
CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO Y EL VALOR DE LA TOMA DE DECISIONES CONSTITUCIONALES

Marco Goldoni

Lecturer, University of Glasgow

Resumen. El debate sobre el constitucionalismo político ha descuidado por completo la dimensión de la toma de decisiones constitucionales. Esto se debe probablemente al hecho de que esta dimensión, por lo general, trae consigo consecuencias indeseadas como la consagración de derechos o estructuras constitucionales. Estos resultados no respetan el desacuerdo razonable entre los ciudadanos, ya que violan el único sistema justo para la solución de desacuerdos: regla de la mayoría y *derecho* de voto igualitario. El artículo sostiene que los constitucionalistas políticos debieran lamentar esta ausencia de *toda* consideración sobre la toma de decisiones constitucionales. O ellos están pasando por alto algunos problemas inherentes al proceso electoral que se supone debe ocuparse del desacuerdo o, peor aún, ellos están restando importancia a los efectos de la consagración constitucional de los procesos políticos ordinarios, al ignorar las propiedades redentoras de poder constituyente. En ambos casos, sus propuestas socavan la dimensión política del constitucionalismo.

Palabras clave. Constitucionalismo político, toma de decisiones constitucionales, control constitucional, igualdad política, poder constituyente

Cítese como: Goldoni, M. (2015) “Constitucionalismo político y el valor de la toma de decisiones constitucionales”, en *Derecho y Crítica Social* 1(1) 67-107. ISSN 0719-5680. Recibido el 15 de abril de 2015, aprobado para su publicación el 31 de mayo de 2015. Originalmente publicado como “Political constitutionalism and the value of constitution making” en *Ratio Juris* 27(3): 387-408. Traducción de Pablo Marshall, Universidad Austral, Chile. Contacto del autor: marco.goldoni@gmail.com.

POLITICAL CONSTITUTIONALISM AND THE VALUE OF CONSTITUTION MAKING

Marco Goldoni

Lecturer, University of Glasgow

Abstract. The debate on political constitutionalism has entirely neglected the constitution-making dimension. This is probably due to the fact that constitution-making usually brings with it undesirable outcomes such as the entrenchment of rights or structures. These outcomes do not respect reasonable disagreement among citizens because they violate the only fair system for settling disagreement: majority rule and equal voting rights. This article argues that political constitutionalists may regret the absence of any claim about constitution-making. Either they are overlooking certain problems inherent to the electoral process that is supposed to tackle disagreement or, even worse, they are downplaying the entrenching effect of ordinary political processes by ignoring the redemptive properties of constituent power. In both cases, their claims undermine the political dimension of constitutionalism.

Keywords. Political constitutionalism, constitutional making, judicial review, political equality, constituent power

Cite as follows: Goldoni, M. (2015) “Constitucionalismo político y el valor de la toma de decisiones constitucionales”, in *Derecho y Crítica Social* 1(1) 67-107. ISSN 0719-5680. Received on April 15, 2015 and approved for its publication on May 31, 2015. Originally published as “Political constitutionalism and the value of constitution making” in *Ratio Juris* 27(3): 387-408. Translation of Pablo Marshall, Universidad Austral de Chile. Author contact details: marco.goldoni@gmail.com.

INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo político¹, como una teoría constitucional cuyo elemento central es el principio de igualdad política, tiene varias virtudes. Ha sido capaz de identificar muchas deficiencias de la teoría constitucional contemporánea, destacando entre sus reivindicaciones la importancia de respetar los desacuerdos políticos en las democracias representativas. No obstante se ha puesto mucha atención en el ataque que esta teoría ha acometido en contra de la legitimidad del control constitucional², aquella no es la única afirmación controversial que puede asociarse a sus defensores. La teoría del constitucionalismo político carece de una reflexión sobre la toma de decisiones constitucionales³. De hecho, podría decirse que esta ausencia no es realmente sorprendente, dado que para los teóricos de la constitución política esta última, en definitiva, equivale a una continua toma de decisiones constitucionales⁴. Así, los llamados constitucionalistas políticos sostienen que cualquier concepción del derecho de nivel superior (*higher law*) sería ilegítima ya sea porque implicaría la existencia de un derecho natural o bien porque asumiría que hay formas superiores e inferiores de política. En términos de la controvertida relación entre constitucionalismo y democracia, esto implicaría que el reforzamiento de un texto constitucional como resultado de la toma de decisiones constitucionales es ilegítimo tanto en sus versiones absolutas como en sus versiones relativas⁵. En consecuencia, desde la perspectiva de esta teoría no

¹ Véase, por ejemplo Griffith (1979); Waldron (1999); Tomkins (2005); Bellamy (2007).

² Véase, Waldron (2006); Fallon (2008); Kavanagh (2010); Craig (2011).

³ Nota del traductor: Toma de decisiones constitucionales (*constitution making*) es usado en este trabajo como un concepto para cualquier clase de constitución escrita o transformación constitucional. Por lo tanto, agrupa la dictación de una constitución y las reformas constitucionales. Si bien tomar decisiones constitucionales no implica necesariamente darle carácter reforzado a un texto (*entrenchment*), en este artículo solo se analiza la toma de decisiones constitucionales que lleva a alguna clase de reforzamiento constitucional.

⁴ Gee & Webber (2010).

⁵ Para diferentes formas de reforzamiento, véase Albert (2010) 678-97.

tiene sentido pensar en diferentes niveles de toma de decisiones constitucionales, tales como dictación, transformación o reforma de una constitución⁶. No obstante ello, y dado el lugar central que el proceso político ocupa en esta teoría, la ausencia de un tratamiento de la toma de decisiones constitucionales es desconcertante. De hecho, en muchos casos esta es considerada como una de las actividades políticas más intensas⁷. Tal como nos ha recordado Arendt, al menos desde el Siglo XVIII detrás de muchas constituciones escritas hubo una tradición revolucionaria que apreciaba altamente la participación política y la toma de decisiones constitucionales vino a ser entendida como el resultado de esos periodos de gran libertad política⁸.

La esencia del argumento presentado en este artículo es que la omisión por parte de la teoría del constitucionalismo político de la toma de decisiones constitucionales, al menos bajo ciertas circunstancias, no es un resultado fortuito, sino el efecto colateral de una cierta concepción de la política (quizás reduccionista) y, en general, de una lectura parcial o limitada de los principios centrales del constitucionalismo. Este artículo pretende resaltar dos puntos relativos a cómo la igualdad política es entendida por parte del constitucionalismo político. El primer punto está asociado al rechazo de cualquier tipo de derecho constitucional como un derecho de nivel superior. Como se verá, esta crítica no se sostiene tras un escrutinio atento. El segundo punto es el de la pretendida adaptabilidad de la constitución política a nuevas circunstancias políticas o económicas. Esta virtud es muchas veces exagerada. En la sección final se sostiene que la teoría del constitucionalismo político sería enriquecida importantemente si tomara en consideración las ideas de poder constituyente e identidad constitucional⁹.

⁶ cf. Arato (2011).

⁷ Elazar (1986).

⁸ Arendt (1990) 141.

⁹ Jacobsohn (2010).

I. ¿QUÉ ES EL CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO?

1. El principio de la igualdad política

El constitucionalismo político, como teoría constitucional, está compuesto principalmente por tres principios. El primero establece que un orden constitucional legítimo debe estar basado en el principio de la igualdad política. Al partir de la base del reconocimiento de las dos circunstancias de la política, esto es, la irreducible pluralidad de opiniones sobre problemas colectivos y la necesidad de encontrar una solución para enfrentarlos¹⁰, la conclusión que se sigue es que el único principio que puede asegurar el igual respeto de los miembros de la comunidad política es el principio de igualdad política. La exigencia de igual consideración requiere que los intereses de todos los ciudadanos sean igualmente promovidos. Uno podría interpretar esta condición en términos de resultados¹¹, lo que implica considerar el proceso político de manera únicamente instrumental, como un medio para ciertos fines. Pero los constitucionalistas políticos creen que el desacuerdo razonable también cuenta a la hora de evaluar los resultados del proceso de toma de decisiones colectivas¹². Por esta razón, la exigencia de igual consideración conlleva acordar igual peso a las opiniones y creencias de los demás. Así, el acento debe cambiar desde una legitimidad basada en resultados hacia una basada en los aportes o *inputs* de los miembros de la comunidad¹³, y con esto lleva al reconocimiento de que el proceso democrático es valioso en sí mismo y no solo instrumentalmente¹⁴. El proceso democrático, en estas circunstancias, se trata “menos de generar resultados con los cuales nosotros estamos de acuerdo [...] y más de

¹⁰ Weale (1999) 8-12; Waldron (1999) 107-09.

¹¹ Scharpf (1999) 10-2.

¹² Christiano (1996); Waldron (1999).

¹³ Esta es la definición de Fritz Scharpf (1999): “El pensamiento orientado al *input* enfatiza el ‘gobierno *por el pueblo*’. Las elecciones políticas son legítimas si y porque ellas reflejan la ‘voluntad del pueblo’” (6).

¹⁴ Christiano (2008) 88-96.

producir resultados que nosotros acordemos”¹⁵. En consecuencia, la única manera de asegurar a los ciudadanos la posibilidad de expresar sus propios juicios en los asuntos de la comunidad es darles un voto igualitario dentro de un sistema de representación política basado en la competencia entre partidos políticos.

Como Kenneth May ha argumentado, la regla de mayoría (o más precisamente, el principio de mayoría) basada en la idea de ‘una persona, un voto’ ofrece un proceso justo que trata los votos imparcialmente¹⁶. La regla de mayoría concede a los votantes igual respeto a través del anonimato, ya que todas las visiones cuentan por igual sin atender a otras circunstancias, además de ser sensible a los cambios en las preferencias de los votantes. Con las votaciones súper-mayoritarias, en contraste, se privilegia el *status quo*: si no hay alternativa que pueda alcanzar una súper-mayoría, *el status quo* se mantiene. Pero dado que el *status quo* es más favorecido por algunos votantes que por otros, aquellos son efectivamente privilegiados¹⁷. Un sistema representativo combina el principio de ‘una persona un voto’ con la regla de mayoría en elecciones libres y periódicas. Todas estas características son necesarias porque el interés público solo puede ser determinado correctamente si cada uno de los interesados es oído en el proceso de toma de decisiones¹⁸. Por otro lado, los perdedores en una elección sabrán que la razón por la cual perdieron no fue que sus argumentos estaban equivocados, además de que tendrán otra oportunidad de someter sus argumentos a una votación en un futuro cercano.

