

2011

Constituciones Duraderas – Una Crítica Democrática (Enduring Constitutions – A Democratic Critique)

Allan C. Hutchinson

Osgoode Hall Law School of York University, ahutchinson@osgoode.yorku.ca

Joel Colon-Rios

Victoria University of Wellington - Faculty of Law

Follow this and additional works at: http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/scholarly_works



Part of the [Constitutional Law Commons](#), and the [Law and Politics Commons](#)



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-Noncommercial-No Derivative Works 4.0 License](#).

Recommended Citation

Hutchinson, Allan and Joel Colon-Rios. "Constituciones Duraderas – Una Crítica Democrática (Enduring Constitutions – A Democratic Critique)." *Anuario de Derecho Público*, no.1, 2011, pp. 437-460.

This Article is brought to you for free and open access by the Faculty Scholarship at Osgoode Digital Commons. It has been accepted for inclusion in Articles & Book Chapters by an authorized administrator of Osgoode Digital Commons.

CONSTITUCIONES DURADERAS – UNA CRÍTICA DEMOCRÁTICA

Allan C. Hutchinson y Joel Colon-Rios

Resumen

La relación entre democracia y constituciones es larga y turbulenta. La tendencia de los que se inclinan hacia el lado constitucionalista ha sido la de percibir a la democracia como una amenaza al orden político y a la preservación de ciertos valores considerados importantes, mientras que los que adoptan una postura democrática, más que cualquier otra cosa, tienden a tratar a las constituciones como un obstáculo a la participación popular. En este trabajo, vamos a darle a la teoría constitucionalista un análisis teórico y político más amplio. A modo de explicación, vamos a considerar las posibilidades y problemas de poner en práctica una postura anti-constitucionalista; la experiencia reciente del estado de California en los Estados Unidos de Norteamérica provee un terreno fértil para examinar estas ideas. En resumen, desde una postura democrática, el desafío para la ciudadanía no es tanto el definir los valores que una constitución debe contener sino, el hecho de que el cambio constitucional se encuentra fuera del proceso democrático y generalmente ocurre a través de la interpretación judicial o de mecanismos de reforma constitucional diseñados precisamente para que realizar cualquier cambio sea difícil y poco probable. Con demasiada frecuencia, las constituciones imponen controles y límites a la participación democrática en el nombre de algún otro conjunto de verdades proclamadas o valores que favorecen a las élites. Para el demócrata ferviente, las constituciones formales y su parafernalia institucional hacen más para inhibir y atenuar el potencial emancipador de la democracia que para nutrirla y realizarla.

LA DEMOCRACIA Y EL CAMBIO CONSTITUCIONAL

Allan C. Hutchinson y Joel Colon-Rios *

Algunos hombres ven las constituciones con sagrada reverencia y las consideran la clave de un pacto, demasiado sacras como para ser tocadas. Le atribuyen a los hombres de generaciones anteriores una sabiduría sobrehumana, y piensan que lo que ellos hicieron no debe ser enmendado.

Thomas Jefferson.¹

La relación entre democracia y constituciones es larga y turbulenta. La tendencia de los que se inclinan hacia el lado constitucionalista ha sido la de percibir a la democracia como una amenaza al orden político y a la preservación de ciertos valores considerados importantes, mientras que los que adoptan una postura democrática, más que cualquier otra cosa, tienden a tratar a las constituciones como un obstáculo de la élite a la participación popular. Sin embargo, hoy en día, la opinión que prevalece es decididamente más constitucionalista que democrática. Teóricos, políticos y jueces dan alguna importancia a la participación popular, pero sostienen que la misma debe ser canalizada y disciplinada dentro de una amplia estructura constitucional: procedimientos complejos de reforma constitucional, control judicial de la legislación que se considera inconsistente con la constitución, y oportunidades limitadas para la intervención popular en decisiones políticas fundamentales. Desde este punto de vista, lejos de negar la democracia, el constitucionalismo promueve la creación de una estructura dentro de la cual la democracia pueda florecer y ser protegida. Suficientemente restringida, la democracia permite que los ciudadanos se involucren de forma más apropiada en la gobernanza política y que tomen decisiones políticas más razonables. Tal como los jueces de la Corte Suprema de Canadá han dicho tajantemente: “visto correctamente, el constitucionalismo y el imperio de la ley no están en contra de la democracia; más bien, son esenciales a la misma.”²

Sin embargo, la posibilidad de un enfoque más democrático a los desafíos de la gobernanza política en los estados modernos merece más atención. La desconfianza constitucionalista a la participación popular en la elaboración y modificación de leyes

* Profesor Distinguido de Investigación, Osgoode Hall Law School, Toronto, Canadá y Lecturer, Faculty of Law, Victoria University of Wellington, Nueva Zelanda. Agradecemos a Jhonny Pabón y a Kate Stone por su ayuda en la traducción de este escrito.

¹ Thomas Jefferson, Letter to Samuel Kercheval, July 12th, 1816 en Peterson, Merrill D., *The Portable Thomas Jefferson* (Harmondsworth: Penguin) 1975, p. 558-559. Por supuesto, Jefferson no fue un 'Santo Tomás' - quería ampliar la franquicia exclusivamente a los hombre blancos. Ver Appleby, Joyce, *Thomas Jefferson* (New York: Times Books) 2003.

² *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R 217 párrafo 78.

fundamentales ha sido aceptada sin mayor controversia; el espectro de *'la mobocracia'* ha sido invocado con demasiada facilidad. En este trabajo, vamos a darle a la teoría constitucionalista un análisis teórico y político más amplio. Al hacerlo, nuestra crítica se enfocará en enumerar las deficiencias de tal postura y en estimular un punto de vista más democrático. A modo de explicación, vamos a abordar y recomendar las posibilidades y problemas de poner en práctica una postura anti-constitucionalista; la experiencia reciente del estado de California en los Estados Unidos de Norteamérica provee un terreno fértil para examinar estas ideas. En resumen, desde una postura democrática, el desafío para la ciudadanía no es tanto el definir los valores que una constitución debe proteger sino, el hecho de que el cambio constitucional se encuentra fuera del proceso democrático y generalmente ocurre a través de la interpretación judicial o de mecanismos de reforma constitucional diseñados precisamente para que realizar cualquier cambio sea difícil y poco probable. Con demasiada frecuencia, las constituciones imponen controles y límites a la participación democrática en el nombre de algún otro conjunto de verdades o valores que favorecen a las élites. Para el demócrata ferviente, las constituciones formales y su parafernalia institucional hacen más para inhibir y atenuar el potencial emancipador de la democracia que para nutrirla y realizarla.

El 'Cuerpo' Constitucional

Un punto de partida útil para nuestro análisis es el trabajo de Elkins, Ginsberg, y Melton.³ En su reciente libro, estos autores llevan la postura constitucionalista a su conclusión lógica: una preocupación respecto a la duración de las constituciones nacionales. En el centro de su proyecto empírico se encuentra la pregunta “¿porque...algunas constituciones perduran, mientras otras fallan?”⁴ Los autores se ocupan de la difícil tarea de examinar cuidadosamente un conjunto de datos que incluye cada estado independiente desde 1789 hasta 2005 y que representa 935 constituciones en 200 estados-nación diferentes. Con claridad y sutileza, estos autores relatan que aunque la constitución de EE.UU. ha perdurado por 220 años, la mayoría de las constituciones solo duran mucho menos: la esperanza de vida media de las constituciones nacionales es de 19 años, lo cual, como los autores señalan, es exactamente lo que el joven Jefferson pensaba era su duración ‘óptima’.⁵ Entre los factores

³ Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009.

⁴ Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 2.

