

---

# PARADOJAS DE LA SOBERANÍA Y LA REPRESENTACIÓN

Emilios Christodoulidis

*Professor of Legal Theory, University of Glasgow, Escocia*

**Resumen.** El artículo aborda las interrelaciones que se establecen en materia constitucional entre un entendimiento del derecho como voluntad soberana, por una parte; el concepto de razón constitucional a cual se encontraría ligado el derecho, por otra; y la existencia de una presupuesta unidad política, como tercer elemento. El autor examina distintas aproximaciones a estas relaciones, deteniéndose particularmente en la imposibilidad de buena parte de los teóricos constitucionalistas norteamericanos para dar cuenta satisfactoriamente de ellas. Ante esto, lo que se propone es reconocer en este ámbito la existencia de una real paradoja que se encuentra en el centro del constitucionalismo y que se manifiesta en el momento revolucionario en tanto acto fundacional, y cuya comprensión se facilita tematizando las relaciones entre los sistemas jurídico y político desde la teoría de sistemas de Niklas Luhmann.

**Palabras clave.** Teoría constitucional, republicanism, teoría de sistemas.

Cítese como: Christodoulidis, E. (2016) “Paradojas de la soberanía y la representación”, en *Derecho y Crítica Social* 2(1) 37-70. ISSN 0719-5680. Recibido el 17 de junio de 2016, aprobado para su publicación el 5 de julio de 2016. Originalmente publicado como Christodoulidis, E. (2002). “Paradoxes of sovereignty and representation”, en *Journal of South African Law*, 108-124. Traducción de Federico Szczeranski, estudiante de doctorado, Universidad de Glasgow. Contacto del autor: [emilios.christodoulidis@glasgow.ac.uk](mailto:emilios.christodoulidis@glasgow.ac.uk).

---

# PARADOXES OF SOVEREIGNTY AND REPRESENTATION

Emilios Christodoulidis

*Professor of Legal Theory, University of Glasgow, Scotland*

**Abstract.** This article examines the relations that exist within constitutionalism between the understanding of law as sovereign will, on the one hand; the concept of constitutional reason that reigns over law, on the other; and the existence of a presupposed political unity, as a third element. The author examines various approaches to these relations, paying close attention to the impossibility that affects most constitutional theorists in the USA of offering a satisfactory account of them. In this context, it proposes to recognize the existence of a real paradox that lies at the center of constitutionalism and that manifests itself in the revolutionary moment, regarded as a foundational act, and whose understanding is facilitated by confronting the relations between the legal and the political systems from the viewpoint of Niklas Luhmann's systems theory.

**Keywords.** Constitutional theory, republicanism, systems theory.

Cite as follows: Christodoulidis, E. (2016) "Paradojas de la soberanía y la representación", in *Derecho y Crítica Social* 2(1) 37-70. ISSN 0719-5680. Received on June 17, 2016 and approved for its publication on July 5, 2016. Originally published as Christodoulidis, E. (2002). "Paradoxes of sovereignty and representation", en *Journal of South African Law*, 108-124. Translation of Federico Szczeranski, PhD student, University of Glasgow. Author contact: emilios.christodoulidis@glasgow.ac.uk.

## I. REPRESENTANDO AL PUEBLO

**E**n este artículo me gustaría rastrear la problemática relación entre la voluntad democrática de un pueblo soberano y el marco constitucional que pretende representar al pueblo conteniendo las expresiones de su voluntad. Mi interés es entonces la relación triangular entre el pueblo soberano, la razón constitucional y la voluntad democrática. En su historia política de Francia, Pierre Rosanvallon escribe esto acerca de las *peuple introuvable* de la democracia: “Mientras que la democracia, o soberanía popular, ha representado por dos siglos *l’ horizon évident du bien politique*, incluso en su tierra de origen donde ha sido más afirmada y celebrada, las democracias son ahora *bien marquées par la déception, comme si elles incarnaient un idéal trahi et défigure*”<sup>1</sup>. Pero, como las paradojas surgen en todas partes, me referiré al problema de este irreparable déficit, y a la complejidad de las relaciones que le subyacen, gradualmente. Permítaseme proceder a través de territorio familiar primero, y explorar la conexión entre razón constitucional y voluntad democrática.

Los teóricos constitucionalistas Americanos son aficionados a decir que es difícil reconciliar razón y voluntad. Ellos se obsesionan con la “paradoja contra-mayoritaria”, el dilema del “federalista”, la “objeción Thayeritana”, el choque entre auto-gobierno y gobierno por el derecho, y por aquello que - en numerosas otras formulaciones- se reduce toscamente a esto: ¿Cómo podemos justificar nuestro compromiso con la democracia, y con ella el derecho de la ciudadanía soberana a determinar los términos de la vida pública, y al mismo tiempo recortar ese derecho en nombre de derechos constitucionales? Cada respuesta a esto parece tropezar en una paradoja.

---

<sup>1</sup> Rosanvallon (1998) 9.

Considero a esta paradoja real, fascinante y persistente. Las respuestas vienen, en términos gruesos, en dos tipos, con teóricos constitucionalistas ya sea negando la tensión o haciéndola desaparecer mediante explicaciones, ya sea subordinando la razón a la voluntad o subordinando la voluntad a la razón. Entonces, hay respectivamente, la solución “dualista” de la paradoja, que busca eludirla, y la línea “monista” de argumentación que intenta abordarla.

Pasaré por alto la “solución” dualista entendiéndola como un simple reconocimiento de que la tensión existe, más que como un intento de vencerla. En esta línea de pensamiento, los teóricos de los derechos fundamentales argumentan que nuestra cultura política incorpora tanto a los derechos como a la democracia asignándoles un valor fundamental. La democracia occidental ha desarrollado así un compromiso con la defensa de los derechos fundamentales como una cualidad inherente y constitutiva y es el compromiso dual a ambos ideales lo que caracteriza a nuestro sistema político. Pero argumentar junto al dualista que el constitucionalismo acomoda tanto voluntad como razón es dar una descripción como si fuera una explicación. Después de todo, el dualista no puede esconderse de ambas preguntas, a saber (i) cómo es posible la reconciliación de estos ideales mutuamente excluyentes, o dicho de otra manera (ii) cómo el ideal del constitucionalismo sobrevive esta intolerable disyunción en su núcleo.

La solución monista a la paradoja, como fue mencionado, intenta disolver la tensión mediante la subordinación ya sea de la razón a la voluntad o de la voluntad a la razón. Algunos de estos intentos son bastante notables. Permítaseme comenzar con Kant, quien afirma: “Porque, puesto que el pueblo para juzgar legalmente sobre el poder soberano del Estado, *debe ya* ser considerado como unido por una voluntad universal legisladora, *no puede*

*ni debe juzgar de otra manera que conforme a la voluntad del actual jefe de Estado*<sup>2</sup>.

Kant nos dice esto en un argumento acerca del porqué “donde no hay un derecho a la sedición, mucho menos habrá un derecho a la revolución”. El argumento en contra de la revolución es uno conceptual. Descansa en la representación. La voluntad general es representada por el gobierno; oponerse a las decisiones del gobierno es así oponerse a la voluntad general. Y oponerse a la voluntad general, dice Christine Korsgaard en un intrigante trabajo sobre Kant<sup>3</sup>, es disolver la condición jurídica (*rechtlicher Zustand*) entre los seres humanos y entonces volver al estado de naturaleza. Es esta disolución de la *condición jurídica como constitutiva de la voluntad general* lo que es de preocupación crucial acá, al explorar la lógica de esta subordinación monista de la voluntad a la razón legal. Para Kant no puede haber voluntad general fuera de las reglas procedimentales para determinarla que se encuentran en la constitución. Toda representación de la voluntad es contenida y agotada en este procedimiento, que es el vehículo mismo para la expresión de la voluntad, y no un artefacto falible para determinarla. El pueblo, dice Korsgaard, no puede hablar *como* pueblo hasta que tiene una voz. Cualquier cosa -como la voz revolucionaria- que erosiona la constitución mutua entre la relación jurídica y la voluntad general es una reversión al estado de naturaleza donde no es posible representar al pueblo ya que no hay pueblo. El “debe ya” de Kant en la cita anterior nos dice eso.

