

Constitucionalismo

"Constitucionalismo" puede definirse de manera mínima como el conjunto de teorías y prácticas que buscan implementar y defender normativamente el ideal de un gobierno eficaz y limitado.¹

Bajo esta definición mínima, el común denominador del rico y heterogéneo pensamiento constitucionalista es el enemigo a vencer: el gobierno "extremo" (Aristóteles, 2000), "despótico" (Montesquieu, 1999; Hamilton, Madison y Jay, 2001) o, haciendo uso del vocabulario de las ciencias sociales contemporáneas, "autoritario" (ej. Linz, 1964). Por ello la producción de taxonomías para distinguir a los Estados moderados de los que no lo son es inherente al constitucionalismo, tanto antiguo como moderno. Los criterios que un Estado debe satisfacer para ser considerado *constitucional* han tenido importantes variaciones a través del tiempo

¹ Existen múltiples definiciones de "constitucionalismo" (ej. Sartori, 1962; Friederich 1968, Holmes, 1995). Un número importante de ellas únicamente incorporan al "constitucionalismo negativo", es decir al conjunto de teorías y prácticas que tienen por objetivo un gobierno libre de abusos de poder. Sin embargo, como Stephen Holmes (Holmes, 1995) y otros autores después de él han enfatizado, este objetivo presupone la existencia de un Estado poderoso, capaz de proveer de bienes como la seguridad. Entonces, la interrogante que el constitucionalismo busca resolver es: ¿cómo generar un gobierno con el poder suficiente para llevar a cabo sus tareas (constitucionalismo positivo) y que no use ese poder contra sus ciudadanos (constitucionalismo negativo)?

y entre distintos autores, en consecuencia sus características y nombres son múltiples: "*politeia*", "constitución mixta", "constitución balanceada", "república", "monarquía constitucional" y "democracia constitucional".

Más allá de esta definición mínima el pensamiento constitucionalista es un universo heterogéneo. Ello no es casual, el constitucionalismo tiene una trayectoria tan larga como la filosofía política misma y sigue siendo un área muy fértil de investigación académica y de debate político y jurídico. En lo que sigue buscaré dar una muy breve introducción al constitucionalismo, a su desarrollo histórico y a las principales discusiones contemporáneas en torno a él. Este recuento será solo una invitación, un primer paso, para quien esté interesado en explorar esta temática.

I. Constitucionalismo de los antiguos versus constitucionalismo de los modernos

En términos muy generales, y no sin cierto grado de simplificación, el constitucionalismo se puede dividir en dos grandes periodos separados por el surgimiento de las primeras constituciones codificadas fruto de la independencia de las trece colonias de norteamericanas² y de la revolución francesa.³

² La constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787. Para excelentes recuentos del pensamiento que acompañó este proceso y cómo se materializó en la constitución de 1787 ver: (Rakove, 1996, Wood, 1969).

³ La constitución francesa de 1791.

Para dar cuenta de manera clara y concisa de la distinción entre el constitucionalismo antiguo y moderno es útil advertir que ambos pueden concebirse como teorías sobre el comportamiento humano en el ámbito político que tienen el objetivo común de generar un gobierno eficaz y limitado, pero que están fincados en distintas ideas respecto al tipo de motivaciones capaces de generar las acciones deseadas por parte de los gobernantes. Específicamente, ambos estructuran el gobierno de modo que individuos con motivaciones opuestas sean colocados en instituciones claves para que se monitoreen y limiten mutuamente. Sin embargo, el origen y carácter de estas motivaciones opuestas es diferente para cada uno.

En los modelos antiguos de la constitución mixta, de las repúblicas renacentistas y del equilibrio constitucional británico, esas motivaciones opuestas se encontraban social y económicamente determinadas, es decir correspondían a los estamentos socio-económicos que conformaban a la comunidad política (Pasquino, 2009): la corona, los lores y los comunes en el caso británico (Pocock, 1957; Burke, 1999), la nobleza y el pueblo en el modelo de maquiavélico (Maquiavelo, 2000) y los ricos y los pobres en el modelo de la constitución mixta (Aristóteles, 2000).

