

EL PRINCIPIO DE DISCURSO COMO PRINCIPIO CONSTITUYENTE

*Antonio Octavio Piccato Rodríguez**

I. Introducción; II. Concepto de poder constituyente; II.1. La posibilidad de un concepto normativo sobre el poder constituyente; II.2. El concepto sociopolítico de poder constituyente; III. El nacimiento de la Constitución: poder, órgano y proceso constituyentes; III.1. El poder constituyente del pueblo como poder relativo, limitado a la designación de un órgano y la ratificación de su decisión; III.2. El proceso constituyente, poder constituyente originario y derivado: reforma a la Constitución; IV. El principio de discurso y el poder constituyente; IV.1. Enunciación, utilidad y valor del principio de discurso; IV.2. El principio de discurso y el derecho; IV.3. El principio de discurso en los tribunales; V. Epílogo ¿Por qué el principio de discurso como principio constituyente?; VI. Conclusiones; VII. Bibliografía.

I. Introducción

El del poder constituyente es uno de los temas probablemente más sofisticados de la teoría constitucional, fuente de no pocas confusiones e idea generatriz de variadas manifestaciones ideológicas o, como sostiene Enrique Sánchez Bringas, uno de los que la doctrina ha desarrollado con notoria acentuación mitológica.

Si pretende entenderse a la Constitución como punto final en el que encuentran su origen y razón de ser, esto es, su fundamento de validez, todas las normas que componen un sistema jurídico cualquiera; si sumamos a ese concepto tradicional el reconocimiento hoy necesario de que la Constitución no se limita a un agregado de reglas fundacionales del orden jurídico; si se quiere, en definitiva, entender a la Constitución en un sentido holista e integrador no tan sólo de los criterios formales de validez del derecho positivo, es preciso reconsiderar algunas nociones básicas de la teoría constitucional, dentro de las cuales un lugar destacado lo ocuparía la idea del poder constituyente.

* Profesor titular de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho de la UNAM en el área de Teoría y Filosofía del Derecho. Autor de “Ideología y Constitución. Una aproximación a la teoría constitucional kelseniana”, “Introducción al Estudio del Derecho” y “Teoría del Derecho”, además de diversos artículos en revistas y obras colectivas.

En este trabajo pretendemos desarrollar una aproximación crítica a algunas visiones tradicionales sobre tan importante tema, buscando descubrir en ellas un elemento operativo que permita su recompreensión a partir de algunas propuestas desde el ámbito de la teoría y la filosofía del derecho.

Consideramos que el nivel alcanzado por el desarrollo de la teoría constitucional contemporánea impone una revisión de ciertos conceptos clásicos, como el del *poder constituyente*, y su eventual sustitución por otras nociones más enfocadas al aspecto operativo de la norma fundamental, sin descuidar por este último elemento la presencia necesaria –incluso para los propios fines operativos– de factores diversos, señaladamente los axiológicos. En tal sentido proponemos incorporar al discurso del derecho constitucional la idea de *principio constituyente*, como noción que suplante las mitologías, que tantas veces han permeado, desfigurándola, a la idea del poder constituyente. El objeto de este trabajo es explorar las posibilidades y, en su caso, justificar nuestra propuesta.

II. Concepto de poder constituyente

Aun cuando los referentes de la teoría constitucional y específicamente de los elementos que se identifican con la expresión *poder constituyente* han estado presentes a lo largo de la historia del constitucionalismo occidental, la especificación de la noción como tal pertenece concretamente al desarrollo del constitucionalismo liberal coincidente con, o producto de, el iusnaturalismo racionalista tardío cuyo corolario son las ideas del iluminismo y las movilizaciones sociales emancipadoras francesa y norteamericana. Es a partir de entonces que hace aparición la idea de poder constituyente como síntesis de una serie de postulados que ya se encontraban en autores clásicos y que adquieren nueva fisonomía, nueva función discursiva. Es posible entonces partir para nuestra exploración de este momento histórico y desdoblar el punto correspondiente a este apartado en dos grandes rubros: el poder constituyente desde una perspectiva normativa y desde otra político-sociológica, sin pretender que la separación así planteada implique una tajante escisión de las fuentes que, como veremos, es posible encontrar entremezcladas, aun cuando sirviendo a propósitos diferentes.