La otra línea “monista” de argumentación subordina la razón constitucional a la democracia. John Ely es usualmente sindicado como el primer gran exponente de esta orientación. La revisión judicial existe, según Ely, para “desbloquear frenos en el proceso democrático”<sup>4</sup> y mantener abiertos los

---

<sup>2</sup> Kant (1965) 318 (énfasis agregado).

<sup>3</sup> Korsgaard (1997) 303.

<sup>4</sup> Ely (1981) 117. Véase también un trabajo precursor del mismo autor en Ely (1978).

canales de cambio político, por ejemplo, facilitando la representación de intereses minoritarios. Mediante el aseguramiento de la libertad política, la revisión judicial asegura lo que es integral al funcionamiento de “un abierto y efectivo procesos democrático”<sup>5</sup>. El innovador trabajo de Ely podría ser visto más ampliamente como sugiriendo que la democracia provee una suerte de narrativa maestra que da contenido y significado a las provisiones acerca de derechos y que da la perspectiva por la cual los derechos pueden ser interpretados<sup>6</sup>. Así entendido, hay poca duda que *El imperio de la Justicia* de Dworkin cae bajo esta categoría<sup>7</sup>, y así también, aunque menos directamente, los “republicanos cívicos” (acerca de los cuales prontamente se dirá más)<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Ely (1981) 103.

<sup>6</sup> Al respecto, MacCormick (1993) plantea que:

“La ventaja de insistir en los derechos como constitucionalmente derivados es, como lo vemos ahora, que esto los deja al final sujetos al proceso democrático. Es al pueblo como un todo que corresponde la decisión acerca de la especificación exacta de esos derechos, y acerca de los otros elementos esenciales de la estructura constitucional y de la distribución de autoridad constitucional. De esta forma la democracia adquiere carácter auto-referente” (143).

<sup>7</sup> La pregunta ciertamente requiere ser reformulada un poco a partir de la articulación que Ely le da. Ely subordina la revisión judicial a la narrativa democrática que en primer lugar le da su perspectiva. Dworkin busca esa perspectiva en una reconstrucción de la historia constitucional que primero habilita y constriñe el significado legal, y así también a la interpretación judicial. Aquí la integridad provee la gran narrativa, en lugar del *ethos* democrático de Ely. Pero visto así, la de Dworkin es una especificación más que una cualificación. Y así también, uno puede afirmar, es la de Stanley Fish. En cada caso, un *ethos* (Ely), un compromiso con la coherencia (Dworkin), o los constreñimientos a una lógica interna a una comunidad interpretativa (Fish) proveen el tipo de narrativa maestra que primero habilita el significado legal como tal en el sentido más amplio y así neutraliza la naturaleza “anormal” de la revisión judicial.

<sup>8</sup> Por lo que yo sé, el argumento republicano no ha sido explícitamente unido por ninguno de los comentaristas a la aproximación de la gran narrativa democrática. El mismo Ackerman critica a Ely por encubrir en vez de dispensar la paradoja (Ackerman, 1985: 737) y es cuidadoso en proclamar que él se dirige en una dirección distinta. A pesar del

“Las paradojas”, escribió Matthew Kramer, “son varios problemas en los que las soluciones son tanto completamente ineludibles como completamente auto-subversivas, tanto insistentes como no disponibles”<sup>9</sup>. Las soluciones dualistas no se hacen cargo de las paradojas. Las monistas, aunque sean intrigantes, fracasan en tratar las paradojas como tales; la subordinación, después de todo, presupone una reducción a categorías conmensurables. Pero las paradojas, nos dice Luhmann, “tienen la fatal tendencia a re-aparecer”<sup>10</sup>. En lugar de intentar “resolver” la paradoja -diré algo más acerca de los intentos en las secciones subsecuentes- mostraré como ella persiste y lo notable que es para el derecho el logro de habernos reconciliado con ella en el sentido que los órdenes constitucionales no solo son estables y duraderos, sino que además la “razón” constitucional en el concepto de “soberanía popular” ha elevado a su potencial “suplemento peligroso” –la “voluntad”– a ser su principio vivificador.

Permítaseme comenzar de nuevo recogiendo un hebra diferente. Mi forma preferente de abordar la frágil premisa del constitucionalismo es mediante la noción de “acto fundacional” de Hannah Arendt. Ella dice:

“En la medida que el más grande evento en cada revolución es el acto fundacional, el espíritu de la revolución contiene dos elementos que para nosotros parecen irreconciliables e incluso contradictorios. El acto de fundar el nuevo cuerpo político, de trazar el nuevo acto de gobierno implica una gran preocupación con la estabilidad y durabilidad de la nueva estructura; la experiencia por el otro lado, que aquellos que

---

descargo, los republicanos está presentando una gran narrativa democrática, incluso si es distinta al “monismo democrático” que Ackerman tiene en mente. Es al afirmar un rol especial del derecho en el proceso deliberativo democrático que los republicanos “disuelven” la paradoja constitucional y así refutan la externalidad del derecho a la política.

<sup>9</sup> Kramer (1995) 4.

<sup>10</sup> Luhmann (1988) 156.

están involucrados en este grave asunto están destinados a tener, es la estimulante conciencia de la capacidad humana de comenzar, los altos espíritus que han acompañado siempre el nacimiento de algo nuevo”<sup>11</sup>.

Estimulante, de hecho. Tanto que incluso Kant, para quien la otra cara del acto fundacional permanece como imposible de ser acomodada a sus propios términos, encuentra la revolución francesa “emocionante”. “[E]sta revolución encuentra en los corazones de todos los espectadores [...] una deseosa participación que limita con el entusiasmo, la expresión misma de la cual está plagada de peligros”<sup>12</sup>.

Hay paradojas, hay excitación y luego hay ironías. ¿Cómo el momento constitucional, la preocupación de Arendt con “la estructura de estabilidad y durabilidad”, se reconcilia a sí misma con la voluntad general, aquella de Rousseau o Robespierre que necesita solo voluntad para producir derecho? La voluntad general se convierte en la voluntad revolucionaria que es expresada como derecho revolucionario y entonces el proceso revolucionario se convierte en derecho a sí mismo, incontenible. Esto, paradójicamente, es una voluntad general que no puede ser, puesto que *le peuple* no se ha constituido como tal y por ello no puede desear en absoluto, al menos en una lectura (kantiana) de la teoría del contrato social. La ironía es esta: después de cuatro años de experiencia revolucionaria, Condorcet intenta contener a una revolución que corre sin control mediante una afirmación de derecho, aquella afirmación de la Ley Superior de la Revolución: “*Une loi révolutionnaire*”, nos dice, “*est une loi qui a pour objet de maintenir cette révolution, et d’en accélérer ou régler la marche*” -en su curso hasta su “culminación” natural, el establecimiento de un cuerpo político<sup>13</sup>. Él fue

---

<sup>11</sup> Arendt (1963) 223.

<sup>12</sup> Citado en Korsgaard (1997) 299.

<sup>13</sup> Citado en Arendt (1963) 183.



derrotado por la historia: solo la contra-revolución la detuvo en reversa, no su culminación. Compárese esta fallida aspiración de una ley que puede regular el curso de la revolución con la apasionada creencia de Jefferson en que la constitución podría sofocar lo que Arendt luego llamaría el “tesoro perdido de la tradición revolucionaria”. Arendt habla de su “indignación acerca de la injusticia de que solo su generación hubiera de tener el poder ‘de comenzar el mundo nuevamente’”. La “incambiabilidad” e “inalienabilidad” de los derechos del hombre incluyen para Jefferson -paradójica y explosivamente- el derecho a rebelión y revolución. El acto fundacional -el dar el marco de una constitución- no puede estar a expensas de la libertad en “su más exaltado sentido” como libertad para actuar. “Dios no quiera”, dice Jefferson, “que jamás pasemos veinte años sin tal rebelión”<sup>14</sup>.