⁵ Thomas Jefferson, Letter to Samuel Kercheval, July 12th, 1816 en Peterson, Merrill D., *The Portable Thomas Jefferson*, (Harmondsworth: Penguin) 1975, p. 560.

que tienden a desestabilizar a los órdenes constitucionales se incluyen: crisis económicas, conflictos armados, cambios de régimen, y reorganizaciones territoriales. Además, los riesgos al mantenimiento de la constitución no están distribuidos uniformemente; las constituciones son vulnerables desde su nacimiento y su punto máximo de riesgo se encuentra cercano a los 17 años, pero disminuye a su mínimo cerca de los 50 años.⁶ Para las democracias, la duración promedio es alrededor de 21 años.⁷

Sin embargo, Ekins, Ginsberg y Melton no se conforman con solamente presentar esos datos. A través de su trabajo, defienden la hipótesis de que hay una correlación importante entre el diseño constitucional y la duración de las constituciones. Los autores utilizan tres criterios claves para medir el impacto del diseño en la longevidad constitucional:

- *Inclusión* – el alcance de la participación pública en la negociación constitucional, así como el continuo debate público sobre el significado del texto constitucional tienden a afectar de manera positiva la importancia de la constitución desde la perspectiva ciudadana.⁸
- *Flexibilidad* – Para que una constitución sea duradera, la existencia de mecanismos que permitan modificarla a la luz de cambios sociales y políticos es necesaria. Esos mecanismos no tienen que ser formales, sino que es preferible que los mismos sean informales y flexibles. En ese sentido, la revisión judicial puede jugar un papel importante en “coordinar”, “complementar”, y poner al día la constitución.⁹
- *Especificidad* – el nivel de detalle y el alcance de la aplicación de una constitución son fundamentales para que la misma sea exitosa a través del tiempo. Estas características promueven el apoyo popular siempre y cuando el ordenamiento constitucional sea visto “como un marco para la política y no como un recipiente de

⁶ Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 131.

⁷ Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 132.

⁸ Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p.97.

⁹ Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 107, 141.

políticas públicas”.¹⁰

Descansando en una gran cantidad de ejemplos históricos, los autores demuestran como estos factores son esenciales para la duración de una constitución; cada uno contribuye al nivel de cambio que una constitución tolera y, en ese sentido, tiene una conexión causal con su longevidad. A través de su análisis, Elkins, Ginsberg, y Melton demuestran que la idea de que “el diseño constitucional puede hacer una profunda diferencia en la mortalidad”¹¹ de una constitución, goza de validez general. De hecho, al defender y elaborar esta idea, los autores llegan a la conclusión de que “las constituciones duran cuando son más similares a las leyes ordinarias [flexibles, detalladas] que la imagen convencional de las constituciones nos haría creer”.¹² Aunque hay buenas razones para pensar que estas conclusiones son correctas, los autores no pueden resistir la tentación de enmarcar su análisis con una serie de argumentos normativos mucho más controversiales.

Así, comienzan por sugerir que si bien las vidas de las constituciones son “notablemente efímeras”, “desde un punto de vista normativo, la mayoría de los académicos así como aquellos que las diseñan asumen que estas deben ser duraderas”.¹³ En ese sentido, los autores asumen un acercamiento abiertamente “fisiológico”¹⁴ a sus estudios empíricos: tratar a las constituciones como si fueran humanos. Al incorporar ese criterio claramente evaluativo, aceptan que, “tal como una vida humana, la vida de una constitución da muchas vueltas y pasa por distintas fases de desarrollo...[y] puede terminar por muchas razones”.¹⁵ Al igual que en el caso de la mortalidad humana, los autores reconocen que no existe una fórmula exacta para asegurar una vida larga y que “la vida de las constituciones son el producto de la interacción entre muchos factores”.¹⁶ Sin embargo, Aunque algunas constituciones son víctimas de ciertos eventos históricos independientemente del diseño constitucional, Elkins, Ginsberg, y Melton insisten en que un diseño constitucional superior o

¹⁰ Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p.105

¹¹ Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 143.

¹² Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 211.

¹³ Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 10

¹⁴ Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 8, 93.

¹⁵ Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 123.

¹⁶ Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 207.

inferior va a tener un efecto estadístico significativo en la probabilidad de una muerte prematura.

Los autores reconocen que “existen algunos beneficios reales en el reemplazo constitucional periódico”¹⁷, pero asumen que 'una larga vida es una vida mejor' y que 'la supervivencia es el éxito'. Para ellos, una larga esperanza de vida es el mejor indicador de la salud constitucional; cuanto más tiempo una constitución vive, mejor la salud constitucional de la nación. Por supuesto, habrá excepciones, pero las excepciones solo logran comprobar la regla estadística. Tan comprometidos están estos autores con tal asunción que concluyen su impresionante estudio revelando que “la esperanza de vida de constituciones, en todo caso, ha disminuido en los últimos 200 años... [De tal manera que] a diferencia de la de los seres humanos, la salud constitucional no está mejorando con la modernidad.”¹⁸

La insistencia de Elkins, Ginsberg y Melton en tratar a las constituciones como si fueran personas revela varios problemas en la preocupación de los constitucionalistas con la duración constitucional. El primer problema es que incluso si su analogía fisiológica fuera válida, la misma asume que vivir una larga vida es la única o la mejor medida de una buena vida. Mientras que una vida más larga puede ser una meta preferible, no es la única y ni siquiera la meta predominante. Para muchos, la duración de la vida tiene que ser evaluada en relación a la calidad de vida; una vida larga pero miserable no siempre es preferible a una más corta que sea plena y gratificante. De hecho, este enfoque, basado únicamente en la extensión de la esperanza de vida se convierte en algo particularmente discutible en la medida en que las personas envejecen. Muchas no tienen un gran deseo de mantenerse vivas por todos los medios necesarios y a veces toman la decisión de no ser resucitadas o de no recibir ayuda para sobrevivir cuando su salud general y calidad de vida caen por debajo de cierto nivel. La duración en sí misma es poco atractiva y a menudo trae mucha preocupación para ancianos y enfermos. “Enfuerécete, enfurecete ante la muerte de la luz” no es el mantra de todos; oscuridad y muerte pueden de vez en cuando bienvenidas.¹⁹

Lo mismo pasa con el divorcio. Mientras que un bajo índice de divorcio puede ser considerado más deseable, esto es difícilmente evidente o incontrovertible. Como la ecuación

¹⁷Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 207.

¹⁸Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 214.

¹⁹Davies, Walford (ed.), *Dylan Thomas: Selected Poems*, (London: J. M. Dent.) 1974. Aunque sigue siendo controversial, existe un movimiento internacional que busca facilitar la muerte con dignidad. Ver Hillyard, Daniel & John Dombink, *Dying Right: The Death with Dignity Movement*, (New York: Routledge) 2001.

de la larga vida con la buena salud, la preferencia por 'los matrimonios duraderos' requiere un grado de equilibrio entre consideraciones cuantitativas y cualitativas. Determinar si es mejor para una pareja permanecer juntos pase lo que pase o ir por caminos separados depende del estándar con el cual se midan las vidas exitosas o felices. Por ejemplo, no es evidente que parejas e hijos lleven una vida más plena dentro de una familia en conflicto en vez de en una familia separada. Cualquier resolución de estos asuntos estará basada en criterios normativos, no simplemente empíricos.

