

CAPÍTULO II

CONCEPTO Y FUNCIONES DE LAS CONSTITUCIONES

Larry ALEXANDER*

SUMARIO: I. *¿Qué son las constituciones.* II. *¿Qué funciones cumplen las constituciones?*

¿Qué son las constituciones? ¿Qué hacen (y deben) hacer? Estas son preguntas muy generales y el espacio no me permite más que una mirada superficial su respuesta. Sin embargo, espero proporcionar al menos un marco útil dentro del cual se pueda elaborar una respuesta más completa. Voy a abordar estas dos preguntas en ese orden.

I. ¿QUÉ SON LAS CONSTITUCIONES?

Consideremos la siguiente explicación estilizada de cómo puede surgir una Constitución y los varios problemas filosóficos que ello implica.¹ En el paso 1, Jane comienza con sus propias convicciones sobre los principios de justicia y otros aspectos de la moralidad política, tales como los principios del gobierno adecuado y los arreglos institucionales que pueden realizar estos principios de mejor forma. Si Jane pudiera imponer estos principios e instituciones por

* Este capítulo fue publicado originalmente como “Constitutionalism” en Thomas Christiano y John Christman (eds.), *Contemporary Debates in Political Philosophy*, Oxford, Wiley Blackwell, 2007, p. 283-299. Se traduce con autorización de Blackwell y Larry Alexander. Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora.

¹ Larry Alexander, “Introduction”, L. Alexander (ed.) *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, pp. 1-15; Thomas Grey, “Constitutionalism: An Analytic Framework”, R. Pennock & J. Chapman (eds.) *Constitutionalism: (Nomos XX)*, New York: New York University Press, 189-289, y Richard Kay, “American Constitutionalism”, L. Alexander (ed.) *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, pp. 16-63.

sí misma, ello lo haría (a menos que sus principios incluyeran ideas tales como “restricciones laterales”^{*} [*side-constraints*] democráticas que le impidieran la imposición unilateral). Sin embargo, dado que Jane no tiene tal poder, ella necesita la asistencia de los otros miembros de la sociedad, los cuales no comparten todas las convicciones de Jane sobre la moralidad política, el gobierno adecuado y los arreglos institucionales.

Entonces, en el paso 2, Jane busca alcanzar un acuerdo amplio sobre las reglas de la conducta gubernamental y las reglas que definen las instituciones gubernamentales que hagan efectivos los principios y convicciones personales de Jane en mayor medida que cualquier otro conjunto alternativo de tales reglas sobre las cuales Jane pueda alcanzar un acuerdo amplio. En otras palabras, bajo los propios principios de Jane, es preferible que ellos no sean realizadas del todo a que prevalezca la anarquía (derivada de la falta de acuerdo), pero sus principios deben ser efectivos en la mayor medida posible dentro del acuerdo amplio. Otras personas con principios y convicciones diferentes razonarán de forma similar, lo que resultará en un acuerdo sobre las reglas de conducta gubernamental y las reglas que definen las instituciones que nadie considerará como las reglas óptimas según sus propios principios, pero que la mayoría considerará como suficientemente buenas, es decir, superiores a la anarquía. (Obviamente no se trata únicamente de que cualquier conjunto de reglas sea superior a la anarquía de acuerdo a los principios de moralidad política y gobierno adecuado de todos. Las reglas deben ser las mejores que puedan ser ampliamente acordadas y, además, deben estar por encima del umbral de aceptabilidad anárquica de todos).

Vale la pena detallar cómo es posible alcanzar este acuerdo en el paso 2, dado que ésta es la clave para entender cómo las constituciones pueden cambiar sin enmienda formal, cómo las revoluciones pueden ser domesticadas, cómo sistemas separados de las reglas autoritativas pueden existir conjuntamente en la misma comunidad (y por qué esto ocurre menos frecuentemente de que podía esperarse) y otros misterios del constitucionalismo y del Derecho de forma más general.

Comenzaré con la versión más simple de la historia.² Los miembros de la comunidad discrepan, o no tienen certeza, acerca de los principios morales comunes o de cómo aplicarlos correctamente. Ellos perciben la necesidad moral de una solución autoritativa a esos desacuerdos y faltas de

* *N. de. T.* Sobre esta noción, consúltese Robert Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 42-45 (en la traducción del Fondo de Cultura Económica, “side constrains” son traducidos como “restricciones indirectas”).

² Véase, Larry Alexander y Emily Sherwin, *The rule of rules*. Durham: Duke University Press, 2001.

certeza. La regla que Jane propone para la solución de los desacuerdos es “dejemos que Jane decida”. John prefiere la regla “dejemos que John decida”. Y así cada miembro de la comunidad.

La segunda mejor regla de Jane es “dejemos que Sarah decida”. Pero aunque también es la regla preferida de Sarah, esta regla debe competir con la segunda mejor regla de John, “dejemos que Jim decida”, la cual, por supuesto, está respaldada por Jim y John.