II.1. La posibilidad de un concepto normativo sobre el poder constituyente

¿Es posible un concepto jurídico-normativo de poder constituyente? A esta interrogante intentaremos dar respuesta en el presente apartado.

Si vamos a partir del elemento jurídico-normativo como fuerza que nutra la definición sobre la que aquí nos ocuparemos, forzoso es acudir a los postulados que informan la teoría del derecho, para identificar, a partir de los rasgos específicos de la normatividad jurídica, la posibilidad de entender *jurídicamente* el poder constituyente. Esto sólo es posible a partir de las teorías positivistas y quizás algunas pospositivistas.

Tomaremos como columna vertebral o base de nuestra exposición el modelo formalista de sistema jurídico propuesto por Hans Kelsen que, en muchos aspectos, resulta paradigmático y referente casi obligado a prácticamente todos los desarrollos posteriores que, con alteraciones de matiz, siguen en líneas generales los mismos lineamientos de fondo.

De acuerdo a la fisonomía definitiva de la teoría kelseniana, una pluralidad de normas constituye una unidad, sistema u orden cuando su validez reposa finalmente sobre una norma única que es la Constitución, fuente común de validez de todas las otras pertenecientes a un mismo orden.

Según la naturaleza que puede asumir esta norma básica, Kelsen distingue los tipos de órdenes o sistemas normativos estáticos de los dinámicos: en el primero, explica, la validez de las normas resulta de su contenido, pues la conducta prescrita por cada una de ellas tiene una cualidad inmediatamente evidente, la de poder ser referida a la norma fundamental como un concepto particular es subsumido bajo un concepto genérico –se trata aquí característicamente de las normas morales–. En el ámbito jurídico la situación es diversa en virtud de la diferente naturaleza que asume la norma fundamental, como simple regla conforme a la cual deben ser creadas las normas jurídicas que derivan de ella, el principio mismo de su elaboración; en el caso de los sistemas jurídicos no existe la posibilidad de obtener las normas mediante una operación intelectual que parta de la norma básica, pues ésta se limita a establecer una determinada autoridad que puede, a su vez, conferir la facultad normativa a otras, conforme al principio dinámico que corresponde al derecho.

En una constitución, como derivado inmediato de la norma fundamental, conviven por un lado el principio dinámico que configura la actividad normativa y, por el otro, ciertos contenidos que deben observarse en el desarrollo de esa actividad. Recordemos que Kelsen distingue entre constitución en sentido formal y en sentido material.

La primera, indica, es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar tal modificación. Por su parte, la Constitución en sentido material son los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales, especialmente, las leyes. La Constitución en sentido formal, sostiene, a menudo encierra también otras normas que no forman parte de la Constitución en sentido material. Esta Constitución puede no sólo establecer los órganos y procedimientos para la creación de las restantes normas jurídicas, sino también, hasta cierto punto, el contenido de éstas. De este modo, el escalonamiento que parte de la norma fundamental podría formularse como sigue: con fundamento en la norma básica aparece la primera constitución que determina las personas y los mecanismos que intervienen en los ulteriores procesos de producción normativa y, de alguna manera, los principios jurídicos, deducibles del contenido esencial de la norma fundamental, que es el descrito en primer término. Aparece entonces la concepción de la norma fundamental como constitución en sentido lógico-jurídico.

Kelsen sostiene que si por constitución de una comunidad jurídica habremos de entender el o los preceptos que determinan cómo se producen las normas generales del orden jurídico constitutivo de la comunidad –sea mediante actos legislativos o por la costumbre–, la norma fundante básica es aquella norma que es presupuesta cuando la costumbre –diríamos nosotros el hecho social, la manifestación tangible de una ideología funcional– mediante la cual la constitución se ha originado, o cuando ciertos actos constituyentes ejecutados conscientemente por algunos individuos se interpretan como hechos productores de normas. En última instancia, sintetiza Kelsen, cuando el o los individuos que han redactado la Constitución sobre la cual reposa el orden jurídico son vistos como autoridad que impone normas. En este sentido, señala, la norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción de derecho, y puede designarse como Constitución en sentido lógico-jurídico, para diferenciarla de la Constitución en sentido jurídico-positivo; sintéticamente, es el punto de partida de un proceso: el proceso de la producción del derecho positivo.