Por ejemplo, de acuerdo con Aristóteles "en todas las ciudades [léase Estados] hay tres elementos: los muy ricos, los muy pobres y, en tercer lugar, los intermedios entre unos y otros" (Aristóteles, 2000:206-207). La democracia, el gobierno de la mayoría pobre, se caracteriza por instituciones que protegen los intereses de este grupo social, mientras que la oligarquía, el gobierno de los pocos

ricos, protege y fomenta los intereses de la clase acaudalada. Entonces, tanto la democracia como la oligarquía son formas de gobierno extremas, donde la clase en el poder vela solo por sus intereses y abusa de las otras. Por lo tanto, estas dos constituciones son inherentemente inestables ya que los ricos tienen incentivos para rebelarse en contra del gobierno democrático (Aristóteles, 2000: 257-262) y los pobres contra el gobierno oligárquico (Aristóteles, 2000: 262-270).

Para lograr un gobierno moderado, un gobierno que impida el uso arbitrario del poder, que promueva los intereses de todas las partes de la Ciudad y que sea inherentemente estable, Aristóteles sugiere generar una constitución que mezcle la oligarquía y la democracia (Aristóteles, 2000: 197). Así el gobierno constitucional (la *politeia*) toma las motivaciones opuestas de los ricos y de los pobres como insumos y las organiza para que puedan balancearse. Dado que las leyes de cada una de estas constituciones favorece los intereses de su clase dominante, al mezclarlas obtenemos una ley imparcial. "...[P]or ejemplo... las oligarquías fijan una multa a los ricos si no administran justicia, y los pobres no reciben ningún salario; en las democracias, los pobres reciben un salario y a los ricos no se les impone ninguna multa. Una solución común e intermedia entre ellas son ambas a la vez, y ello es propio de una república [*politeia*], pues es una mezcla de ambas" (Aristóteles, 2000: 2001-2002). Así, el constitucionalismo antiguo toma las motivaciones que corresponden a los distintos estamentos y las organiza en un marco institucional mixto con el propósito de alcanzar el objetivo político de un Estado moderado.

En contraste, el constitucionalismo moderno no asume las distinciones socioeconómicas como "naturales" y "esenciales". El constitucionalismo moderno parte de la premisa de que la sociedad está compuesta por individuos iguales, y no por clases sociales inmutables (Paine, 2004; Sieyés 2003). La idea clásica de las motivaciones opuestas como un medio para alcanzar la meta de un gobierno moderado sigue presente, pero el origen de tal oposición ya no puede ser la existencia de estamentos sociales diferentes y naturalmente en conflicto. Por consiguiente, las motivaciones individuales necesitan ser moldeadas por los roles e incentivos establecidos en una constitución codificada, para así garantizar que la existencia de intereses contrapuestos que se equilibren entre sí al interior del gobierno, al tiempo que generan un gobierno capaz de realizar las tareas que se le han encomendado.

Por ejemplo, de acuerdo con *el Federalista* las motivaciones que llevarán a un juez de la Suprema Corte a frenar los abusos de poder de las ramas electas se derivan de un diseño constitucional que garantiza, por un lado, la independencia judicial (con una permanencia en el puesto larga, un mecanismo de nombramiento en el que intervengan varias instituciones, etcétera), y por el otro, que dota a los jueces del poder de revisión constitucional (Hamilton, Madison y Jay, 2001).

El constitucionalismo tiene así una larga historia, en el transcurso de la cual se ha vinculado a otras vertientes del pensamiento legal y político. En particular, el constitucionalismo tiene una larga relación con el pensamiento republicano que inicia en la antigüedad y se mantiene hasta nuestros días (Pettit, 1997), con el

Andrea Pozas Loyo, (en prensa) "Constitucionalismo" en *Diccionario de Justicia*. Carlos Pereda, et.al. (eds.) Siglo XXI Editores, México.

liberalismo a partir de Locke (Locke, 2002), y con la teoría democrática con la que, como veremos, ha sostenido una relación compleja.