La experiencia francesa lo obligó, por supuesto, a reconsiderar sus dichos. En sus escritos posteriores, Jefferson está más preocupado en proveer a la constitución misma “para su revisión en períodos indicados”. Y la preocupación detrás de esto es permitir a cada generación que determine por sí misma los términos “más promotores de su propia felicidad”. No diré más sobre esto ahora porque mi argumento ya ha sido hecho: la frustración con la que Jefferson luchaba, y que forzó a Condorcet a formular el concepto de “ley revolucionaria”, es la disputa de ellos con la imposibilidad de detener el momento revolucionario sin traicionarlo, de contener el acto de libertad dentro de una institución duradera, *de expresar la voluntad activa mediante la razón constitucional*.

Así entendido, el momento de “fundación” por supuesto que no se confina a sí mismo al momento de la revolución, sino que continúa a través del tiempo. Se conserva en momentos no revolucionarios una tensión entre razón constitucional y voluntad democrática, una voluntad que debe -en

---

<sup>14</sup> Véase Arendt (1963) 233; en relación con la opinión de Jefferson.

tiempos normales más que revolucionarios- ser expresada *dentro* de los márgenes de la razón. Esta duradera y muy “ordinaria” paradoja encuentra su expresión más urgente en la sospechosa legitimidad de la revisión judicial o, en palabras de Alexander Bickel, en el hecho que la revisión judicial se mantiene como una “institución pervertida” en el pensamiento democrático<sup>15</sup>. Porque ¿cómo puede ser consistente con el imperativo democrático el que cualquier corte constitucional pueda tener capacidad de invalidar, en el nombre de los derechos constitucionales, la capacidad de decisión de “*We the People*” (como es expresada mediante la legislación democrática)?

Incluso si aceptamos con Giorgio Agamben que el poder soberano se extiende tanto a *pouvoir constituant* y *pouvoir constitué* (o que forma su “zona de indistinción” para ponerlo en sus términos)<sup>16</sup> aún necesitamos explicar cómo *ambos* se mantienen en juego *al mismo tiempo*, constituyendo (como voluntad democrática) lo que se presupone a sí mismo como ya constituido (razón constitucional).

Pero lo que está en juego es incluso mayor: esta articulación paradójica de voluntad y razón subyace al concepto de soberanía popular y así a la identidad de “el pueblo”. En otras palabras: si la articulación de la razón y la voluntad es lo que subyace a la soberanía, la identidad del pueblo como sujeto soberano es la propiedad emergente de esa relación. La dificultad es por supuesto que como propiedad emergente de una articulación paradójica, la identidad misma es llevada a confusión. La mayor parte de lo que sigue es un intento de explicar la inter-dependencia, de hecho inter-constitución de esta triada: voluntad, razón y lo que es representado: la identidad de un pueblo soberano. Con ello volvemos a la relación triangular con la que comenzamos y con lo que está en juego: la pregunta ahora es aquella por la

---

<sup>15</sup> Bickel (1962) 18.

<sup>16</sup> Agamben (1998) 41.

identidad de un pueblo que *debe y sin embargo no puede* ser representado. Que esto replica la paradoja inicial (y no una diferente) en una dimensión adicional se debe a la conexión interna entre democracia e identidad colectiva: un pueblo soberano puede establecer identidad negociando y decidiendo sus compromisos constitutivos; la voluntad democrática substancia el gobierno, expresa quienes somos. El constitucionalismo es el nombre para una intersección entre derecho y política. Visto desde el punto de vista de la soberanía popular y así también desde el punto de vista de la identidad del pueblo asumido como soberano, el constitucionalismo equilibra la identidad en una coyuntura difícil. Porque si concebimos el *demos* como una entidad dinámica en constante cambio -¿Y cómo podría ser de otro modo?- qué conclusiones podemos extraer acerca de la contención de su siempre renovada voluntad en la razón constitucional que es agobiada por la necesidad de institucionalizar y con ello de calmar, de inducir permanencia, de reducir contingencia y mutación. La identidad del pueblo debe cumplir con las exigencias de contención en los ideales de fijeza, predeterminación, inmovilidad, o no será representada en lo absoluto. Lo que es verdaderamente inquietante es que la paradoja ahora nos empuja contra los límites de la representación.

Por supuesto que hay mucho que decir antes de zambullirse en lo que Lyotard una vez describió como el “terror” del sistema: cumple o se borrado<sup>17</sup>. Pero lo que defenderé es que a pesar de lo que se pueda decir antes de zambullirse, hay una inevitable irrepresentabilidad del pueblo en el discurso legal, o, dicho de otro modo, toda representación legal violenta al “pueblo”, sin importar que tan ampliamente entendamos la representación. Y a pesar de eso, subsiste en el momento de representación una fascinante -ingeniosa así como sorprendente- suspensión de la paradoja; una que nos permite, como diría Luhmann, vivir con ella.

---

<sup>17</sup> Lyotard (1984) 64.

## II. “WE THE PEOPLE”

Si hay un teórico que es cercano a Jefferson en su preocupación con la injusticia de que “solo una generación hubiera de tener el poder ‘de comenzar el mundo nuevamente’”, ese es Bruce Ackerman. Su teoría de “momentos constitucionales” es una que extiende el acto “fundacional” por todo el ámbito del pasado y futuro constitucional de los Estados Unidos<sup>18</sup>. Como el “acto fundacional” de Arendt, un “momento constitucional” alimenta una ambigüedad: son momentos de razón constitucional pero también en los que la voluntad democrática se vuelve a arraigar a sí misma en la razón constitucional, recuperando desde adentro de la constitución los recursos para expresarse como *pouvoir constituant*, como acto fundacional. Los momentos constitucionales son aquellos en los que la voluntad se abre paso, pero en que de todas formas la razón sirve como vehículo y garante. Intrigantemente, estos son momentos de re-afirmación de una identidad; son momentos que permiten al ciudadano experimentar y realizar su identidad como “*We the People*”.

Exploraré la síntesis del republicanismo cívico (y sus mayores exponentes, Ackerman, Michelman, y Sunstein) solo brevemente, en parte porque el argumento es uno familiar y en parte porque puesto que estoy en una misión me concentraré solo en lo que nos concierne directamente, esto es la articulación del derecho (razón constitucional), la política (voluntad) y la identidad de “el pueblo”. Para los republicanos, el constitucionalismo es (rígidamente) acerca de auto-determinación y soberanía, y autoriza el proceso por el cual la voluntad soberana es formada. Su compromiso es, en palabras de Michelman, con la política “jurisgenerativa”<sup>19</sup>, una política que toma su inspiración y gana su influencia del derecho.

---

<sup>18</sup> Véase en particular Ackerman (1984) y Ackerman (1991).

<sup>19</sup> Michelman (1988) 1508.

Hay, para resumir drásticamente, dos etapas en su argumento central. La primera etapa tiene a los republicanos discutiendo en contra de la visión de la relación entre derecho, política e identidad a la que ellos se oponen. Más precisamente, la visión a la que ellos se oponen no puede sostener de ninguna manera la visión que ellos prefieren de esa relación. Lo que debe ser resistido, dicen los republicanos, es el entendimiento pluralista de la política como un proceso de negociación en el cual los intereses compiten por reconocimiento y superioridad. Según los republicanos, el pluralista ve la esfera pública como mercado político que funciona según las líneas de la economía de mercado. Aquí, las preferencias individuales e intereses buscan un mecanismo para acomodar mejor su competencia. Los grupos no son nada sino formas organizacionales mediante las cuales los individuos persiguen sus intereses individuales de manera más efectiva. Lo que gana la competencia es percibido como algo que se aproxima al interés público, y la lógica de mercado que sustenta el proceso político como algo que garantiza la capacidad de auto-corrección de la democracia. A lo que los republicanos más se oponen es a esta concepción del actor político proyectado desde la lógica del *homo economicus*, que niega toda posibilidad de concebir un interés público objetivo que trascienda el interés individual y grupal. Los republicanos son muy escépticos del compromiso del pluralista con la soberanía de las asociaciones y su superioridad sobre la soberanía del estado, porque esto erosionaría el rol fundamentalmente integrativo del proceso democrático deliberativo y la producción de normas públicas autoritativas. Su importante hipótesis organizacional es que la membresía a la comunidad política no es un medio para un fin, la persecución de una elección partisana. Por el contrario, es en el proceso mismo de participación como en su propio fin que las perspectivas se acoplan unas con otras y toman forma las concepciones de un *bien* que es *común*.