El segundo problema consiste en que no es claro por qué es deseable o útil tratar a las constituciones como si fueran seres vivos. Una analogía es útil e ilustrativa solo si envuelve algún punto normativo. Mientras que es posible comparar a una constitución con toda una serie de seres vivos (p. ej., moscas, arboles, dinosaurios, etc.), estas analogías sirven para poco a menos que muestren a las constituciones en una forma nueva o reveladora. Pero si no es acompañada de alguna defensa o explicación, la comparación puede ser tan engañosa como informativa. El que la constitución de los Estados Unidos haya permanecido vigente durante 220 años es en sí mismo insuficiente para causar admiración (o para generar críticas); el transcurso y contenido de la historia norteamericana debe ser evaluada a la luz de otros criterios de tipo político. El canon implícito detrás de esta opinión es el orden institucional y la estabilidad política; la celebración de 'la permanencia' ubica a estas virtudes formales sobre cualquieras otras. De acuerdo a esta concepción, los estados con constituciones antiguas son generalmente mejores a los que cambian su constitución con más frecuencia.

Elkins, Ginsberg y Melton parecen indiferentes a la necesidad de recurrir a la democracia como un valor político fundamental; se considera a la democracia como una de las características secundarias que pueden ser consideradas instrumentales para la vida continua y duración de las constituciones. Los autores explican que la estabilidad democrática (contrario a la gobernanza no democrática) se encuentra estrechamente ligada a la estabilidad constitucional y que las “constituciones duraderas son buenas para las democracias jóvenes”.²⁰ Además, pasan a defender un enfoque explícitamente constitucionalista de la gobernanza nacional. Sostienen que:

[L]as constituciones generan un conjunto de principios inviolables y provisiones más específicas con las cuales las futuras leyes y la actividad gubernamental se deberán regir. Esta función...es vital para el funcionamiento de la democracia. Sin un compromiso a la ley superior, el estado opera por los beneficios del corto plazo de los que tienen el poder o la mayoría actual...Limitando el alcance del gobierno y

²⁰Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 35.

renovando el compromiso de los políticos a respetar ciertos límites, las constituciones hacen posible el gobierno.²¹

En este pasaje, los autores se apoyan en todas las características formativas del constitucionalismo contemporáneo y en su arraigada desconfianza en la democracia – principios inviolables fuera del alcance democrático; límites a la participación democrática; constituciones como garantes de la democracia; y la autoridad de 'la ley superior'. La idea básica es que, debido a que las constituciones están diseñadas no solo para capturar un consenso fugaz, sino verdades más universales, la ausencia de revisión periódica a través de mecanismos de participación popular es necesaria o deseable.²² De hecho, en la medida en que la democracia es vista como un mero facilitador -e inferior- de otros valores superiores se entrevé en su argumento que “la democracia es mensurablemente más hospitalaria a las constituciones...que situaciones autoritarias”²³. Si algún régimen que se aproxima a 'una situación autoritaria' fuera más hospitalario a una constitución, se presume entonces que se debe ser indiferente a la presencia o promesa del ideal democrático.

Por supuesto, esta actitud indiferente y escéptica hacia la democracia no es nada nuevo. Aunque el apoyo a los valores y procesos democráticos es abundante, existe una clara desconfianza en la capacidad del ciudadano común a participar plena, libre, frecuente y activamente en su propio gobierno. En el siglo veinte, la democracia llegó a ser asociada casi exclusivamente con la lucha y competencia institucional por los votos del pueblo entre líderes que buscan el poder político.²⁴ De hecho, un examen escéptico de la historia de la democracia sugiere que hay casi una correlación inversa entre la extensión de poder a más grupos y la reducción en la cantidad de áreas en las cuales las personas con el derecho al voto pueden participar: entre más personas adquieren derechos básicos de participación política, menor es la cantidad de decisiones a su alcance. Acomodando ideales normativos a las realidades descriptivas, los comentaristas y políticos han reducido la participación popular a poco más que a un reclamo por elecciones libres y justas entre varios partidos políticos en un contexto de información relativamente abierta: “la democracia es el gobierno por funcionarios

²¹ Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 38.

²² Para una crítica extensa de esta filosofía no-democrática del derecho y las constituciones, ver Hutchinson, Allan C., *The Province of Jurisprudence Democratized*, (Oxford: Oxford University Press) 2009.

²³ Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 137.

²⁴ Ver Schumpeter, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Harper (1947).

responsables y destituibles por la mayoría de las personas en una jurisdicción”.²⁵ Junto con la protección judicial de los derechos civiles más básicos, esta idea restringida de la democracia ha llegado a dominar el derecho y la teoría constitucional; la meta de proveer oportunidades para una participación popular más intensa parece haber quedado en el camino.²⁶

El enfoque principal de los escritos de teóricos constitucionales contemporáneos es similar. Aunque no son hostiles a la democracia, no toman sus reclamos y dinámicas muy en serio; su enfoque es uno prudente e inhibido. Reconocen que la democracia es necesaria y loable, pero no la promueven como una de las características centrales del constitucionalismo. Hay disponibles tres enfoques constitucionales básicos:

- Un enfoque basado los derechos que recomienda la permanencia de los regímenes constitucionales consistentes con determinados principios abstractos y preceptos políticos ‘correctos’.²⁷ Ya que, bajo este enfoque, el poder interpretativo reside en magistrados no-electos, ciudadanos y representantes se ven obligados a conformarse a la autoridad casi transcendente de estos principios.
- Un enfoque que fortalece la representación y le otorga ‘al pueblo’ el derecho a tener la constitución que desee, pero que no distingue entre ‘pueblo’ y ‘legislatura’.²⁸ Dejando a un lado cualquier participación real de los ciudadanos en el cambio constitucional, cualquier tensión entre el constitucionalismo y la democracia se

²⁵ Nye, Joseph S. *The Paradox of American Power: Why the World’s Only Superpower Can’t Go It Alone* (Oxford: Oxford University Press) 2002, p. 109. Este es un ejemplo de la tradición dominante en la teoría política. Ver además Schumpeter, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Harper (1947)., *ibíd.*; Dahl, Robert A., *A Preface to Democratic Theory: How Does Popular Sovereignty Function in America?*, (Chicago: University of Chicago) 1956. Downs, Anthony, *An Economic Theory of Democracy*, (New York: Harper) 1957; y Eckstein, Harry, *A Theory of Stable Democrac,y* (Princeton: Princeton University) 1961.

²⁶ Hay un sub-campo académico que trata de medir la democracia mediante el establecimiento de indicadores objetivos que midan las dimensiones contestatarias y participativas de la democracia establecidas por Dahl. Ver por ejemplo Przeworski, Adam, *Democracy and Development: Political Institutions and Well-being in the World, 1950–1990*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2000 y Beetham, David. 2004. ‘Towards a Universal Framework for Democracy Assessment’, *Democratization*, vol.11, p. 1.

²⁷ Ver por ejemplo Dworkin, Ronald, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution*, (Cambridge: Harvard University Press) 1996 y Dworkin, Ronald. *Is Democracy Possible Here?: Principles for a New Political Debate*, (Princeton: Princeton University Press) 2006).

