup>26</sup>. Contamos hoy con diversos estudios de ciencia política y jurídica que dan cuenta de la importación/exportación de instituciones democráticas yanquis o europeas a países que carecen de su cultura moderna, como el Estado o la Constitución formal. Esas instituciones injertadas se conciben como palancas de mutación socio-política, de transformación de condiciones habituales rebeldes, cuyos resultados no pueden del todo considerarse positivos<sup>27</sup>.

Pero la democracia renacida no quiere agotarse en un régimen de gobierno o un esquema de poder. Ya he advertido que, desde hace tiempo, la democracia más que forma de gobierno es un estilo de vida, como reza el título de un libro de Carl Friedrich<sup>28</sup>. Es decir, si la Constitución ahora debe entenderse como un sistema material de valores, "un instrumento ético al servicio de los valores sustantivos"<sup>29</sup>, está indisolublemente ligada a una democracia que ya no es tan sólo una forma política sino, se ha dicho, una "verdadera ética universal, que condiciona y proyecta en la esfera internacional la realidad democrática de cada país"<sup>30</sup>. Bien entendida, la idea contiene dos elementos de

<sup>26</sup> Marc F. Plattner, "El momento democrático", en Larry Diamond y Marc F. Plattner (comp.), *El resurgimiento de la democracia global*, UNAM, México, 1996, pp. 25-36.

<sup>27</sup> He seguido con alguna atención el caso de los países africanos –no menos interesante resulta ser el de los asiáticos–, en los que la democracia viene de la mano de la invención del Estado y del constitucionalismo. Cf. Claude Ake, "Nuevas consideraciones sobre la democracia africana", en Diamond y Plattner, *El resurgimiento de la democracia global*, cit., pp. 66-78; James L. Gibson y Amanda Gouws, "El apoyo al imperio de la ley en la joven democracia sudafricana", *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, UNESCO, N° 152 (1997); Sandra Liebenberg, "Adjudicación de derechos sociales en la Constitución de transformación social de Sudáfrica", *Anuario de Derechos Humanos*, 2006, pp. 53-72; y Mwayila Tshiyembe, "La science politique africaniste et le statut théorique de l'État africain: un bilan négatif", *Politique Africaine*, París, 1998, pp. 109-132.

<sup>28</sup> Carl J. Friedrich, *La democracia como forma política y como forma de vida*, Tecnos, Madrid, 1961,

<sup>29</sup> Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1982, p. 47; del mismo, "Principio de legalidad, Estado material de derecho y facultades interpretativas y constrictivas de la jurisprudencia en la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Año 4, N° 10 (enero-abril 1984), especialmente pp. 13-24.

<sup>30</sup> Kamel Cazor Aliste, "Algunas reflexiones en torno al actual desarrollo democrático de la sociedad chilena, a la luz de la articulación entre democracia constitucional y democracia política", *Estudios Constitucionales*, Talca, Año 1, N° 1. (2003), p. 25.

transformación de la democracia: primero, como se dijo ya, al convertirse en una ética autónoma, es principio de legitimidad único y absoluto de la sociedad toda, no sólo de los órganos de poder estatales; segundo, la comunidad internacional se vuelve garante de las democracias nacionales, que se deberían reflejar en cánones o patrones que el consenso universal explicita como democráticos. El nuevo paradigma del pensamiento jurídico-político apoya el progreso de una democracia formal a una democracia sustancial, como quiere Ferrajoli<sup>31</sup>, que pone límite al legislador ordinario o extraordinario y que introduce sus valores como nuevo contenido de la Constitución.

Sin embargo, y este es el punto, en la medida en que los valores no están dados, es decir, no son previos o anteriores al pueblo que se autogobierna democráticamente, sino que son los valores que ese pueblo adopta por medio de la autolegislación en una sociedad pluralista, la democracia o bien es vaciada de contenido (su dimensión ética sería puramente formal al estilo de Kant) o bien se ve ella misma obligada a convertirse en repositorio de todos los valores posibles que la sociedad pueda adoptar mediante el consenso democrático. En el primer caso, la democracia se vuelve un procedimiento, un mecanismo socio-político de toma de decisiones; en el segundo, se definiría como un proceso epistémico de intelección de valores compartidos, al mismo tiempo que dinámico, pues está abierto a la permanente búsqueda de un punto de convergencia en las variaciones del pluralismo de valores sociales. En cierto modo, es la propuesta de Habermas<sup>32</sup>: el consenso, cualquiera sea éste, como proceso comunicativo, en la medida que se alcanza por el uso de la razón pública en la esfera pública, debe siempre mantener cierta coincidencia, una aproximación básica —no necesariamente una identificación—, entre la ética y la moral, entre los intereses de los individuos y los grupos y los intereses del Estado democrático, entre la autonomía privada y la autonomía colectiva. Luego, esta democracia epistémica precede a la democracia procedimental: la esfera pública deliberativa en

---

<sup>31</sup> Luigi Ferrajoli, "Juspositivismo crítico y democracia constitucional", *Isonomia*, México, N° 16 (abril 2002), pp. 7-20.

<sup>32</sup> Habermas, "Reconciliación mediante el uso público de la razón", cit. Cf. Frank I. Michelman, "Must Constitutional Democracy Be 'Responsive'?", *Ethics*, Vol. 107, N° 4. (Jul. 1997), pp. 720-723. Es también la teoría epistémica de la democracia de David Estlund, según explica Michelman (pp. 709-710): la democracia sería el método adecuado para alcanzar u obtener "las preguntas correctas ante una incertidumbre cognitiva insoluble".

la que se disciernen los valores ha de poder inspirar e influir sobre los aparatos y procesos estatales<sup>33</sup>.

9. Pasemos al segundo fenómeno, el cambio producido en la comprensión de la naturaleza jurídico-política de la Constitución misma. La Constitución, como límite jurídico al poder arbitrario, inaugura el constitucionalismo en el siglo XVIII. El concepto es conocido y no merece aquí mayor tratamiento. Lo que me interesa señalar es que la misma historia del constitucionalismo varió la idea y el papel de la Constitución. En efecto, a medida que la arbitrariedad –lo no dominable racionalmente– no sólo no se disolvía en la legalidad sino que avanzaba en diferentes direcciones y ganaba en ámbitos y agentes, la Constitución, como programación racional del Estado, evolucionó de un esquema político de contención del poder a un molde jurídico en el que se vacía toda la legislación y actuación estatales, pues ésta en su totalidad queda ahora comprendida en aquélla. Si la Constitución liberal era un documento político, la Constitución democrática es una norma jurídica<sup>34</sup>. Esta última transformación denota que la Constitución ya no se puede entender únicamente como un cuadro general de los órganos del poder y de derechos de los ciudadanos, sino que se proyecta como un modelo programado de vida colectiva, como un orden normativo de la sociedad<sup>35</sup> que rige para el Estado, para los cuerpos intermedios y para el individuo.

Sin embargo, la teoría de la Constitución normativa como respuesta al renovado poder arbitrario es nada más que una parte de la realidad. Porque el progreso del Estado –el avance de la estatalidad– va erosionando la distinción entre Estado y sociedad que sostiene al primer constitucionalismo y con ello acelera el entendimiento de la Constitución como norma

<sup>33</sup> Habermas, *Facticidad y validez*, cit., pp. 218 y ss.; 439 y ss.

<sup>34</sup> Cecilia Mora-Donatto, *El valor de la constitución normativa*, UNAM, México, 2002, pp. 16-17.

<sup>35</sup> Escribe Ignacio de Otto, *Derecho constitucional*, Ariel, Barcelona, 1995, p. 47.: "La Constitución es normativa en todos sus extremos, todos sus preceptos son normas jurídicas (...) tema como punto de partida el principio democrático como base del ordenamiento constitucional. Ese principio obliga a reducir al mínimo el contenido vinculante de la Constitución en aquello que no sea necesario para el aseguramiento de la democracia misma". *Apud* Nava Gomar, "El Estado constitucional...", cit., p. 15. Éste agrega en p. 24: "La única manera posible de garantizar el desdoblamiento legítimo de la norma hasta su concreción es actuando la Constitución –si es que esta Constitución es democrática en su contenido–, lo que requiere a su vez la constante dinámica jurídica como producto de la actuación soberana. Por ello es que Constitución es sinónimo de democracia o, si se quiere, positivización de la soberanía".

política y jurídica. La mutación en el concepto de Constitución es también la consecuencia de estatismo implícito en el constitucionalismo: el incremento del poder favorece el desarrollo de la estatalidad y, con ésta, los derechos humanos aumentan como categorías compensatorias<sup>36</sup>; al mismo tiempo, los valores inscriptos en el texto constitucional, que se resumen en la democracia, se convierten en categorías jurídicas prescriptas a la legislación particular, de modo que la Constitución muta en un sistema normativo en sí mismo y gana las formas de la legislación ordinaria y de actuación administrativa, social e individual. El principio de legalidad originalmente diseñado para controlar al gobierno deviene en la norma mediante la cual los Estados compelen a los sujetos particulares para que se ajusten a los valores constitucionales, evitando la discrecionalidad. La Constitución es, finalmente, una totalidad política y jurídica: es la materia, la forma y la fuente de todo derecho; todo el sistema jurídico se halla constitucionalizado y toda la sociedad está acabadamente comprendida en la Constitución.