2. La constitución como proceso político

Como consecuencia de esta primera premisa normativa, el segundo principio del constitucionalismo político sostiene que las constituciones deben ser entendidas como equivalentes al proceso político. La constitución

¹⁵ Bellamy (2008) 167.

¹⁶ May (1952).

¹⁷ Rae (1975).

¹⁸ Bellamy (2008).

es la concreta organización del proceso político entendido este como la mejor herramienta para enfrentar el desacuerdo y el conflicto¹⁹. Uno de las más celebradas y discutidas definiciones de constitución en este sentido es la famosa expresión de John Griffith en la que señala que “la constitución no es más ni menos que lo que sucede”²⁰. Esta es conocida como la versión funcionalista del constitucionalismo político²¹. La segunda ola del constitucionalismo político se mueve desde esta comprensión funcionalista hacia una aproximación normativa²². Este enfoque normativo pone el acento en la cuestión de cómo una constitución puede asegurar la igualdad política y posibilitar la participación política. La idea subyacente a este tipo de constitucionalismo político es que la constitución tiene la tarea de incrementar la actividad política, dejándola florecer, en lugar de contenerla o limitarla, como sucede en la tradición del constitucionalismo jurídico liberal²³. Al respecto, el constitucionalismo político pretende alejarse de dos estrategias que el constitucionalismo jurídico ha empleado para ‘contener’ la acción política. La primera estrategia, cuyas raíces se remontan a la filosofía política de Locke, implica considerar que ciertos aspectos fundamentales de la comunidad son pre-políticos (por ejemplo, los derechos constitucionales). Así, la política es algo que comienza solo una vez que se ha declarado que ciertos principios o derechos están fuera del ámbito de su alcance. La segunda estrategia de la aproximación liberal consiste en proponer una concepción ideal de la política, que hace referencia a cierta esencia de la política²⁴. Esta es la actitud, por ejemplo, de quienes adoptan la democracia deliberativa, cuyo principal propósito es recurrir a condiciones ideales de diálogo para enfrentar el problema del desacuerdo²⁵. De acuerdo a esta teoría, la deliberación es concebida como una vía para forjar un consenso

¹⁹ Besson (2005) 245-8; Crick (2008) 17-8; Tomkins (2002) 174.

²⁰ Griffith (1979) 19.

²¹ Loughlin (1992) cap. 6.

²² Tomkins (2005); Gee (2008).

²³ Waldron (2009c); Tomkins (2009).

²⁴ Shapiro (1999) 5-10.

²⁵ Dryzek (2000); Elster (1998).

racional sobre los problemas de la comunidad²⁶. Los teóricos de la democracia deliberativa comparten con los defensores de la constitución política la misma preocupación por la naturaleza comunicativa de la política, pero su diagnóstico es bastante diferente: los primeros apuntan a resolver el conflicto político por medio de la búsqueda de un acuerdo a través de la deliberación racional, mientras que los segundos entienden el conflicto como el motor de la actividad política. Desde el primer punto de vista, la permanencia del desacuerdo después del debate constituye una falla de la razón deliberativa; desde el segundo punto de vista, la permanencia del desacuerdo, incluso tras la deliberación, es una característica constitutiva del proceso político, que se espera que la constitución pueda enfrentar.

Contrario a lo que se pudiera pensar, el constitucionalismo político es también una teoría basada en derechos²⁷. Sin embargo, a diferencia de la versión jurídico-liberal del constitucionalismo, los derechos son una parte integral del proceso político y se considera que ellos están mejor protegidos por una constitución política. Es posible inferir de esto que la constitución política no debería ser vista como una norma jurídica. Ello por al menos dos razones. La primera es que una aproximación jurídica al fenómeno constitucional deja algunas opciones fuera del espectro de las decisiones políticas posibles. La segunda es que comprender la constitución como un conjunto de normas jurídicas coronaría a la judicatura como el árbitro final de la interpretación constitucional y, en consecuencia, también del conflicto político. Todo ello resulta inaceptable. A la luz de estas observaciones es posible ver que en el núcleo de una concepción política de la constitución yace lo que puede ser definido como una forma *rousseauiana*. A pesar de que afirmar que Rousseau es un antecesor del constitucionalismo político no es realmente exacto²⁸, los defensores de esta teoría sostienen que la constitución y el proceso político se superponen, casi hasta el punto en que

²⁶ Cohen (1997).

²⁷ Véase, por ejemplo, Waldron (1993); Webber (2010).

²⁸ La principal diferencia es que el constitucionalismo político no acepta la idea de la voluntad general. Sin embargo, este tema no puede ser tratado con mayor profundidad en este trabajo.

no pueden ser distinguidos. Esto implica que no hay espacio para el poder constituyente dado que no se puede concebir la idea de otro poder político más allá del poder que viene de la asociación de un grupo de personas, que es, a su vez, equivalente al poder representativo de la legislatura. En términos constitucionales, esto significa que no es posible distinguir entre diferentes capas o niveles de derecho constitucional.

De estas afirmaciones se pueden extraer dos elementos característicos del constitucionalismo político. El primero es que el proceso político es *auto-contenido* y que, por ello, no necesita una fuerza externa que lo genere. De esto se sigue la idea de que no hay nada fuera de los poderes constituidos. Todo orden constitucional está siempre ya asumido en el orden constituido y no queda nada fuera de él. Ello también significa que cualquier intento de dar forma al régimen político a través de la toma de una decisión constitucional deliberada es en vano y, más importante aún, anti-democrático. El segundo es que el proceso político se *auto-supervisa*; una idea de acuerdo a la cual, para ponerlo en términos hegelianos, la constitución no solo existe en sí misma, sino también *para sí misma*. En este sentido, no son necesarios dispositivos externos para preservarla. De este segundo elemento resulta el estricto rechazo de cualquier forma de procedimiento no-mayoritario o contra-mayoritario para proteger la constitución o bien para cambiarla. Estos dos elementos, auto-contención y auto-supervisión, necesitan ser puestos bajo escrutinio.

3. La legislación como modo de creación del derecho

El tercer principio del constitucionalismo político sostiene que la legislación y, en general, el estilo parlamentario de creación del derecho²⁹, es la única de las formas de creación del derecho que la constitución debería posibilitar y proteger. Solo los parlamentos y sus métodos de creación del derecho pueden acoger lo que Waldron ha definido como las condiciones para una creación democrático-representativa del derecho: transparencia, publicidad y

²⁹ Palonen (2004).

generalidad³⁰. La *transparencia* asegura que la formación del derecho sea un “asunto de crear o cambiar el derecho explícitamente, en una institución y a través de un proceso públicamente dedicado a esa tarea”³¹. En otras palabras, lo valioso del proceso legislativo radica en que las leyes son creadas o modificadas en un proceso públicamente dedicado a esa función. La segunda propiedad es su *publicidad*, lo que determinará la manera en que el derecho se presentará a sí mismo. Dado que su resultado es una norma que debe hacer frente a problemas de la comunidad, es probable que consideraciones e interpretaciones sobre el bien común jueguen un rol fundamental en su aprobación. Sin embargo, ya que el desacuerdo es generalizado, uno no puede asumir que los constitucionalistas políticos propondrán una definición del bien común. Por tanto, la creación del derecho, debe presentarse a sí misma “como preocupada de objetivos públicos, sin atender a si nosotros juzgamos esa preocupación como genuina o si estamos de acuerdo con una concepción de esos objetivos públicos determinada”³². La última propiedad es su *generalidad*: esta es la idea de que las leyes deberían ser reglas generales y no mandatos particulares³³. La relevancia normativa de esta propiedad se encuentra en el principio de la igualdad política. Una constitución política implica igualdad de *status* entre los ciudadanos; de otra manera, sería difícil explicar “porqué todos los ciudadanos deberían involucrarse o ser representados en la creación de las leyes”³⁴.

Si se parte de la base de estas propiedades, cualquier forma de revisión extra-política, no-mayoritaria o contra-mayoritaria de las decisiones emanadas del proceso político es usualmente considerada ilegítima. Órganos independientes y cortes supremas o constitucionales no pueden ejercer de manera legítima un examen de la legislación. Ejerciendo esta función, ellos

³⁰ Waldron (2009b).

³¹ Waldron (2009b) 339.

³² Waldron (2009a) 703.

³³ Waldron (2009a) 707.

³⁴ Waldron (2009a) 708.

cambiarían o anularían el derecho, siendo el problema que (algunos de) estos órganos no han sido diseñados para ese propósito. El punto más importante de esta crítica, sin embargo, es que la creación del derecho que tiene lugar fuera del proceso político viola la igualdad política porque le falta el respeto a uno de sus aspectos constitutivos. Mediante la anulación de leyes lo que es realmente afectado no es la voluntad popular, que *stricto sensu* no puede ser representada, sino la capacidad del pueblo para emitir un juicio³⁵. Si esto es lo que está en juego cuando se discute sobre que diseño debe adoptarse para la creación del derecho, entonces respetar las instituciones y los procesos que pueden alojar y enmarcar el juicio del pueblo en asuntos políticos se convierte en algo crucial.