Pero si la política es la arena en la que comunidades luchan por auto-determinarse, la constitución, aseguran los republicanos, aloja al proceso político. En este contexto la refutación republicana al pluralismo es una refutación al malentendido de que el derecho es externo a la política y a la comunidad. La constitución es malinterpretada como un mecanismo de frenos y contrapesos (*checks and balances*) para –pero externo a– el proceso de

negociación que es la política. En cambio, la teoría republicana afirma que la constitución provee la posibilidad de la política y la substanciación de la comunidad. La conexión legal-institucional es la significativa: lo que caracteriza a la tesis republicana es la centralidad del derecho tanto para la política como para modelar la identidad colectiva.

¿Cómo llegan los republicanos a la creencia de que la constitución sustenta la política de la comunidad? La respuesta que ellos dan es que la constitución *contiene* la práctica deliberativa de una comunidad, el diálogo de todo acerca de todo. Acá está la doble articulación que nos interesa. Primero, la de derecho y política, porque mediante la participación en la práctica del diálogo deliberativo, los ciudadanos se involucran en política. Durante el intercambio comunicativo los principios que guían la vida pública son moldeados. Segundo, la de derecho e identidad, porque la participación en el ámbito público a su vez retroalimenta de una manera que invoca al individuo como actor político. La entrada a la esfera pública mediante ciudadanía -la capacidad legalmente sustentada de participar en el diálogo político- media a la asunción de la identidad política<sup>20</sup>. Y los republicanos pueden ahora celebrar finalmente el haber establecido una conexión entre el *yo* integrado, en que la forma de esa integración es la participación en el diálogo que al mismo tiempo constituye el ámbito de la *política* y substancia a la *comunidad*, y el *derecho* como habilitador del diálogo en el foro constitucional<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Michelman (1988) apoya un fuerte comunitarismo cuando argumenta a favor del valor *intrínseco* de la ciudadanía porque “uno mismo es constituido por, o llega a conocerse a sí mismo mediante, ese compromiso” (1512-1513).

<sup>21</sup> Aunque todos los republicanos comparten la premisa básica de la interrelación que he descrito entre el yo, la comunidad, la política y el derecho, ellos están en desacuerdo acerca de dónde y cómo se ubica el “hogar” constitucional de la práctica deliberativa. Sus diferencias surgen acerca de la pregunta por la salida legal hacia lo político. Así Michelman y Dworkin designan a las cortes como el más apropiado foro para la práctica deliberativa y Sunstein al congreso, mientras que Ackermann busca ubicar su política republicana en la

---

No cabe duda que estas son síntesis ambiciosas, pero ¡cuán insatisfactorias son las soluciones institucionales! En Michelman, al menos en su *Law's republic*, no tenemos una conexión institucional sino que una evasión institucional: su recomendación para la participación mediante el derecho descansa o en una apelación dworkiniana de participación virtual en la argumentación judicial o en el colapso de la naturaleza institucional del derecho en discurso público en general: un precipitado paso entre argumentos legales y discurso público le permite afirmar que “entendimientos que son polémicos y moldeados en encuentros diarios y transacciones de la sociedad civil en general son *por supuesto* dirigidos a nuestras arenas representativas”<sup>22</sup>. Al colapsar el derecho en “las contiendas normativas continuas del pueblo”, y al hacer al discurso legal sinónimo de diálogo en contextos espontáneos y foros no oficiales, Michelman ha confortablemente evadido la pregunta institucional y la específica naturaleza de la forma institucional. Ha asimilado razón con voluntad; la ha sepultado al presuponerla en ese “por supuesto”. Este es un vuelo desde la lógica de las instituciones y la violencia que esta lógica trae precisamente hacia a esas “voces” de las que se habría dado cuenta según insisten los republicanos. La unión de Ackerman de política y derecho en un “momento constitucional” lo deja vulnerable a la afirmación empírica de que no ha habido nada de esto. Su más convincente identificación de instancias centrales es todavía poco satisfactoria. El momento fundacional de la política constitucional de los Estados Unidos, la convención de Philadelphia, es un momento político, sin duda, pero es un momento de derecho solo *a posteriori*. En términos legales es un momento de interrupción: interrumpe el derecho establecido

---

movilización “constitucional” de la ciudadanía en general. La disparidad inicial entre teóricos, entre soluciones institucionales de elite y populistas, ha dado lugar, más recientemente, a cierta convergencia. Pero el problema de designar la apropiada salida constitucional hacia el diálogo político permanece siendo el asunto que más pronunciadamente divide a los republicanos.

<sup>22</sup> Michelman (1988) 1531 (énfasis agregado).

para fundar otro, sí, pero el momento de suspensión es un momento de no-derecho. Es lo que Derrida llama un momento aterrador: “uno que es en sí mismo y en su misma violencia ininterpretable”<sup>23</sup>. El acto fundacional es un acto político, su naturaleza legal llega en forma de una racionalización *ex post*, y entonces su “simultaneidad” -tan importante para un momento constitucional- es solo resultado (como lo explicaré) de un circuito temporal, una proyección *a posteriori*. El segundo momento de Ackerman de fructífera “convergencia” de política (el movimiento de derechos civiles) y derecho (los casos de segregación)<sup>24</sup> requiere que suspendamos la incredulidad y que permitamos que el momento constitucional ha precedido el movimiento popular que se supone que lo ha iniciado. Finalmente, Cass Sunstein casa al involucramiento político y al derecho bajo condición de que lo que es debatido y decidido en nuestras instituciones representativas deje de servir a “preferencias desnudas”<sup>25</sup> -que resucitarían los problemas del mercado político- y se convierta en una argumentación cívica virtuosa que considere otras cosas. Esto es problemático en todo sentido. Como exaltación moral no es convincente. Pero más interesante aun, refuta la representación: si nuestras sociedades son unas de preferencias desnudas, entonces afirmar que nuestras instituciones representativas deberían perseguir una política de virtud cívica implica convertirlas en no representativas. Obviamente hay mucho que decir acerca de educación cívica, pero la representación no puede ser corrección, solo puede reclamar representar legítimamente lo que *hay*, no lo que *debería haber*.

---

<sup>23</sup> Derrida (1992) 35.

<sup>24</sup> El análisis de Ackerman acá es de *Brown v Board of Education* 347 US 483 (1954).

<sup>25</sup> Sunstein (1986).



### III. LA OBJECCIÓN DEL LÍMITE: LA FALACIA DE LA MUTUA HABILITACIÓN

La objeción del límite es una objeción a la conmensurabilidad que permite la subordinación de la política al derecho. La paradoja necesita ser vista como lo que es: una aporía de soberanía. La reflexividad que es constitutiva de la democracia (la reflexividad que no puede ser comprometida en nombre de una verdadera representación y de dar voz a la voluntad política) tropieza en la finitud de la representación del derecho. Politizar significa afirmar que, también, hay otras opciones. Que pueden haber otras explicaciones; la política invita a actores a debatir el *teli* dado, las representaciones, los símbolos, las relaciones, los *links* causales y las necesidades dadas, y la política debe ser capaz de representarlos en *esa* empresa. En una palabra, la política nos invita a debatir la determinación al meta-nivel de lo que cuenta como *telos*, función y causalidad para propósitos de representación. En ello, cada determinación es por siempre pospuesta, cada *link* causal es identificado y cada constelación de significado es por siempre debatible, ninguna representación jamás agota lo representado. La política es impulsada por la contingencia de las determinaciones, y la rendición ante la incerteza que ello entraña. Para el derecho, esa misma rendición es debilitante.

Y es precisamente porque es debilitante que el derecho es empujado por la necesidad de reducir la contingencia de manera radical. La institucionalización importa una “mundana suerte de violencia” para ello. No todo puede ser debatido, no todo encuentra espacio en las categorías legales, el ámbito de todo lo que puede ser debatido es determinado por categorías institucionales que determinan el quién, el cómo y el cuándo de la política “legal”. Las teorías institucionales de derecho dan cuenta de la institucionalización mediante complejos de reglas “institutivas”, “consecuenciales” y “terminativas” que delimitan el ámbito de los hechos

institucionales<sup>26</sup>. Los teóricos de sistemas mapean el mundo del derecho -el ámbito de “complejidad reducida”- argumentando que los significados legales están circunscritos por líneas “temporales”, “sociales” y “substantivas”. No daré más cuenta de ello acá, solo presentaré en algunas proposiciones las limitaciones de las representaciones del derecho.