Ahora bien –y dejando de lado momentáneamente la teoría kelseniana–, a grandes rasgos entendido, el poder constituyente es el poder social del cual emanan las normas constitucionales como intento por racionalizar las relaciones políticas que organizan y configuran la institución estatal. Sería el hecho fundante de que hablábamos en el párrafo anterior. Como tal, y en esto nos mantenemos dentro de la línea de Kelsen, es un referente ajeno o externo al limitado discurso del derecho, reducido éste a un agregado de referentes como los conceptos de sanción, ilícito, deber, etcétera. Este hecho fundante es, para nuestros propósitos, lo que podemos considerar como la manifestación del poder constituyente: se trataría entonces de un fundamento *material* o *fáctico* de validez de un orden normativo, pero no de un fundamento normativo propiamente dicho.

No obstante, son comunes las definiciones que identifican al poder constituyente con un *órgano* creador de las normas positivas fundamentales de un sistema jurídico; así J. Jesús Orozco Henríquez indica: “Por ‘poder constituyente’ se entiende al órgano creador de la Constitución de un orden jurídico, esto es, al órgano que crea el conjunto de normas fundamentales positivas de un orden jurídico específico”.¹

Si como hecho fundante entendemos al poder constituyente como *la producción no normada de normas*, difícilmente cabe entender la posibilidad de un *órgano* de lo todavía *no organizado*. Es decir, no consideramos afortunada la expresión *órgano* en referencia al poder constituyente, pues éste se caracteriza precisamente por ser *el organizador no organizado* de la comunidad política. Como órgano cabría aceptar una asamblea o congreso constituyente, pero para efectos de nuestro propósito en el presente ensayo queremos entender al poder constituyente en una proyección mucho más ambiciosa, acorde a los lineamientos que más adelante se expondrán con mayor detalle.

Si concebimos ese acto fundacional de un orden jurídico como un hecho susceptible de ser calificado como productor de normas positivas, esto es, como fundamento último de validez de las mismas, caeríamos en la necesidad, si intentamos traducir ese *hecho* a un discurso normativo, de retrotraernos, como bien lo advirtiera Kelsen, hasta un punto tal en que no es posible hallar fundamento de validez propiamente normativo. En síntesis, llegaríamos a un punto en donde toda exploración ulterior sería del todo infructuosa.

¹ OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, voz: “Poder Constituyente”, en CARBONELL, Miguel, coord., *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa/UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 458.

La primer advertencia que cabe hacer entonces, a manera de conclusión preliminar para esta parte de nuestro ensayo, es en el sentido de que no es posible establecer un concepto normativo en sentido estricto de lo que es el poder constituyente. En este sentido es de aceptarse como válida la postura asumida por Enrique Sánchez Bringas cuando sostiene que “jurídicamente es inexistente el poder constituyente”.² Ignacio de Otto, a quien podemos identificar dentro de una línea de pensamiento similar, alerta sobre algunas inconsecuencias resultantes de la teoría del poder constituyente, señaladamente en lo que respecta a los problemas que derivan de lo ilimitado del poder constituyente y la limitación resultante de su ejercicio, que torna discutible ese carácter originario ilimitado. Sostiene finalmente este autor que la teoría del poder constituyente es incapaz de aportar un fundamento de validez a la Constitución en tanto que norma jurídica:

A la hora de fundamentar la validez de la Constitución no será posible invocar el poder constituyente, porque con ello se llega a un resultado exactamente contrario al que se pretende: si el pueblo tiene el poder constituyente, la Constitución no lo limita, y si la Constitución lo limita, el pueblo no tiene poder constituyente.³

Más adelante veremos si lo que la doctrina tradicional denomina con esa expresión realmente es susceptible de ser caracterizada por el término *poder*.

² SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Derecho constitucional*, 8a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 141. A mayor precisión, indica este autor más adelante: “Si queremos denominar ‘poder constituyente’ al autor de la Constitución, tendremos que concluir que siempre es un hombre, una asamblea o la asamblea con la participación ciudadana. Sin embargo, lo cierto es que la primera norma es determinada por las fuerzas o grupos sociales más vigorosos; fuerzas y grupos que no necesariamente responden a los intereses de la mayoría poblacional pero siempre determinan el contenido ideológico y político de la Constitución, del derecho y del Estado. *Sólo en la perspectiva sociológica es posible hablar del poder constituyente, y su legitimidad dependerá de que esa fuerza social responda a los valores e intereses de los grupos más vigorosos que evolucionan en la estructura social*”, *idem*. Las cursivas son nuestras.

³ OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2001, p. 55. Dejando ver el carácter extrajurídico –desde una perspectiva estrictamente normativista– de la teoría del poder constituyente, puntualiza más adelante este autor: “La doctrina del poder constituyente del pueblo no es más que la expresión en términos *subjetivos* y de poder de esa exigencia de adecuación entre la Constitución y la conciencia jurídica que, como ocurre en Inglaterra, puede perfectamente no expresarse en un proceso constituyente. De lo que se trata es de que el proceso constituyente se configure de modo tal que en él puedan expresarse democráticamente, como en el proceso legislativo, las diversas opiniones acerca de la Constitución, de forma que ésta tenga la legitimidad que un proceso de esa índole proporciona”, *ibidem*, p. 56.

II.2. El concepto sociopolítico de poder constituyente

Las doctrinas acerca del poder constituyente, sin importar si han sido elaboradas por juristas, políticos, sociólogos o politólogos, coinciden en el carácter sociopolítico de las definiciones que acerca del mismo ofrecen, implícita o explícitamente. Así, adquiere plena validez la afirmación precisa y tajante de Peter Häberle, en el sentido de que el estado constitucional democrático de la actualidad “se entiende y se vive a partir del poder constituyente del pueblo”.⁴

Las nociones ya clásicas ofrecidas por Sieyès y Schmitt resultan paradigmáticas al respecto. El primero hace una profunda disquisición ético-política en torno a la representatividad partiendo de la idea de nación como núcleo definitorio de la idea de poder constituyente y referente necesario, a la vez, para toda posible y necesaria discusión en torno a la legitimidad de una Constitución y de los poderes que ella establece, es decir, los poderes constituidos, que en su obra son por primera vez incorporados al discurso sobre el tema. Las ideas de Sieyès son, desde donde se miren, acertadas en más de un punto, siempre y cuando se adopte una perspectiva que trascienda el ámbito jurídico para colocarse en un escalón más elevado. Esto lo veremos con más de detalle cuando hablemos acerca de cómo la eficacia del sistema jurídico es prácticamente la única manifestación del poder constituyente, tal y como lo entienden la mayoría de la teorías que ubican su sede en el pueblo.

Carl Schmitt es posiblemente el primero que, ubicado dentro de una teoría pretendidamente jurídica, ofreció un concepto del poder constituyente:

*Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. De las decisiones de esa voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional.*⁵

Resaltan en la definición arriba reproducida dos elementos: la voluntad y la decisión como su producto. A diferencia de lo que expone Sieyès que, si bien constituye un postulado marcadamente ético-político, también da cabida a una

⁴ HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 129.

⁵ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Madrid, Alianza, 1996, pp. 93-94. Las cursivas forman parte del original.

perspectiva empírico-crítica –casi a la manera como Lasalle entendía la Constitución (como suma de los factores reales de poder en sentido tanto empírico como deontológico)–, Schmitt eleva su concepción hacia el estrato de lo absoluto, al tomar como únicas tanto a la voluntad como a la decisión. Se trata nada menos que de la metafísica de la nación absoluta, tan bien expuesta por la teoría constitucional de Rudolf Smend y, por otra parte, tan criticada por lo que respecta a sus aspectos ideológicos por Hans Kelsen en su ensayo *El Estado como integración, una controversia de principio*. El de Schmitt, ni falta hace recordarlo, es el más totalitario de los posicionamientos en torno a la Constitución y el sistema jurídico de que se tenga noticia en el pensamiento moderno. Se trata ni más ni menos que de reducir la voluntad o la decisión mayoritarias, envidiablemente entendidas no sólo como posibles, sino como reales y manifiestas y, lo que es todavía peor, capaces de absorber en su sentido –o en su defecto, de excluir– las posiciones minoritarias.