Pero ahora supongamos que la tercera, o segunda, o primera opción de todos es la regla “dejemos que la mayoría decida”. Si todos entienden que las primeras y segundas opciones de regla no generarán un acuerdo, y si todos creen que “dejemos que la mayoría decida” es moralmente superior a la alternativa de no tener una persona con poder autoritativo que tome las decisiones, entonces todos tienen una razón estratégica para aceptar “dejemos que la mayoría decida” como una regla autoritativa fundamental. Digo “estratégica” para enfatizar que quizá todos no vean la regla como la mejor opción para resolver las controversias morales, sino como la mejor regla que puede alcanzar un acuerdo general. (En un sentido importante, claro está, dado que el propósito de las reglas autoritativas es resolver las controversias morales, y al ser la única regla que todos pueden aceptar y, la única que cumpliría en realidad la función de resolver controversias, esta regla subóptima se convierte en la regla óptima para todos).

Ahora, como la historia se complica cuando nos movemos de una regla básica única (“dejemos que la mayoría decida”) a un conjunto complejo de reglas sobre derechos, procedimientos e instituciones (que quizá incluyan instituciones supermayoritarias con el poder de promulgar, derogar y enmendar esas reglas), se vuelve cada vez más probable que el conjunto resultante de reglas que termina alcanzando el acuerdo esté lejos del conjunto ideal de reglas de cada uno de los miembros de la comunidad. Algunas de las reglas pueden ser las primeras o segundas opciones de los miembros, pero otras pueden estar bastante más abajo en su lista, e incluso, otras pueden parecerle moralmente repugnantes. Sin embargo, todos tienen buenas razones para aceptar el conjunto completo, incluyendo las reglas que encuentren moralmente repugnantes, si éste es el mejor conjunto de reglas que pueden ser acordadas entre todos, y si ese conjunto de reglas es moralmente preferible a la ausencia de solución autoritativa. Y de nuevo, debido a que la solución autoritativa requiere acuerdo sobre las reglas autoritativas, las mejores reglas morales sobre las cuales puede obtenerse un acuerdo son en un sentido las mejores reglas morales. Las reglas que no pueden alcanzar un acuerdo entre todos no pueden realizar su función moral de establecer

lo que debe hacerse, y, así, son indeseables, sin importar cuán buenas serían si de hecho alcanzaran el acuerdo.

Esta es la imagen general hasta ahora. Nuestra comunidad mítica ha alcanzado un acuerdo acerca ciertas reglas fundacionales, reglas que establecen que cierta institución (o persona) como el promulgador de reglas y tomador de decisiones básico, que prescriben ciertos derechos y procedimientos y establecen algunas instituciones adicionales, y que establecen una institución supermayoritaria para expedir o crear esas reglas. Los miembros han alcanzado un acuerdo sobre este paquete complejo de reglas, pero no necesariamente porque lo consideren el ideal según sus convicciones, y no necesariamente porque el paquete no incluya reglas que encuentren moralmente repugnantes. Más bien, ellos acuerdan este paquete porque, desde el punto de vista de todos, es moralmente superior a la ausencia de solución autoritativa y porque moralmente es el mejor paquete que pudo alcanzar un acuerdo. Y debido a que cumple estas condiciones, el paquete es en un sentido importante el paquete de reglas moralmente ideal de todos.

Las reglas ampliamente aceptadas en el paso 2 pueden ser atrincheradas de varias formas. Es decir, puede ser ampliamente aceptado que esas reglas no sean alteradas nunca, que no sean modificadas durante cierto tiempo, o que no sean alteradas excepto mediante procedimientos extraordinarios. Los miembros de la comunidad pueden creer que ellos tienen las mejores reglas posibles y que, por ello, es mayor el peligro de la pérdida de sabiduría o voluntad política, o la pérdida de interés moral, que el peligro de que el acuerdo en las mejores reglas amplio sea desbaratado.

En el momento del acuerdo sobre las reglas atrincheradas en el paso 2, las reglas significarán lo que quienes las hayan acordado quisieron decir con ellas. En otras palabras, quienes han acordado las reglas no sólo han acordado ciertos símbolos o sonidos, sino que también han acordado los significados particulares de tales símbolos o sonidos. Sin embargo, su acuerdo puede ser consagrado sólo de forma simbólica, toda vez que es posible separar los símbolos que acordaron y lo que quisieron significar con esos símbolos. Por ello, en el paso 2, ellos pueden acordar no sólo las reglas de la conducta gubernamental y las instituciones, sino también las reglas acerca de quién debe decidir posteriormente qué significan tales reglas.

Puede ser útil, entonces, distinguir entre una Constitución como una colección de símbolos acordados de una meta-Constitución (o reglas pre-constitucionales), que consiste en normas acordadas (meta-reglas) sobre cuál conjunto particular de símbolos es la Constitución, quién interpreta esos símbolos, y cuáles intenciones semánticas deben contar como el significado autoritativo de esos símbolos. La Constitución y la meta-Constitución

son inseparables al momento del acuerdo en el paso 2, pero ellas pueden separarse en cualquier momento posterior. Así, aunque la comunidad puede algún tiempo después carecer del acuerdo substantivo previo concerniente al contenido de las reglas que alcanzaron en el paso 2 (por ejemplo, ellos pueden discrepar sobre lo que la libertad de expresión debería cubrir o si la separación de poderes es una buena idea), ellos aún pueden tener un acuerdo sobre la meta-Constitución. Y que este acuerdo aún puede ser suficiente bajo nuestros principios de moralidad política para favorecer a la Constitución sobre la anarquía.