Cuando Niklas Luhmann describe el derecho como un “logro de reducción”, él quiere decir que las reglas institutivas que mapean y contienen el mundo del significado legal posibilitan una forma de comunicación que de otra forma sería imposible. Las “reducciones” que yo previamente mencioné como formas de violencia mundana puesto que excluyen ciertos significados del discurso legal son, por supuesto, en un sentido grandes facilitaciones: el derecho permite que los conflictos sean disciplinados en el sentido de posibilitar la identificación de los límites para los conflictos. Esta es condición mínima para que cualquier conflicto sea disputado racionalmente, ni hablar de solucionarlo<sup>27</sup>. El derecho es importante porque hace posible presentar conflictos como susceptibles de ser resueltos y nos da normas y procedimientos para hacer eso. Después de todo, como dijeron los romanos, *lites finire oportet*. Los teóricos del discurso son los primeros en defender la necesidad de una aparente coerción en este punto: “derecho legítimo es compatible con una forma de coerción legal que no destruye los motivos racionales para obedecer la ley”<sup>28</sup>. (Por supuesto, el derecho legítimo consiste en “esas normas que virtualmente todos los involucrados aceptarían como participantes en una discusión racional”<sup>29</sup>).

---

<sup>26</sup> MacCormick (1974).

<sup>27</sup> En literatura sociológica, yendo de vuelta a Parsons, lo que el sistema legal posibilita es la reducción de la “doble contingencia”, que es potencial desacuerdo sobre el contexto de desacuerdo que impediría cualquier forma significativa de referirse a él.

<sup>28</sup> Habermas (1996) 121 (énfasis agregado).

<sup>29</sup> Habermas (1996) 138.

Pero por supuesto que cada aspecto del logro institucional lleva consigo un serio costo en reflexividad y por ello, en la forma en que los he unido internamente, en política. El derecho como logro de reducción representa solo selectivamente, y permite el conflicto solo selectivamente, al establecer los límites del disenso válido, el *cuándo* y el *cómo* del posible conflicto. En el proceso, no solo mucho es representado sino que mucho es también apropiado, ya que para que los *conflictos políticos* sean representados ellos son forzados a cumplir con el criterio *legal* de relevancia. Si la razón constitucional ha de contener la voluntad política y representar un cuerpo político soberano, si ha de ser vehículo y garante del proceso público deliberativo, debe ser huésped de la entrada y la participación del pueblo en la vida pública y garantizar que sus voces disidentes sean escuchadas. Debe ser capaz de dar voz a los conflictos acerca de los términos de la vida social - la expresión de nuestros desacuerdos, inconvenientes y enojos. Si falla en hacer eso al permitir que solo cierto tipo de conflicto sea registrado, no está conteniendo la voluntad política sino que en cambio la está privilegiadamente seleccionando y suprimiendo. Y si ese es el caso, entonces nuestra democracia legal es prejuiciosa y sorda a genuinas aspiraciones expresadas en la sociedad civil -aspiraciones que son manifestadas en el conflicto político pero no en la argumentación legal<sup>30</sup>.

Por supuesto que las disputas deben terminar, pero esto es un *sine qua non* para el derecho; para la política es solo una aspiración. “Consenso” de algún tipo es requerido solo para el derecho -esto es, en vista de la función del derecho de crear orden y estabilizar expectativas. Acá alcanzar decisiones e incluso hacerlas cumplir puede aparecer legítimo, aun cuando teóricos del discurso han tenido problemas justificando la violencia en este contexto. Por ejemplo la *Sonderfallthese* de Robert Alexy le permite ofrecer una justificación, apenas, en estos términos: por supuesto, como las afirmaciones

---

<sup>30</sup> He desarrollado este argumento en Christodoulidis (1998) cap. 11-14.

prácticas, las afirmaciones legales también hacen un reclamo de corrección, *aunque* (dada la naturaleza del derecho) dentro de los constreñimientos del orden legal prevaleciente en vez de en términos absolutos. Pero como sea que se justifique, hay un déficit crucial acá que no puede ser redimido. El imperativo decisionista del derecho, un *sine qua non* del derecho, es una abrupta reducción del proceso de reflexión y diálogo libre. Decir que *suficiente* tiempo debe permitirse para tomar una decisión *suficientemente racional* o queda debiendo un criterio de “suficiencia” o (si es honesto con sigo mismo) debe mantener infinitamente abierta la determinación de lo “suficiente”, o lleva a una *petitio principii* (aquellos que determinan que es suficientemente racional establecer el límite en un punto particular). En cualquier caso, la reflexividad del proceso es severamente socavada por el derecho, que no solo impone severas restricciones a la aceptabilidad de razones en el derecho (véase el anterior argumento sobre reducciones) sino que también *debe* alcanzar decisiones. Y entonces las discusiones sobre cualquier asunto son finitas, porque el derecho está sujeto al constreñimiento de una decisión final. El juicio no puede retrasarse, escribió Derrida<sup>31</sup>. En lugar de representar simplemente una laguna temporal entre el ideal de justicia y el pragmatismo del derecho, esto apunta a una “aporía” de juicio. Para los propósitos presentes la aporía socava las aspiraciones del derecho de ser reflexivo, socava una completa apertura al futuro, una inmanente disruptividad que puede acomodar la reflexividad.

Esto es, el derecho no puede contener y dar voz a nuestros esfuerzos por tener las comunidades que queremos y a nuestras aspiraciones por ser el pueblo que queremos<sup>32</sup>. Los acuerdos constitucionales, que buscan proveer simplemente los principios organizativos dentro de los cuales la autodeterminación societal sería elaborada, simultáneamente facilitan y

---

<sup>31</sup> Derrida (1992) 26-27.

<sup>32</sup> La alusión es a Dworkin (1986), frases de apertura y clausura.

frustran lo político. El proceso constitucional *sí* permite deliberación constitucional y autodeterminación *pero* en una forma significativamente limitante y limitada; ellos simultáneamente prestan residencia y opacidad a lo que permanece incambiable. Si hay una forma de encapsular la afirmación que hago contra la subordinación de política al derecho, es esta: Qué es político es una pregunta política; qué constituye una comunidad política un “nosotros” político, es una pregunta que la comunidad debe responder<sup>33</sup>. El proceso es dinámico y cíclico: el concepto no puede ser inmovilizado de entrada.

¿Qué queda? Me parece que hay dos opciones, ninguna de las cuales sirve para quien defiende la mutua habilitación -incluso mutua constitución- de derecho y política, razón y voluntad, y con ello la representación del pueblo en el derecho constitucional. Una es aceptar como política las posibilidades que el derecho nos ofrece para re-negociar el “bien común” y al mismo tiempo aceptar que hay cosas que no pueden ser negociadas (porque ellas no se prestan para categorías conmensurables), que hay quienes no tomarán parte en el proceso de negociación (porque se han posicionado a sí mismos fuera de la ley o nunca fueron en primer término incluidos en la ciudadanía) y que hay espacios de tiempo bien definitivos para negociar resultados. Después de todo, ¿quién sabe de un sistema legal cuyas reglas institutivas se resistan a determinar circunscripciones, procedimientos amarrados a un espacio de tiempo y participantes? Por supuesto, algo de esto puede ser disputado en cualquier momento con la ayuda del derecho, *en* derecho, y es aquí que las aspiraciones reformistas de los académicos del análisis crítico del derecho se encuentran con aquellos teóricos de los nuevos movimientos sociales que impulsan la empresa de *Grenzenkonflikten* (Habermas) o que desafían la determinación de los *verdaderos* objetos, sujetos y delimitaciones

---

<sup>33</sup> No estoy sugiriendo ninguna fórmula general para la comunidad; mi argumento gira en torno al “compartir” y permite que el “qué” sea designado reflexivamente por aquellos entre quienes el compartirlo parece significativo y adecuado a su sentido de unidad.

discursivas (Butler, Davis). Pero los reformistas pagan el precio de una complicidad con la institución que buscan cambiar, al apoyar algunas bases institucionales, aun cuando solo sea para lograr que la postura crítica resuene en el campo institucional<sup>34</sup>.