A la luz de estas consideraciones, es claro que el constitucionalismo político rechaza la premisa lógica de la revisión judicial, esto es, el reforzamiento constitucional tanto de derechos fundamentales como de la estructura constitucional³⁶. El estilo parlamentario de creación del derecho, por otro lado, sigue siendo el mejor foro para que tengan lugar los cambios legales o constitucionales. Ello, dado que respeta la igualdad básica de los ciudadanos, mientras que otras prácticas institucionales no lo hacen, en tanto se basan en afirmar la existencia de cierta superioridad moral o en el uso de un conocimiento técnico. Despojados de todo vínculo directo o indirecto con la ciudadanía, ellas no toman en cuenta el juicio del pueblo. Siguiendo esta línea de razonamiento, los constitucionalistas políticos concluyen que la toma de decisiones constitucionales y su resultado (el reforzamiento absoluto o relativo de un texto) interfiere ilegítimamente con la capacidad de los ciudadanos de formarse un juicio porque reclama un conocimiento superior y evita la evaluación futura de ciertas disposiciones constitucionales, o al menos, en el caso del reforzamiento relativo, permite un cambio solo violando el principio de mayoría. Para ponerlo en el lenguaje de las razones, el reforzamiento de ciertas reglas o principios como el resultado de la toma de decisiones constitucionales opera como una razón

³⁵ Waldron (2009b) 353.

³⁶ Waldron (1993); Campbell, Ewing & Tomkins (2011).

excluyente³⁷, lo que implica “la rendición del juicio”³⁸ a este tipo de autoridad. Al adelantarse a juicios futuros, la toma de decisiones constitucionales obstaculiza el proceso político y cae presa de las mismas deficiencias señaladas respecto del constitucionalismo jurídico. Además de este argumento, se puede añadir otra razón para rechazar cualquier tipo de reforzamiento constitucional: este reforzamiento usualmente toma la autoridad para modificar el derecho que posee la legislatura para entregársela a las cortes³⁹.

Esta revisión de los principios de la teoría del constitucionalismo político muestra que esta presenta poderosos argumentos que enriquecen la teoría constitucional. El resto de este artículo intentará mostrar que ellos son, en gran medida, argumentos incompletos y que una reevaluación de su aproximación al problema de la toma de decisiones constitucionales podría fortalecer la posición general del constitucionalismo político como teoría constitucional.

II. LA CONSTITUCIÓN AUTO-VIGILADA

El rechazo de cualquier dispositivo que esté más allá de la contienda política ordinaria es una afirmación llamativa. Solamente cuando el proceso de creación de derecho es conducido de acuerdo a las propiedades y principios del estilo parlamentario de hacer política, esto es, mediante legislación, este puede ser auto-vigilado. De acuerdo a Waldron y Bellamy, para ser normativamente atractivo, el proceso político necesita ser moldeado por un sistema de competencia entre dos partidos y una regla de mayoría simple. La idea misma de razón pública (*public reason*) no significa nada más que una amalgama de estos dos elementos⁴⁰. Las instituciones involucradas en

³⁷ Raz (1990) 35-48.

³⁸ Raz (1994) 215.

³⁹ Schwartzberg (2006) 22. Este punto no puede ser desarrollado más en este artículo por razones de espacio, pero es posible pensar la una forma de fijación que no está protegida por la jurisdicción de una corte constitucional.

⁴⁰ Bellamy (2009).

procedimientos de toma de decisiones que no son reguladas por el proceso político previamente descrito, o que no se siguen de estos principios, deben ser consideradas ilegítimas. Solo un proceso político representativo del tipo descrito puede vigilarse a sí mismo sin infringir el principio de igualdad. El punto es que

“con tal que un sistema de votos iguales, regla de mayoría y competencia partidista –como sea que esto se interprete– ofrezca un sistema plausible para dar a los ciudadanos un igual uso de la palabra respecto de la manera en que los arreglos colectivos son organizados –incluyendo los del proceso democrático– entonces se habrá asegurado una constitución democrática auto-constituida que evita la dominación a través del gobierno arbitrario”⁴¹.

Una vez puesta en marcha, la constitución política puede vigilar y corregir sus propios errores desde dentro. Y este argumento se aplica tanto a instituciones no-mayoritarias (como los bancos centrales o los presidentes de la república⁴²) como a las instituciones contra-mayoritarias, como las cortes constitucionales o las reglas especiales para la modificación constitucional.

La primera afirmación –que cualquier forma de institucionalidad no-mayoritaria es ilegítima en la constitución política– resulta controversial dado que no se hace cargo de los casos en que existen fuertes conflictos constitucionales. Si la crítica es dirigida hacia las instituciones que no rinden cuenta (*unaccountable*) o a las leyes que son inmodificables, entonces el argumento de los constitucionalistas políticos posee cierta fuerza. Sin embargo, esto no toma en consideración todos aquellos casos de emergencia o de graves conflictos constitucionales (por ejemplo, entre poderes u órganos). ¿Qué sucede si surge una crisis constitucional? ¿Quién va a arbitrarla? Cualquier noción de un poder neutral, por ejemplo, está excluida, como también lo está cualquier apelación a algún rol representativo

⁴¹ Bellamy (2007) 220-1.

⁴² Nota del Traductor: esta mención evidencia que el autor tiene en mente principalmente regimenes de gobierno parlamentario.

de la unidad nacional⁴³. Usualmente, los poderes neutrales (no-mayoritarios, por definición) son introducidos por disposiciones constitucionales y ellos no están sometidos a escrutinio electoral. Los teóricos del constitucionalismo político sin duda rechazarían cualquier clase de poder no sometidos a rendición de cuentas. Además, afirmarían que la constitución política puede vigilarse a sí misma en tiempos de normalidad, pero también en casos de crisis constitucional. Una elección realizada con normalidad probablemente otorgará la mejor salida a un *impasse*.

Esta respuesta llama la atención dado que es planteada como una posición ahistórica y carente de cualquier sensibilidad respecto del contexto. Una mirada respecto de cómo la toma de decisiones constitucionales se ha desarrollado en el último siglo confirma que en muchas circunstancias sus redactores introducen un poder neutral para mantener la estabilidad constitucional o bien redactan disposiciones constitucionales especiales⁴⁴. Hay aspectos materiales o sustanciales fuera de la constitución formal que necesitan ser tomados en cuenta por el bien del orden constitucional mismo⁴⁵. De ahí que en muchos ejemplos de tomas de decisiones constitucionales abunde la constitucionalización de cláusulas acerca del rol de la memoria colectiva o el estatus especial de algunas comunidades. Rawls ha defendido el valor normativo de este tipo de cláusulas en tanto son el resultado de una particular historia, al argumentar que algunas disposiciones de la constitución estadounidense están

“reforzadas en el sentido de ser validadas por un largo proceso histórico [...] la exitosa práctica de sus ideas y principios por dos siglos pone restricciones sobre qué puede ahora contar como una enmienda, sea lo que sea que fuera verdad al comienzo”⁴⁶.

⁴³ Este es el rol usualmente asignado a los monarcas o los presidentes de la república en muchos estados europeos.

⁴⁴ Para un tratamiento iluminador de estas cláusulas en sociedades profundamente divididas, véase Lerner (2011).

⁴⁵ Young (2007).

⁴⁶ Rawls (1993) 239.

Para los constitucionalistas políticos esto sería inaceptable. La idea de que un orden constitucional sea parcialmente determinado por su pasado viola el principio de igualdad política. En un nivel discursivo diferente, siguiendo la *American Development School*⁴⁷, uno podría entender la constitución política como una serie de transformaciones que siempre ocurren contra un trasfondo dado. Esta aproximación está preocupada por cómo una comunidad política es creada y mantenida, pero también por cómo ella se transforma⁴⁸. Desde esta perspectiva, la constitución trata de concebir un régimen político formado por instituciones particulares con la intención, al mismo tiempo, de preservar el mismo régimen y de alterar estados de cosas futuros⁴⁹. Para que *desarrollo* no se convierta en un término cuyo significado simplemente sigue la corriente de la historia, este tiene que estar conectado con la una noción de identidad constitucional. Como Jacobsohn observa, en común con la idea de una constitución, “se encuentra una concepción [...] del tipo de comunidad política que la constitución busca preservar o en la que busca convertirse”⁵⁰. De estas dos aproximaciones (constitucionalismo político y desarrollo constitucional), se siguen dos interpretaciones de la idea de ‘una constitución viva’ (*living constitution*). Los constitucionalistas políticos entienden esta noción en términos puramente evolutivos, siguiendo el modelo de Westminster⁵¹. La constitución “no es un segmento de un *ser*, sino un proceso de *convertirse*”⁵². Pero también es posible concebirla como un proceso de desarrollo político o transformativo⁵³. La escuela del desarrollo

⁴⁷ Orren & Skowronek (2004).

⁴⁸ Murphy (2007).

⁴⁹ Tulis (1991) 712.

⁵⁰ Jacobsohn (2004) 1767.

⁵¹ Para una interpretación diferente del modelo, véase, Weill (2006).

⁵² Loughlin (2003) 113 (énfasis añadido).

⁵³ Skowronek (1993); Ackerman (2007); Thomas (2011). Transformación constitucional y desarrollo constitucional no son sinónimos. El primero puede ser concebido en términos no-normativos, mientras que el segundo presupone un crecimiento desde un código genético original. Al mismo tiempo, desarrollo y evolución también son diferentes: el último no está preocupado por los fundamentos, mientras que el primero tiene que

constitucional, por otro lado, reconoce que la constitución política tiene que dar cuenta de regímenes pasados y de los principios que fueron incrustados en ellos⁵⁴. Bajo este modelo, no todo está siempre a la mano. Cuando el vínculo entre el carácter fundacional de la constitución y la identidad de la comunidad política está en juego, la toma de decisiones constitucionales puede no representar ella misma el término de un proceso político, sino que incluso puede implicar abrir espacios hacia una política nueva y diferente. Es bastante frecuente que en sociedades profundamente divididas el proceso de toma de decisiones constitucionales simplemente aplaze la decisión sobre los asuntos que producen división y la reconduzca al proceso político ordinario. Es perfectamente posible que los redactores de la constitución puedan no querer estrechar la agenda del proceso político, “sino solo evitar la constitucionalización de decisiones inequívocas respecto de asuntos extremadamente sensibles”⁵⁵. En este respecto, la toma de decisiones constitucionales todavía sería valiosa por su dimensión simbólica, precisamente porque reconocería un acuerdo respecto del hecho de que la comunidad política está polarizada y que hay asuntos esenciales sobre los cuales el desacuerdo está resuelto.