Si bien algún sector de la doctrina rechaza esta consecuencia como una deformación de la Constitución del constitucionalismo garantista liberal democrático<sup>37</sup>, lo cierto es que la democracia constitucional requiere de un concepto de Constitución normativa, pues de lo contrario podrían introducirse elementos no democráticos, ya en las grietas de una Constitución no cabalmente democrática, ya a través de una legislación ordinaria que no tiene determinación constitucional, ya por la jurisprudencia de tribunales o cortes apegados a criterios obsoletos. No se trata tan sólo de una desconfianza en el legislador, al que se priva de la omnipotencia que el primer constitucionalismo pareció dotarle; es, además, una desconfianza para con toda la sociedad, incluso para con los mismos poderes del Estado, porque pueden en algún momento volcarse a prácticas o soluciones no democráticas. La democracia constitucional, luego, necesita de una Constitución que sea derecho directamente aplicable y de intérpretes sumisos, de una constitucionalización del derecho-común (una legislación ordinaria vinculada constitucionalmente)<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Es lo que intenté exponer en mi libro *Derechos humanos y constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

<sup>37</sup> Alessandro Pace, "Los retos del constitucionalismo en el siglo XXI", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, N° 2 (julio-diciembre de 2004), pp. 161-179.

<sup>38</sup> Louis Joseph Favoreu, "La constitucionalización del derecho", *Revista de Derecho*, Valdivia, Vol. XII (Agosto 2001), pp. 31-43; y Fernando Santaolalla, "Consideraciones

y de una institucionalización del cambio por mecanismos democráticos<sup>39</sup>. Una de las alternativas es abrir paso a un mayor y más vigilante control judicial de constitucionalidad, no tan sólo en sentido restrictivo (impedir la violación de los derechos fundamentales, "coto vedado" o la "esfera de lo indecible" según Ferrajoli<sup>40</sup>) sino también con un alcance activo y progresivo: actualizar constantemente el contenido democrático de la constitución.

Sería como aceptar la teoría de la jurisprudencia alternativa en sentido democrático, del todo compatible con la idea de una Constitución abierta, es decir, de la Constitución, no tanto como un centro que irradia normas, sino como centro sobre el que convergen las acciones y las normas, según la figura de Gustavo Zagrebelsky; un centro abierto a las demandas de una sociedad pluralista que genera o cobija un "derecho dúctil", diríamos "reflexivo"<sup>41</sup>, en el sentido que más adelante explicaré. La aparente contradicción entre el derecho reflexivo y la Constitución normativa queda zanjada cuando se advierte que la ductilidad del derecho no puede nunca abandonar su origen y su contenido democrático, lo que precisamente está avalado por una Constitución de índole normativa. De donde la rigidez de la Constitución depende de la ductilidad de la democracia, pues una y otra están sometidas al proceso de reflexividad de la vida.

---

sobre la normatividad y superioridad de la constitución", *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, N° 7 (1er semestre 2001), pp, 187-216.

<sup>39</sup> Nava Gomar, "El Estado constitucional...", cit., p. 14 dice: "La democracia importa la constante posibilidad de modificar cualquier cosa, y esa opción se hace Jurídicamente viable en el texto constitucional. Por ello la Constitución debe ser democrática, debe permitir y asegurar la democracia y, además, debe estar sujeta a designios democráticos."

<sup>40</sup> Es esta una conclusión con amplio apoyo entre los constitucionalistas. Cf., en general, Antonio Manuel Pella Freire, "Constitucionalismo garantista y democracia", *Revista Crítica Jurídica*, México-Buenos Aires, N° 22 (Julio-Diciembre 2003), pp. 31-65. Para el rol de los tribunales en la constitucionalización de la democracia, cf. Richani H. Pildes, "The constitutionalization of democratic politics", *Harvard Law Review*, Vol. 118, N° 1 (2004), pp. I y ss. Sobre la teoría del "coto vedado", Roberto Gargarella, "Los jueces frente al "coto vedado""; Juan Carlos Bayón, "Derechos, democracia y constitución"; y José Juan Moreso, "Sobre el alcance del precompromiso", todos en *Discusiones*, México, vol. 1 (2000), pp. 53-64, 65-94 y 95-107. Sobre la "esfera de lo indecible", cf. las colaboraciones de Luigi Ferrajoli en Antonio del Cabo y Gerardo Pisarello (ed.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*: Luigi Ferrajoli, Trotta, Madrid, 2001, pp. 19-56, 139-195 y 287-381.

<sup>41</sup> Cf. Jose Joaquim Comes Canotilho, "¿Revisarla o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 15, N° 43 (Enero-Abril 1995), pp. 9-23. El constitucionalista portugués abona la tesis de Rawls de que la legitimidad moral y material de la Constitución está en el reconocimiento de derechos fundamentales y libertades básicas; e incorpora la idea de reflexividad como eliminación del derecho dirigente y totalizante (propio del constitucionalismo programático) por otro cooperativo, diverso, tolerante, contractual y, por ello, según él, responsable.

10. El tercer punto que quiero considerar es la influencia de la globalización en la mutación del constitucionalismo. Por supuesto que no me detendré en todo lo que ella importa a las transformaciones en vista de la unificación del mundo, porque lo que aquí interesa es el desafío de la universalidad de un orden jurídico democrático, es decir, la apuesta por el cosmopolitismo, por un derecho cosmopolita de carácter democrático.

La pregunta es: ¿la globalización produce su propia regulación jurídica?, o, por el contrario, ¿pueden los sistemas democrático-constitucionales regular los efectos de la globalización? ¿Se puede garantizar un estándar de vida universal e igual para todos los hombres en todas las latitudes del planeta? ¿Puede brindarse seguridad jurídica al Estado constitucional democrático en todos lados, tanto en sus aspectos éticos como en sus elementos procedimentales? ¿Es posible un constitucionalismo global de la sociedad universal? En otros términos, de la crisis del Estado y de la globalización de las relaciones humanas, ¿se sigue necesariamente la exigencia y la posibilidad de un sistema internacional tanto en lo normativo como en lo político?

Debo comenzar notando que, desde el punto de vista del derecho, la globalización es, cuando menos, ambivalente. En efecto, hay quienes juzgan las actuales condiciones como el restablecimiento de la voluntad de las partes como derecho global (*lex mercatoria*), es decir, como globalización de mercado<sup>42</sup>; pero también están aquellos que apuntan a un derecho interestatal y supranacional que imagina conforme los cánones del iluminismo jurídico (códigos, legisladores, tribunales), es decir, como ratificación global de la soberanía estatal<sup>43</sup>. Por lo tanto, cualquier idea de un orden jurídico y político global ha de lidiar con estos dos actores: mercado y Estado, en quienes parecería estar la decisión originaria. Entre estos extremos avanza la idea de una gobernanza democrática global o de un gobierno global democrático que ha de parirse entre los quejidos de los

<sup>42</sup> Luis María Bandieri, "Derecho global y nuevo medioevo jurídico", en *Dikaion*, Año 16, N° 11, pp. 22-37. Para el autor habríamos entrado en un momento postpositivista, pero no lo veo así. En la medida en que es la voluntad el fundamento del derecho, se sigue en el círculo vicioso del positivismo. En este caso, la *lex mercatoria* como voluntad de las partes es positivista; no será de molde jacobino pero sí lo es individualista lockeano.

<sup>43</sup> Lucio Franzese, "L'età dell' globalizzazione ovvero dell'autonomia e della sussidiarietà", en Ayuso Torres (ed.), *De la geometría legal-estatal al redescubrimiento del derecho y la política*. Estudios en honor a Francesco Gentile, cit., pp. 275-294.



Estados nacionales resquebrajados y la petulancia de una economía global que no soporta más reglas que las suyas.