El poder constituyente, para Schmitt, no es sino la traducción a norma de la fuerza de las mayorías, afirmación cuya peligrosidad acertadamente ha puesto de manifiesto Hans Kelsen en su papel no ya de teórico del derecho, sino de panegirista de la democracia.⁶ Aquí la fuerza de las mayorías adquiere una dimensión capaz de absorber y derruir los que, retomando el lenguaje lasalleano, serían factores *menores* de poder, no menos importantes para una Constitución que goce de eficacia, rasgo en el cual pondremos énfasis, entendida la eficacia en términos más abiertos, un poco a la manera como hemos advertido que lo hiciera en su momento Sieyès.

En fin, las de Sieyès y Schmitt constituyen las dos grandes visiones en torno al poder constituyente; diríase que son las columnas vertebrales claramente diferenciadas en torno a las cuales se construyen dos visiones acerca de la organización política claramente diferenciables. No entraremos aquí en redundantes profundizaciones acerca de la soberanía popular y demás mitos, expuestos incluso mucho antes que Sieyès, y que irán haciéndose presentes en las páginas subsiguientes. Bástenos aquí enfatizar estos dos paradigmas acerca del poder constituyente como representativos de los extremos dentro de los cuales habremos de movernos en lo que sigue del presente ensayo.

En síntesis, el poder constituyente normalmente es atribuido al pueblo o nación y se entiende como la posibilidad del mismo para autoregularse, autoes-

⁶ Cfr. KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, México, Colofón, 1988.

tructurarse políticamente para dar nacimiento al Estado y su orden normativo, a través de una decisión soberana. Esta, que es la visión tradicional, es a todas luces contraria a los hechos, por lo menos en su expresión textual, ya que no existe semejante decisión soberana acerca de la forma y los contenidos de la organización política a que da nacimiento el ejercicio del poder constituyente. Y es precisamente el *ejercicio* del poder constituyente el que genera dudas sobre el carácter mismo de ese supuesto *poder*.

III. El nacimiento de la Constitución: poder, órgano y proceso constituyentes

El sustento teórico para hablar de un poder constituyente es la necesidad de aclarar la cuestión relativa al origen de la Constitución, de la norma fundamental en la cual las otras encuentran el sustento normativo para su validez o positividad. Como hemos visto, no es posible, al menos hasta ahora, hacer referencia a un fundamento normativo de validez de la propia Constitución, al menos no desde el punto de vista de la teoría del poder constituyente. La razón de esto es muy simple: el poder constituyente es un elemento fáctico, una situación de hecho a partir de la cual es posible la institucionalización de las relaciones materiales de fuerza en el seno de la sociedad; es el *factum* que logra establecer un equilibrio entre los actores sociales o los *factores reales de poder*:

Solamente cuando la Nación toma conciencia de sí misma, de su unidad y de su fuerza, exige la exposición explícita de los principios que regulan la organización y el funcionamiento de los poderes políticos, al propio tiempo que los principios que consagran los derechos propios de los individuos, su puesto en la sociedad, sus relaciones con el Estado, etc.⁷

La toma de conciencia a que alude Hauriou no es, a nuestro parecer, un momento particular sobre el cual se tenga conciencia inmediata. Sin pretender explicarnos a partir de la posibilidad de organizaciones espontáneas de la convivencia humana, diríamos que los factores reales de poder llegan a un momento de equilibrio, una suerte de reposo en donde es posible clarificar la estructura social y dar lugar así a la estructura normativa que la sustentará, si importar demasiado la circunstancia social previa a ese equilibrio (es decir, sin reparar aquí