La discusión de la meta-Constitución y su relación con la Constitución simbólica ilustra las varias formas en las cuales una Constitución puede cambiar en el paso 3. Primero, la Constitución simbólica puede cambiar sin un cambio en la meta-Constitución. Una reforma constitucional en cumplimiento (del significado original) de la regla de enmienda establecida en la Constitución simbólica cambia de la Constitución original orgánicamente.

Segundo, puede ocurrir una revolución constitucional en la cual el acuerdo sobre la primera meta-Constitución sea reemplazado por un acuerdo sobre otra meta-Constitución que a su vez determina una Constitución simbólica diferente. La comunidad puede redactar una Constitución totalmente nueva, acordar ampliamente lo que ella significa y que es más deseable que Constitución actual, y también acordar que ella, y no la Constitución actual, será desde ahora autoritativa para ellos. (Podría decirse que la Constitución de los Estados Unidos fue el producto de tal revolución constitucional).

Tercero, la Constitución simbólica puede permanecer igual, pero la meta-Constitución puede cambiar. Así, la meta-Constitución original podrían ser sustituida en el paso 3 por un nuevo acuerdo meta-constitucional, uno que considera no autoritativas algunas partes de la Constitución simbólica, que substituye un nuevo entendimiento de los símbolos del significado original, o uno que “ratifique” las que de otra forma serían interpretaciones impropias de la Constitución simbólica.

De la misma forma en que es entendible que personas que difieren en sus convicciones políticas y morales podrían no obstante acordar atrincherar un conjunto de reglas constitucionales y meta-constitucionales, también es entendible como ellos podrían acordar nuevas reglas y meta-reglas y con ello efectuar una revolución constitucional. Debido a que es sólo el acuerdo de que esas reglas y meta-reglas deben ser supremamente autoritativas lo que las convierte en autoritativas, cualquier acuerdo subsecuente puede modificar el acuerdo original para este efecto. Por supuesto, puede que aquellos que hayan accedido al acuerdo original, no accedan al segundo.

Para ellos, la nueva Constitución no será autoritativa incluso si es vinculante. Al menos, no sería así si sus creencias político-morales favorecen a la anarquía o la resistencia sobre la nueva Constitución. Pero ello sería el caso para cualquier disidente de un acuerdo constitucional en tanto su aceptación de la Constitución no sea necesaria para alcanzar un grado de efectividad requerido para sostener la aceptación de los demás de la Constitución.

¿Por qué debería Jane, en el paso 4, aceptar como autoritativa una Constitución o una disposición constitucional (sea la Constitución original del paso 2 o una Constitución de reemplazo del paso 3) si ella no ve la Constitución o la disposición relevante como un ideal moral y prudente? La razón es la misma que tuvo en los pasos 1 y 2: un conjunto efectivo de reglas atrincheradas relativamente bueno, incluso si no es ideal, pueden ser considerado por los propios ideales de moralidad política de Jane como mejor que la anarquía o que cualquier otro conjunto de reglas atrincheradas que tenga una oportunidad de alcanzar un acuerdo amplio.

Finalmente, está la pregunta de por qué alguien debería aceptar cualquier regla o meta-regla como autoritativa, es decir, como una regla que proporciona una razón para la acción independiente de su contenido. Hasta ahora he sostenido que Jane puede tener una razón *dependiente* del contenido (razones derivadas de su moralidad política) para establecer y atrincherar reglas que otros reconozcan como autoritativas. Pero, ¿por qué *Jane* debería reconocer esas reglas como autoritativas? ¿Por qué no debería apartarse de ellas cuando su moralidad política considere la desobediencia como un curso de acción preferible? Por supuesto, si su moralidad política apoya estas reglas como las mejores sobre las cuales se puede alcanzar un acuerdo, entonces su moralidad política nunca dictará desobediencia si ello socava el acuerdo. *Pero bien puede dictarle desobediencia secreta.*

Este es el dilema central del seguimiento de reglas. Seguir una regla porque es una regla es lo que se denomina atribuir autoridad práctica a la regla. Pero si la autoridad práctica es imposible, las pretensiones de autoridad práctica serán falsas, y por tanto las reglas *qua* reglas serán indeterminadas, lo cual hipotéticamente no es moralmente óptimo. Así que parece, paradójicamente, que es moralmente óptimo hacer pretensiones en nombre de reglas que el pretensor considera falsas. Y lo aplica para las reglas de forma más general, aplica igualmente para las reglas atrincheradas del Derecho constitucional.

Ahora miremos de forma más cercana diversos aspectos de esta *just so story* de la adopción de una Constitución. Primero, la historia asume distinciones entre, por un lado, la Constitución y las reglas meta-constitucionales,

y, por otro lado, la Constitución y el Derecho ordinario. Pero, ¿cómo deben hacerse esas distinciones?