Si la cuestión se observa estrictamente desde el ángulo jurídico estatal, la globalización democrática supondría agregar una nueva instancia a la pirámide de Kelsen, es decir, suplantarlo al fantástico legislador originario a quien se debe el orden constitucional estatal por un acuerdo entre los Estados como acto fundante del derecho democrático global. Un reconocido especialista sostiene que el único modo de que las Constituciones estatales no se conviertan en normas locales subordinadas (leyes regionales no soberanas) es coordinar un derecho constitucional cosmopolita con el derecho constitucional estatal según los principios democráticos, una suerte de constitucionalismo estatal-nacional democráticamente abierto. Se trataría de un Estado constitucional "cooperativo", según Häberle, cuyos principios y contenidos son reinterpretados a la luz de las normas internacionales<sup>44</sup>.

No muy lejana es la tesis de Habermas, aunque éste se muestra más consciente de las dificultades extrajurídicas del proyecto conforme a sus mayores ambiciones. El filósofo germano en diversas ocasiones<sup>45</sup> se apunta a un orden global jurídico político como única manera de asegurar la democracia en un contexto amenazador por la agresividad del capitalismo global y la debilidad de los Estados sociales; el problema, sin embargo, radica en la generación de la globalidad a partir de la estatalidad, porque la democracia no es sólo un conjunto de instituciones que pudieran describirla sino también un procedimiento epistémico de deliberación colectiva. Esto supondría un grado o nivel de comunicación ciudadana que trascienda los Estados nacionales y que pueda forjar una nueva solidaridad abstracta –surgida de ese mismo contexto comunicativo– que remate en su

<sup>44</sup> Peter Häberle, "Derecho constitucional europeo", en su libro *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Palestra/Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, 2004, pp. 155-171. No muy lejos de esta tesis se encuentran quienes apuestan a un orden convencional internacional, apoyado en los Estados. Cf. Giuseppe de Vergottini, "Garantía de la identidad de los ordenamientos estatales y límites a la globalización", *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, N° 18 (2006), pp. 131-145.

<sup>45</sup> Por ejemplo: Habermas, "La constelación posnacional y el futuro de la democracia", cit., pp. 81-146; "El Estado nacional europeo. Sobre el pasado y el futuro de la soberanía y de la ciudadanía", "¿Necesita Europa una constitución? Observaciones a Dieter Grimm" y "La idea kantiana de paz perpetua. Desde la distancia histórica de 200 años", todos en *La inclusión del otro*, cit., pp. 81-105, 137-143 y 147-188.

institucionalización. Sin embargo, ello es particularmente difícil en las actuales circunstancias pues esa conciencia u opinión pública global debería ser independiente de sus raíces estatales o nacionales, lo mismo que de las élites dirigentes; y, hasta ahora, sólo se ha mostrado reactiva, sensible a las lesiones de los derechos humanos, sin poder pasar a una instancia superior. La sociedad civil cosmopolita de Habermas es una utopía.

Tal vez por eso tiene mayor predicamento la tesis más modesta de Ferrajoli<sup>46</sup>. Si bien éste aspira a un derecho cosmopolita, por ahora parece conformarse con un estadio restringido a la garantía y tutela de los derechos fundamentales; y aun así, se requerirían ciertas reformas que permitieran el establecimiento de garantías judiciales a nivel internacional, la relocalización o desplazamiento de las instancias protectoras de tales derechos de los Estados nacionales a la comunidad internacional, y la superación de la ciudadanía como concepto que permite gozar de los derechos —que se plantea frente al problema migratorio— avanzando a una desnacionalización de los derechos humanos. Mientras esto sucede, confía en que "el nuevo paradigma de la garantía y supremacía de los derechos humanos como condiciones para la paz mundial y la coexistencia refleja las crecientes expectativas y el sentido común de los pueblos a medida que toman conciencia gradual del incremento de la interdependencia global"<sup>47</sup>.

No obstante las vicisitudes del proyecto de un orden democrático global, ha ganado terreno la conciencia jurídico-política de que en la globalización de los derechos humanos está la instancia primaria de un orden democrático global<sup>48</sup>. La democracia se ha globalizado solo en el

<sup>46</sup> Luigi Ferrajoli, "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", en *Isonomía*, México, N° 9 (octubre 1998), pp. 173-184. Cf. Matthias Kumm, "Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law", *German Law Journal*, Vol. 7, N° 4 (2006), pp. 341-369.

<sup>47</sup> Ferrajoli, "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", cit., p. 183.

<sup>48</sup> Cf. Gonzalo Aguilar Cavallo, "La internacionalización del derecho constitucional", en *Estudios Constitucionales*, Talca, Año 5, N° 1 (2007), pp. 223-281; Germán J. Bidart Campos, "Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos", en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *LiberAmicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José: Puerto Rico, 1998, pp. 447-479; Julio De Zan, "Un Estado de derecho común en el mundo", *Diálogo Político*, Año XXI, N° 3 (Septiembre, 2004), pp. 29-60; etc. Incluso, esta versión restringida tiene críticos que pretenden expurgar los derechos humanos de su contenido liberal favorable a la globalización del capitalismo; cf. Josefa Dolores Ruiz Resa, "Uso del discurso de los derechos humanos en la fase de la globalización", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, N° 35 (2001), pp. 99-127.

aspecto de la autonomía privada, en la protección de las libertades negativas, quedando como deuda la globalización de todo lo demás que pueda considerarse democrático<sup>49</sup>. Según como quiera entenderse este proceso, puede ser suficiente y bueno, sólo incipiente y rudimentario, o conformista. Ahora bien, independientemente de que los derechos humanos no se han garantizado universalmente, subsiste un problema no menor, cual es la reducción espacial de los proyectos globalizadores, prácticamente circunscritos a Europa; lo que nos obliga a no confundir los sueños con las realidades: la globalidad política y jurídica no sólo está rezagada en relación con la económico-financiera, sino que está espacialmente reducida al escenario europeo y, aun aquí, con más incertidumbres que certezas.

Desde el horizonte de Hispanoamérica, el estar mirando el mundo europeo no deja de ser también una peculiar traba, porque se le ha tomado como modelo de integración estatal en un orden democrático global, como si no existiesen otras alternativas. En alguna medida, la esperanza de replicar ese modelo –constantemente frustrado en estos suelos– cumple una función de distracción, porque aleja la atención de los defectos y taras de nuestras democracias locales.

11. Pasemos al último factor: el proceso de reflexividad como construcción/aprendizaje en las sociedades pluralistas complejas. El estadio actual de la modernidad está expresado con el concepto sociológico –deliberadamente equívoco y ambiguo– de "reflexividad" que, en alguno de sus usos, continúa y redefine el de "individualización".

En efecto, la reflexividad ocurre, en principio, en un contexto en el que la agencia (el sujeto, individual o colectivo) se encuentra progresivamente liberada de las estructuras; es decir, la persona y los grupos ya no hallan en el entramado institucional y/o en los valores sociales y pautas culturales establecidas la firmeza y la fijeza que les permite

<sup>49</sup> Cf. David Held, *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 1997. El teórico anglosajón coincide con el germano Habermas –aunque el orden de prioridades no parece ser el mismo– en que la democracia cosmopolita requiere una estructura transnacional común, que garantice la autonomía pública y privada, que se extienda extendiéndose a un orden económico global controlado democráticamente. Todo esto está por hacerse.

<sup>50</sup> Scott Lash, "La reflexividad y sus dobles: estructura, estética, comunidad", en Ulrich Beck, Anthony Giddens y Scott Lash, *Modernización reflexiva*, Alianza, Madrid, 1997, pp. 148-149.

actuar con razonable certeza. Las estructuras, liberando a los agentes, los fuerzan a ser libres: no tienen reglas preestablecidas, ni recursos predeterminados; las personas deben "innovar crónicamente"<sup>50</sup>, como dice Scott Lash. A nuestro propósito no interesa tanto si la causa de la reflexividad está en la creciente fluidez de las estructuras que generan la inseguridad en el agente (Bauman, Beck), o en el surgimiento de nuevas estructuras de información y comunicación (Lash, Virilo), o en la muerte del sujeto (Derrida, Rorty); tampoco interesa si la reflexividad conlleva un mayor individualismo (expresivo o estético) o, por el contrario, mayor anomia y carencia de regulación. Sea que empiece en el sujeto o en el objeto, sea que se relajen las normas y aumenten los riesgos o se acentúe la individualidad y acrezca la fragilidad del yo, lo cierto es que la modernidad reflexiva supone todo esto.