²⁸ Ver por ejemplo, Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, (New York: Oxford University Press) 1999; Waldron, Jeremy, ‘The Core of the Case Against Judicial Review’ *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, p. 1346–1406; Ely, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, (Cambridge: Harvard University Press) 1980, y Parker, Richard D, *Here the People Rule: A Constitutional Populist Manifesto*, (Cambridge: Harvard University Press) 1994.

atribuye a los límites impuestos por la revisión judicial al poder de la asamblea legislativa elegida democráticamente; y

- Un enfoque más populista que tiene el objetivo de cerrar la brecha entre los ciudadanos y sus representantes, pero lo hace con el gran costo de reemplazar las vidas desorganizadas de los humanos de carne y hueso que realmente viven bajo del régimen constitucional, por un casi mítico e incorpóreo Pueblo (siempre con una P mayúscula), cuyos deseos e intereses colectivos deben ser identificados *ex post facto* y cuyas decisiones deben ser protegidas por los jueces de las acciones de los representantes.²⁹

Mientras que cada enfoque ofrece aclaraciones importantes sobre los dilemas de la políticas constitucional moderna, todos logran reducir o limitar el papel de la participación popular: el enfoque en los derechos rechaza totalmente la idea que todas las leyes, incluyendo las fundamentales, deben estar permanentemente abiertas a transformaciones a través de procesos altamente democráticos; el enfoque que refuerza la representatividad toma a la democracia mucho más en serio, pero no aprecia que la democracia y la participación popular requieren mucho más que la toma de decisiones mayoritarias por instituciones representativas y la desconfianza en la revisión judicial; el enfoque más populista, aun con sus buenas intenciones, no logra resistir la idea de que el cambio constitucional realmente democrático autoriza *la real* participación popular en las políticas constitucionales, no simplemente *el apoyo* implícito de un Pueblo presagiado por una academia de expertos auto-designados. Para contener y limitar la participación democrática directa en tal manera, se da prioridad a la constitución sobre la democracia. Las turbulencias de las políticas democráticas son demasiado riesgosas e inciertas para el preciado mundo de estos constitucionalistas.

Hacia un Constitucionalismo Débil

Hablar de democracia es hablar de auto-gobierno. La idea básica es que los ciudadanos se reúnen como iguales y deciden por si mismos las leyes que regularán su conducta y las instituciones bajo las cuales vivirán. En ese sentido, los demócratas tienen una preocupación especial por los orígenes: los *quienes* y *cómos* de cualquier principio o regla les

²⁹ Ver por ejemplo, Ackerman, Bruce, *We the People: Foundations*, (Cambridge: Harvard University Press) 1991 y Amar, Akhil Reed, 'The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V' *Columbia Law Review*, vol. 94, 1994, p. 457–50.

son de gran interés.³⁰ No importa cuán sustancialmente justa parezcan ser las reglas o los principios legales, un demócrata siempre estará interesado en preguntas sobre los orígenes de las mismas y, por lo tanto, sobre su legitimidad. Una dimensión vital en la evaluación de cualquier norma legal es precisamente si la misma se originó en un ejercicio de auto-legislación por los gobernados, y no simplemente fue impuesta o creada a nombre del Pueblo: la democracia es el gobierno *por* el pueblo, no solo *para* el pueblo.³¹ No obstante, la genealogía democrática de una ley no es la única preocupación de los demócratas: el linaje democrático es necesario, pero no es una condición suficiente para la calidad de la norma en cuestión. Ambos, la materia y la forma de las leyes son importantes. De hecho, es precisamente su proceso de creación el que refuerza y garantiza el mérito sustantivo de estas leyes; materia y forma están íntimamente relacionadas y reforzadas. Mientras que la atención a los orígenes tiene gran relevancia en la arena legislativa, sus implicaciones son todavía más apremiantes respecto a las leyes constitucionales o fundamentales.

La susceptibilidad de los acuerdos constitucionales y de las leyes fundamentales a la reconsideración y revisión periódica es parte indispensable de cualquier pacto democrático. Aunque poner a la democracia en práctica en sociedades grandes y complejas requiere concesiones y compromisos, la democracia es un régimen de autogobierno popular que no sólo permite sino que requiere la participación frecuente de los ciudadanos en la formulación y promulgación de las leyes que gobiernan sus vidas. En su noción más general, la democracia es el gobierno de todos por todos.³² Para el demócrata, un sistema político que ha consolidado una serie de principios que se consideran ‘correctos’ en una constitución ‘terminada’ y que ha intentado congelar un determinado régimen jurídico, es inconsistente con un compromiso genuino con ideal democrático. La democracia robusta resiste el cierre político; fomenta, no anula la participación política y popular: un pueblo auto-gobernando tiene que tener la capacidad de enfrentar y reformular sus compromisos a menudo y de forma democrática.³³ En ese sentido, la democracia supone no solo suficientes oportunidades para la *participación popular*, sino también un régimen consistente con el ideal de la *apertura*

³⁰ Ver Waldron, Jeremy, ‘Can There Be a Democratic Jurisprudence?’, *Emory Law Journal*, vol. 58, 2009.

³¹ Ver por ejemplo Michelman, Frank, ‘Constitutional Authorship’ en Larry Alexander (ed.). *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, (Cambridge: Cambridge University Press) 1998, p. 76 y Michelman, Frank I, Brennan and Democracy, (Princeton: Princeton University Press) 1999.

³² Hardt, Michael and Antonio Negri, *Multitude: War and Democracy in the Age of Empire* (New York: Penguin) 2004, p. 240

³³ Para un argumento contrario, ver Holmes, Stephen, *Passions and Constraints: On the Theory of Liberal Democracy*, (Chicago: University of Chicago Press) 1995.

democrática: no puede haber un conjunto de leyes cuya autoridad se da por sentada y que no están sujetas a la revisión democrática.

Esto no quiere decir que la postura democrática sea indiferente a los resultados: la misma descansa en la idea de que un aumento en la participación popular aumenta las posibilidades de construir una sociedad más justa. Su apuesta es que los procesos participativos conducirán más frecuentemente a resultados que beneficien a la sociedad entera que los dictados de principios parciales y abstractos, o las decisiones de instituciones y agencias de las élites. Debe entonces estar claro que la crítica democrática no está basada en un conflicto entre los derechos y la participación popular, sino en la institucionalización de regímenes jurídicos que, por encarnar ciertos principios y valores, se encuentran removidos de las prácticas democráticas. Si la democracia sólo se trata de obtener los resultados ‘correctos’, y si estos resultados ya están integrados en el régimen constitucional y removidos del debate y discusión popular, los ideales de apertura democrática y participación popular respecto a las leyes fundamentales no significan nada. En sentido contrario, una dinámica democrática insiste que todos los regímenes deben ser abiertos y fluidos y que esta apertura y fluidez se logra a través de procesos altamente participativos.

Mientras que la preocupación por “organizar instituciones políticas para prevenir que gobernantes malos o incompetentes hagan demasiado daño” es entendible en sociedades no-democráticas,³⁴ es condescendiente e impropia en culturas ostensiblemente democráticas. En general, los demócratas han fallado en sus esfuerzos en institucionalizar la creencia de que los gobernados no son solo competentes para elegir a los que los gobiernan, sino también para tomar decisiones políticas por sí mismos, acerca de todo, y no solo en cuando a determinados temas. Si las leyes fundamentales no son el resultado del ejercicio de la participación popular, entonces se podría hablar de leyes buenas y malas, pero no de democracia. En una democracia robusta, todo siempre ‘está disponible’, incluida la revisión y el reemplazo de los ordenamientos constitucionales. No es el caso de que ‘todo vale’, sino de que cualquier cosa puede pasar.³⁵ Con la democracia viene el riesgo. Pero esa es a la misma vez la promesa y el peligro siempre presente en la gobernanza democrática.

Por supuesto, hay un papel para las constituciones. Pero, en contraste a la opinión constitucional predominante, cualquier constitución debe ser sujeta a la autoridad

³⁴ Popper, Karl, *The Open Society and Its Enemies*, Volume One: *The Spell of Plato*, (New York: Routledge) 1965, p. 107.