Tomemos la distinción entre la Constitución y la meta-Constitución. Recuerde que en el paso 2, Jane y su comunidad aceptó un conjunto particular de reglas para crear y modificar las normas válidas (establecer lo que ellos, como sociedad, debían hacer) conjuntamente con reglas relacionadas sobre como el primer conjunto de reglas podía ser reformado, cómo podría ser interpretado, por quién, y a qué grado de atrincheramiento si más tarde se piensa que la interpretación era errada. Ahora supóngase que las reglas para crear y cambiar el Derecho válido (y quizá las reglas para reformar esas reglas) son escritas, pero las otras reglas (relacionadas con quién interpreta la Constitución, cómo, y con qué efectos) no lo son. (Esto describe la Constitución de los Estados Unidos en la mayoría de las interpretaciones). ¿Son sólo las reglas escritas “la Constitución” mientras que las reglas no escritas son meta- o pre-constitucionales? Todas esas reglas, escritas y no escritas, se basan en la aceptación. Además, las reglas escritas pudieron haber sido no escritas, y las reglas no escritas pudieron haberse escrito.

Consideremos ahora la distinción entre Derecho constitucional y Derecho ordinario. Presumiblemente, la Constitución contiene reglas que gobiernan la forma en la que el Derecho ordinario se crea y modifica. Pero el Derecho ordinario también puede por sí mismo prescribir como se crean y modifican otras reglas. (Considérese que la legislación establece las reglas que gobiernan la promulgación y derogación de las regulaciones administrativas, o la legislación estatal que regula la creación del Derecho por las municipalidades y los condados). Además, gran parte del Derecho consiste en reglas que especifican como las obligación jurídicas pueden ser creadas, modificadas o eliminadas (las reglas que gobiernan el “ordenamiento privado”). ¿A qué nivel en la jerarquía las reglas que gobiernan la creación de otras reglas se convierten en “constitucionales”?

Se puede estar tentado a distinguir el Derecho constitucional del Derecho ordinario por los asuntos que regulan. Las constituciones, se puede suponer, contienen amplias reglas generales que establecen los procedimientos básicos de gobierno y quizá algunos derechos individuales y otras limitaciones a la actividad gubernamental. Las leyes ordinarias, por otro lado, tratan de asuntos más mundanos o cuestiones más temporales. Pero, por supuesto, lo anterior no es cierto para la mayor parte de las constituciones como las entendemos hoy. La Constitución de los Estados Unidos contiene, además de esas reglas estructurales y reglas que regulan las competencias del gobierno nacional, y los derechos magistrales en Carta de Derechos, varias reglas bastante específicas, muchas de las cuales fueron respuestas a

problemas históricos que desaparecieron hace tiempo. Y si esto es cierto de la Constitución de los Estados Unidos, lo es mucho más de otras constituciones.³ Las Constituciones de Francia, Alemania y Rusia, en particular las dos últimas, están repletas de reglas específicas que tratan de asuntos muy limitados o restringidos a preocupaciones y tradicional temporales y locales muy específicas. Por otro lado, gran parte del Derecho ordinario establece las estructuras fundamentales del gobierno (por ejemplo, los departamentos del gabinete y las agencias administrativas) y los derechos individuales básicos (por ejemplo, los que se encuentran en la Ley de Derechos Civiles de 1964 y la Ley de Derechos Electorales de 1965).

¿Qué sucede con la escrituralidad? ¿No es el hecho de que las Constituciones son escritas lo que distingue de las normas meta-constitucionales aunque no del Derecho legislativo ordinario?

Sostendré que la “escrituralidad” no es ni necesaria ni suficiente para las constituciones, ni las distingue de las normas meta-constitucionales. Las últimas también pueden ser registradas por escrito. Lo que las distingue de la “Constitución” puede ser sólo el hecho de que la autoridad de las reglas meta-constitucionales se deriva directamente del hecho de la aceptación, mientras que la autoridad de la “Constitución” se deriva *directamente* de la autoridad de las reglas meta-constitucionales e *indirectamente* de la aceptación. Se podría disentir de las reglas constitucionales pero aceptarlas como autoritativas, mientras que ello no sería posible con las reglas meta-constitucionales. Por supuesto, dado que todo el edificio se basa en la aceptación (y dado que la aceptación de las reglas meta-constitucionales es racional incluso si no es ideal desde la perspectiva de nadie, pero solamente ideal en el sentido de que son las mejores reglas que todos pueden aceptar) la línea entre “la Constitución” y la “meta-Constitución” parece imposible de esbozar como una cuestión teórica.

Quizá entonces deberíamos decir que sólo cuando la autoridad de la Constitución escrita se basa en reglas meta-constitucionales no escritas, las reglas escritas pueden ser consideradas “la Constitución”. Aunque la escrituralidad entonces distinguiría las constituciones de las metaconstituciones, no distinguiría las constituciones de otras normas escritas.

Además, en el mismo sentido que la “escrituralidad” no es suficiente para identificar a la Constitución, tampoco es necesaria. Aunque sería poco práctico para cualquier a sociedad de tamaño considerable, o cualquier sistema jurídico que intente permanencia por muchos años, no existe ninguna

³ Véase, para un análisis, S.E. Finer, V. Bognador, y, B. Rudden, *Comparing Constitutions*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

imposibilidad lógica en que todas las leyes, incluyendo la Constitución, sean no escritas. Registrar las reglas por escrito es enormemente útil, por supuesto, porque evita controversias acerca de cuáles reglas fueron establecidas. Sin embargo, sería un error ver la “escrituralidad” como un atributo necesario del Derecho o las constituciones.