Alternativamente podemos fundar nuestra identidad en la política, en el acto de suspender determinaciones que nos atan, en atacar el cierre del derecho, en resistir la finitud de la representación del derecho, y vernos a nosotros mismos como revolucionarios. La soberanía entonces no está acotada, la razón constitucional ha fallado frente a una apertura radical al futuro, y todo se hace contingente, porque está ligada solo a *loi révolutionnaire* (de Condorcet) que no es ningún derecho sino simplemente el deseo soberano de cambio.

#### IV. HACIA UNA RECONSTRUCCIÓN

##### 1. Constitucionalismo como logro evolutivo

Volviendo a las revoluciones americana y francesa<sup>35</sup>, Niklas Luhmann rastrea la innovación conceptual del constitucionalismo: un texto legal primero fija los términos de una constitución política y con ello ocurre “el establecimiento legal de un orden político [mediante el cual] uno ve el orden político como uno legal”<sup>36</sup>. Para Luhmann, el constitucionalismo es una reacción a la diferenciación funcional de un sistema político y uno legal que ya no podían ser identificados el uno con el otro, subsumido uno en otro o incorporado en alguna jerarquía bajo un derecho global natural a gobernar. Este es el momento del derecho positivo. Él tiene poco tiempo para ese “innecesario” e “improbable constructo”, que es la hipotética *Grundnorm* de

---

<sup>34</sup> He explorado esto en Christodoulidis (1996).

<sup>35</sup> Esta sección toma de Luhmann (1990). Las traducciones son propias, con disculpas por infelicidades de estilo.

<sup>36</sup> Luhmann (1990) 178.

Kelsen. Para Luhmann, la positividad del derecho entraña circularidad y la tautología de que el derecho es lo que el derecho es. Esta tautología es “explotada” por el derecho mismo para crear apertura cognitiva, y así sensibilidad ante un mundo cambiante, precisamente sobre esa clausura normativa que le sustenta *en tanto* positividad, garantizando su independencia de toda instancia “superregulativa” como la moral, la razón o la naturaleza.

En el contexto de la función del derecho, Luhmann explora específicamente la función de la constitución, este muy “tautológico” texto. Mirándolo históricamente, Luhmann comenta cuan destacable es que como resultado de una revolución política haya sido impuesta una restricción legal en el poder de todos los órganos del estado así como sobre la omnipotencia del parlamento. La prioridad de la constitución por sobre cualquier otra ley, su posición especial, significó que la constitución ahora se puso a sí misma en posición de medir la legalidad o ilegalidad de todas las leyes. Para Luhmann esto significó que la totalidad del derecho entró en un estado de contingencia con la distinción legal/ilegal aplicada a sí mismo. Y aunque la unidad del sistema podría tal vez seguir siendo definida territorialmente, ello no podía seguir siendo en base de la antigua fórmula sino que solo como una diferencia entre gobernante y gobernado, que, bajo condiciones democráticas, rompe la tautología “Yo decido lo que yo decido” con la paradoja democrática que sustenta todo lo que hemos estado discutiendo: “Yo decido y estoy atado por lo que decido”, una fórmula que mantiene unido, en un balance improbable, lo legal y lo político. Para Luhmann, es esta diferencia lo que forma el proceso específicamente político de toma de decisiones que reclama soberanía para sí mismo.

En todo esto ha habido, afirma Luhmann, un movimiento de perspectivas temporales<sup>37</sup>. La arrolladora orientación hacia el pasado que caracterizaba a la sociedad pre-moderna, es desplazada por una nueva apertura hacia el

---

<sup>37</sup> Luhmann (1990) 192.

futuro hecha posible en el nuevo orden constitucional. Apertura hacia el futuro significa que el derecho prevé su propia posibilidad de cambio y la regula posicionándose a sí mismo antes del influjo político y ubicando a todo el derecho bajo escrutinio constitucional. Lo que es destacable en estos nuevos desarrollos es que el pasado es relevado de su función como horizonte de legitimación; el imaginario social, más generalmente, es reorientado hacia el futuro. En la terminología de Luhmann,

“[...]el futuro ahora actúa como el espacio donde la unidad de la auto-referencia y otra-referencia serán (en el presente) renovadas en derecho [...] Y esto es logrado precisamente mediante el acoplamiento estructural del sistema legal y político [...] También debe ser destacado: la Constitución [para este propósito] usa términos como “el pueblo” [etc.] y se refiere así a la política [...] [Estas] referencias a la política establecen el acoplamiento estructural [haciendo posible] para el derecho reducir conceptos a un contenido judicializable”<sup>38</sup>.

“A través de una descripción externa del sistema legal el mismo hecho es diferenciadamente captado. Todas las diferencias legalmente específicas requieren al sistema que las opera como Operado, como ‘Diferenciador/Referenciador’ [*als Operator, las Unterschiede*] [...] El concepto de acoplamiento estructural describe las condiciones socialmente necesarias para la Diferenciación. Esto es todo lo que significa decir que la auto-referencia siempre permanece incompleta”<sup>39</sup>.

“Permanecería incompleta” si no fuera por su capacidad de llegar afuera hasta el ambiente, en este caso la política, que le provee la ocasión para la apertura. En todo esto, “la Constitución constituye y al mismo tiempo hace invisible el acople social de derecho y política”. Su logro es tanto una habilitación como un bloqueo. Habilita al derecho a alcanzar la política y

---

<sup>38</sup> Luhmann (1990) 193.

<sup>39</sup> Luhmann (1990) 193.



establece, por si misma, que le está dando al pueblo un medio de expresión de su voluntad soberana. También puede, lo que es importante para lo que sostendré en la sección final, re-orientar al derecho hacia el futuro tocando el “aún-no” de la política, su apertura al futuro, y resistir la clausura que sofocaría la política. Al “hacer invisible” el acople que posibilita, protege el orden constitucional de su propia fundacional, asfixiante paradoja; hace tolerable la paradoja de la inconmensurable lógica que se acopla a su alrededor, capturada en esa improbable fórmula del desatado poder de auto-restricción. Esa, después de todo, es la misma paradoja con la que comenzamos, la de reconciliar el auto-gobierno y el gobierno por el derecho, que anima y amenaza a la representación democrática. Hemos recorrido un largo camino. Pero ahora, con Luhmann, vemos la dimensión positiva, la dimensión que “da vida”. La paradoja constitucional, “desplegada”, viene a sustentar toda posibilidad constitucional. En el procesos de intentar reconciliarse ambos con ella, tanto el sistema político como el legal pueden “verse” a ellos mismos representados en el concepto -”su” auto-descripción como estado constitucional democrático.

Los puntos principales que tomo de este análisis son (i) cómo esta auto-descripción de un estado constitucional es hecha posible en el acople de derecho y política a pesar del hecho de que ellos no pueden sino permanecer externos el uno al otro; (ii) cómo en esta auto-descripción el acoplamiento se hace posible porque la auto-referencia de ambos sistemas (y así su inhabilidad de prestarse ambos a una síntesis conmensurada) se hace invisible; y (iii) cómo la pregunta por el tiempo es central a esta oculta paradoja del constitucionalismo. Diré más sobre (iii) en la próxima sección.

Como nota final a esta discusión sobre Luhmann, debería mencionar que todo viene con necesidad de cautela. Puesto que la política es interminablemente confrontada con problemas que ya no pueden ser referidos a preguntas sobre soberanía, y puesto que el derecho ya no es predominantemente acerca de la regulación de conflictos, sino que se encuentra cada vez más orientado a la producción y programación de resultados específicos, “tal vez”, él dice, “estamos engañados en nuestra fascinación por la Constitución y el reconocimiento de su valor, la

introducción de una instancia jerárquica final garantizada [*Hochinstanz*] y el uso diario de ella, [...] acerca de cuán avanzados estamos en un camino que ya largamente ha dejado atrás estos cimientos”<sup>40</sup>.