³⁵ Ver Castoriadis, Cornelius, ‘The Greek Polis and the Creation of Democracy’ en David Ames Curtis (ed.) *Castoriadis Reader*, (Oxford: Blackwell) 2000. Ver además Hutchinson, Allan C., *It’s All in the Game: A Non-Foundationalist Account of Law and Adjudication*, (Durham: Duke University Press) 2000.

constituyente, a la aprobación y reevaluación de la gente común. Cualquier restricción a la democracia solo se puede justificar en el nombre de la democracia, no por algún otro conjunto de valores y procesos supuestamente superiores. Existen razones a favor de un ajuste conceptual y práctico que ponga a un constitucionalismo *débil* al servicio de una democracia *robusta*. Dentro de tal modelo, las leyes fundamentales permanecerían permanentemente abiertas a las transformaciones democráticas y a las intervenciones populares. No hay tal cosa como una constitución 'buena' ni 'completa'. El constitucionalismo débil tampoco es compatible con la noción de que si bien las constituciones evolucionan, dicha evolución debe ocurrir a través de la interpretación judicial, como la mayoría de los constitucionalistas recomiendan.³⁶ Solo una concepción de constitucionalismo acompañada por una democracia fuerte es consistente con un serio compromiso con el ideal democrático. Sin embargo, esta concepción rechaza la idea de que la democracia se agota en las actividades diarias de las legislaturas, sino que incluye la deliberación y la toma de decisiones sobre el contenido mismo de la constitución. En contraste a los enfoques que tienden a 'reforzar la representación', así como a los que anteriormente identificamos como 'más populistas', defendemos la distinción entre la democracia al nivel de la gobernanza diaria y la democracia *a nivel de las leyes fundamentales*. Por su propia naturaleza, cada una de estas dimensiones requiere y permite niveles diferentes de involucramiento popular.

Una concepción del constitucionalismo más sensible a los ideales de la participación popular y la apertura democrática insistiría en que una constitución no debe ser el dominio de una élite de juristas y expertos. Debido a que se toma en serio la idea de la democracia a nivel de las leyes fundamentales, no ve en una ciudadanía activa una amenaza al bienestar de la sociedad, aun cuando sus acciones podrían resultar en la destrucción de la constitución y la aparición de una nueva; la participación popular aparece como una fuerza deseable para hacer frente y remediar las injusticias existentes. Como tal, la idea de las constituciones como "pactos entre las élites"³⁷ es solo correcta en parte. Debido a que las constituciones son 'pactos', deben estar abiertas a la renegociación regular en tanto las circunstancias y generaciones cambien. Sin embargo, esto definitivamente no puede ser logrado por 'las élites'. En una sociedad democrática, una constitución es el premio de todos y, por lo tanto, tiene que

³⁶ Ver Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions* (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 102-108. Ver también Waluchow, W.J., *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2007.

³⁷ Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 7.

ser la propiedad de todos; la oportunidad a renegociar los términos y condiciones establecidas en la constitución es una condición *sine qua non* de una democracia robusta.

Entendido así, el constitucionalismo débil viene acompañado por la idea de que las transformaciones constitucionales importantes no deben ser el trabajo de instituciones ordinarias. Instituciones como tales están diseñadas para operar al nivel de la gobernanza diaria, cuando episodios de participación popular no siempre son posibles por razones prácticas. El constitucionalismo débil no se trata de una constitución que, al igual a las leyes ordinarias, se puede cambiar fácilmente por mayorías democráticas si el término 'mayorías democráticas' se refiere simplemente a la mayoría de los funcionarios electos que actúan como legisladores. De hecho, el constitucionalismo débil requiere un grado de apertura que no es ni posible ni deseable en el contexto de una legislatura ordinaria. Si una legislatura, aunque sea entorpecida por especiales salvaguardias de procedimiento, posee el poder de enmendar o revisar la constitución sin la participación de los ciudadanos, el resultado es una pérdida de legitimidad democrática. Aun en el contexto de una legislatura no sujeta a los límites impuestos por una corte constitucional, la democracia requiere que la autoridad para determinar el contenido del texto constitucional recaiga en los ciudadanos comunes.

Además, el constitucionalismo débil depende de un compromiso inquebrantable a una ciudadanía participativa y activa. El ciudadano es visto no simplemente como una persona con derechos que participa de vez en cuando en la política por medio de las elecciones de funcionarios, sino como alguien que juega un papel importante en la re-formulación de las normas que gobiernan al estado. En otras palabras, un ciudadano contribuye directamente a la legitimación democrática del régimen constitucional y sabe que a pesar de todas las imperfecciones de tal orden, éste puede ser modificado. Los ciudadanos pueden sentirse así identificados con el régimen constitucional y pensar en él como suyo, no simplemente como la encarnación de la voluntad colectiva de un misterioso Pueblo.³⁸

Sobre los Constituyentes y el Cambio

La antipatía constitucionalista hacia la participación popular es evidente en los enfoques prevalecientes en cuanto a la reforma constitucional. El punto de vista generalizado es que el cambio constitucional debe ser infrecuente porque la estabilidad del orden jurídico

³⁸ Para una idea general de la discusión sobre las formas en que una ciudadanía activa puede aumentar la virtud cívica y mejorar la calidad de la gobernanza democrática, ver Hagopian, Frances, 'Latin American Citizenship and Democratic Theory' en Joseph S. Tulchin y Meg Ruthenburg (eds.) *Citizenship in Latin America*, (Boulder: Lynne Rienner) 2007. Ver además Walzer, Michael, 'The Civil Society Argument' en Ronald Beiner (ed.), *Theorizing Citizenship*, (Albany: State University of New York Press) 1995 y Putnam, Robert, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, (Princeton: Princeton University Press) 1993.

es un valor fundamental que debe ser protegido. Sin embargo, la mayoría de los constitucionalistas conceden que parte de la legitimidad de una constitución se basa en el hecho de que puede ser modificada. En consecuencia, y a manera de compromiso, las constituciones tienden a hacer el proceso de enmienda tan arduo que pocos proyectos de cambio son capaces de cumplir con sus estrictos requisitos.³⁹ Además, la prototípica constitución liberal raramente incluye mecanismos dirigidos a aumentar la participación popular durante momentos importantes de transformación o crisis constitucional. Se hace poca referencia, por ejemplo, a la elección de delegados que deliberan en asambleas extraordinarias cuyas propuestas tienen que ser ratificadas en referendos: la legitimidad democrática se considera satisfecha por la participación y la autoridad de representantes ordinarios.⁴⁰ El esfuerzo para regular y limitar efectúa un cierre permanente de lo político. Al hacer al poder político servil a los protocolos disciplinarios de la constitución y el Estado de Derecho, no es razonable hablar de transformaciones constitucionales importantes excepto después de eventos catastróficos, como revoluciones y golpes de estado.⁴¹ Y, aun después de estos eventos, se considera que “al hacer una constitución, las fuerzas revolucionarias cavan sus propias tumbas.”⁴²

Tomando el ejemplo de una sensibilidad Madisoniana, los constitucionalistas reconocen el potencial subversivo de la participación popular – es por eso que se oponen a ella. Para ellos, la participación popular es problemática por su propia naturaleza, pues implica compartir la toma de decisiones con ciudadanos comunes y promover iniciativas no elitistas.⁴³ Desde ese punto de vista, la 'tiranía de la mayoría' aparece siempre como una

³⁹ Estos límites a la reforma constitucional van mucho más allá de proteger las libertades básicas; incluyen la estructura entera de las instituciones del gobierno. Las disposiciones de enmienda de la mayoría de constituciones modernas están dirigidas a garantizar la permanencia del orden constitucional. Ver por ejemplo el Artículo V de la Constitución de los Estados Unidos y Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*. (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 99-103.

⁴⁰ Ver Holmes, Stephen and Cass Sunstein. 1995. 'The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe' en Sanford Levinson (ed.). *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, (Princeton: Princeton University Press) 1995, p. 277. y Elster, Jon, 'Introduction' en Jon Elster y Rune Slagstad (eds). *Constitutionalism and Democracy*, (Cambridge: Cambridge University Press 1988), p. 3. Por supuesto, hay excepciones importantes. Por ejemplo, ver Artículos 411, 441-442, 347-348 de las constituciones de Bolivia, Ecuador, y Venezuela, respectivamente.