Quizá la forma más promisorio de distinguir las constituciones de las reglas meta-constitucionales y del Derecho ordinario es por referencia a los grados de atrincheramiento. Se podría argüir que las constituciones son reglas más atrincheradas frente al cambio de las leyes ordinarias. Así, en los Estados Unidos, la Constitución puede ser cambiada sólo por los requisitos supermayoritarios establecidos en el artículo V —y la regla que otorga “sufragio igual” a los estados en el Senado no puede ser cambiada en absoluto*—mientras que la legislación y sus derogatorias se puede realizar con los votos mayoritarios en el Congreso.

Sin embargo, la historia del atrincheramiento relativo es más complicada. Considérese, primero, que la misma existencia de la Constitución de los Estados Unidos depende de la aceptación pública hoy y a cada momento de la autoridad del documento redactado en Filadelfia en 1787 y ratificado acuerdo con los términos allí establecidos. Esta aceptación (la meta-Constitución) nunca es atrincherada, ni lo puede ser. Incluso la parte más atrincherada de la Constitución, la regla de sufragio igual, es autoritativa solamente porque es aceptada como tal en un momento dado. (Este punto refleja la paradoja de las reglas autoritativas: las aceptamos como un medio para solucionar los desacuerdos acerca de lo que debe hacerse; pero dado que, efecto de tales acuerdos, ellas deben ser determinadas y así deben divergir en una variedad de casos de lo que es moralmente óptimo, por lo que tenemos por igual razones para apartarnos de ellas y razones para aceptarlas, y esas razones rivales no pueden ser sopesadas o balanceadas porque son aspectos de las mismas razones que operan a niveles diferentes).

* *N. de T.* El Artículo V de la Constitución de los Estados Unidos describe el proceso a través del cual la Constitución puede ser modificada por el Congreso de los Estados Unidos o por una convención nacional que está juntado a solicitud de las legislaturas de, por lo menos, dos terceras de los varios estados. El procedimiento es bastante exigente, e incluye ratificación por las Asambleas Legislativas Estatales. Además, el artículo prohíbe enmiendas del “sufragio igual” de los estados (a la cual hace referencia el autor). La importancia de esta última regla es conservar a los estados de la Unión como actores políticos del Senado, sin importar su extensión o población. De este modo, un estado pequeño como Rhode Island o poco poblado como Wyoming, tienen la misma representación que un estado extenso como Alaska o uno mucho más poblado como California, y esta regla no puede ser modificada.

Al decir que incluso las reglas más atrincheradas dependen de su aceptación de momento de momento a momento, no estoy ignorando la posibilidad de que en su implantación, esas reglas eran acordadas por toda la comunidad. Se deben decir tres cosas sobre tales acuerdos constitucionales. Primero, es difícil pensar en un régimen constitucional real que hubiera sido fundado sobre acuerdo universal. Con certeza, la Constitución de los Estados Unidos no lo fue. No sólo había muchas personas privadas del derecho al voto, sino muchos que votaron en contra de su ratificación.

Segundo, por la misma razón que una promesa de cometer a un ilícito no es moralmente vinculante, un acuerdo de someterse a reglas obligatorias no es moralmente vinculante cuando luego se concluye que las reglas son moralmente perversas.

Tercero, a pesar de los fundadores (redactores de la Constitución) acordaron las reglas constitucionales, y cualquiera fuera la fuerza vinculante de tal acuerdo para ellos, las generaciones posteriores no están vinculados en virtud del acuerdo original de los fundadores. Las reglas de los fundadores son autoritativas para las generaciones siguientes sólo mediante la aceptación de esta autoridad por parte de los sucesores. Por supuesto, esto no significa que si ellos no aceptan las reglas, es erróneo para aquellos quienes las aceptan imponerlas a los disidentes. Sin embargo, cuando el nivel de aceptación declina suficientemente, las reglas serán inefectivas para resolver los desacuerdos de la comunidad sobre lo que se debe hacer, lo que significa que aquellos quienes aceptaron las reglas ahora no tienen razón para ello. La comunidad necesitará coordinarse alrededor de un nuevo conjunto de reglas para resolver las controversias.

El punto aquí es que incluso las reglas más atrincheradas (una regla como la de “sufragio igual”, que no puede ser enmendada en absoluto) en últimas depende de la aceptación de su atrincheramiento. Por otro lado, incluso la regla menos atrincherada (por ejemplo, una regla que puede ser derogada en cualquier momento por una mayoría) debe ser atrincherada por algún periodo de tiempo que sea efectiva regla. Considérese una regla que pueda ser reconsiderada continuamente en cualquier momento, y que sea alternativamente promulgada y derogada con efecto retroactivo una y otra vez en un mismo día. Tal regla es, durante sus varias promulgaciones, demasiado “des-atrincherada” como para realizar su función.