## 2. La aporía de una constitución “fundacional”

El momento constitucional, como fue mencionado antes, vino con un cambio en nuestra conceptualización del tiempo. Involucró un desplazamiento de perspectivas temporales recibidas, en otras palabras, el lugar desde el cual nosotros podemos ver el futuro. El cambio involucró un movimiento alejándose de la tradición, que nos daba una perspectiva temporal en la que el pasado arrolla al futuro, y en la que el cambio es una mutación que debe ser contrarrestada hacia una re-orientación al futuro, pero un futuro que bajo la constitución viene bajo un control significativo. El espacio es ocupado por prioridades en competencia: por un lado, para respetar las aspiraciones de una sociedad moderna que está siempre en el “aún-no”, puesto que su cualidad definitoria es el progreso; para respetar la naturaleza de la democracia como inconclusa y por ello resistir la tentación de tomar el lado de *esta* identidad, *este* bien común. Por el otro lado, está la necesidad de contener (mediante restricción) la radical indeterminación que viene con tal apertura al futuro y así la urgente necesidad de representar aquello que no debe ser representado; el avance hacia el futuro debe ocurrir de forma controlable y ser contenido en instituciones duraderas. El constitucionalismo es el nombre para esa reconciliación que incluso óptimamente debe permanecer ambigua. Y es precisamente esto, nada más, lo que hace insatisfactorias las críticas de la esfera pública en términos solo de degeneración. Aquellos que se han movido en la dirección de hacer del derecho el contenedor y sustituto de la política fracasan en dar cuenta de la inevitable contradicción en el corazón del constitucionalismo, de la

---

<sup>40</sup> Luhmann (1990) 215.

inconmensurabilidad a la que da expresión, de la constructiva mala lectura a la que se acomoda.

Si el constitucionalismo combina derecho y política en la forma sugerida, entonces para la pregunta sobre la identidad también tiene el lado “legal” del constitucionalismo mucho que ofrecer. Lo que el derecho hace es contrarrestar la radical contingencia del conflicto político y al permitir que sea disputado y resuelto como *interno* a lo *constituyente*, remueve toda amenaza política a lo *constituyente*, esto es, a la unidad de la política. Imperativos decisionistas cortan la propensión del conflicto político de auto-perpetuarse al demarcar procedimientos de toma de decisión. También, importantemente, ellos suministran al debate político con un *telos* determinado. El momento constitucional permite una orientación controlada hacia el futuro al controlar el cambio mientras se mantiene el nuevo derecho dentro del ámbito de constitucionalidad. La mutación ya no es una amenaza bajo esta meta-garantía de continuidad y resolubilidad del conflicto.

Podemos apreciar ahora la complejidad de la pregunta por el constitucionalismo y la lógica de su “improbable” proyecto, el contener la paradoja de la soberanía. La identidad del pueblo, la identidad del *demos*, recibe en el derecho una garantía que no puede ser desafiada políticamente. Esto es tanto destacablemente fortalecedor como crucialmente debilitante para los que al desafiar se dan cuenta de que se han ubicado no solo fuera del derecho -como proscritos- sino que fuera de la política y contra la sociedad. Pero la preocupación del constitucionalismo no está con ellos. Ellos son irredimibles en todo sentido que pueda ser entendido<sup>41</sup>. La constitución posibilita establecer la voluntad general mediante la reducción y la abstracción de las complejidades de ese tipo de identidad. Y al calmar esta identidad, incluso posibilita aquel proyecto que de otra forma sería

---

<sup>41</sup> Christodoulidis y Veitch (1997).

imposible, a saber la re-negociación del momento fundacional del *demos*. Tanto así, que incluso una reconfiguración política de ese *demos* se hace posible, como en el ejemplo de la abolición de la esclavitud y la inclusión de los negros americanos en el cuerpo político de los Estados Unidos de América, o la reciente extensión de ciudadanía a más de un millón de turcos en Alemania. En todos estos casos, incluyendo la prueba de la reconfiguración de lo *constituyente*, la unidad del cuerpo político original -la identidad de la unidad- es hecha posible mediante derecho por cuanto lo que es *representado* como voluntad política puede ser *imputado* de vuelta a una entidad cuya voluntad es esa.

He insertado un *a posteriori* acá y mi opinión es que éste se encuentra en el corazón de la paradoja del constitucionalismo. Es en este sentido que el manejo de la paradoja depende de cierta manipulación del tiempo. Ambos, tanto el acto fundacional de una comunidad política como su preservación constitucional son hechos posibles por esta manipulación. Miremos el acto de fundación una última vez para ver el porqué. Derrida dice:

“Todas las situaciones revolucionarias, todos los discursos revolucionarios justifican el recurso a la violencia alegando la fundación, en progreso o a futuro, de un nuevo derecho. Este derecho transformará en legítima, retrospectivamente, la violencia que pueda ofender el sentido de justicia; su futuro anterior desde ya lo justifica. En estas situaciones [...] la categoría gramatical del futuro anterior se parece demasiado a una modificación del presente para describir la violencia en progreso. Consiste en fingir la presencia”<sup>42</sup>.

[El momento revolucionario] este momento de suspenso, este *epoche*, [...] es en el derecho un momento de no-derecho. Este momento siempre tiene lugar y nunca tiene lugar en una presencia. Es el momento en el que el fundamento del

---

<sup>42</sup> Derrida (1992) 35.

derecho se mantiene suspendido en el vacío [...] suspendido por un acto puramente performativo que no tendría que responder a ni ante nadie. El *supuesto* sujeto de esta pura performatividad ya no estaría antes del derecho aún no determinado, un derecho aún por llegar, encore devant et devant venir. Este ser antes del derecho se asemeja a la situación, tanto ordinaria como terrible, de un hombre que no puede llegar a ver el derecho; *porque es trascendente en la misma medida que lo es quien debe encontrarlo, aún por venir, en la violencia*<sup>43</sup>.

Esta es la *fuerza del derecho* en su forma más intrigante, al punto en el cual la soberanía popular entra más plenamente en juego pero permanece como un no-camino, una aporía. Aislemos las partes constituyentes. Una violencia fundacional permanece ininterpretable como tal al momento de su ocurrencia; solo puede ser racionalizada hacia atrás como momento de inauguración de nuevo derecho. Al momento en que ocurre no tiene que responder ante nadie -así desafía las condiciones de validez del derecho. Su interpretación como derecho depende de que dé inicio al derecho, un evento que solo puede ser descrito como tal *a posteriori*, en el sentido de haber inaugurado un sistema que después (!) volverá hacia atrás para considerarlo su evento inaugural. Este es un *loop* temporal, expresado (gramaticalmente) como “futuro anterior”<sup>44</sup>. Pero en tanto ininterpretable en el tiempo presente, al momento de su ocurrencia se mantiene como instancia de pura *thesis*, un posicionamiento de derecho, la “pura performatividad” de Derrida. Derrida se encuentra acá con Luhmann en esta discusión sobre performatividad. En los términos de Luhmann, lo que Derrida describe es una tautología performativa. El derecho es lo que el

---

<sup>43</sup> Derrida (1992) 36 (énfasis agregado).

<sup>44</sup> “Su futuro-anterior desde ya lo justifica”. Una sorprendente tendencia hacia el futuro que por si sola re-leída como pasado (¿Ya que qué más es un futuro anterior?) le permitirá a la tesis presente, un posicionamiento-presente de orden.

derecho es. Y Derrida pasa a preguntar si acaso esta pura tesis, esta tautología, no es la “estructura fenomenal de cierta violencia en el derecho [...] [una tautología] que estructura cualquier fundación del derecho sobre la cual uno performativamente produce las condiciones que garantizan la validez de lo performativo”<sup>45</sup>. La auto-validación respalda solo la tesis. Antes, él había dicho: “Ningún discurso justificativo puede asegurar el rol del meta-lenguaje en relación con la performatividad del lenguaje instituido”<sup>46</sup>. Es acá, para Derrida, que “los discursos llegan a su límite [...] Acá se erige el silencio en la violenta estructura del acto fundacional”<sup>47</sup>. Y es, por su puesto, para Derrida, la deconstrucción lo que romperá el silencio empujando esos límites hasta el punto donde el discurso va a reanudar su curso sobre esta última fundación que es en sí misma desplegada, deconstrucción acá entendida como política, como resistencia a un silencio que se erige a sí mismo en institucional.