⁴¹ Ver Carroza, Paolo, 'Constitutionalism's Post-modern Opening' en Martin Loughlin y Neil Walker (eds), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, (Oxford: Oxford University Press) 2007.

⁴² Preuss, Ulrich, 'Constitutional Powermaking for the New Polity: Some Deliberations on the Relations between Constituent Power and the Constitution', *Cardozo Law Review*, vol. 14, 1993, p. 641

⁴³ Ver Ake, Claude, 'Dangerous Liaisons: The Interface of Globalization and Democracy' en Alex Hadenius (ed.), *Democracy's Victory and Crisis* (Cambridge: Cambridge University Press) 1997, p. 282; Wolin, Sheldon, 'Fugitive Democracy' en Seyla Benhabib (ed.). *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*, (Princeton: Princeton University Press) 1996, p. 37 y Wood, Ellen Meiksins, 'Democracy: An Idea of

amenaza mucho mayor que la tiranía ejecutiva, judicial o la tiranía de una minoría. A fin de apaciguar las amenazas de una democracia participativa, se ofrece un lugar a la democracia representativa en la estructura constitucional siempre y cuando se asegure la estabilidad de la constitución. Los constitucionalistas tienden a preferir el gobierno representativo (que a su vez está sujeto a diferentes tipos de límites, uno de los más sobresalientes es la revisión judicial) precisamente porque puede funcionar como un baluarte contra la participación popular más turbulenta.

El hecho de que las instituciones y regímenes contemporáneos (que se consideran a sí mismos 'democráticos') no incorporen formas de organización política dirigidas a promover la participación popular no es generalmente considerado una debilidad. Para los constitucionalistas, la configuración constitucional liberal (fuertemente influenciado por el constitucionalismo estadounidense) es precisamente el tipo de régimen que los demócratas deben defender: se ha llegado a la postura perversa en la cual la participación popular en el cambio constitucional no es considerada necesaria en una democracia. En el constitucionalismo liberal, la democracia se ve agotada en una constitución que establece el gobierno representativo, que protege derechos básicos, y que habilita a todos los ciudadanos para 'participar' en el gobierno a través de la elección episódica de representantes o a través de las decisiones de sus funcionarios judiciales. Esta es una idea pobre que provee poco espacio para el potencial emancipador de la participación popular y de la apertura democrática.

La combinación entre constitucionalismo débil y democracia robusta no ve el poder constituyente -entendido como el poder popular originario para crear y recrear constituciones-⁴⁴ como algo que tiene que ser amordazado y reprimido. En contraste al constitucionalismo tradicional, el constitucionalismo débil acepta la idea de que hay una tensión permanente e insoluble entre la constitución y el poder político que busca regular y al que a la vez debe su existencia. En consecuencia, en vez de privilegiar la supremacía de una

Ambiguous Ancestry' en J. Peter Euben, John R. Wallach y Josiah Ober (eds). *Athenian Political Thought and the Reconstruction of American Democracy*, (Ithaca: Cornell University Press) 1994, p. 59–80.

⁴⁴ Las formulaciones más conocidas del poder constituyente se encuentran en las obras de Emmanuel Sieyès y Carl Schmitt. Sieyès, Emmanuel J, *What is the Third Estate?* (Westport: Praeger) 1963 y Schmitt, Carl, *Constitutional Theory* (Durham: Duke University Press) 2008. Para algunas discusiones contemporáneas de este concepto, ver Kalyvas, Andreas, 'Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power', *Constellations*, vol. 12, 2005, p. 223–244 y *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Martin Loughlin y Neil Walker (eds) (Oxford: Oxford University Press) 2007. Colón-Ríos, Joel, 'The Legitimacy of the Juridical: Constituent Power, Democracy, and the Limits of Constitutional Reform', *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 48, 2010, p. 199–245.

constitución que es difícil o poco menos que imposible de modificar, asume la constitución como una ley superior permanentemente susceptible a la reaparición del poder constituyente. Tomando tal postura, el constitucionalismo débil no busca resolver la antes mencionada tensión. Al contrario, reconoce que es una consecuencia inevitable de tener una constitución y en efecto la acentúa dando a los ciudadanos los medios institucionales para actuar conjuntamente y reclamar la prioridad del poder popular sobre el texto constitucional, aun si sólo ocasionalmente. Dicho de otro modo, el constitucionalismo débil permite una distinción viable y vibrante entre el gobierno democrático y la democracia al nivel de las leyes fundamentales.

Cuando un cambio constitucional importante es necesario, la democracia robusta recomienda que los mismos sean hechos a través de un ejercicio de la participación popular lo más parecido posible al que se lleva a cabo cuando una constitución nueva es creada. Una asamblea constituyente, compuesta de delegados comisionados para deliberar sobre el futuro del régimen constitucional, es el método preferido a través del cual la elaboración democrática de las constituciones ha ocurrido tradicionalmente. Idealmente, una asamblea como tal es llamada en el contexto de un fuerte apoyo popular para el cambio constitucional, con la tarea específica de alterar el régimen vigente, organizada de una manera que maximiza la participación de todos los sectores de la sociedad, y no está sujeta a límites sustantivos. Aunque normalmente las propuestas de una asamblea constituyente son ratificadas por el electorado antes de que cobren validez, la participación popular no debe ser limitada a un proceso en el cual expertos preparan el texto constitucional y luego lo someten a una votación de 'sí' o 'no' en un referendo; el proceso debe autorizar a los ciudadanos a proponer, debatir, y finalmente decidir sobre el contenido de la constitución.

La asamblea constituyente evita las deficiencias más notables de las tres principales teorías constitucionales mencionadas anteriormente. Como un mecanismo para el ejercicio del poder popular, permite a la ciudadanía abordar el régimen constitucional como algo radicalmente abierto y susceptible a cualquier tipo de modificación. Como un organismo extraordinario, está basado en la distinción entre la legislatura ordinaria y el pueblo, entre los poderes constituidos y el poder constituyente. Finalmente, su naturaleza ocasional facilita la participación popular intensa en el cambio constitucional. Cuando es iniciada por los mismos ciudadanos (por ejemplo, a través de la recolección de firmas), una asamblea constituyente facilita la realización de los ideales de apertura democrática y a la participación popular. Por un lado, y a diferencia de convenciones constitucionales convocadas exclusivamente por la

legislatura, se reconoce a la ciudadanía como el protagonista de importantes transformaciones constitucionales de principio a fin. Por otro lado, una asamblea constituyente, como depositaria del poder constituyente, no tiene límites jurisdiccionales y puede hacer cualquier cambio en el régimen constitucional, no importa cuán fundamental. Puede incluso resultar en la (poco probable) abolición o modificación de los derechos que hacen posible la democracia y en la alteración de la propia fórmula de enmienda de la que proviene su convocatoria. Pero si eso sucede, la asamblea destruiría su propia legitimidad democrática junto a la del (nuevo) régimen constitucional.

Siempre hay un riesgo y no hay absolutamente ninguna garantía de que los ciudadanos comunes, así como los delegados a una asamblea constituyente, vayan a ser más o menos propensos a hacer las cosas “mal” (ellos pueden cometer errores, al igual que los jueces, juristas, o legisladores ordinarios). Sin embargo, la ciudadanía no podrá imprimir en sus decisiones la dudosa marca de la 'verdad universal'. En cambio, solo podrán hablar a nombre de ellos mismos y no por las generaciones posteriores quienes también poseerán el derecho a revisar la constitución. De hecho, los cálculos de Elkins, Ginsberg, y Melton, en cuanto a que la esperanza de vida media de las constituciones en las democracias es alrededor de 50 años quizás es una razón para preocuparse, pero no por las razones que ellos tienen en mente.⁴⁵ En todo caso, es una vida un poco larga en vez de demasiado corta.