Porque hay una conexión lógica y fáctica entre el agotamiento de las certidumbres racionales y lo que Giddens llama "inseguridad ontológica"<sup>51</sup>, pues cuando ya nada parece responder a los criterios tradicionales o rutinarios a los que el hombre estaba acostumbrado, sobreviene un nuevo tipo de modernidad que no es racional sino contingente, que no está gobernada por la razón individual o del sistema sino por los accidentes<sup>52</sup>. Dicho de otro modo: estructuras reflexivas (fluidas, inciertas) requieren personas reflexivas (inasibles, insustanciales); y viceversa. La modernidad reflexiva instala la accidentalidad donde antes se afirmaba un orden esencial e inmovible, orden del ser en la filosofía y teología clásicas, u orden racional en la filosofía moderna de la subjetividad. El síntoma primario de la reflexividad es una creciente contingencia, pues "la desaparición de las ataduras que provienen de un mundo de la vida fuertemente integrado deja al individuo ante la ambivalente experiencia de un creciente ámbito de opciones posibles."<sup>53</sup>

La reflexividad tiene el efecto –primario o secundario, según se vea– de liberar a los individuos de los roles preestablecidos, de las estructuras aprisionantes de la personalidad, al mismo tiempo que introduce la subjetividad, la creatividad, en las ruinas de las arcaicas estructuras; pero como se trata de una subjetividad también liberada, el

<sup>51</sup> Anthony Giddens, *Consecuencias de la modernidad*, Alianza, Madrid, 1994, pp. 103-108.

<sup>52</sup> Ulrich Beck, *La invención de lo político*, FCE, Buenos Aires, 1998, p. 12.

<sup>53</sup> Jürgen Habermas, "La constelación posnacional y el futuro de la democracia", cit., p. 111.

yo que inventa el mundo a su modo es la persona que se modela a sí misma. No es que el proceso de individualización de la modernidad se haya detenido, sino que el individualismo de nuestros días (de la modernidad débil o de la posmodernidad) gana una nueva dimensión. Según dice Beck, la desaparición de las estructuras sociales produce mayor individualización, en un comienzo como destrucción de las formas de vida existentes, pero también y posteriormente, como invención de nuevas formas de vida "en las que los individuos deben producir, escenificar y remedar ellos mismos, sus propias biografías". Si lo traducimos a la sociología funcionalista de Parsons, diríamos que ya no hay "roles" predeterminados para el ocupante de un "estatus", sino que todo individuo es "actor, constructor, malabarista y director de escena de su biografía, su identidad, sus redes sociales, sus ligazones y convicciones"<sup>54</sup>.

En efecto, la modernidad reflexiva puede ser explicada como un proceso de desregulación generalizado: de los contextos de aprendizaje y producción de valores (cultura, tradición), de los sistemas económicos productivos (capitalismo, mercado), de los aparatos e instituciones estatales (política, comunidad, burocracia). Todo ello refluye en una desregulación del yo (sujeto, agencia, persona), que se manifiesta en el pluralismo de concepciones de la vida, la liberación de opciones múltiples de desarrollo individual y la construcción de la propia identidad. Las nuevas preocupaciones y teorías de la identidad, ya personal, ya colectiva, no ponen el acento en lo dado, en lo que es, sino en lo elegido, en lo elaborado: la identidad es una construcción de la persona, es lo que cada una elige

---

<sup>54</sup> Beck, *La invención de lo político*, cit., pp. 56 y 130-132. A diferencia del proceso de individualización moderno descrito por Germani –y que trato a continuación–, la individualización en la reflexividad posmoderna no se basa, según Beck, en la libre elección de los sujetos; éstos están condenados a ella, es una compulsión paradójica impuesta por las nuevas condiciones de vida. *Ibidem*, pp. 239-240 nota 9. Antes eran las estructuras las que posibilitaban la individualización; hoy, al no existir canales predeterminados (modelos, ejemplos, estilos) para expresión de la acción electiva, está más disponible, más libre y menos sujeta que antes, por eso se vuelve una compulsión, una enfermedad. En la modernidad reflexiva, la persona se encuentra sola con su libertad de decisión; la persona se reduce a la capacidad de optar sin límites, porque todo ha sido hecho tabla rasa; la persona se reconcentra en su voluntad de querer. La reflexividad impone, también, como correlato necesario, la desregulación de la filosofía y del saber humano, que se señala como el fin de la metafísica o la evaporación, disolución, del "ser", de modo que no hay más esencias universales sino accidentes, contingencias. Escribe Zygmunt Bauman, *Modernidad líquida*, FCE, Buenos Aires, 2004, p. 39: "la individualización es un destino, no una elección".

ser, aunque se trate de un proceso incompleto, inacabable, una promesa que nunca se realiza del todo<sup>55</sup>, pero que no puede frustrarse política o jurídicamente. "Cada uno –afirma Habermas– se ve confrontado con una libertad que le permite establecerse como individuo y, al mismo tiempo, que lo aísla de los demás al obligarlo a observar sus propios intereses desde la perspectiva de un actor racional con respecto a los fines."<sup>56</sup>

¿Y qué relación guarda la conversión de lo sólido en líquido, la evaporación de las estructuras y la disolución del yo, con la democracia constitucional? El vínculo no parecería evidente, sin embargo existe. En principio, porque no queda otra alternativa: en un mundo democrático, en el que han desaparecido los socialismos de Estado, la universalización de los derechos en los Estados democráticos es la única perspectiva posible, es lo que nos ha quedado<sup>57</sup>. Este es, sin embargo, un argumento historicista, incluso pesimista, que no funda sino relativamente la conexión entre las políticas de reconocimiento de la identidad elaborada reflexivamente y la democracia.

Afinando el fundamento, hay que notar que el proceso de democratización y el de reflexividad son coetáneos, casi como carriles simultáneos, sobrepuestos o entrecruzados, de la misma finalidad: construir una sociedad autónoma de individuos autónomos. De ahí la simbiosis entre derechos humanos y democracia: la democracia es el único sistema político que garantiza el derecho a tener derechos. La lógica democrática es la de los derechos humanos, pues únicamente los sistemas democráticos tienen la capacidad de ampliar su catálogo. Esta fórmula tiene la ventaja, se dice, de evitar toda discusión en torno a la legitimidad de los derechos humanos y, por ende, de la misma democracia. De esta manera, la universalidad del principio democrático, el derecho a tener derechos, reduce el derecho al examen del derecho<sup>58</sup>. Más refinadamente, si se quiere, lo ha dicho Habermas: sólo la democracia asegura simultáneamente la autonomía privada y la autonomía pública<sup>59</sup>; es decir, el goce de la privacidad junto a las ventajas de la ciudadanía, de modo

<sup>55</sup> Como sugiere Zygmunt Bauman, *Comunidad*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2005, p. 78.

<sup>56</sup> Habermas, "La constelación posnacional y el futuro de la democracia", cit., p. 111.

<sup>57</sup> Jürgen Habermas, "La lucha por el reconocimiento en el Estado de derecho", cit., p. 190.

<sup>58</sup> Claude Lefort, "Los derechos del hombre y el Estado benefactor", *Vuelta Sudamericana*, Buenos Aires, N° 12 (julio 1987), pp. 34-42.

<sup>59</sup> Habermas, "La lucha por el reconocimiento en el Estado de derecho", cit. p. 197.

que el individuo que escribe su propia biografía para dotarse de identidad sólo puede hacerlo en una sociedad que le reconozca también el derecho a ser su propio legislador.

La democracia garantiza los proyectos vitales de los individuos: el único y postrer amparo de la persona es la democracia, que avala su identidad. En realidad, la reflexividad supone un proceso permanente de autoconstitución del individuo y de la sociedad, pues no hay identidades predeterminadas, no hay un "ser" dado al individuo y tampoco a su sociedad; luego, este contexto de identidades electivas requiere instituciones y dinámicas políticas que favorezcan la autoconstitución, la fabricación de la propia identidad<sup>60</sup>. Y esto sólo la democracia puede garantizarlo, pues ella supone un crisol plural y complejo de todas las cosmovisiones de vida, que no resuelve los conflictos de modo autoritario sino reflexivo, deliberativo, mediante consenso y sin imposición<sup>61</sup>. Es como si se dijera, en términos de Habermas, que la democracia constitucional es un proceso abierto al enriquecimiento que importa cada nuevo punto de vista y cada nuevo participante; ella es neutral y por lo mismo inclusiva; en su igualdad abstracta tienen cobijo todas las diferencias bajo un mismo estatuto de libertades y derechos fundamentales. De donde el "reconocimiento" de los derechos es consecuencia de las instancias deliberativas<sup>62</sup>; la democracia acuerda "voz" y protección a todas las minorías<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Bauman, *En busca de la política*, cit., pp. 146-147.