⁷ HAURIUO, André, Jean Gicquel y Patrice Gélard, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 2a. ed., trad. de José Antonio González Casanova, Barcelona, Ariel, 1980, p. 348.

en si el equilibrio alcanzado es producto de una evolución social pacífica o de un trastorno revolucionario). Se llega entonces a la posibilidad de manifestación o ejercicio del poder constituyente. Y aquí es donde precisamente hacen su aparición circunstancias que permiten introducir una sombra de duda acerca de los alcances de la expresión misma: ¿es realmente el constituyente un *poder*? Y si la respuesta es afirmativa ¿qué clase de poder es el constituyente y cuáles son sus alcances? Las posibles respuestas a estas dos interrogantes constituyen el contenido a desarrollar en ese apartado.

III.1. El poder constituyente del pueblo como poder relativo, limitado a la designación de un órgano y la ratificación de su decisión

Sostuvimos líneas atrás el carácter contrario a hechos de la idea del poder constituyente del pueblo. Las definiciones esbozadas en las páginas anteriores nos permiten llegar a semejante conclusión. Entendido el poder constituyente como la situación de hecho a partir de la cual alcanzará validez o positividad un orden normativo cualquiera, gracias a un reposo en la dinámica de las fuerzas sociales, corresponde revisar qué poder asiste al pueblo como supuesto titular del poder constituyente para determinar si, efectivamente, se trata de un poder.

Toda Constitución emana de un proceso de decisión colectiva, de una discusión más o menos racional acerca de las pautas que debe seguir un orden jurídico para configurar en uno u otro sentido la organización política de la sociedad. Este proceso de discusión, no obstante, no tiene su sede en la esfera pública, sino antes bien en el seno de un órgano específicamente designado a tal efecto, cuya actuación puede en mayor o menor grado quedar sometida al control de esa esfera pública. Así es posible rescatar la distinción entre función, acto y órgano constituyente que plantea Jorge Carpizo, entendiendo por función constituyente el *modo en que actúa* el poder constituyente; por acto constituyente se entiende –retomando la postura de Rolando Tamayo y Salmorán⁸– el primer acto productor de normas dentro de una cadena de fundamentación de validez; y finalmente el órgano constituyente, que nosotros consideraremos como el subgrupo social designado por el titular del poder constituyente, capaz de articular las decisiones relativas a la organización política de la sociedad. Dice Carpizo: “Desde un punto de vista sociológico, la contestación de la titularidad del Poder Constituyente

⁸ Cfr. TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, UNAM, 1989.

la tiene quien efectivamente decide, quien realiza la función y el acto constituyente, quien tiene la fuerza para imponer una constitución”.⁹

La conclusión a la que es posible llegar, a la luz de lo expuesto, es que el poder constituyente del pueblo es, acaso, sólo un poder relativo que se agota en la designación de un órgano llamado a tomar las decisiones políticamente relevantes dentro de la sociedad. El ejercicio se agota en la elección de los miembros de un congreso o asamblea, es decir, el órgano constituyente y, en ocasiones, en la ratificación de las decisiones adoptadas por éste. Esto se entenderá mejor si tomamos una definición precisa de poder, como la que ofrece Humberto Quiroga Lavié:

Poder: es la relación social de mando y obediencia. Sólo hay poder cuando el mandato de un sujeto A es obedecido por un sujeto B (cualquiera sea la motivación de la obediencia): si no hay obediencia no hay poder. La obediencia integra el poder, tanto como la capacidad de mando.¹⁰

En todo caso, lo más cercano a un auténtico poder constituyente del pueblo lo veremos manifestarse no en la decisión política fundamental, sino antes bien en la eficacia del orden así surgido, como situación de equilibrio social resultante de, o compatible con, las directivas contenidas en el texto constitucional que presuntamente ha sido *racionalmente* discutido y aprobado. Así lo entiende José Gamas Torruco: “La voluntad nacional se expresa cuando entran en vigor las nuevas instituciones, en el reconocimiento de las mismas y en el cumplimiento de lo prescrito por ellas”.¹¹

Entenderemos entonces como poder constituyente *del pueblo*: 1) la facultad de designar un conjunto de individuos más o menos representativo de las fuerzas sociales, para encomendarle la adopción de las decisiones sociales políticamente trascendentes; 2) la posibilidad de aceptar las decisiones adoptadas por el órgano constituyente compatibilizando el equilibrio social con las prescripciones dictadas por aquél. En definitiva, el *poder constituyente* del pueblo no es sino relativo y difuso. El ejercicio de todo genuino poder constituyente, repetimos,

⁹ CARPIZO, Jorge, “Algunas reflexiones sobre el poder constituyente”, en CARBONELL, Miguel, comp., *Teoría de la constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa/UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 212.