Este ejemplo es, en cuanto al atrincheramiento, el polo opuesto a la regla totalmente atrincherada “del sufragio igual”. Pero entre los dos polos, existen varios niveles de atrincheramiento. Por ejemplo, típicamente distinguimos las disposiciones de la Constitución de Estados Unidos que pueden ser derogadas solamente mediante un proceso supermayoritario del Artícu-

lo V, de las leyes promulgadas por el Congreso, las cuales pueden derogadas por leyes ordinarias subsecuentes. Las últimas las consideramos Derecho ordinario, mientras que las primeras las consideramos Derecho constitucional. Y es cierto que las disposiciones constitucionales son más atrincheradas que las leyes ordinarias. Pero nótese que para promulgar o derogar una norma legislativa, ella debe recibir un voto mayoritario en las dos cámaras del Congreso y luego ser ratificada por el Presidente. Si el Presidente se niega a ratificarlas, la ley o la derogación requieren dos tercios del voto de ambas cámaras. Seguramente, entonces, el *statu quo* de “leyes ordinarias” en los Estados Unidos es mucho más atrincherado de lo que sería si las leyes fueran aprobadas y derogadas solamente por el voto mayoritario en una legislatura unicameral o en un plebiscito.

Además de los requisitos concurrencia de las dos cámaras y la concurrencia presidencial, existen varias reglas adicionales en la Constitución de los Estados Unidos y en otros países que atrincheran reglas ordinarias en grados variados. Existen usualmente numerosas reglas procedimentales acerca de cuándo y cómo ciertos asuntos pueden ser tratados de formal tal que atrincheren el *status quo*, y así evitan los problemas de los ciclos que el Teorema de Arrow podría predecir cuándo hay mayoritarismo simple y las reglas no atrincheradas. Como John McGinnis y Michael Rappaport ilustran en su estudio exhaustivo del tema, la Constitución de los Estados Unidos tiene varias reglas que atrincheran la legislación ordinaria frente al cambio, tales como los dos tercios de los votos en el Senado que son requeridos para aprobar un tratado o para formalizar un procedimiento penal contra algún funcionario público (*impeachment*)⁴.

Así, aunque las constituciones pueden ser distinguidas por el grado en el cual sus reglas están atrincheradas, el Derecho ordinario no constitucional siempre está atrincherado en alguna medida. Y en las Constituciones como la de los Estados Unidos, muchas leyes ordinarias están altamente atrincheradas debido al bicameralismo, el requisito de concurrencia presidencial y las específicas reglas supermayoritarias de la Constitución misma.

Muchos lectores pueden creer que he omitido la forma más obvia de distinguir las constituciones del Derecho ordinario, la cual es no relativa a los grados de atrincheramiento sino a su ubicación en la *jerarquía de la validez jurídica*. Desde una perspectiva, las leyes ordinarias son válidas si ellas son consistentes con la Constitución. La validez de la Constitución, sin embar-

⁴ John McGinnis y Michael Rappaport, “Our Supermajoritarian Constitution”, *Texas Law Review*, vol. 80, 2002, pp. 703-806.

go, no debe de su consistencia con ningún Derecho mayor sino que se basa en su aceptación.

Además, en esta perspectiva, las leyes ordinarias pueden ser *más* atrincheradas que la Constitución. Así, mientras que una Constitución puede disponer su enmienda por un voto mayoritario; una disposición constitucional puede autorizar el atrincheramiento de las normas ordinarias, de forma tal que la legislatura puede promulgar leyes que sólo pueden ser derogadas por mayorías supermayoritarias. Por lo tanto, de acuerdo a esta perspectiva, el nivel de atrincheramiento no puede ser el criterio que distingue las Constituciones del Derecho ordinario.

Quiero ahora conceder que una Constitución puede disponer el atrincheramiento de las leyes ordinarias. Y la Constitución misma puede ser reformable por una mayoría simple. Tal estado de las cosas es posible, aunque obviamente sería un arreglo bastante frágil. Si una mayoría deseara derogar legislación que ha sido atrincherado solamente frente a la derogatoria mayoritaria simple, seguramente estaría tentada a enmendar la Constitución para poder hacer eso, dado que ellos pueden enmendar la Constitución mediante un voto mayoritario. En realidad, podrían enmendar la Constitución, derogar la ley, y entonces volver a cambiar la Constitución para permitir atrincheramientos de la legislación ordinaria. Por supuesto, ellos pueden ejercer extremado auto-control y abstenerse tomar este curso de acción. Pero no existen razones obvias por las cuales el atrincheramiento no sea autorizado por disposiciones no atrincheradas.

Habiendo concedido la posibilidad de que una “Constitución” puede ser menos atrincherada que el “Derecho no constitucional”, ¿por qué no distinguir las constituciones del Derecho ordinario en términos qué valida qué? El problema de usar la ubicación en las relaciones de validez jurídica que marca las constituciones es la siguiente: Lo que normalmente consideramos como constituciones unitarias están conformadas por partes que están ubicadas en puntos diferentes de la jerarquía de validez jurídica.