<sup>61</sup> Cf. Heather K. Gerken, "Second order diversity", *Harvard Law Review*, v. 118, N° 4 (February 2005), pp. 1099-1195. El autor desarrolla una teoría de las diversidades o diferencias a la luz de la democracia constitucional, con el objeto de probar que ésta no sólo ampara o refleja ciertas formas de diversidad sino que, además, se nutre o enriquece las diversidades que no refleja directamente pero que existen en la vida social.

<sup>62</sup> Cf. Dominique Leydet et Hervé Pourtois, "Pluralisme et conflit dans les théories contemporaines de la démocratie", *Archives de Philosophie du Droit*, París, N° 49 (2005), pp. 71-92. Una inteligente crítica basada en la historia del pensamiento político sobre las posibilidades del reconocimiento de las diferencias en la democracia, es la de Sheldon Wolin, "Democracy, difference and re-cognition", *Political Theory*, Vol. 21, N° 3 (Aug. 1993), pp. 464-483.

<sup>63</sup> Cf. Juan Carlos Velasco Arroyo, "Derechos de las minorías y democracia liberal: un debate abierto", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, N° 109 (julio-septiembre 2000), pp. 201-221.

## § IV.- Democracia Constitucional (III): Individualismo, secularización y totalitarismo

12. Este desarrollo extremo de la democracia constitucional refiere un contexto histórico en el que se extreman, también, las pautas culturales en las que el mismo constitucionalismo ha sido incubado. El concepto de reflexividad tiene su antecedente en el principio de individualización y de acción electiva que los sociólogos descubren como fundamento de los cambios producidos en la modernidad y que se vincula íntimamente al desarrollo de la democracia. Uno de los últimos escritos de Gino Germani, *Democracia y autoritarismo en la sociedad contemporánea*, trata de explicar las causas de la angustia de las sociedades de fin de siglo, en particular la desazón ante la deriva de las democracias.

La clave del escrito está en la contradicción sugerida por Germani entre la exigencia de un núcleo mínimo de valores, aceptados universalmente, que da estabilidad a toda sociedad democrática, y la lógica culturalmente desestabilizadora de la secularización; contradicción que auspicia sistemas autoritarios modernos (totalitarios) de control social para alcanzar cierto grado de estabilidad política. Y esta consecuencia colisiona con el principio constitutivo de las sociedades modernas: el individualismo y la acción electiva<sup>64</sup>. Efectivamente: la modernidad abrió un proceso universal de cambio y progreso en la cultura occidental que tiene como pivote la secularización. Según la entiende Germani, la secularización supone tres rasgos centrales: (a) la acción electiva basada en la decisión individual<sup>65</sup>; (b) la institucionalización y legitimación del cambio; y (c) la especialización y diferenciación creciente dentro de la sociedad.

La caracterización de Germani es fácilmente comprensible: el tercer rasgo de las sociedades contemporáneas (la diferenciación) se traduce no sólo en la movilidad social sino también en el pluralismo de formas de vida;

<sup>64</sup> Gino Germani, "Democracia y autoritarismo en la sociedad moderna", en Autores Varios, *Los límites de la democracia*, CLACSO, Buenos Aires, 1985, Vol. 1, pp. 33-34.

<sup>65</sup> Explica Germani: "la acción electiva sigue siendo una forma de conducta socialmente regulada, pero se distingue de la acción prescriptiva en cuanto lo que las normas indican son criterios de elección u opción y no modelos de conducta atribuidos de modo rígido a cada situación socialmente definida." Germani, "Democracia y autoritarismo en la sociedad moderna", p. 26. Es decir, la acción electiva es el complemento teórico sociológico de las libertades negativas teorizadas por la política y el derecho modernos.



el segundo rasgo (institucionalización del cambio) está presente en el mentado pluralismo, es decir, en la movilidad y la precaria estabilidad de las creencias y de las instituciones que las representan (el derecho, la religión, la filosofía, etc.). Estos dos rasgos se explican, finalmente, por el primero: la acción electiva, por la que cada persona decide reflexivamente la orientación de su vida, los fines, los derechos y los deberes que corresponden a su propia determinación. Para Germani es la autodeterminación el valor máximo de la modernidad y supone otras dos categorías fundamentales, el individualismo y la subjetividad.

Nuestras sociedades han radicalizado la acción electiva y con ello desmoronado todos los límites al avance de la secularización. En efecto, la característica de las sociedades occidentales es la ausencia de límites: el individualismo, el cambio institucionalizado y el pluralismo ya no se restringen a una élite, no respetan el pasado tradicional, ni se detienen frente a instituciones o creencias inmodificables. Todo está sujeto a cambio y progreso; incluso el marco normativo puede ser objeto de elección, puede ser cambiado<sup>66</sup>. Y aquí aparece el dilema de las sociedades democráticas: éstas, como cualquiera otra, no pueden subsistir sin un mínimo de acuerdo en lo fundamental, sin un mínimo prescriptivo, sin un mínimo de adhesión a valores que deben permanecer porque le dan fundamento. Empero, la secularización se extiende por todos lados y en todos los niveles, minando cualquier acuerdo sobre lo fundamental, precarizando todo acuerdo en valores compartidos.

Y donde está el dilema, está también el peligro: "Es de esta condición fundamental —escribe Germani— de donde surge un factor potencial (a nivel de generalidad máxima) para la aparición del autoritarismo en sentido moderno. En efecto, la sociedad moderna está caracterizada por una tensión intrínseca a su forma particular de integración. Esta tensión es la consecuencia de la contradicción entre el carácter expansivo de la secularización y la necesidad de mantener un control universalmente aceptado sin el cual la sociedad cesaría de actuar como tal."<sup>67</sup> Las democracias no son ajenas a esta advertencia, porque el proceso de democratización fundamental —como llama Germani a la extensión progresiva de los derechos civiles, sociales y políticos— no sólo enfrenta la

<sup>66</sup> Germani, "Democracia y autoritarismo en la sociedad moderna", pp. 25-26 y 30.

<sup>67</sup> Germani, "Democracia y autoritarismo en la sociedad moderna", p. 31.

igualdad con la libertad sino que inclusive mina la posibilidad de una fraternidad razonable, de ese acuerdo en lo elemental, en razón de su mismo fundamento: "un mundo de personas altamente individualizadas e individualistas, fuertemente competitivas e influidas por lo que es considerado por la ideología dominante como plenamente legítimo –y aun sagrado–, el egoísmo en sus intereses económicos, o por la necesidad de expresión plena e irrestricta de su individualidad y su deseo de plena igualdad en todos los sentidos"<sup>68</sup>.

En realidad, el análisis de Germani marca la deriva totalitaria de la democracia en el sentido de que la democracia, por la secularización extrema, puede llegar a convertirse en su opuesto<sup>69</sup>. En su análisis, resultaba cabalmente lógica la posibilidad de que en su devenir, por la radicalización de sus fundamentos, la democracia misma se volviese totalitaria. No es una hipótesis descabellada, porque el autoritarismo moderno –en términos del propio Germani– requiere la participación política y de ciudadanos activos, que sostengan sus propias convicciones; no construye sociedades despolitizadas pero sí manipuladas<sup>70</sup>. Lo que se asemeja bastante a las democracias contemporáneas: hay en éstas un control difuso pero perceptible de las opiniones y las ideas con el propósito de uniformarlas, que opera sensible y visiblemente mediante la propaganda, la educación pública, la acción de los *mass media*, sin descartar mecanismos elocuentes de premios y castigos.

En todo caso, el totalitarismo democrático viene de la misma negación de un criterio de legitimidad diverso del derecho como producto estatal, aunque sea este un derecho del pueblo o de sus representantes. Si no hay más justicia que la de la ley humana y ésta es regla autónoma del Estado –soberano o abierto a la comunidad internacional–, el totalitarismo brota del voluntarismo político jurídico, aun cuando esa voluntad sea cambiante y variable, movable y abierta<sup>71</sup>. Si se quiere, el neoconstitucionalismo y la democracia constitucional persisten en el credo

<sup>68</sup> Germani, "Democracia y autoritarismo en la sociedad moderna", p. 39. Es lo que Castellano llama el principio de la guerra institucionalizado, cf. Danilo Castellano, *L'ordine politico-giuridico "modulare" del personalismo contemporáneo*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pp. 10, 14-15, 17-18, 67-68, 73, 105-106, 115-116.

<sup>69</sup> Germani, "Democracia y autoritarismo en la sociedad moderna", pp. 34-35, 36, 39, 52-53.

<sup>70</sup> Germani, "Democracia y autoritarismo en la sociedad moderna", pp. 36-37.