II. Constitucionalismo contemporáneo: tres vertientes de investigación

En lo que resta de esta entrada realizaré una muy breve introducción a las principales vertientes de la investigación contemporánea en el ámbito del constitucionalismo. En términos generales, la agenda académica en esta área puede dividirse en tres grandes grupos: 1) la investigación que gira entorno a los problemas normativos vinculados al constitucionalismo contemporáneo, 2) la investigación conceptual que tiene por objeto analizar los conceptos centrales del pensamiento constitucionalista actual y 3) la investigación empírica que busca dar cuenta de las formas en las que el constitucionalismo se ha institucionalizado, de sus efectos y de sus causas. No es viable dar cuenta de la totalidad de estas tres literaturas, lo que haré será presentar algunas preguntas paradigmáticas pertenecientes a cada una de ellas.

II.1 Investigación normativa

Como se discutió en la sección previa, el objetivo fundamental del constitucionalismo moderno es el establecimiento de un gobierno eficaz y no arbitrario. Para ello sus herramientas principales, aunque no exclusivas, son las constituciones codificadas⁴ y la adjudicación constitucional.⁵ Del papel central que

⁴ Por constitución "codificada" se entiende la ley escrita de mayor jerarquía en un ordenamiento legal que establece la estructura del gobierno y los derechos, y cuyo proceso de enmienda es más difícil el cambio de las leyes ordinarias (Bryce,

juega el juez constitucional como interprete último de la constitución surgen dos de las preguntas que más debate han producido en el constitucionalismo normativo contemporáneo:

a. ¿Cómo deben los jueces interpretar la constitución para proteger los valores del constitucionalismo? En otras palabras: ¿Cuáles son los criterios normativos que la adjudicación constitucional debe seguir para que los jueces constitucionales no decidan de manera arbitraria? ¿Cuáles son los límites de la interpretación constitucional legítima?

Estas preguntas han inspirado una vasta y rica literatura. En términos muy generales esta literatura puede dividirse en dos grandes campos: el originalismo (Bork 1990; Scalia 1997; Whittington 1999; Barnett 2004; Solum 2008) y el constitucionalismo vivo [*living constitutionalism*] (Strauss, 2010; Waluchow, 2007) donde sobresale "la lectura moral de la constitución" defendida por Dworkin (Dworkin, 1996). De un modo muy somero, el originalismo argumenta que la adjudicación constitucional solo es legítima cuando los intérpretes se restringen a

1901:129). Es importante hacer notar que si bien la mayor parte de los gobiernos constitucionales contemporáneos tienen una constitución codificada, no todos la tienen, por ejemplo Nueva Zelanda e Inglaterra carecen de una.

⁵ La adjudicación constitucional es el poder que se confiere a un conjunto de jueces de interpretar la constitución y de sancionar sus límites Para una introducción a la adjudicación constitucional y a su historia en México ver (Pozas-Loyo y Ríos Figueroa, 2010).

las intenciones y al significado original de los límites constitucionales acordados y no insertan sus valores e ideas disfrazadas de interpretación. En contraste, la lectura moral de la constitución establece que para hacer una interpretación correcta las cláusulas constitucionales deben interpretarse bajo el entendido que refieren a principios morales de decencia política y justicia, solo a la luz de estos principios la constitución adquiere significado pleno y vigente.

b. ¿Es consistente la adjudicación constitucional con el principio de decisión mayoritaria? O ¿es la interpretación constitucional realizada por jueces no electos ni representativos inherentemente anti-democrática? En términos muy generales podemos plantear que las respuestas a estas preguntas pueden separarse en dos: las afirmativas y las negativas. Entre quienes sostienen que la adjudicación constitucional es consistente con la democracia encontramos a quienes las concilian por medio de la autorización democrática de los compromisos constitucionales (Ackerman, 1991) y quienes sostienen que la interpretación constitucionales facilita o perfecciona la operación del gobierno democrático (Ely, 1980; Holmes 1995), por ejemplo haciendo posible la deliberación y la toma razonada de decisiones (Sunstein 1993; Eisgruber, 2001). Quienes consideran que la adjudicación constitucional y la democracia son irreconciliables se dividen en dos campos: quienes argumentan que la democracia debe priorizarse (Waldron 1999) y quienes defienden que el constitucionalismo sustantivo tiene primacía sobre los procesos democráticos (Dworkin 1985: 359).