La Excepción Californiana?

Si la duración de las constituciones es vista como un valor político importante, no debe ser una sorpresa que para la mayoría de los constitucionalistas, la constitución de los Estados Unidos es objeto de admiración. Permanece funcionando con fuerza a los 221 años de edad y con ningún final a la vista; se presenta como el ejemplo modelo no solo de la duración constitucional, sino también de la virtud constitucional. Sus disposiciones equilibradas de especificidad, flexibilidad e inclusión, su enmienda ocasional, y su dependencia en la revisión judicial para poder conservar su relevancia moderna probablemente han contribuido a su longevidad.⁴⁶ Sin embargo, la razón por la cual esta extensa esperanza de vida es equivalente a su excelencia no está clara. Para muchos, el hecho de que sea casi inmutable a enmiendas formales es prueba suficiente.⁴⁷ La estabilidad del

⁴⁵ Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 132.

⁴⁶ Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 65.

⁴⁷ Strauss, David, 'The Irrelevance of Constitutional Amendments', *Harvard Law Review*, vol. 114, 2001, p. 1457-1505. Una excepción interesante a la falta de oportunidades para la participación popular en el cambio

orden constitucional no puede por sí misma ser razón para establecer su calidad. De hecho, desde una postura demócrata, el retorno a los modos de revitalización constitucional informales y de élite, especialmente a través del cambio político sub-constitucional (por ejemplo, prácticas del ejecutivo, convenciones legislativas, etc.) y la revisión judicial, ha exacerbado una situación que ya es precaria para la vitalidad del gobierno democrático.

La crisis económica y presupuestaria actual por la que atraviesa el gobierno de los Estados Unidos ofrece una visión clara de los límites democráticos del enfoque constitucionalista. En la formulación y la aplicación de una estrategia eficaz, el papel de la ciudadanía es extremadamente distante y remoto. Aunque cada postura pretenda representar a 'Main Street' y no solo a 'Wall Street' y hablar en nombre de 'los Americanos comunes', la participación de aquellos residentes de la 'Main Street' brilla por su ausencia. Aun si hay un gobierno *para* el pueblo (lo cual, por supuesto, está abierto al debate), no es *por* el pueblo. Además, las ramas legislativas y ejecutivas del gobierno operan bajo la sombra de una compleja confrontación entre diversos intereses políticos, y el mismo Congreso es visto por muchos como totalmente disfuncional en su capacidad y disposición de responder de maneras no partidistas a cualquier tipo de crisis. Estos rasgos debilitantes del gobierno centralizado y burocrático también se encuentran a plena vista en el contexto de los esfuerzos para reformar el sistema de salud. En todos los frentes, las estructuras formales e informales del ordenamiento constitucional desaparecen-en-acción, la intermediación del poder es el nombre del juego, y la democracia se ha reducido a poco más que un ejercicio retórico.

La respuesta de los constitucionalistas bien podría ser que las oportunidades institucionales para un ejercicio democrático más participativo no ayudarían (e inclusive podrían empeorar) la habilidad del gobierno para actuar adecuadamente. Bien podrían llamar la atención a los problemas y tribulaciones del estado de California. En posesión de una de las constituciones más largas del mundo, el estado no solo está pasando por su propia crisis financiera, sino que también ha enfrentado propuestas para una convención constitucional en la cual una nueva constitución sería debatida y elaborada.⁴⁸ Algunos alegan que ha sido

constitucional (a nivel estatal) lo es el Artículo 19(2) de la Constitución de Nueva York, el cual dispone: "En la elección general que se llevará a cabo en el año mil novecientos cincuenta y siete, y cada veinte años después, y también en las ocasiones que la legislatura lo provea a través de una ley, la pregunta "¿Debe haber una convención para revisar la constitución y modificarla?" será presentada y votada por los electores del estado..."

⁴⁸ *Repair California*, el grupo que propuso la iniciativa popular para llamar a una nueva convención constitucional, recientemente anuncio la necesidad de detener su campaña por falta de fondos. No es ninguna sorpresa que estas iniciativas, tanto como la propia idea de una convención constitucional, hayan sido miradas con sospecha por la concepción tradicional del constitucionalismo. Ver por ejemplo el editorial de New York Times sobre la posibilidad de llamar a una convención constitucional en ese estado. "The New York Convention Con", Editorial, New York Times (10 de agosto de 2010).

precisamente su estructura constitucional (caracterizada por su apertura democrática) la que ha empeorado, o incluso precipitado este lamentable estado de cosas. Junto al proceso participativo para la reforma presupuestaria y fiscal, el villano de la obra es la democracia directa. En los últimos 100 años, se han adoptado cientos de enmiendas constitucionales a través de la iniciativa popular y el referendo. Los críticos constitucionalistas argumentan que mientras la participación democrática es algo bueno, demasiada participación con demasiada frecuencia puede ser algo malo: la democracia tiene su lugar, pero este lugar debe ser adecuadamente limitado y balanceado con otros valores y procesos importantes.⁴⁹ Para los constitucionalistas, California se equivocó al balancear estos valores.

Cuando se les mira desde los estándares del equilibrio fiscal y eficiencia burocrática, ni al modelo de gobernanza constitucionalista de los E.E.U.U. ni a la estructura democrática de la gobernanza de California parecen irles bien. Claro está, si esos fueran los únicos criterios de un gobierno exitoso, importaría poco si fuera un régimen constitucional monárquico, autoritario, populista o de cualquier otro tipo; todo lo que contaría sería la habilidad del gobierno para responder de modo correcto a las preocupaciones presupuestarias. Sin embargo, esto implica que existe algún 'modo correcto' de lograr el equilibrio fiscal, cuando solo existen enfoques diferentes y divergentes – el presupuesto equilibrado, la justicia social, y la responsabilidad democrática, etc. - a los desafíos de la política de las finanzas públicas. El mejor camino a seguir no es solo un cálculo técnico, sino uno que toque algunos de los asuntos fundamentales en la agenda ideológica; no hay una postura neutral ni una posición no-partidista con la cual se puede actuar o evaluar.⁵⁰ Siendo ese el caso, no hay ninguna razón por la cual estas decisiones deban ser removidas de la arena política de la participación popular y dejadas en las manos de la élite política y sus ejércitos de técnicos y 'expertos'. Como en tantas otras áreas de responsabilidad del gobierno, no hay “una ley superior” ni “un conjunto de principios inviolables...a los cuales las leyes y la actividad futura del gobierno debe conformarse... [y que] hacen posible el gobierno”.⁵¹ Aún si las hubiera, no

⁴⁹ Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*, (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 38.

⁵⁰ Para una crítica del esfuerzo filosófico dirigido a identificar y priorizar determinados valores duraderos o trascendentes, ver , ver Hutchinson, Allan C., *The Province of Jurisprudence Democratized*, (Oxford: Oxford University Press) 2009, p. 11-15 y 129-35. También, por una introducción del debate sobre los estándares adecuados por la responsabilidad fiscal, consulte Philipps, Lisa y Miranda Stewart, 'Fiscal Transparency: Global Norms, Domestic Laws, and the Politics of Budgets' *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 34, 2009, p. 797-860.

⁵¹ Elkins, Zachary, Tom Ginsburg & James Melton, *The Endurance of National Constitutions*. (Cambridge: Cambridge University Press) 2009, p. 38.

es obvio porque no deberían de todos modos estar abiertas a la transformación habitual y democrática.