Pero esto nos va a llevar en una dirección que está más allá de la paradoja de la soberanía y ahí queda tanto más por decir acerca de la tautología performativa, del acto de auto-institución legal, paradójico y no interpretado al momento de su ocurrencia. No es tan exagerado afirmar que es en responder a esta necesidad de interpretación que Hans Kelsen introduce la *Grundnorm* como validación hipotética de un acto fundacional que no podría ser interpretado como tal, o en la teoría de Kelsen, que no podía afirmar su significado objetivo (legal) para sí mismo sino que permanecía como acto político. La *Grundnorm* de Kelsen hace el trabajo de mantener en la legalidad el momento fundacional del derecho: su hipótesis es un *a priori* -un como-si-que difumina la paradoja temporal que el acto supremo legal de fundar una constitución no puede (en ese momento) ser atribuido a un cuerpo que sea

---

<sup>45</sup> Derrida (1992) 33.

<sup>46</sup> Derrida (1992)13.

<sup>47</sup> Derrida (1992) 14.

capaz de crear derecho. El esquema de interpretación que habría permitido este significado objetivo *como* derecho ni siquiera está aún en su lugar. Este es un problema crucial y Derrida ya no nos puede ayudar acá. Solo nos llevaría por mal camino. Su “eventividad de” *ese* “evento”, el fundamento, que de manera menos confusa podríamos llamar la individuación de ese evento, solo puede ser hecho significativo dentro de un esquema de interpretación. En su ocurrencia la pura performatividad es ininterpretable y *contra* Derrida “esta ignorancia” *no puede* ser llamada “su presencia o eventividad” ya que la *ignorancia no destaca eventos en el mundo*, eventos que como tales permanecen no-individuados, con su ontología subdeterminada.

Pero hay algo más en el extracto de Derrida para nuestra discusión del sujeto “representado” de la soberanía popular, el elusivo *demos*. ¿Por qué Derrida lo llama el “supuesto” sujeto del acto puramente performativo? Porque antes que el acto sea inaugurado como fundacional, en ese momento de suspenso, no hay un sujeto “adecuado” de ningún acto adecuado que podamos llamar por un nombre; no hay fundamento y así tampoco “Padres Fundadores”. Este es también el problema de Lefort, de ¿cómo un *demos* “*se mettre en scène*”?<sup>48</sup>. Volviendo a Kelsen, y por supuesto a Kant antes de él, para una *Teoría Pura del Derecho* no puede haber “pueblo” antes de que se le impute una voluntad a ellos. Esto es más que una pregunta acerca del retraso de la caracterización mientras dura el tiempo en que está el riesgo de que no sean fundadores, sino que proscritos. Es una pregunta epistemológica de siquiera adscribir estatus de sujeto a un acto-por-venir. Y por supuesto, acá está el acto que posiciona su sujeto, está el acto que constituye a su sujeto como pueblo soberano involucrado en el acto fundacional. Toda la pregunta de la representación es así lanzada en el caos *ab initio*. La doble, simultánea negociación de personalidad y eventividad es paralizante. El derecho “ante el cual y antes del cual [sujeto y objeto de

---

<sup>48</sup> En esto, véase en Roermund (1996).

derecho] el hombre se mantiene firme” (Derrida)<sup>49</sup> *no puede* cumplir su función de posicionar al “hombre”, porque es trascendente. Al momento de fundar, todo es actual en esa doble negociación, y nada puede sujetar el proceso de una forma que permita dar cuenta de él. Es esta complejidad la que crea la estructura aporética en el corazón del principio de soberanía popular.

Como toda aporía, la de la soberanía es un no-camino, y las soluciones a ella son tanto necesarias como ineluctables. El dualismo que el constitucionalismo combina no es ni una distinción absoluta entre conceptos irreconciliables, ni una “coyuntura” por la cual el concepto global reconcilia e integra el antagonismo dentro de sí. El poder político *debe* presentarse como condicionado -como dando expresión al orden constitucional. El máximo poder dentro de la comunidad es así soberano solo bajo condición de que no lo es; *porque* lo es a condición de que sus acciones sean válidas; *porque* lo es imputado a la constitución que establece las condiciones por las cuales la voluntad soberana puede expresarse *como* soberana. Derecho y democracia son reconciliadas solo por la vía de suprimir una paradoja. ¿Necesitamos repetir, entonces, en contra de todos los que proclaman el regreso de la política en el derecho, que la política constitucional es una política comprometida, en la misma medida que el discurso legal es una instancia comprometida de discurso práctico? Y que, para volver a Pierre Rosanvallon con quien comenzamos, el pueblo permanece *introuvable*, su ausencia acechando a la representación democrática.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ackerman, B. (1991) *We the People: Foundations*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

---

<sup>49</sup> Derrida (1992) 36, refiriéndose a Kafka.



- Ackerman, B. (1985) "Beyond Carolene Products" en *Harvard Law Review* 98(4): 713-746.
- Ackerman, B. (1984) "The Storrs Lectures: Discovering the Constitution" en *The Yale Law Journal* 93: 1013-1072.
- Agamben, G. (1998) *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*. Stanford: Stanford University Press.
- Arendt, H. (1963) *On Revolution*. New York: Viking Press.
- Bickel, A. M. (1962) *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill.
- Christodoulidis, E. (1998) *Law and Reflexive Politics*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- Christodoulidis, E. (1996) "The Inertia of Institutional Imagination: A Reply to Roberto Unger" en *The Modern Law Review* 59(3): 377-397.
- Christodoulidis, E. y S. Veitch (1997) "The Ignominy of Unredeemed Politics: Revolutionary Speech as 'differend'" en *International Journal for the Semiotics of Law* 10(2): 141-157.
- Derrida, J. (1992) "Force of law: The 'mystical foundation of authority'" en D. Cornell, M. Rosenfeld y D. G. Carlson (Eds.) *Deconstruction and the Possibility of Justice*. New York: Routledge, 3-67.
- Dworkin, R. (1986) *Law's Empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Ely, J. H. (1981) *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Ely, J. H. (1978) "Toward a Representation-reinforcing Mode of Judicial Review" en *Maryland Law Review* 37(3): 451-487.
- Habermas, J. (1996) *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge, MA: The MIT Press.
- Kant, I. (1965) *The Metaphysical Elements of Justice*. New York: Library of Liberal Arts.
- Korsgaard, C. M. (1997) "Taking the law into our hands: Kant on the right to revolution" en A. Reath, B. Herman y C. M. Korsgaard. *Reclaiming the history of Ethics: Essays for John Rawls*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 297-328.

- Kramer, M. H. (1995) *Critical Legal Theory and the Challenge of Feminism: A Philosophical Reconciliation*. Landham, MD: Rowman & Littlefield Publishers.
- Luhmann, N. (1990) "Verfassung als evolutionäre Errungenschaft" en *Rechtshistorisches Journal* 9: 176-220.
- Luhmann, N. (1988) "The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History" en *Journal of Law and Society* 15(2): 153-165.
- Liotard, J. (1984) *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- MacCormick, N. (1993) "Constitutionalism and democracy" en R. Bellamy (Ed.) *Theories and Concepts of Politics: An Introduction*. Manchester: Manchester University Press, 124-147.
- MacCormick, N. (1974) "Law as institutional fact" en *Law Quarterly Review* 90: 102-129.
- Michelman, F. (1988) "Law's Republic" en *The Yale Law Journal* 97(8): 1493-1537.
- Roermund, B. (1996) "The concept of representation in parliamentary democracy" en *Current Legal Theory* 14(1): 31-52.
- Rosanvallon, P. (1998) *Le Peuple introuvable: Histoire de la représentation démocratique en France*. Paris: Gallimard.
- Sunstein, C. R. (1986) "Legal Interference with Private Preferences" en *University of Chicago Law Review* 53(4): 1129-1174.