La segunda afirmación arriba sostenida está basada en la idea de que cualquier propuesta a favor de un principio de mayoría calificada (usualmente supra-mayoritario), o una votación doble sobre un mismo asunto para obtener una transformación constitucional o modificación es ilegítima. Los constitucionalistas políticos tienden a enfatizar la posibilidad de que el reforzamiento de un texto constitucional puede incrementar significativamente los casos de falsos negativos. En un entorno constitucional, esto último ocurre cuando una propuesta de modificación constitucional que es genuinamente apoyada por la mayoría de la ciudadanía es rechazada por el alto (excesivo) umbral necesario para ser aprobada. La

tomarse seriamente al menos algunos de los principios originales si la constitución ha de perdurar.

⁵⁴ Jacobson (2006) 394.

⁵⁵ Lerner (2010) 82.

igualdad política es violada porque gracias a este arreglo aquellos que apoyan el *status quo* son favorecidos (sus votos cuentan más).

Si bien este temor está justificado, en su defensa del principio de mayoría simple los constitucionalistas políticos descuidan los peligros de una potencial manipulación estratégica que puede venir de la manera en que las votaciones son estructuradas o la iniciativa legislativa es regulada. Como es bien sabido, la crítica a la regla de mayoría simple es usualmente asociada a la llamada paradoja de Condorcet⁵⁶. En teoría, la toma de decisiones políticas gobernada por el principio de mayoría simple puede terminar produciendo resultados irracionales, lo que muestra la debilidad del gobierno democrático. De hecho, en tanto regla para agregar las preferencias de los votantes, el principio de mayoría produce un conjunto de preferencias paradójal. El más frecuente ejemplo para explicar la paradoja de Condorcet es el siguiente: si tres candidatos A, B y C son preferidos en ese orden (A, B, C) por un tercio de los votantes, en el orden B, C, A por otro tercio y C, A, B por otro tercio, será el caso que la mayoría preferiría A sobre B, B sobre C, *pero* C sobre A⁵⁷. Un resultado arbitrario podría generarse simplemente en virtud de la manipulación de la agenda o de las políticas partidistas.

Bellamy ha ofrecido una respuesta a la paradoja de Condorcet que si bien reconoce las debilidades del principio de mayoría pretende mostrar que estas son limitadas y marginales. Por un lado, observa que la inestabilidad de los ciclos electorales puede evitar la creación de perdedores permanentes en la arena política⁵⁸ y, por lo tanto, proteger a las minorías de la tiranía de la mayoría⁵⁹. Por otro lado, su visión sobre los problemas generados por la paradoja de Condorcet es que si bien estos podrían tener lugar, desde una

⁵⁶ Arrow (1963); Riker (1982).

⁵⁷ Feldman (1980) ch 9; cf Sen (1970).

⁵⁸ cf Miller (1980); McGann (2004).

⁵⁹ *contra* Guinier (1994). Esta también es la visión de Dahl (1956), quien argumenta que en una poliarquía nosotros no veríamos la tiranía de la mayoría porque una voluntad mayoritaria simple, permanente, cohesiva no existiría.

perspectiva empírica la paradoja es un suceso que se materializará muy raramente⁶⁰.

Ambas afirmaciones son solo parcialmente correctas. En relación a su primera observación, los ciclos electorales sin una garantía adicional pueden convertirse en una fuente de conflictos difícil de manejar en sociedades profundamente divididas. Una preocupación que podría crecer de manera proporcional al grado de aislamiento a la que se ve afecta una minoría. En relación a su segunda observación, incluso si uno admite que las paradojas de Condorcet son excepcionales, esta respuesta no resuelve la pregunta normativa que básicamente se reduce a lo siguiente: ¿cómo justificar los casos en donde la regla de mayoría no produce una mayoría real (un ejemplo de un falso positivo)? En este sentido, Bruce Ackerman ha ofrecido una convincente defensa de la toma de decisiones constitucionales como mecanismo para el cambio deliberado de un aspecto fundamental de la comunidad política. Su propuesta consiste en exigir un control adicional respecto del apoyo real que posee un cambio constitucional de manera de testear su fuerza política. Los criterios para juzgar la fortaleza de una propuesta de creación de un derecho de nivel superior no entran en conflicto con el principio de mayoría. Sin embargo, no solo preguntan por profundidad y amplitud, sino de manera más importante, también por su carácter decisivo: la propuesta de una toma de decisión constitucional debe estar en una posición tal que “derrote decisivamente todas las alternativas plausibles en una serie de comparaciones pareadas”⁶¹. Este se erige como un procedimiento justo para decisiones políticas que afectan características esenciales del orden constitucional. Este procedimiento asegura el respeto por el principio de mayoría mediante la reducción del riesgo de manipulación y, al mismo tiempo, produce una robusta deliberación sobre el asunto decidido por medio de forzar a los actores políticos a formar una coalición amplia e inclusiva en apoyo de sus propuestas.

⁶⁰ Véase una evaluación empírica en Mackie (2003).

⁶¹ Ackerman (1991) 277.

Para evitar las deficiencias del sistema electoral, el establecimiento de agendas y la manipulación de la información en el proceso de deliberación, uno puede recurrir a dos dispositivos. El primero consiste en otorgar tiempo para una mayor reflexión a través de requerir, por ejemplo, elecciones múltiples o la ratificación de la decisión por referéndum popular con posterioridad pero dejando pasar cierto lapso de tiempo. Esta sería una vía para inducir una deliberación adicional acerca de la elección de una particular disposición constitucional. De esta manera, la política constitucional es interpretada como una actividad reflexiva compuesta de una ininterrumpida serie de propuestas y proyectos que unifican a los ciudadanos y exigen que ellos se comuniquen en un espacio normativo determinado y a través del tiempo. Al requerir una segunda elección (o un posterior referéndum) para confirmar una transformación constitucional, se permite a los ciudadanos que consideren una vez más los méritos de una propuesta. El segundo dispositivo consiste en requerir una mayoría calificada como una forma de evitar el establecimiento malicioso de la agenda. Dadas ciertas circunstancias, estos principios no son contrarios a los principios del constitucionalismo político. Desde una perspectiva normativa, es posible, por lo tanto, proponer un argumento en favor de la toma de decisiones constitucionales que sea consistente con la igualdad política y el respeto por el desacuerdo. Por supuesto que todo esto depende de cómo sean interpretados la noción de toma de decisiones constitucionales y su concepto asociado, el poder constituyente.

III. CONSTITUCIONALIZACIÓN Y EL ADELANTAMIENTO DE LA POLÍTICA

Un segundo aspecto subestimado por los constitucionalistas políticos es la reproducción del régimen constitucional. Como ya se ha observado, la constitución jurídica es frecuentemente criticada porque fija lo que debería ser dejado abierto al proceso político. La estrategia del constitucionalismo jurídico consiste en postular que los derechos son preexistentes a dicho proceso. Una constitución jurídica rígida sirve precisamente para asegurar que estos objetos jurídicos pre-políticos no sean dejados a la arbitrariedad de las decisiones políticas. La legalización de un orden constitucional, sin embargo, puede convertirse fácilmente en una herramienta para congelar un

equilibrio de poder específico y obstaculizar cualquier cambio socio-político⁶².

Los constitucionalistas políticos tienen buenas razones para criticar esta aproximación. Se puede recoger algo realmente valioso de su crítica al derecho constitucional como derecho de nivel superior. Uno no puede olvidar que la constitucionalización no es siempre el resultado de un proceso revolucionario, sino también la herramienta favorita de una actuación hegemónica por parte de elites sociales o políticas: “la constitucionalización presupone legalización; en tanto áreas más extensas de la vida pública son llevadas al ámbito de las normas constitucionales, también ellas son disciplinadas por procedimientos formales legalizados”⁶³. En las últimas décadas este fenómeno se ha vuelto visible en particular en la escena supranacional, en donde la constitucionalización ha terminado significando una forma de reforzamiento de la elite⁶⁴. La justificación fundante del constitucionalismo supranacional es que la constitución (o las constituciones en un entorno constitucional de varios niveles) es reducible a un conjunto de principios legales (o derechos) que pueden ser racionalmente balanceados⁶⁵. Como es esperable, el poder constituyente es raramente mencionado por esta literatura y, cuando lo es, resulta desestimado como un fundamento irracional o mitológico del derecho constitucional⁶⁶. El caso de la Unión Europea, donde la constitucionalización fue principalmente el producto de la jurisprudencia⁶⁷, representa uno de los ejemplos más expresivos de los riesgos envueltos en la retórica de la constitucionalización. Pero en términos más generales, los regímenes transnacionales han puesto en escena “mecanismos prospectivos [...] para crear un conjunto de reformas económicas y políticas de largo plazo que ganen estatus

⁶² Hirschl (2004).

⁶³ Loughlin (2010) 61.

⁶⁴ Nicol (2010).

⁶⁵ Kumm (2007).

⁶⁶ Peters (2006) 608.

⁶⁷ Weiler (1999); Stone Sweet (2001).

constitucional a fin de intensificar la extensión del poder disciplinario del capital”⁶⁸. Además, en el contexto supranacional es incluso más complejo superar este reforzamiento *de facto* mediante la enmienda de una ley fundamental, porque alcanzar un acuerdo entre tantas partes es casi imposible. Esto se torna evidente en ciertas decisiones de la Corte Europea de Justicia que no pueden ser fácilmente anuladas por un proceso súper-mayoritario, aunque solo sea porque para cambiar los tratados se requiere unanimidad y esta es muy difícil de obtener. Otro vívido ejemplo de la lógica del reforzamiento constitucional es la recepción de un *acquis communautaire* que cada nuevo Estado Miembro tiene que adoptar para entrar a la Unión Europea. Los nuevos Estados Miembros tienen que adaptar sus constituciones y sus ordenamientos jurídicos a cuerpos de leyes preexistentes respecto de cuyos contenidos ellos no pueden ser oídos. El mismo proceso afecta al régimen político y económico de la Organización Mundial de Comercio. Nuevamente, su discutida constitucionalización es el resultado de procesos cuasi-judiciales⁶⁹. En este caso, como ha apuntado Loughlin, el crecimiento de la retórica constitucional ha alterado incluso la percepción de cuál es la tarea de esta organización al punto de haber transformado al constitucionalismo en una palabra vacía⁷⁰.