Por supuesto, no hay mandato, ni democrático ni de otro tipo, para que todas las decisiones del gobierno deban estar sujetas a la participación directa de los ciudadanos. Sin embargo, no hay razón para que las ocasiones para tal participación no deban ser aumentadas y fortalecidas. El garantizar un proceso regular de participación democrática podría resultar no sólo en una ciudadanía más hábil y preparada para resolver problemas políticos, sino también en una ciudadanía capaz de tomar responsabilidad por los problemas de la comunidad y sus soluciones. En una democracia robusta, la constitución facilitaría y ampliaría la participación permitiendo que los asuntos más fundamentales e importantes de la política gubernamental, incluyendo los mismos procesos e instituciones de la participación democrática, sean sometidos a la ciudadanía regularmente para su posible reformulación y resolución. A diferencia de los constitucionalistas, los demócratas confían más en los puntos de vistas del pueblo que en los de una élite profesional (aún si ésta élite viene vestida de los adornos dudosos de la legitimidad representativa) sobre lo que es mejor para el pueblo. La democracia debe ser la norma en el gobierno constitucional, no la excepción.

Consecuentemente, y en contraste con el probable desprecio constitucionalista a los acontecimientos recientes de California, sostenemos que los esfuerzos democráticos trabajando allí ofrecen una mejor (o por lo menos igual) oportunidad que cualquier otro mecanismo para enfrentar los dilemas contemporáneos de la gobernanza política. Por supuesto, no hay ninguna garantía para que los californianos (al igual que cualquier otro grupo de personas) vayan a hacer las cosas 'bien'; la presente lucha sobre 'el matrimonio gay' es amplia evidencia de esto.⁵² Sin embargo, la ciudadanía de California no está pretendiendo hablar en el nombre de 'principios inviolables' ni de "preceptos perdurables". Están simplemente expresando *sus* puntos de vista en cierto momento de la historia social que, por su propia naturaleza, pueden cambiar en el orden normal de la contestación

⁵² La *Proposition 8* fue aprobada por los votantes de California en Noviembre de 2008, lo cual resultó en una enmienda a la constitución de California dirigida a eliminar el derecho al matrimonio de parejas del mismo reconocido por la Corte Suprema de California en *In Re Marriage Cases*, 183 P.3d 384 (Cal. 2008). La constitucionalidad del *Proposition 8* fue impugnada en las corte de California. Uno de los argumentos a favor de la inconstitucionalidad de la misma era que constituyó una revisión, no una mera enmienda a la constitución del estado. Como tal, no podía ser adoptada a través del mecanismo de iniciativa/referéndum porque las revisiones solo pueden ser propuestas por una mayoría de 2/3 de la legislatura o por una convención constitucional; ver Artículo 18 de la Constitución de California. La Corte Suprema de California confirmó la constitucionalidad de la enmienda, aunque limitó su efecto con respecto a los parejas del mismo sexo casadas antes de que la enmienda fuese adoptada. *Strauss v. Horton*, 46 Cal.4th 364 (2009). Actualmente, la constitucionalidad del *Proposition 8* está bajo de la consideración de las cortes federales. *Perry v. Schwarzenegger*.

constitucional y política. Por esta razón, la reciente propuesta Californiana para la primera convención constitucional en más de un siglo, cuyos miembros serían ciudadanos comunes seleccionados al azar en un proceso similar al de la selección de jurados, debería haber sido recibida con un gran entusiasmo democrático. El que no hubiese sido nada parecida a una asamblea Madisoniana de “semi-dioses”⁵³ (como ocurrió en Philadelphia en 1787 cuando la constitución Americana que aun sobrevive fue trazada y redactada), no debería ser considerado como un defecto. El que la gente común tenga el poder de tomar decisiones fundamentales no debería ser visto no como un síntoma de un sistema en crisis que necesita intervención constitucional, sino como una señal alentadora de la rudimentaria salud de la democracia.

La adopción más generalizada de instituciones populares, como 'la asamblea constituyente' de California, significaría una ruptura profunda con la tradición del siglo dieciocho que todavía tiene influencia sobre la teoría constitucional y a la que Jefferson criticó vigorosamente – mirando a “a las constituciones con sagrada reverencia y las consideran la clave de un pacto, demasiado sacras como para ser tocadas”.⁵⁴ Estimular a los ciudadanos a convertirse en creadores de constituciones, sería una señal de un verdadero cambio constitucional y podría corregir injusticias pre-existentes y actuales. Desde una perspectiva democrática, el mérito de una constitución se encuentra no tanto en su longevidad y su empuje hacia la estabilidad, sino en su capacidad para promover la participación democrática y la transformación constitucional. No sólo es cuestión de si la gente puede participar en las decisiones constitucionales, sino también la facilidad, la frecuencia, y cuán activamente puede hacerlo; tiene que haber mecanismos y procesos adecuados para aprovechar al máximo estas oportunidades. Cuando se trata de las constituciones en las democracias, podría ser dicho que 'sólo las buenas mueren jóvenes'.

Conclusión

La resolución más favorecida del debate entre el constitucionalismo y la democracia consiste en tratar al constitucionalismo como el recipiente del *telos* democrático. Según esa concepción, el debate académico ha tendido a enfocarse estrechamente en el rol y legitimidad de la revisión judicial.⁵⁵ No obstante, esto ha servido sólo para reforzar el estatus de segunda

⁵³ Memoirs, Correspondence and Private Papers of Thomas Jefferson, Vol.1., Randolph, Thomas Jefferson (ed.) (London: Henry Colburn and Richard Bentley) 1829.

⁵⁴ Thomas Jefferson, Letter to Samuel Kercheval, July 12th, 1816 en Peterson, Merrill D., The Portable Thomas Jefferson, (Harmondsworth: Penguin) 1975, p. 558-559.

⁵⁵ Para un intento a de mas allá de la dicotomía entre supremacía judicial y supremacía parlamentaria, y de enfatizar la participación popular en la toma de decisiones constitucionales, ver Hutchinson, Allan C., 'A

clase de la participación popular. En contraste, hemos argumentado que es más constructivo pensar en las maneras en las cuales los ciudadanos pueden democratizar el régimen constitucional. En ese sentido, la adopción o rechazo de la revisión judicial no es un problema siempre y cuando, como cualquier otra institución y principio, sea vista como algo experimental y se encuentre abierta a la reconsideración democrática. Al ir más allá de las preguntas sobre la legitimidad de la revisión judicial, se hace posible pensar en la relación entre el constitucionalismo y la democracia de una forma nueva y más emancipadora.

En particular, esta concepción nos obliga a mirar directamente hacia la relación entre los ciudadanos y las constituciones y a los medios de realizar la democracia al nivel de las leyes fundamentales; esto es mucho más preferible que obsesionarse sobre quién debe tener la última palabra sobre el significado de una disposición constitucional. Este cambio de enfoque, por supuesto, elevaría las apuestas políticas exponencialmente. Y eso no es nada malo. En vez de simplemente determinar cuál de dos instituciones más o menos no representativas (por ejemplo, la judicatura o la legislatura) debe disfrutar de más poder, teóricos y políticos estarían obligados a enfrentarse con los ciudadanos comunes en un encuentro democrático real. Este es un debate y un encuentro que vale la pena. No sólo los Estados Unidos, sino el resto del mundo está todavía buscando sus Jeffersons modernos para desacralizar los pactos constitucionales y revitalizar las fuentes de la participación popular.

“Hard Core” Case Against Judicial Review’. Harvard Law Review Forum, vol. 121, 2008, p. 57–64.