<sup>71</sup> Y el problema subsiste aunque se lo diga con un vocabulario revuelto, propio de un lenguaje positivista inexcusable: "la legalidad debe entenderse hoy en día como el cumplimiento a nivel positivo de la legitimidad; esto es, el acatamiento de cada norma con respecto a su

positivista, pues el concepto normativo de Constitución no supera la tesis de que ella establece la legalidad formal y la legalidad sustancial del derecho, el modo de producción y el contenido del derecho<sup>72</sup>.

13. De acuerdo con Germani la secularización es la causa de la inestabilidad política al destruir la sociedad. ¿Lo entiende así la teoría de la democracia constitucional? Me temo que no; antes bien, al contrario, la secularización, se dice hoy, es la garantía de la no interferencia de argumentos irracionales o fundamentalistas en el proceso de deliberación democrática. Para Habermas, por caso, es la garantía de continuidad del proyecto racional de la modernidad, pues el carácter democrático del Estado de derecho, en tanto nacido y mantenido por un proceso democrático continuo –inclusivo, deliberativo–, genera el vínculo unificador de la ciudadanía. Por eso, "la naturaleza secular del Estado democrático no presenta, pues, ninguna debilidad interna, inmanente al proceso político como tal, que en sentido cognitivo o en sentido motivacional pusiese en peligro su autoestabilización"<sup>73</sup>. La democracia y el Estado constitucional liberal resultan ser el régimen político perfecto en cuanto a su autonomía: contienen todo lo que se necesita para que la misma legalidad se vuelva legitimidad sin tener que recurrir a concepciones extrademocráticas –filosóficas, éticas, religiosas– que le proporcionen los valores institucionales y las motivaciones cívicas que le hacen respetado.

En efecto, sólo se quiere tomar de las religiones lo que tienen de secular y no condiciona o pone en riesgo la democracia; en consecuencia, las religiones y las tradiciones religiosas son desmerecidas como tales, se las reduce a una dimensión racional, cuando no meramente procedimental, luego funcional al sistema democrático<sup>74</sup>. La propuesta es consecuente con la historia del constitucionalismo, pues éste –aunque

---

superior conforme a lo estipulado por la Máxima Ley, que responde a la misma voluntad popular: actuar siempre con arreglo al Derecho, al Derecho que el pueblo creó a través del Poder Constituyente". Nava Gomar, "El Estado constitucional...", cit., p. 30.

<sup>72</sup> Ferrajoli, "Juspositivismo crítico y democracia constitucional", cit, pp. 7-19. El jurista italiano insiste en este punto, que cree superación del positivismo meramente formal: en la democracia constitucional el positivismo jurídico adquiere forma constitucional, pues todo derecho, tanto en su ser (existencia) como en su deber ser (significado, contenido), es artificial y positivizado a través de normas ora formales ora sustanciales de derecho positivo.

<sup>73</sup> Jürgen Habermas, "Las bases morales prepolíticas del Estado liberal", Consonancias, Buenos Aires, Año 4, N° 13, p. 35.

<sup>74</sup> Jürgen Habermas, "Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos", en *La constelación posnacional*, cit., cap. 5.

en sus orígenes pudiese tener una impronta religiosa de carácter protestante— tiende necesariamente hacia la laicidad, entendida ya como neutralidad del Estado, ya como desacralización de la esfera pública o como ambas resoluciones, pues la segunda lleva a concluir en la primera. En este sentido, el constitucionalismo es inseparable de la secularización y del relativismo ético: cada uno puede y debe abrazar sus propias creencias, mas todos deben sostener las convicciones democráticas<sup>75</sup>.

Sin embargo, el problema tiene una doble cara, cuando menos: por un lado, el proceso de secularización expulsa toda referencia a valores superiores, trascendentes, no sujetos a la transacción política o económica; por el otro, habilita al Estado, a la sociedad global o al mercado a manipular valores, siquiera mediante el consenso, asignándoles un rango supremo, aunque temporariamente, es decir, hasta un nuevo consenso. Habermas lo dijo en el pasaje antes citado, sin advertir los efectos de sus dichos. Ya hace unos años Daniel Bell había advertido que, ante el agotamiento de las ideologías decimonónicas, la esperanza parecía renacer para las religiones, pero que ello no sucedería hasta que la política dejara de movilizar la energía emocional de los hombres, volcándola al esfuerzo por transformar el mundo. Pues en la medida en que el Estado absorbe los valores de cambio, conversión y transformación, modelándolos desde una perspectiva terrenal, secular, las religiones (las sectas y las iglesias) no pueden dejar de ser un partido<sup>76</sup>, es decir, un competidor más en el sistema pluralista de valores relativos que el Estado o el mercado jerarquizan o deprimen. Ésta parecería ser una buena explicación sociológica del ocaso de las formas religiosas trascendentes de lo mundano, pero también del monopolio de los valores por el Estado, tantas veces denunciado como la contracara de la secularización<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Pedro Salazar Ugarte, "Laicidad y democracia constitucional", *Isonomía*, México, N° 24 (abril 2006), pp. 38-49. Es el concepto de "patriotismo constitucional" desarrollado por Habermas, por ejemplo, en "La constelación posnacional y el futuro de la democracia", cit., p. 101; o en "Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos", cit., p. 162. Cf. Margaret Canovas, "Patriotism is not enough", *British Journal of Political Science*, Vol. 30, No. 3. (Jul. 2000), pp. 413-432; John Erik Fossum, *Constitutional patriotism: Canada and the European Union*, RECON Online Working Paper 2007/04, July 2007, [www.reconproject.eu/projectweb/portalproject/RECONWorkingPapers.html](http://www.reconproject.eu/projectweb/portalproject/RECONWorkingPapers.html); y Patchen Markell, "Making Affect Safe for Democracy?: On 'Constitutional Patriotism'", *Political Theory*, Vol. 28, No. 1. (Feb., 2000), pp. 38-63.

<sup>76</sup> Daniel Bell, *El fin de las ideologías*, Tecnos, Madrid, 1964, p. 545.

<sup>77</sup> Por caso, Dalmacio Negro Pavón, *La tradición liberal y el Estado*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1995, pp. 229 y ss.; del mismo, *Lo que Europa debe al cristianismo*, Unión Editorial, Madrid, 2006, pp. 151 y ss.

14. Pero volvamos al análisis de Germani. Según su proposición, lo que vuelve díscolo un sistema que parecería racionalmente equilibrado es el individualismo, la búsqueda de satisfacciones individuales a toda costa y sin límite, porque el principio de la acción electiva es el que acaba desarrollándose y extendiéndose más que cualquiera otro, al menos de un modo tan dilatado como el poder del Estado. Ciertos estudiosos coinciden con Germani. Así, Daniel Bell entiende que el fracaso de las interpretaciones holistas (como la de Talcott Parsons) hay que atribuirlo a que el sistema social no es unitario, no está unificado, sino que está partido, fragmentado. Por lo tanto es irrealizable una teoría general de la sociedad moderna como abstracción analítica, como una unidad retroalimentada y acabada, sin considerar las sociedades concretas. En contraste, propone Bell estudiar la sociedad moderna como si fuera una "difícil amalgama" de tres ámbitos distintos: la estructura social (economía, tecnología, trabajo) que persigue la riqueza y se rige por el principio de la eficiencia económica; el orden político (estructuras de poder, judicatura) que tiene como principio axial la igualdad y se manifiesta en demandas de participación; y la estructura de la cultura, el mundo de los valores y los simbolismos significativos, regida por el principio axial de la autorrealización o el hedonismo, y que tiende necesariamente al reforzamiento del sujeto, de la persona<sup>78</sup>.

Encuentro en el análisis de Bell la virtud de explicar las variadas manifestaciones de los conflictos sociales de nuestros días<sup>79</sup>: el individualismo difícilmente cuaja con la eficiencia económica o la participación política; el rendimiento económico se da de narices con la igualdad o con el hedonismo; y la democracia no puede sostenerse con sujetos concentrados en sus intereses privados o una economía que no atiende criterios de justicia. Pero el optimismo secular impide renunciar a encontrar la solución, aunque ésta sea la quinta pata del gato. "La tarea del primer mundo –escribía en 1995 Ralf Dahrendorf– en la década

<sup>78</sup> Daniel Bell, *El advenimiento de la sociedad post-industrial*, Alianza, Madrid, 1986, pp. 24 y ss.; del mismo, *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Alianza, Madrid, 1987, pp. 11-12, 23-28, 234--235, etc.