Esta crítica esta basada en que el resultado de la creación de un derecho de nivel superior es comparable a un dispositivo de pre-compromiso⁷¹. Bajo este marco, la venerable metáfora de Ulises y las Sirenas explicaría cómo la constitucionalización opera en la práctica⁷². En el momento 1, un grupo de personas racionales deciden cómo regular los aspectos básicos de una comunidad política con la intención de evitar que otro grupo de personas, en un momento 2, decida sobre los mismos asuntos. Como es sabido, esto es controversial por al menos tres razones. Primero, este tipo de pre-

⁶⁸ Gill (2000) 9.

⁶⁹ Cass (2005).

⁷⁰ Loughlin (2010) 64.

⁷¹ Waldron (1998).

⁷² Elster (1984).

compromiso no permite la flexibilidad que una constitución política necesita para lidiar con problemas nuevos e inesperados. Segundo, un pre-compromiso no es una razón para la acción en el momento 2. Es, de hecho, todo lo contrario. De acuerdo a este modelo, se evita que las personas actúen en el momento 2, incluso si ellas tienen una razón para actuar. ¿Cómo justifica uno entonces el pre-compromiso si no es invocando la sabiduría superior de los redactores de la constitución? Finalmente, la figura retórica razón/pasión no es suficiente para explicar el funcionamiento real de varios momentos constituyentes. En realidad, en algunas de las experiencias revolucionarias, la toma de decisiones constitucionales fue caracterizada por compromisos pasionales y no por una sobria racionalidad⁷³. Pero, ¿es el pre-compromiso la única explicación de la relevancia normativa de la toma de decisiones constitucionales?

El poder de dictar o modificar una constitución no es siempre de una naturaleza conservadora o defensiva. De hecho, los orígenes revolucionarios de la toma de decisiones constitucionales son notorios: Hannah Arendt pensó en la toma de decisiones constitucionales como el resultado de un nuevo comienzo⁷⁴. Además, la característica revolucionaria de la toma de decisiones constitucionales puede servir como fuente de inspiración para una transformación constitucional futura. Mientras que los constitucionalistas políticos están en lo correcto al poner el acento en algunos de los aspectos restrictivos del constitucionalismo jurídico, ellos tienden a pasar por alto que los arreglos políticos que ellos apoyan también pueden desembocar en un cerrojo. Es verdad, una constitución política es concebida de una manera que hace explícita incluso la posibilidad de una adaptación radical⁷⁵. Bellamy captura esta idea cuando escribe que una constitución “debe dejarse abierta de manera tal que podamos reconstruir el barco en el mar –empleando, como debemos, los procedimientos imperantes para renovar y reformar aquellos mismos procedimientos”⁷⁶. Esta

⁷³ Rubinfeld (2001) 117.

⁷⁴ Arendt (1990) 141-8.

⁷⁵ Gee & Webber (2010) 288.

⁷⁶ Bellamy (2007) 174.

afirmación pretende expresar cómo la posibilidad de cambio radical está incrustada en el constitucionalismo político. ¿Hay un método más fácil y rápido para el cambio constitucional que una votación por mayoría simple? Una vez que la elección ha sido ganada por una coalición o un partido, la decisión de cambiar o no la constitución es solo un asunto de voluntad política. El proceso democrático está siempre teniendo lugar dentro de los poderes constituidos. Lo mismo es válido para la constitución, la que, en palabras de Gee y Webber, está

“ya ante nosotros, el proceso político ya en uso, y el proceso de reconstrucción es, para ponerlo en términos simples, continuo. Para una constitución política, *no hay un momento único, identificable de toma de decisiones constitucionales* y, para el constitucionalismo político, está bien que esto sea así”⁷⁷.

De acuerdo a esta perspectiva, la constitución política asume una naturaleza evolutiva y adopta el presupuesto de que no debería haber nada políticamente relevante fuera de los poderes constituidos. La acción política es posible solo en una esfera pública dada que reconoce a los ciudadanos como iguales. En términos temporales, siempre hay un antes y un después de una decisión política particular, pero esto no es lo más importante. Lo que importa es cómo el proceso de creación del derecho es conducido y para que esto sea el caso, es importante no exagerar la influencia del entorno constitucional anterior.

Como ahora debería estar claro, no hay una dirección obligatoria que una constitución política debiera adoptar, excepto por el deber de respetar el principio de igualdad política. Mientras Griffith estaba simplemente aprovechando el propio funcionamiento de la constitución inglesa, los constitucionalistas políticos contemporáneos abogan por su valor normativo. Desde su perspectiva, una constitución política no solo respeta la igualdad política, sino también asegura una rápida adaptación a los cambios sociales. No obstante, la idea de que solo el proceso político ordinario puede optimizar un adecuado cambio constitucional es engañosa y

⁷⁷ Gee & Webber (2010) 288 (énfasis añadido).

más propensa a producir resultados conservadores de lo que podría parecer en un principio. Aquí es donde el concepto de poder constituyente todavía juega un rol crucial. La ausencia de reflexión sobre el rol del poder constituyente obstaculiza la posibilidad de incluir en el debate político lo que fue excluido en el sistema representativo o lo que no puede ser representado como una posición disidente dentro de una razón pública ya moldeada.

IV. LA NATURALEZA REFLEXIVA DEL PODER CONSTITUYENTE Y LA PUESTA EN ESCENA DEL DESACUERDO

Se puede pensar en la relación entre forma constitucional y poder constituyente de distintas maneras⁷⁸. En su versión radical, puede ser interpretada como una forma ontológicamente exógena al poder constituido, como es, por ejemplo, en la reconstrucción filosófica de Negri⁷⁹. En esta versión, el poder constituyente, por definición, no puede entrar en contacto con los poderes constituidos. Más precisamente, se desarrolla desde la resistencia al poder, sin nunca ser colonizado por él. En el mismo sentido, Sheldon Wolin, junto con otros críticos radicales, ven el poder constituyente como una fuerza democrática que no puede ser domesticada por la constitución jurídica. El momento en que una revolución dicta una constitución escrita marca el comienzo de su atenuación y el inicio de su declive⁸⁰. La segunda relación posible es una definida como la ‘tesis de la indecisión’, que rechaza cualquier forma de acomodación entre los poderes constituidos y el poder constituyente, pero que ve al último como un desafío al primero⁸¹. La tercera posibilidad es la idea de Habermas de la ‘tesis de la co-originalidad’, en donde la soberanía popular y los poderes constituidos de una comunidad operan en una tensión productiva⁸². La última posibilidad es

⁷⁸ Loughlin & Walker (2007) 6-7.

⁷⁹ Negri (1999).

⁸⁰ Wolin (1994) 30.

⁸¹ Christodoulidis (2007).

⁸² Véase Habermas (1996), quien está muy consciente de los potenciales efectos paralizantes que implica la formación constitucional: “el carácter fundacional de las constituciones, que frecuentemente sella el éxito de las revoluciones políticas, sugiere

la así llamada ‘contención jurídica’, en donde el poder constituyente es casi completamente absorbido por los poderes constituidos dentro de la forma constitucional asentada.

Dentro de este espectro, los constitucionalistas políticos se ubican extrañamente más cerca del cuarto tipo-ideal. Si bien su énfasis no está puesto en las constricciones legales o en la juridificación de la razón pública, la idea de la constitución política corre el riesgo de verse atrapada en una forma sustancial de congelamiento político. Como se ha mencionado previamente, la constitución debería ser una constitución viviente (o eficiente, en palabras de Tushnet⁸³). Sin embargo, el carácter viviente de la constitución puede ser puesto en entredicho si el énfasis es puesto en los poderes constituidos.

Como ya se ha observado, el constitucionalismo político se basa en el principio de la igualdad política. Pero enfocarse exclusivamente en este principio puede desdibujar la relevancia de otros aspectos constitucionales importantes. En particular, el principio de la igualdad política solo justifica un cierto proceso sincronizado de creación del derecho, dejando sin explicación todos los demás tipos de acción o *agencia* constitucional. Aquí, la idea del auto-gobierno o de la autonomía colectiva también debería ser tomada en consideración. No es sorprendente que los constitucionalistas políticos descuiden la relevancia normativa de la idea de autonomía colectiva. Ellos tienden a desestimar rápidamente esta idea como si fuera misticismo o simplemente una meta de imposible realización⁸⁴. Desde su punto de vista, el hecho del desacuerdo moral nos impide honestamente encaminarnos a un auténtico autogobierno.

No obstante, es difícil negar que la constitución es parte del mundo que tenemos en común. El punto no es que los constitucionalistas políticos carecen de una explicación del mundo en común que moldea la constitución

engañosamente que normas atemporales y resistentes al cambio histórico simplemente son establecidas” (129).

⁸³ Tushnet (2008) 10.

⁸⁴ Bellamy (2007) 129.

política. Ellos al menos tienen una comprensión de los materiales que contribuyen a darle forma. De hecho, en términos doctrinarios, la idea de convenciones constitucionales describe adecuadamente parte del mundo en común en el cual la constitución política funciona. Dicey destacaba que “las convenciones de una constitución [...] son costumbres, o entendimientos, sobre el modo en el que los varios miembros del cuerpo legislativo soberano, que, como se recordará, es el *King in Parliament*, deberían cada uno ejercer su autoridad discrecional”⁸⁵. La constitución política necesita apoyarse en fuentes políticas porque de otra manera no funcionaría en el largo plazo. Tomkins define las convenciones constitucionales en los siguientes términos: “una convención constitucional es una regla de conducta constitucional no-legal, pero sin embargo vinculante. Su carácter no-legal hace referencia a la noción de una regla que no es aplicable por una corte de justicia”⁸⁶. Una convención es vinculante siempre y cuando los actores políticos den su consentimiento para con ella. Pero si estos no se atienen a ella, una corte no puede hacerla cumplir. El valor de una convención es precisamente ser una práctica reconocida —parte de la cultura constitucional— que deja mucho espacio para la creatividad institucional, pero que todavía funciona como una práctica basada en reglas. Sin el apoyo de este tipo de cultura constitucional, la constitución política no funcionaría correctamente. Pero el reconocimiento de una cultura constitucional alrededor de la constitución política afecta al rol que juega el desacuerdo en esta teoría porque o da por descontado que hay un amplio consenso sobre las reglas no escritas o bien toma estas reglas como convencionales en el sentido filosófico⁸⁷ al precio de admitir que ellas no están haciéndose cargo directamente del desacuerdo porque ellas son el resultado de una acción no intencional. En ambos casos, el desacuerdo es contenido por medios que no pertenecen al ámbito de la política electoral.