II.2 Investigación conceptual

Esta agenda de investigación busca presentar una teoría del significado de algunos de los conceptos centrales del constitucionalismo contemporáneo.

a) ¿Qué es una constitución? Y ¿cómo podemos entender su funcionamiento con base en la estructura de las interacciones que posibilita? Existen en términos muy generales dos grandes respuestas a estas preguntas. La primera considera que las constituciones son un tipo de contrato, e implica una visión de las constituciones que es heredera del contractualismo clásico. Esta teoría parte de la idea de que los miembros de la sociedad tienen intereses divergentes, incluso en conflicto, y que las constituciones generan cooperación al establecer beneficios para todos (Buchanan, 2001). Un problema que esta teoría enfrenta es que, a diferencia de los contratos ordinarios en los que existe una autoridad externa que los haga cumplir, el "contrato" constitucional carece de dicha fuente de cumplimiento.

La segunda respuesta considera que una constitución es un artefacto de coordinación en dos sentidos (Hardin, 1999). Primero porque en el momento constituyente los intereses se coordinan en el contenido constitucional, y segundo porque una vez que funciona la principal tarea de una constitución es hacer posible la coordinación entre los individuos. A diferencia de la teoría contractualista, la teoría de coordinación parte de la idea de que las constituciones funcionan solo cuando la estructura fundamental de los intereses de una sociedad no es de conflicto (e.j. Weingast, 1997).

III. Investigación empírica

La investigación empírica entorno al constitucionalismo muy extensa y variada los casos estudiados cubren prácticamente todos los países del mundo, y las diferencias metodológicas que van desde casos de estudio hasta investigaciones comparadas que incluyen decenas de países a través de varias décadas. Una de las múltiples preguntas que motivan esta agenda es la siguiente:

a) ¿Qué explica la sobrevivencia política de las cortes constitucionales poderosas e independientes?⁶ En otras palabras: ¿cuándo y por qué las ramas electas no hacen uso de su poder político para menoscabar las facultades de las cortes que declaran inconstitucionales sus leyes y actos? Existen dos tipos de respuestas a este enigma: las que subrayan las motivaciones que responden a intereses de los políticos, y las que enfatizan las motivaciones derivadas de costos que otros actores pueden hacer pagar a los políticos si deciden atacar a la corte constitucional (Vanberg, 2015). La adjudicación constitucional implica al menos tres beneficios a los políticos electos: proveen de información de otro modo difícilmente accesible (Rogers, 2001), desvían el foco de atención en la toma de

⁶ Es importante apuntar es que la respuesta a esta pregunta debe diferenciarse de la respuesta a la pregunta ¿cuándo y por qué podemos esperar que los políticos creen cortes poderosas e independientes? Sobre esta cuestión ver (Pozas-Loyo y Ríos Figueroa, 2010) para Latinoamérica y (Ginsburg, 2003) para Asia.

Andrea Pozas Loyo, (en prensa) "Constitucionalismo" en *Diccionario de Justicia*.
Carlos Pereda, et.al. (eds.) Siglo XXI Editores, México.

decisiones impopulares, y de cara a la alternancia, provee un seguro a los partidos perdedores contra la arbitrariedad del gobierno (Stephenson, 2003). Finalmente, las explicaciones exógenas se centran en los factores que conducen a los políticos a no atentar contra estas cortes aunque así lo quieran. Entre estos textos sobresalen los que se centran en el apoyo popular que los tribunales constitucionales gozan en un número importante de democracias (Epstein et al., 2001).

Bibliografía

Ackerman, B. A. (1991), *We the People*, vol. 1: Foundations. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Aristóteles. (2000), *La Política*, trad. de M. García Valdés. Madrid, Gredos,.