Considérese la Constitución de los Estados Unidos. Se puede decir que su artículo VII, el cual describe los requisitos de ratificación de la Constitución misma, es la disposición más fundamental de la Constitución, pues es la disposición que valida a todas las demás. Esta disposición sería lo que fue aceptado como la “regla de reconocimiento”, así que incluso aquellos que votaron contra la ratificación aceptarían la Constitución si fuera ratificada de acuerdo con los términos del artículo VII.⁵

⁵ Michael Green, “Legal revolutions: Six mistakes about discontinuity in the legal order”, *North Carolina Law Review*, vol. 83, 2004, pp. 331-409.

Si el artículo VII está en la cúspide la jerarquía de validez, el artículo V, la disposición de reforma, está un paso más abajo. Y eso significa que las enmiendas hechas en cumplimiento del artículo V están dos pasos más abajo del artículo VII. Si, por lo tanto, la ubicación en la cadena de validez fuera el criterio con el cuál distinguimos las constituciones del Derecho ordinario, y no el atrincheramiento relativo, la Catorceava Enmienda de la Constitución sería Derecho ordinario, no parte de lo que adecuadamente denominaríamos Constitución. En realidad, también ocurriría lo mismo con los artículos del I al VI.

Sugiero que la ubicación en la cadena de validez no es un método descriptivamente conveniente para identificar lo que normalmente denominamos constituciones. Reconozco, sin embargo, que es posible que todo aquello que normalmente denominamos constituciones esté menos atrincherado que lo que normalmente denominamos Derecho ordinario. Creo que el grado de atrincheramiento normalmente marcará mejor lo que distinguimos como Constitución que las relaciones de validez, pero los dos criterios muy frecuentemente deberán actuar juntos. Y, por supuesto, el edificio completo se basa en la aceptación.

II. ¿QUÉ FUNCIONES CUMPLEN LAS CONSTITUCIONES?

Si las Constituciones son normas más atrincheradas que las normas ordinarias (teniendo en cuenta que el atrincheramiento a menudo es una cuestión de grado, e incluso las normas más atrincheradas en últimas se basan en la aceptación momento a momento), ¿qué funciones cumplen las constituciones? Teóricamente, una Constitución podría atrincherar un código completo de un área del Derecho, sin ningún mecanismo para cambiar tal código diferente de la enmienda constitucional o la revolución. Sin embargo, en las sociedades modernas, tal sistema jurídico estático sería altamente disfuncional. Por lo tanto, de forma realista, como mínimo, las constituciones deben atrincherar las normas para crear y modificar el Derecho ordinario (no constitucional). Esas reglas pueden no hacer más que establecer una democracia parlamentaria simple unicameral. Incluso tal sistema constitucional simple probablemente tendría reglas sobre la elección del parlamento, quienes son los votantes electores, y similares, aunque es posible que estas reglas no estén atrincheradas y el parlamento mismo pueda alterarse su capacidad legislativa ordinaria. Si los atrincheramientos constitucionales no son absolutos, entonces la Constitución normalmente contendrá reglas atrincheradas acerca de cómo la Constitución misma puede ser alterada.

La mayoría de las constituciones van más allá de atrincherar una democracia parlamentaria simple y los procedimientos de enmienda constitucional. Ellas pueden atrincherar reglas que establecen un procedimiento de creación legislativa más complejo (por ejemplo, con los requisitos de concurrencia bicameral y presidencial de la Constitución de los Estados Unidos). Ellas pueden atrincherar reglas que establecen los departamentos ejecutivos y judiciales y que especifiquen sus poderes, procedimientos y criterios de membresía. Ellas pueden establecer un sistema federal de creación legislativa dividida y limitada. Y por supuesto, ellas pueden atrincherar ciertos derechos de los individuos frente al gobierno y los demás individuos.

¿Por qué atrincherar reglas frente a la derogación o enmienda por las mayorías actuales? Después de todo, sin importar cuán sabios o virtuosos sean, los constituyentes originales saben que ellos son falibles en cuestiones morales y prudenciales. ¿Qué los motiva entonces a atrincherar reglas que pueden no ser las óptimas, e incluso pueden resultar perversas?

Existen varias razones que pueden justificar este atrincheramiento. Una es la razón que yace detrás de todos los intentos de guiar la conducta a través de reglas determinadas, a saber, la solución de las controversias sobre lo que debe hacerse. Tales controversias producen costos morales y prudenciales en términos de toma de decisiones y uso de los recursos, el fracaso para coordinar decisiones, y la inhabilidad para hacer uso óptimo del conocimiento experto. Las reglas determinadas simplifican la toma de decisiones, hacen la coordinación posible y, si son promulgadas por las autoridades seleccionadas por su conocimiento experto o su habilidad para utilizar tal conocimiento, es más probable que sean óptimas (o cercanas al óptimo), en términos morales y prudenciales, que las decisiones aleatorias.

Las reglas determinadas producen estos beneficios de solución de conflictos en una medida mayor en tanto estén atrincheradas frente a la derogación. Si tales reglas están sujetas a la derogación en cualquier momento por un cambio menor en el sentimiento de la mayoría, ellas son menos confiables para propósitos de coordinación, y más recursos deben ser utilizados en intentar derogarlas (y en oponerse a esos intentos). Así que aunque existe un peligro en atrincherar reglas (las reglas pueden ser imprudentes o perversas), existen beneficios en la solución de controversias que se derivan de los atrincheramientos.