⁸⁵ Dicey (1982) 284-5. Dicey (1982) insistía en el carácter cuasi jurídico de las convenciones: “las reglas convencionales de la constitución, aunque no son derecho, son, como se afirma constantemente, casi o completamente tan vinculantes como las leyes” (293).

⁸⁶ Tomkins (2003) 11.

⁸⁷ Marmor (2009).

La constitución política es asumida como el mejor diseño institucional para hacerse cargo del problema del desacuerdo razonable. Sin embargo, el argumento podría estar sujeto al vicio de la circularidad. Los constitucionalistas políticos están siempre pendientes de destacar el carácter omnipresente del desacuerdo y la importancia de reconocerlo como una fuente de conflicto⁸⁸. Pero el desacuerdo, si es verdaderamente omnipresente, debería llevar a preguntarnos qué cuenta como político. En este sentido, los constitucionalistas políticos dan por sentado que uno de los posibles ejemplos de constitución política (la soberanía del parlamento), con el apoyo de una serie de reglas no escritas, es el mejor dispositivo político para lidiar con el disenso. Esta idea explica la razón por la que esta teoría frecuentemente ignora el diseño constitucional. Si el parlamento es la institución que representa a la comunidad, entonces se deja poco espacio para cualquier preocupación por estructuras constitucionales, excepto, probablemente, el problema de si la legislatura debe ser mono o bicameral. Además, se nos dice que si el propósito de una constitución es empoderar a los ciudadanos, entonces lo que importa es si es el caso que la constitución política logra ese empoderamiento. De esta manera, la constitución política no es entendida como una decisión deliberada tomada *por* el pueblo, sino que una buena institución *para* el pueblo o para el resultado evolutivo del proceso político. Waldron observa que si uno deja la toma de decisiones constitucionales a los procedimientos democráticos, entonces el resultado podría ser una constitución no-democrática⁸⁹. Parece contradictorio sostener, de un lado, que la creación representativa del derecho (que permite a la ciudadanía ser oída imparcialmente) es la mejor manera de producir derecho y, del otro lado, negar que lo mismo se aplique a la dictación de las reglas que regulan las instituciones políticas y legales. El problema no es solo que esta diferencia parece corresponder a un cambio paradójico desde la legitimidad de aporte (*input*) hacia la de resultado (*output*) en lo que respecta a la redacción de constituciones (una constitución tiene que ser juzgada no

⁸⁸ Besson (2005).

⁸⁹ Waldron (2009c). En este caso, “no-democrático” significa que la constitución no empodera a la ciudadanía.

por cómo ella fue dictada, sino por cuál es el tipo de acción política que posibilita), sino también la ausencia de una comprensión sobre vínculo entre el proceso participativo para la toma de decisiones constitucionales y la probabilidad de que estas no lleven a una constitución que desempodere a los participantes.

Para ser justo, como Jeremy Waldron ha sugerido, la capacidad para el desacuerdo debe ser extendida a la formulación y especificación de las instituciones⁹⁰. Waldron reconoce que las instituciones jurídicas establecidas tienden a cosificar una particular respuesta a la preguntas sobre cómo interpretar arreglos constitucionales preestablecidos. Pero si uno deja este proceso de reinterpretación o modificación a la política institucional, entonces hay un riesgo de constreñir innecesariamente el ámbito del desacuerdo. Esto es donde un tipo de aproximación *no formal* (esto es, no completamente agotada por los poderes constituidos) puede probar ser valiosa en experimentaciones constitucionales. Piénsese, por ejemplo, en el rol de las minorías, que es usualmente invocado por los defensores del constitucionalismo político: los reforzamientos constitucionales tienen los efectos perniciosos de desalentar a las minorías de involucrarse en la política constitucional. Esto viene dado por el hecho de revertir una disposición ya arraigada es demasiado costoso y lleva a las minorías a un estado de resignación y apatía. Esta afirmación está bien fundada. Sin embargo, aquella forma de arraigo puede obtenerse también a través del proceso político ordinario. Como lo prueba el caso de los sistemas bipartidistas, los actores institucionales tienden a excluir el surgimiento de otros posibles actores institucionales o no-institucionales, usualmente mediante el reforzamiento de sus posiciones privilegiadas a través de la dictación de leyes ordinarias que protegen sus privilegios. Las leyes electorales, la regulación del financiamiento de las campañas políticas, o las normas para la regulación de los debates y la propaganda política (la admisión a los debates televisados, por ejemplo) puede ser concebida como una vía para restringir el surgimiento de nuevos actores en la escena política. Todo esto sucede con una legislación dictada deliberadamente por el proceso político normal y

⁹⁰ Waldron (1999) 279.

usualmente es protegida y respaldada por las cortes⁹¹. De esta manera, la capacidad del proceso democrático para revisarse a sí mismo queda paralizada. Si esto es así, la política democrática no es el objeto de un reforzamiento a través de la constitucionalización explícita, sino por una vía informal (pero sustancial) a través de los procesos ordinarios. Nótese que si esto es correcto, entonces el reforzamiento que se obtiene invisiblemente mediante el proceso político ordinario es menos legítimo que el reforzamiento mediante de la toma de decisiones constitucionales porque no es el resultado de un intento deliberado de reforzar un estado de cosas específico y por lo tanto no respeta las condiciones de transparencia, publicidad y generalidad. En este sentido, la única posibilidad para que aquellos fuera del sistema (*outsiders*) sean oídos en el proceso político consiste, si fuera posible, en ser cooptados por uno de los participantes en el juego.

De alguna manera, este parece ser el propósito del esquema constitucional que Bellamy ofrece: la legislación no es solo la decisión deliberada de cambiar el derecho, sino también el resultado de un compromiso entre una coalición de fuerzas políticas (sin importar que esta coalición esté formada por uno o múltiples partidos) cuyo funcionamiento deja espacio para que nuevos reclamos puedan ser oídos en el debate público. Tómese el caso de un nuevo movimiento político: para que su voz sea igualmente respetada en el proceso legislativo, tiene que formar una alianza con uno de los otros participantes en el proceso político. Por supuesto, tendrá que renunciar a algunos de sus reclamos para formar una plataforma común con otras fuerzas sociales o políticas en una alianza, siendo este el propósito de la política democrática en una sociedad pluralista. Si bien esta es una aproximación valiosa por varias razones, no da cuenta del problema de cómo tratar a aquellos *outsiders* cuya principal meta es cambiar el régimen político existente, ya sea porque crean que no es representativo ya porque crean que falla en considerar aspectos esenciales del orden constitucional. Este podría ser el caso de aquellos actores dispuestos a desafiar un régimen presidencialista de gobierno cuando este está constituido solo por partidos

⁹¹ Sobre el caso de los Estados Unidos, véase Pildes (2004).

pro-presidencialistas. Para considerar en otro ejemplo relevante para la definición del proceso político, es suficiente pensar en los *outsiders* cuyo derecho a ser representados en el proceso político está dramáticamente limitado por la manera en que los distritos electorales están delimitados por los actores políticos dominantes. En este sentido, las fuerzas constituyentes representan un exceso en contra de las medidas tomadas por los poderes constituidos. Ellos desafían el *status quo* desde fuera, pero sin la intención de permanecer siempre excluidos. Su principal objetivo es confrontar cómo ciertos asuntos son políticamente enmarcados; en otras palabras, ellos pretenden desafiar cómo el proceso político pone en escena el desacuerdo⁹².

Una posible explicación de porqué esta problemática ha sido oscurecida se relaciona con que el constitucionalismo político entiende la constitución como un régimen basado en reglas. Esta es una concepción de carácter típicamente diceyana, ya que se forma de la combinación de legislación (con la supremacía relativa de la legislatura) y la idea de estado de derecho (*rule of law*). La influencia del positivismo jurídico es bastante visible en esta versión del constitucionalismo. Coherentemente, Waldron y Bellamy han definido sus filosofías jurídicas como positivismo normativo⁹³. Las reglas juegan un rol crucial en sus concepciones de la constitución política y en particular las reglas relativas al proceso electoral e, implícitamente, a la organización de instituciones, especialmente el parlamento. Resuena el principio central del positivismo jurídico de Hart, de acuerdo al cual las reglas son constitutivas del soberano:

“no podemos decir que las reglas que especifican el procedimiento a seguir por el electorado representan las condiciones bajo las cuales la sociedad, como conjunto de individuos, se obedece a sí misma en cuanto electorado; porque la expresión ‘la sociedad en cuanto electorado’ no hace referencia a una persona identificable con independencia de las reglas”⁹⁴.

⁹² Frank (2010) 209-36.

⁹³ Waldron (2001); Bellamy (2011); cf Campbell (1996).

⁹⁴ Hart (1994) 75.

Esta es la perspectiva común en el campo del positivismo jurídico, en donde usualmente se presume que las reglas cumplen un rol constitutivo para la identificación de las constituciones. La filosofía subyacente a esta aproximación ha sido correctamente definida como “constitucionalismo positivista”⁹⁵.