Barnett, R.E. (2004), *Restoring the Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton: Princeton University Press.

Bork, R. (1990), *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. New York: Macmillan.

Buchanan, J. M. (2001), *Choice, Contract, and Constitutions*. Indianapolis: Liberty Fund.

Burke, E. (1999), "An Appeal from the New to the Old Whigs" en Edmund Burke, *Further Reflections on the French Revolution*, New York, Liberty Fund.

Bryce, J. (1901), "Flexible and Rigid Constitutions", en James Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, Nueva York, Oxford University Press, , v. 1.

Dworkin, R. (1996), *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press.

Andrea Pozas Loyo, (en prensa) "Constitucionalismo" en *Diccionario de Justicia*. Carlos Pereda, et.al. (eds.) Siglo XXI Editores, México.

Eisgruber, c. L. (2001), *Constitutional Self-Government*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Ely, j. H. (1980), *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Epstein L, Knight J, Shvetsova O. (2001), "The role of constitutional courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government". *Law Soc. Rev.* Año 35. Pp.117–64.

Hamilton A., Madison J. y Jay J. (2001), *El Federalista*, 2ª ed., trad. y pról. de G. R Velasco, México, FCE.

Hardin, R. (1999). *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*. New York: Oxford University Press.

Locke, J. (2002), *Segundo tratado sobre el gobierno civil* Madrid : Alianza Editorial.

Maquiavelo (2000) *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, : A. Martínez Arancón (trad.).

Montesquieu, C. L., (1999), *El Espíritu de las Leyes*. México, Oxford University Press México,.

Paine, T. (1984) *Derechos del hombre: Respuesta al ataque realizado por el Sr. Burke*

contra la Revolución Francesa, Madrid: Alianza Editorial.

_____, (2004), *Common Sense*, Shock Vision e-Publications Inc.,

Pasquino, P. (2009), "Machiavelli and Aristotle: the Anatomies of the City" en *History of European Ideas*, vol. 35 núm. 4, pp. 397-407.

Pocock J.G.A. (1957). *The Ancient Constitution and the Feudal Law: A Study of English Historical Thought in the 17th Century* Cambridge: University Press.

- Andrea Pozas Loyo, (en prensa) "Constitucionalismo" en *Diccionario de Justicia*. Carlos Pereda, et.al. (eds.) Siglo XXI Editores, México.
- Rakove, Jack. (1996). *Original Meanings*, New York, Random House.
- Rogers JR. (2001). "Information and judicial review: a signaling game of legislative-judicial interaction." *American Journal of Political Science* núm. 45pp:84–99.
- Scalia, A. (1989), "Originalism: The Lesser Evil" en *University of Cincinnati Law Review*, núm. 57 p:849
- Sieyès, E. J. (2003), "The debate between Sieyès and Tom Paine" in *Political Writings: Including the Debate between Sieyès and Tom Paine in 1791*. Indianapolis:Cambridge, Hackett Publishing Company, Inc.
- Solum, L.B., (2008), "Semantic Originalism", en *Illinois Public Research Paper* Núm. 07, p:24.
- Stephenson MC. (2003), "When the devil turns: the political foundations of independent judicial review" en *Journal of Legal Studies* . vol. 32, pp. 59–90.
- Strauss, David, (2010) *The Living Constitution* (New York: Oxford University Press)
- Sunstein, C. R. (1993). *The Partial Constitution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Vanberg G., (2015), "Constitutional Courts in Comparative Perspective", *Annual Review of Political Science*. January
- Waluchow, W.J., (2007) *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Weingast, B. R. (1997), "The political foundations of democracy and the rule of law" en *American Political Science Review*, vol91 pp: 245–63.
- Whittington, K. (1999) *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence: Kansas University Press.

Andrea Pozas Loyo, (en prensa) "Constitucionalismo" en *Diccionario de Justicia*.
Carlos Pereda, et.al. (eds.) Siglo XXI Editores, México.

Wood, G. (1969). *The Creation of the American Republic:1776-1787*. Nueva York:
Norton & Company.