<sup>79</sup> El carácter policéntrico de las sociedades hodiernas ha sido ratificado en diversos estudios recientes, como el de Zygmunt Bauman, *En busca de la política*, FCE, Buenos Aires, 2001, pp. 141 y ss. Sin embargo, Bauman, a diferencia de Bell, tiene la intención de rescatar el ideal de la autonomía política a partir de la radicalización del principio antroponómico moderno.

próxima radica en dar con la cuadratura del círculo entre la generación de riqueza, la cohesión social y la libertad política."<sup>80</sup>

Parece que estamos cada vez más lejos de nuestro tema, pero no es así. Porque el milagro de "la cuadratura del círculo" lo produce la democracia constitucional tomada como principio unitivo inmanente a una sociedad axiológicamente fragmentada; esto es, la democracia es la única capaz de componer, hacer converger, la autonomía o independencia de cualquier valor o persona que pretenda coexistir con otros valores o personas igualmente autónomos. Habermas y sus seguidores creen posible conciliar el pluralismo de cosmovisiones y la fragmentación de la razón mediante el uso de la razón pública deliberativa, corazón y motor de la democracia constitucional. En su peculiar lenguaje, afirma Habermas que la "autolegislación de la comunidad moral" en las sociedades pluralistas supone la subordinación de las cosmovisiones diferentes al fundamento moral del Estado constitucional democrático que, siendo neutral, es una suerte de "autocomprensión ética de la especie" resultante de las diferentes tradiciones y formas de vida que, en lo que tienen de general o común, se reflejan o comprenden en ella. De este modo, la moralidad de la democracia asegura a cada individuo y a cada grupo o sector la autonomía o libertad para desarrollar su propio proyecto ético vital, sin que se quiebre la autonomía colectiva. "En las normas generalmente válidas tiene que expresarse una comunidad no asimiladora, que sea intersubjetiva sin coacciones, que atienda la fundamentada diversidad de intereses y perspectivas interpretativas en toda su amplitud, es decir, que no nivele ni reprima ni margine ni excluya las voces de los demás (los extranjeros, los disidentes, los débiles)."<sup>81</sup>

## **§ V. Democracia Constitucional (IV): Una mirada crítica**

15. Difícilmente podemos dejarnos encantar por el canto de sirena de una teoría ideal, como la democracia constitucional, cuando es contrastada con las realidades concretas de la vida democrática. Hace ya varios años Bobbio, un paladín de la democracia, provocó inquietos

<sup>80</sup> Ralf Dahrendorf, *La cuadratura del círculo*, FCE, México, 1996, p. 20.

<sup>81</sup> Jürgen Habermas, *El futuro de la naturaleza humana*, Paidós, Buenos Aires, 2004, pp. 59 y 79.

comentarios cuando pasó revista a sus promesas incumplidas<sup>82</sup>. Su método, el contraste de los ideales democráticos con la cruda realidad, lo llevó a conclusiones que aún conservan actualidad: la homogeneidad contrastada con el pluralismo, el interés común quebrado por los intereses sectoriales, la representación política que no ha podido aniquilar las oligarquías, el sueño de la democratización plena constreñido a espacios parciales, la persistencia del poder invisible contra la aspiración a una plena publicidad, el ideal de una cultura cívica amplia replicada por la apatía y la anomia de los ciudadanos, la igualdad política frustrada por el gobierno de los técnicos, la difusión del poder democrático frenada por el aumento del aparato burocrático, y la eficacia del sistema postergada por la creciente ingobernabilidad democrática. Es cierto que Bobbio no se rendía y mantenía su fe en la democracia, pero sus recetas para realizar las promesas de la modernidad no son políticas sino culturales: la tolerancia, la no violencia, la fraternidad y la libre circulación de las ideas. Este último argumento resulta clave, porque será retomado por los adalides de la democracia deliberativa, que hoy informa el modelo ideal de la democracia constitucional: "la renovación gradual de la sociedad mediante el libre debate de las ideas y el cambio de mentalidad y la manera de vivir"<sup>83</sup>.

Mi pregunta, aquí y ahora, es la siguiente: ¿es así?, ¿libera el libre debate y las operaciones deliberativas de esos resabios antidemocráticos de las sociedades hodiernas? En otras palabras, fuera de toda demanda ideal, ¿es posible el consenso amplio, incluso, deliberativo en las democracias actuales?

16. El proceso deliberativo democrático busca un punto de integración en una sociedad pluralista; esto es, tiende a establecer un consenso que haga posible la vida en común, pero la realidad es que ese consenso no se limita a los valores o principios políticos del sistema. Debido a la complejidad de la vida moderna, el consenso fundamental es también un reclamo de coincidencias en la generación y asignación de bienes y recursos económicos, culturales, sociales en general; en el establecimiento

---

<sup>82</sup> Me refiero a la conferencia de 1983 en el Palacio de las Cortes en Madrid, "El futuro de la democracia", en Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, FCE, México, 1986, pp. 13-31.

<sup>83</sup> Bobbio, *El futuro de la democracia*, cit., p. 31.

de las metas, de los objetivos y de los medios para conseguirlos, etcétera. No se trata sólo del inconveniente observado por Offe de que en las sociedades democráticas contemporáneas existen conflictos políticos institucionalizados y manifiestos, junto a otros conflictos políticos entre factores manifiestos y factores latentes<sup>84</sup>; tampoco se resume en que la política cultural de la diferencia (el pluralismo y el multiculturalismo) se ha de vincular con la política social de la igualdad, para que la justicia incluya el reconocimiento (las políticas de identidad de los diferentes) junto a la redistribución (las políticas de justicia social)<sup>85</sup>. El problema parece más grave aún por la incompatibilidad entre ciertas demandas y los criterios de decisión política. En otros términos: la exigencia misma de consenso se ha vuelto conflictiva, porque el aumento de la participación –todos estamos invitados a la deliberación pública racional democrática– trae consigo una paradoja que Bell formula en los siguientes términos: "cuanto mayor es el número de grupos, de los que cada uno intenta conseguir fines distintos o en competencia, hay más probabilidades de que esos grupos veten los intereses de los otros, con el sentimiento consecuente de frustración e impotencia que producen tales paralizaciones"<sup>86</sup>.

Un modo de evitar este atoramiento ha sido señalado agudamente por Ulrich Beck, lo llama "el estereotipo del enemigo", la invención, fronteras adentro, de un enemigo de la democracia, recurso generalizado que posibilita "independizarse del consenso con consenso"; de este modo, "la democratización interna de una sociedad puede ser mantenida en suspenso, sin tener que renunciar al consenso". El resultado es una democracia incompleta, de participación limitada y deliberación manipulada; o, como dice Beck, "la remoción de la democracia con la bendición de la democracia"<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Claus Offe, *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Sistema, Madrid, 1988, p. 119.

<sup>85</sup> Es la discusión entre Fraser y Honneth. Cf. Nancy Fraser, *Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation*, The Tanner Lectures on Human Values, Stanford University, 1996; y Axel Honneth, "Recognition or redistribution? Changing perspectives in the moral order of societies", *Theory, Culture & Society*, London, Thousand Oaks and New Delhi, Vol. 18, N° 2-3 (2001), pp. 43-55. También, Leydet et Pourtois, "Pluralisme et conflit dans les théories contemporaines de la démocratie", cit., pp. 71-92.

<sup>86</sup> Bell, *El advenimiento de la sociedad post-industrial*, cit., p. 191.

<sup>87</sup> Beck, *La invención de lo político*, cit., p. 115. Lo que dice Beck es práctica corriente en la democracia argentina desde 1983: la invención de un enemigo de la democracia como recurso para fortalecer la democracia. Para un caso reciente, cf. Federico Orlando, "Las paradojas de la democracia: excluyendo voces del proceso deliberativo", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, pp. 187-198.



Pero hay más: como el consenso no acaba con el pluralismo, pues lo deja subsistente, no puede ser sino siempre consenso precario, consenso inestable que no decide nada sino que genera nuevas instancias de consenso no decisorio. La política de consenso democrático debería ser un proceso de suma cero, aunque en concreto el resultado sea positivo para algunos intereses: el de los homosexuales frente a la familia natural, el de las mujeres que enarbolan el derecho al propio cuerpo frente a la vida del ser por nacer, por no referirme a las grandes empresas en detrimento de las pequeñas o de los intereses económicos supranacionales en perjuicio de los nacionales, el de la corporación de los políticos contra los ciudadanos, etc. Por otro lado, es así porque la democracia supone fluidez y variación, es el régimen que permite y legitima todo cambio, de donde resulta falaz un juego democrático de suma cero: siempre hay alguien que gana y alguien que pierde en las sutiles telarañas del consenso democrático. No se trata, entonces, como se ha especulado, de un proceso deliberativo que genera consenso tras consenso, sino de decisiones consensuadas que aparecen veladas como no-decisiones en nombre de la política deliberativa. La deliberación no acaba con el pluralismo sino que, como afirmó Castellano, institucionaliza el principio de la guerra<sup>88</sup>.