El poder constituyente y su capacidad de tomar decisiones constitucionales es todavía es un ejemplo de política representativa y, en un sentido parcialmente diferente, de creación representativa del derecho. Para evitar cualquier confusión: la toma de decisiones constitucionales comparte ciertas propiedades normativas con la legislación. Por lo tanto, los constitucionalistas políticos están en lo correcto cuando ellos destacan que las asambleas comparten la misma estructura institucional, y posiblemente las mismas debilidades y fortalezas que los parlamentos⁹⁶. Tanto la toma de decisiones constitucionales como la legislación son intentos deliberados de introducir nuevo derecho en el orden constitucional. Su capacidad para tener impacto en el régimen político y para cambiar algunos aspectos fundamentales de una comunidad política provee su legitimidad. Pero ellos pierden de vista una diferencia relevante: la toma de decisiones constitucionales (al menos en los casos más relevantes) no necesita necesariamente ser completamente deferente al principio del estado de derecho (*rule of law*); puede respetar las reglas, principios y prácticas establecidas por el régimen constitucional, pero para producir un efecto innovador o transformador, lo más probable será que el estado de derecho (*rule of law*) no sea completamente respetado⁹⁷. Como los mismos constitucionalistas políticos admiten⁹⁸, la toma de decisiones constitucionales sigue usualmente a un período de crisis económica o incluso de guerra. En esta situación, una constitución o una carta de derechos “puede proveer una declaración de intenciones de que no se cometerán los errores del pasado y

⁹⁵ Dyzenhaus (2008).

⁹⁶ Elster (2000) 160-161.

⁹⁷ *contra* Amar (1995).

⁹⁸ Bellamy (2007) 49.

que se tratará de lidiar equitativamente con los antiguos opositores”⁹⁹. El ejemplo italiano es paradigmático en el sentido de cómo las tres fuerzas políticas mayores que se opusieron al fascismo convergieron en una asamblea constituyente con una visión para encontrar compromisos que evitarían un retorno al fascismo. La toma de decisiones constitucionales, en este caso, tiene la función de recordar el rechazo de un arreglo político específico que se considera maligno¹⁰⁰. Jed Rubenfeld, entre otros, ha adelantado un argumento poderoso para entender los compromisos constitucionales como una expresión de un “nunca más”¹⁰¹. Estos compromisos definen el núcleo de un régimen constitucional mediante la exclusión de ciertos aspectos de los regímenes previos, pero ellos no determinan el resultado de decisiones políticas futuras. Mientras que el caso paradigmático en contra del cual la redacción de constituciones se dirigió usualmente es suficientemente claro, la formulación de una norma constitucional debe ser lo bastante vaga para dejar considerable espacio para futuras batallas políticas sobre su significado y sus posibles transformaciones¹⁰².

Por supuesto, hay un sentido en el cual este tipo de toma de decisiones constitucionales puede ser entendido como el producto de una política de nivel superior, al menos, normativamente, en términos de participación y deliberación. Sin embargo, esto no debería volverse una razón para empequeñecer el valor de la política ordinaria. Y el reconocimiento de vías constitucionales para la creación de derecho de nivel superior no debería convertirse en un pretexto para pensar en la política ordinaria simplemente en términos agregativos. En este aspecto, los constitucionalistas políticos hacen un punto valioso que necesita ser destacado de nuevo: la política ordinaria todavía es normativamente atractiva porque no consiste en la simple agregación de votos electorales, sino en un tejido en donde se forman los juicios de los ciudadanos.

⁹⁹ Bellamy (2007) 50.

¹⁰⁰ Margalit (2002) 12.

¹⁰¹ Rubenfeld (1995) 1139.

¹⁰² Rubenfeld (2005) 17.

CONCLUSIÓN: UNA DEMANDA CALIFICADA POR UNA POLÍTICA ABIERTA

Al final del día, la esencia del constitucionalismo político se encuentra en la idea de que la acción política no debería estar constreñida sino que se la debe dejar prosperar porque de esta manera su creatividad puede hacer frente a los problemas colectivos y comunes. La creación representativa del derecho es la mejor manera para responder a las contingencias con soluciones institucionales novedosas. No hay nada básicamente equivocado con esta intuición. Después de todo, uno de los límites que afecta a la creación judicial del derecho es precisamente que conlleva una restringida forma de la racionalidad jurídica. La creación judicial de derecho sigue siendo el resultado del proceso de adjudicación, donde dos partes se confrontan ante un juez. Su racionalidad es adversarial. La política tiene la ventaja de permitir que múltiples puntos de vista se expresen en el proceso de toma de decisiones. Sin embargo, los constitucionalistas políticos presentan esta libertad de manera parcialmente engañosa. De hecho, sus ideas pueden terminar cerrando la política en lugar de abriéndola. Por un lado, la acción política no tiene lugar en el vacío, ni tampoco puede ser concebida como completamente ilimitada. Como ya se ha mencionado, hay siempre un mundo en común del cual la acción política surge. Este mundo en común está usualmente organizado a través de un régimen político que conlleva principios, reglas y prácticas. Este trasfondo trae consigo también un cierto grado de arbitrariedad, con sesgos cognitivos, subyugaciones y equilibrios de poder. Para mejorar la calidad de la creación representativa del derecho es mejor tener esto en cuenta antes que pasarlo por alto.

La toma de decisiones políticas basada en el principio de igualdad es el método en mejor posición para regular este mundo en común. Este último incluye los bienes públicos en los que todos los intereses fundamentales de cada persona están implicados. El valor intrínseco de un proceso democrático de creación del derecho está basado en el reconocimiento de que este es el único método respetuoso de la igualdad cuando bienes no divisibles están en juego¹⁰³. Pero la reducción de la política a una

¹⁰³ Christiano (2008) 81.

competencia regulada por la regla de mayoría simple permanece más cerca de una explicación minimalista del gobierno democrático¹⁰⁴. Además, subestima los efectos de estructuras políticas profundamente arraigadas, en particular, cuando estos aspectos son esenciales en la definición de la identidad constitucional de un régimen político. En estas circunstancias, el poder constituyente, o la idea de una transformación constitucional, puede tener propiedades redentoras.

Uno de los riesgos que un constitucionalista político podría advertir respecto del poder constituyente es su esencialismo. Tras este poder uno encontraría un sujeto, usualmente la nación o algún otro grupo homogéneo, cuya fortaleza y unidad permitiría una acción constituyente repentina, frecuentemente fuera del manto de la legalidad. Sin embargo, esto sería una lectura conceptual imprecisa de la idea de poder constituyente. No es necesario pensar en el poder constituyente en términos de teología política¹⁰⁵, o hacer concesiones a las interpretaciones nacionalistas u otras versiones comunitaristas de la idea de poder constituyente. Se puede adoptar una lectura diferente que parte de la idea de que una forma particular de política puede ser entendida como un dispositivo para dejar vacío el lugar del poder: la democracia representativa “revela que el poder no pertenece a nadie; que aquellos que ejercen el poder no lo poseen; que ellos de hecho no lo encarnan; que el ejercicio del poder requiere periódicos y repetidos enfrentamientos”¹⁰⁶. Este es un modelo de representación que niega a cualquier particular institución el derecho a afirmar que ellos hablan en nombre del pueblo y ejercen la plenitud del poder. Allí descansa una de las mayores revelaciones del constitucionalismo moderno. La idea de la separación o división de poderes no tiene que ser concebida en términos puramente liberales, lo que implicaría la organización de los poderes como una forma de limitar la acción política. Al contrario: la separación de poderes, ya sea vertical (federalismo o regionalismo, por ejemplo) u

¹⁰⁴ Przeworski (1999).

¹⁰⁵ Kahn (2011).

¹⁰⁶ Lefort (1989) 225.

horizontal¹⁰⁷, es la principal técnica para asegurar que los poderes crecerán al mismo tiempo que se controlan entre ellos¹⁰⁸. La separación de poderes también forja un espacio para el poder constituyente: no solo ningún poder constituido (u órgano) puede afirmar que representa a la comunidad política, sino tampoco el sistema de poderes constituidos como un todo puede pretender representar de una manera no-problemática a *we, the people*.

En suma, los constitucionalistas políticos podrían sustituir la política ordinaria por el poder de tomar decisiones constitucionales volviendo trivial la distinción, o bien podrían negar a esta última su carácter político. En ciertos contextos, esto incluso podría ser un paso apropiado. Pero, como se ha observado, convertir lo constituyente en algo constituido es una solución decepcionante desde una perspectiva políticamente comprometida. Abogar en contra de esta sustitución implica reconocer que “el momento de lo político gira en torno a una reflexividad que no puede ser capturada y que ciertamente no es agotada en noción alguna de la constitución política”¹⁰⁹. Por otra parte, implica que no todo momento de auto-constitución es llevado a cabo para someterse a un orden preconstitucional. La dificultad respecto de este último punto es que “el sometimiento es al mismo tiempo condición necesaria dado que sin él no hay espacio para la representación, y, sin embargo, viene a anular lo nuevo en el mismo acto de acomodarlo a un esquema preexistente acarreado la autodeterminación de un yo siempre ya determinado”¹¹⁰. Por esta razón, los constitucionalistas políticos no deberían dejar de lado algunas de las innovadoras propiedades de la toma de decisiones constitucionales, particularmente cuando estas son el resultado de un período de masiva participación y movilización ciudadana.

¹⁰⁷ Vile (1967).

¹⁰⁸ Arendt (1990) 151.

¹⁰⁹ Christodoulidis (2007) 207.

¹¹⁰ Christodoulidis (2007) 207.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ackerman, B. (1991) *We the People: Foundations*. Cambridge Mass: Harvard University Press.
- Ackerman, B. (2007) “The Living Constitution” en *Harvard Law Review* 120: 1737-812.
- Albert, R. (2009) “Nonconstitutional Constitutional Amendments” en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 22: 5-47.
- Arato, A. (2011) “Multi-Track Constitutionalism Beyond Carl Schmitt” en *Constellations* 18: 324-51.
- Arendt, H. (1990) *On Revolution*. London: Penguin.
- Arrow, K. (1963) *Social Choice and Individual Values*. New Haven: Yale University Press.
- Bellamy, R. (2007) *Political Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bellamy, R. (2008) “Republicanism, Democracy, and Constitutionalism” en Laborde, C. y John Maynor (eds.) *Republicanism and Political Theory*. Oxford: Blackwell.
- Bellamy, R. (2009) “The Republic of Reason: Public Reasoning, Depoliticization and Non-Domination” en Besson, S. y J. L. Martí (eds.) *Legal Republicanism*. Oxford: Oxford University Press, 102-20.
- Bellamy, R. (2011) “Political Constitutionalism and the Human Rights Act” en *International Journal of Constitutional Law* 9: 86-111.
- Besson, S. (2005) *The Morality of Conflict*. Oxford: Hart.
- Campbell, T. (1996) *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Dartmouth: Ashgate.
- Campbell, T., K. Ewing y A. Tomkins (eds.) (2011) *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays*. Oxford: Oxford University Press.
- Cass, D. (2005) *The Constitutionalization of the World Trade Organization*. Oxford: Oxford University Press.
- Christiano, T. (1996) *The Rule of the Many*. Oxford: Oxford University Press.
- Christiano, T. (2008) *The Constitution of Equality*. Oxford: Oxford University Press.