Además, existen clases particulares de casos que los constituyentes originales pudieron pensar que son particularmente aptos para el atrincheramiento. Algunas reglas atrincheradas protegen frente casos previsibles de falta de visión legislativa. Por ejemplo, la “cláusula de los contratos” del Artículo I, sección 10 de la Constitución de los Estados Unidos, la cual prohíbe

a los estados limitar las obligaciones de los contratos*, fue atrincherada porque en momentos de recesión, cuando los deudores superan grandemente en número a los acreedores, pueden tener algún interés en que el legislativo pase leyes para que les libre de sus deudas. Tales leyes benefician a los deudores actuales, pero debido a que hacen riesgoso el otorgamiento de crédito, ellas aumentan las tasas de interés que los deudores futuros deben pagar y son en último desastrosas en términos económicos. No se puede contar con que las mayorías legislativas protejan las generaciones futuras de deudores, quienes, por supuesto, no pueden votar actualmente.

El escenario que yace detrás de las cláusula de los contratos es un ejemplo típico de la clase de interés que los teóricos de la elección pública consideran cuando las mayorías legislativas predeciblemente serán poco confiables y cuando una regla atrincherada será beneficiosa. Otros ejemplos de reglas en este sentido son las reglas que John Ely ha denominado “de reforzamiento representativo”⁶. Así, las reglas que definen quién es elegible para votar para el legislativo pueden ser atrincheradas de forma tal que una mayoría momentánea no pueda congelar tales reglas que favorecen la oposición, ni eliminarlas de representación política. De forma similar, las reglas que garantizan la libertad de expresión pueden ser atrincheradas para prevenir que las mayorías momentáneas silencien a sus críticos.

Otras clases de reglas que parecen ser apropiadas para atrincheramiento son aquellas que Adrian Vermule denomina las “reglas del velo de ignorancia”, las “reglas de elegibilidad” y las “reglas de recusación”, todas cuales tienen expresión en disposiciones de la Constitución de Estados Unidos⁷. Las reglas del velo de ignorancia son reglas que requieren que las normas sean generales y prospectivas, y que evitan los abusos predecibles del legislativo que ocurren cuando los legisladores están conscientes de las personas particulares a quienes sus leyes pueden beneficiar y perjudicar. Las reglas de elegibilidad y recusación previenen la ocurrencia de conflictos de interés predecibles. La razón para atrincherar este tipo de reglas, cuando ello se hace, se deriva de que el peligro derivado de que el interés propio limite el juicio gubernamental es mucho mayor que cualquiera de los peligros generados por el atrincheramiento mismo.

Por supuesto, las reglas cuyo atrincheramiento en constituciones es a menudo más controversial son las reglas que establecen ciertos derechos.

* *N. de. T.* El texto es el siguiente: “Ningún estado ... podrá promulgar... leyes ex post facto o leyes que menoscaben las obligaciones que derivan de los contratos”.

⁶ John Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

⁷ Adam Vermule, “Veil of ignorance rules in constitutional law”, *Yale Law Journal*, vol. 111, 2001, pp. 399-442.

Una fuente de controversia es sobre si tales derechos constitucionales deben ser restringidos a los derechos frente a la acción gubernamental (derechos a que el gobierno no infrinja ciertas libertades, como que el gobierno no tome o regule excesivamente la propiedad, o de que el gobierno no discrimine según varios criterios, tales como raza, sexo, religión o nacionalidad), o a si los derechos constitucionales deben incluir derechos prestacionales a ciertas acciones gubernamentales, tales como los derechos al empleo o cierto nivel de ingreso, la seguridad social y similares, o deben incluir también derechos frente a otros particulares e instituciones además de los derechos frente al gobierno. Los derechos de protección negativa a la libertad y a la propiedad tiene la ventaja de ser más fácilmente aplicables judicialmente que los derechos afirmativos al empleo, la seguridad social y el ingreso, particularmente porque ellos son frecuentemente vistos como asuntos menos sensibles al contexto, aunque esto en sí mismo no constituye a los últimos en material inapropiado para atrincheramiento constitucional. La existencia pre-jurídica (moral) de tales derechos negativos es también menos controversial que la existencia de los afirmativos.

La controversia más importante relacionada con la constitucionalización de los derechos es si existe suficiente justificación para atrincherar derechos contra la revisión democrática. En una perspectiva, los derechos son particularmente aptos para las constituciones democráticas porque ellas representan límites a lo que las mayorías están legitimadas a hacer, y debido a que no se puede confiar en la mayoría como el guardián de los derechos cuando estos derechos amenazan sus ambiciones. En la perspectiva opuesta, los derechos deben ser dejados a la determinación de la mayoría porque el contenido de los derechos es frecuentemente controversial, y ninguna determinación del contenido tomada en el pasado debería limitar a la mayoría actual sobre ellos. No trataré esta controversia aquí, pues ella será elaborada mejor en otros lugares.*

* *N. de. T.* La segunda parte de este volumen contiene una discusión de estos problemas.