Conviene insistir en que la idea de una unidad política alcanzada por la razón pública en una democracia deliberativa, no se sostiene sino con trampas. Para volver a las escisiones señaladas por Bell, la aparente conciliación de democracia y mercado se quiebra en las actuales economías dirigidas o intervenidas, por la intromisión de otros valores (justicia social, requerimientos fiscales, demandas globales, etc.) Lo mismo puede decirse del equilibrio entre democracia y participación política; el autogobierno es un espejismo que nunca se alcanza con los aparatos de la política actual: representación teóricamente libre pero vinculada a los partidos, estructuras clientelistas partidarias, burocratización, centralización y unificación del poder, transformación de la política en una virtualidad mediática, etc. Y la garantía de la democracia a la autonomía privada, esto es, la compatibilidad entre autonomía pública y derechos fundamentales, se pulveriza porque éstos son concebidos en términos de libertades negativas<sup>89</sup>—que en esencia

<sup>88</sup> Danilo Castellano, *La razionalità della politica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, p. 145.

<sup>89</sup> Lo ha visto muy bien Danilo Castellano, *Racionalismo y derechos humanos*, cit.; y más recientemente en *L'ordine politico-giuridico. "modulare" del personalismo contemporáneo*, cit., *passim*.

no es sino previa y condicional—, e incluso acaba negándolas a las mismas personas a quienes se les atribuyen (como en el aborto<sup>90</sup>). Más difícil aún la situación, en este nivel de análisis, si la persona o grupo al que se reconocen esos derechos y libertades no es un sujeto en sentido ontológico, sino un hacerse reflexivamente, un proceso que se constituye en su misma narración y que anda en busca tanto de su ser como de su reconocimiento.

17. Sin embargo, las objeciones prácticas que podrían agregarse no surtirían efecto alguno, porque la democracia constitucional antes que una realidad es una teoría ideal. No tiene ninguna forma política precisa, pues convive con las democracias actuales en su gran variedad institucional: presidencialistas o parlamentarias, centralistas o federales, más o menos tolerantes y liberales, más o menos laicas, individualistas o sociales, más o menos representativas, etc. En este sentido, se encuentra muy poca novedad institucional en la teoría de la democracia constitucional que funge de representativa; lo novedoso está en el modo de exponerla y en el ánimo democrático radical que la impulsa.

El espíritu que anima a los expositores de la democracia constitucional tiene algo de radical, esto es, algo intolerante para con la resistente realidad; intolerancia que no se aplica a los vicios y defectos de las instituciones democráticas sino al espíritu que aletea tras ellos. En este sentido, los abogados de la democracia constitucional reaccionan contra las interpretaciones puramente institucionales o meramente procedimentales de la democracia (como la definición mínima de Bobbio o las que reducen la democracia a un proceso de toma de decisiones), porque las instituciones y los procedimientos tienen que disolverse y reinterpretarse a la luz de algún criterio que las transforme, llenándolas de una modalidad nueva para entenderlas, de un discurso moral como el de la participación o el de la esfera pública deliberativa, incluso el de la reflexividad de la vida, etc. La crítica política de la democracia establecida se realiza en términos de una crítica moral, pero una censura moral escrita en el

---

<sup>90</sup> Una argucia filosófica o una triquiñuela jurídica permiten negar estatus de persona al ser por nacer. Por caso, Habermas, *El futuro de la naturaleza humana*, cit., pp. 49-56, distingue entre la dignidad de la vida humana como valor y la dignidad humana como objeto de protección jurídica, para concluir que no es lo mismo violar derechos fundamentales que quebrantar representaciones de valor. El embrión sólo representa un valor; desmerecerlo nunca puede equipararse al homicidio.

lenguaje de la secularización: "el agnosticismo público y la confesión privatizada", como expone Habermas<sup>91</sup>.

Y esto, como ya he dicho, tampoco es nuevo: está en los orígenes mismos del constitucionalismo, en la construcción racional de un modelo político "neutral". Lo que sí es novedoso es cómo se lo expone. Es cierto que el dilema expuesto por Germani hace dos décadas no ha sido resuelto; al contrario, la práctica política democrática comprueba el carácter cismático e inarmónico de una democracia que agita el individualismo y azuza la secularización. Pero ahora estas consecuencias son queridas; ya no son un riesgo, no representan un peligro; son los eslabones que construyen las cadenas de la sociedad democrática hodierna; son los ideales transformadores que orientan la formación de conciencia colectiva democrática nacional y cosmopolita, y que permiten encontrar los caminos para superar las trabas de la organización democrática tal como hoy la conocemos.

Incluso podría afirmarse sin temor a error que la democracia constitucional es la teoría democrática que se acomoda mejor a un clima social estragado por las modalidades reflexivas de la individualización, por la incesante desregulación socio-política, por un pluralismo de cosmovisiones que expresa la heterogénea secularidad que está a la base de nuestras democracias, que se regodea en la incertidumbre, que transforma las identidades fabricando nuevas en el yunque de la autonomía, y que apunta al consenso permanente reelaborado como garantía de los precarios acuerdo de los múltiples espacios públicos<sup>92</sup>.

18. Sin embargo, a pesar del aire original que le rodea, con la democracia constitucional no hemos salido aún de la idea madre del constitucionalismo como una forma de ingeniería constitucional desapegada de las realidades. La novedad del neconstitucionalismo acaece dentro del constitucionalismo, al que no supera. Lo dicho viene abonado por una doble vía: para comenzar, el iusnaturalismo racionalista que amamantó al constitucionalismo se forjó a citación de la concepción de las leyes científicas

<sup>91</sup> Jürgen Habermas, "'Razonable" versus "verdadero", o la moral de las concepciones del mundo", en Jürgen Habermas/John Rawls; *Debate sobre el liberalismo político*, cit., p. 159.

<sup>92</sup> Mark E. Warren, "What Should We Expect from More Democracy?: Radically Democratic Responses to Politics", *Political Theory*, Vol. 24, No. 2. (May, 199%), pp. 241-270.

proveniente de la física de Newton<sup>93</sup>; de modo que, luego, el constitucionalismo en sí mismo no es independiente de un modo de entender el mundo del obrar humano a semejanza de la mecánica de la naturaleza<sup>94</sup>. En todo caso, se trata de la razón autónoma que fija un curso a la voluntad. La democracia constitucional continúa rindiendo tributo al mecanicismo racionalista; en efecto, en palabras de Habermas y Rawls, "lo que nos queda a nosotros mortales es un acto de fe en la razón: el acto de "una creencia razonable en la posibilidad real de un régimen constitucional"<sup>95</sup>. En buen romance, se quiere decir que la ingeniería racional (técnica o deliberativa, poco importa) no se resigna a ser descartada por los manes de la postmodernidad.

Abierto, dúctil, fluido, así se define el derecho hodierno. Y la democracia también asume esa forma inasible, de régimen inacabado. La teoría constitucional debe adecuarse a la democracia constitucional de estos tiempos y evaluarse a la luz del humanismo o personalismo<sup>96</sup>. Y si eso se pide a la teoría, ¿cómo no exigirlo a las normas constitucionales! La teoría democrática, tal como se la piensa en estos días, modifica la teoría constitucional y no demanda Constituciones fuertes sino débiles, en constante redefinición en torno a la unidad de sentido de la Constitución en su conjunto<sup>97</sup>. Por ello la democracia constitucional, antes que un diseño institucional, es un agujijón cultural que recrea permanentemente la interpretación de las sociedades, la autocomprensión de los ciudadanos en términos de una autonomía que carece de moldes porque es un fin en sí misma.

---

<sup>93</sup> Francis Oakley, "Christian theology and Newtonian science: the right of the concept of the laws of nature", *Church History*, Vol. 30, N° 4, (December 1961), pp. 433-457.

<sup>94</sup> James A. Robinson, "Newtonianism and the Constitution", *Midwest Journal of Political Science*, Vol.1, N° 3/4, (November 1957), pp. 252-266.

<sup>95</sup> Habermas, "Reconciliación mediante el uso público de la razón", cit., p. 63, que cita una frase de Rawls, tomada de su artículo de 1987 "La idea de un consenso traslapado" (o entrecruzado), en su *Liberalismo político*, cit., p. 170.

<sup>96</sup> José Luis Cea Egaña, "Aproximación a la teoría constitucional contemporánea", en *Estudios Constitucionales*, Talca, Año 1, N° 1, 2003, pp. 36-37.

<sup>97</sup> Es la concepción que se sigue del derecho dúctil de Zagrebelsky; cf. Gonzalo Maestro Buelga, "Globalización y constitución débil", *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, N° 7 (1er semestre 2001), pp. 137-172.