- Christodoulidis. E. (2007) "Against Substitution" en Loughlin, M. y N. Walker (eds.) *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 189-208.
- Cohen, J. (1997) "Deliberation and Democratic Legitimacy" en Bohman, J. y W. Rehg (eds.) *Democracy: Essays on Reason and Politics*. Cambridge: MIT Press, 67-91.
- Craig, P. (2011) "Political Constitutionalism and the Judicial Role: A Response" en *International Journal of Constitutional Law* 9: 112-31.
- Dahl, R. (1956) *A Preface to Democratic Theory*. Chicago: University of Chicago Press.
- Dicey. A. (1982) *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Dryzek. J. (2000) *Deliberative Democracy and Beyond*. Oxford: Oxford University Press.
- Dyzenhaus, D. (2008) "The Incoherence of Constitutional Positivism" en Huscroft G. (ed.) *Expounding the Constitution*. Cambridge: Cambridge University Press, 138-60.
- Elazar. D. (1986) "Constitution Making: The Pre-eminently Political Act" en Banting, G. y K. Simeon (eds.) *Redisegning the State: The Politics of Constitutional Change*. London: Macmillan.
- Elster. J. (ed.) (1998) *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Elster. J. (2000) *Ulysses Unbound*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fallon, R. (2008) "The Core of an Uneasy Case for Judicial Review" en *Harvard Law Review* 121: 1963-736.
- Frank, J. (2010) *Constituent Moments*. Duke University Press.
- Gee, G. (2008) "The Political Constitutionalism of JAG Griffith" en *Legal Studies* 28: 20-45.
- Gee, G. y G. Webber (2010) "What Is a Political Constitution?" en *Oxford Journal of Legal Studies* 30: 273-99.
- Gill, S. (2001) "Constitutionalizing Capital: EMU and Disciplinary Neo-Liberalism" en Beiler, A., A. Morton (eds.) *Social Forces in the Making of the New Europe*. Basingbroke: Palgrave, 47-69.
- Griffith, J. (1979) "The Political Constitution" en *Modern Law Review* 42: 1-21.

- Guinier, L. (1994) *The Tyranny of the Majority. Fundamental Fairness in Representative Democracy*. New York: The Free Press.
- Habermas, J. (1996) *Between Facts and Norms*. Cambridge Mass: MIT Press.
- Hart, H.L.A. (1994) *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Hirschl, R. (2004) *Toward Juristocracy*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- Kahn, P. *Political Theology. Four New Chapters on Sovereignty*. New York: Columbia University Press.
- Kavanagh, A. (2009) *Constitutional Review under the UK HRA*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kumm, M. (2007) "Political Liberalism and Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement" en Pavlakos, G. (ed.) *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Hart.
- Jacobsohn, G. (2004) "The Permeability of Constitutional Borders" en *Texas Law Review* 82: 1763-819.
- Jacobsohn, G. (2006) "Constitutional Identity" en *Review of Politics* 68: 361-97.
- Jacobsohn, G. (2010) *Constitutional Identity*. Cambridge Mass: Harvard University Press.
- Lefort, C. (1989) *Democracy and Political Theory*. Cambridge: Polity Press.
- Hannah, L. (2010) "Constitution-writing in Deeply Divided Societies: The Incrementalist Approach" en *Nations and Nationalisms* 16: 68-88.
- Lerner, H. (2011) *Constitution Making in Deeply Divided Societies*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lijpart, A. (1984) *Democracies: Patterns of Majoritarianism and Consensus Government in Twenty-one Countries*. New Haven: Yale University Press.
- Loughlin, M. (1992) *Public Law and Political Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Loughlin, M. (2003) *The Idea of Public Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Loughlin, M. (2010) "What Is Constitutionalisation?" en Loughlin M. y P. Dobner (eds.) *The Twilight of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 47-71.
- Loughlin, M. y N. Walker (eds.) (2007) *The Paradox of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press.

- Mackie, G. (2003) *Democracy Defended*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Margalit, A. (2002) *The Ethics of Memory*. Cambridge Mass: Harvard University Press.
- Marmor, A. (2009) *Social Conventions: From Language to Law*. Princeton: Princeton University Press.
- May, K. (1952) “A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decisions” en *Econometrica* 20: 680-4.
- McGann, A.J. (2004) “The Tyranny of the Supermajority: How Majority Rule Protects Minorities” en *Journal of Theoretical Politics* 16: 53-77.
- Miller, N. (1980) “A New Solution Set for Tournaments and Majority Voting: Further Graph-Theoretical Approaches to the Theory of Voting” en *American Journal of Political Science*, 24: 68-96.
- Murphy, W. (2007) *Constitutional Democracy: Creating and Maintaining a Just Political Order*. Baltimore: John Hopkins University Press.
- Negri, A. (1999) *Insurgencias: Constituent Power and the Modern State*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Nicol, D. (2010) *The Constitutional Protection of Capitalism*. Oxford: Hart.
- Orren, K. y S. Skowronek (2004) *The Search for American Political Development*. New York: Cambridge University Press.
- Palonen, K. (2004) “Parliamentarism: A Politics of Temporal and Rhetorical Distances” en *Österreichische Zeitschrift für Geschichtswissenschaften* 15: 111-25.
- Peters, A. (2006) “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures” en *Leiden Journal of International Law* 19: 611-32.
- Pildes, R. (2004) “The Constitutionalization of Democratic Politics” en *Harvard Law Review* 118: 28-154.
- Przeworski, A. (1999) “Minimalist Conception of Democracy: A Defense” en Shapiro I. y C. Hacker-Cordón. *Democracy's Edges*. Cambridge: Cambridge University Press, 23-55.
- Rae, D. 1975. “The Limits of Consensual Decision Making” en *American Political Science Review*, 69: 1270-94.
- Rawls, J. (1993) *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.

- Raz, J. (1990) *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press (2a. ed.).
- Raz, J. (1994) *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Clarendon Press.
- Riker, W. (1982) *Liberalism versus Populism*. Freeman: San Francisco.
- Rosenfeld, M. (2009) *The Identity of the Constitutional Subject*. London: Routledge.
- Rubinfeld, J. (1995) "Reading the Constitution as Spoken" en *Yale Law Journal* 104: 1119-85.
- Rubinfeld, J. (2001) *Freedom and Time*. New Haven: Yale University Press.
- Rubinfeld, J. (2005) *Revolution by Judiciary*. Cambridge Mass: Harvard University Press.
- Scharpf, F. (1999) *Governing Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- Schwartzberg, M. (2006) *Democracy and Legal Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- Sen, A. 1970. *Collective Choice and Social Welfare*. San Francisco: Holden-Day.
- Shapiro, I. 1999. *Democratic Justice*. New Haven: Yale University Press.
- Skowronek, S. 1993. *The Politics Presidents Make*. Cambridge Mass: Harvard University Press.
- Stone Sweet, A. (2000) *Governing with Judges*. Oxford: Oxford University Press.
- Thomas, G. (2011) "What Is Political Development? A Constitutional Perspective" en *The Review of Politics* 73: 275-94.
- Tomkins, A. (2002) "In Defense of the Political Constitution" en *Oxford Journal of Legal Studies* 22(1), 157-175.
- Tomkins, A. (2003) *Public Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Tomkins, A. (2005) *Our Republican Constitution*. Oxford: Hart.
- Tomkins, A. (2009) "Constitutionalism" en Flinders, M. (eds.) *Oxford Handbook of British Politics*. Oxford: Oxford University Press, 239-61.
- Tulis, J. (1991) "On the State of Constitutional Theory" en *Law and Social Inquiry* 16: 711-6.
- Tushnet, M. (1999) *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press.
- Tushnet, M. (2008) *The Constitution of the United States: A Contextual Analysis*. Oxford: Hart.

- Urbinati, N. (2006) *Representative Democracy*. Chicago: Chicago University Press.
- Vile, M. C. J. (1967) *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Oxford: Oxford University Press.
- Vile, J. (1992) *The Constitutional Amending Process in American Political Thought*. New York: Praeger.
- Waldron, J. (1993) "A Right-Based Critique of Constitutional Rights" en *Oxford Journal of Legal Studies* 13: 18-51.
- Waldron, J. (1998) "Precommitment" en Alexander, L. (ed.) *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Waldron, J. (1999) *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.
- Waldron, J. (2001) "Normative (or Ethical) Positivism" en Coleman, J. (ed.) *Hart's Postscript*. Oxford: Oxford University Press, 411-33.
- Waldron, J. (2006). "The Core of the Case against Judicial Review" en *Yale Law Journal* 115: 1346-406.
- Waldron, J. (2009a) "Can there be a Democratic Jurisprudence?" en *Emory Law Journal* 58: 675-712.
- Waldron, J. (2009b) "Representative Lawmaking" en *Boston University Law Review* 89: 335-55.
- Waldron, J. (2009c) "Constitutionalism: A Skeptical View" en Christiano, T. y J. Christman (eds.) *Contemporary Debates in Political Philosophy*. Oxford: Wiley.
- Walén, A. (2009) "Judicial Review in Review: A Four Part Defense of Legal Constitutionalism" en *International Journal of Constitutional Law* 7: 329-54.
- Weale, A. (1999) *Democracy*. London: Basingstoke.
- Weiler, J. (1999) *The Constitution of Europe*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Weill, R. (2006) "Evolution v Revolution: Dueling Models of Dualism" en *American Journal of Comparative Law* 54: 429-79.
- Wolin, S. (1994) "Norm and Form: The Constitutionalizing of Democracy" en Wallach, J. (ed.) *Athenian Political Thought and the Reconstruction of American Democracy*. Ithaca: Cornell University Press.