¹⁰ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 43.

¹¹ GAMAS TORRUCO, José, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa/UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 135.

no pertenece a la esfera pública, pues ésta no puede someter *normativamente al poder por ella creado*.

Creemos aquí oportuno incluir en la discusión una singular aportación del jurista argentino Humberto Quiroga Lavié, en relación al orden resultante de la manifestación de voluntad o lo que también podríamos denominar el *ejercicio* del verdadero poder constituyente, esto es, la genuina decisión fundante del orden jurídico. Este autor distingue un doble proceso: del desenvolvimiento del orden constituyente, por un lado, y el del orden constitucional, por el otro, presentándonos un esquema representado por una doble pirámide: una de ellas tiene su base en la parte inferior, que representa al suma de acciones sociales dirigidas a formar un *sentido común social* del que surgirá una *normalidad* social, fuente de una *regla de previsión espontánea* de la que emana un orden constituyente, situado en el vértice de esta primer pirámide, que enmarca el ejercicio del poder constituyente como unidad de decisión política que une en una línea con la base de la segunda pirámide, ubicada en la parte superior de la misma. Esta segunda pirámide tiene en esta base a la Constitución, seguida por la ley, el reglamento, la sentencia y, finalmente, ubicándose en el vértice, el acto de ejecución del orden constitucional.

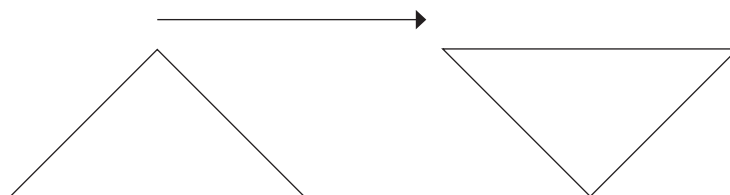


Fig. 1. La pirámide de la izquierda representa el desenvolvimiento del orden constituyente, mientras que la de la derecha representa el desenvolvimiento del orden constitucional. Ambas están unidas por la flecha ubicada en la parte superior, que representa al poder constituyente.

Este esquema presentado por Quiroga Lavié pone el acento en un punto tal vez descuidado por la doctrina y la teoría constitucional, a saber: la consideración del poder constituyente desde una perspectiva dinámica, esto es, como un proceso continuo que no se agota en la toma de una decisión política fundamental, sino que por el contrario, supone un desenvolvimiento continuo en todas las fases de manifestación del orden jurídico, de modo tal que en cada nivel normativo que se quiera observar debe resultar posible, de acuerdo a la interpretación que nosotros hacemos de este esquema, identificar que la norma jurídica

en cuestión se corresponda con lo establecido por el poder constituyente, esto es, por la constitución, cuya presencia no se agota en una normativa estática, sino que adquiere pleno sentido en su realización permanente y continua a través de otras prescripciones de rango inferior. Esto nos permite aventurar una forma de entender al poder constituyente que podría aproximar más el sentido de esta expresión con los postulados fundamentales del Estado constitucional de derecho. Se trata, pues, de concebir al poder constituyente no tanto como un ente facultado para adoptar una decisión política trascendental, sino más bien como un proceso continuo guiado por las pautas establecidas por esa decisión política trascendental. Es decir, gracias al esquema de Quiroga Lavié podemos entender el pleno desenvolvimiento del poder constituyente como un *proceso normativo que parte de un hecho (la situación social de la que emana un órgano constituyente específico) a otro hecho (la última manifestación normativa posterior a la cual encontramos un acto material)*. En esta tesitura, podemos hablar del camino circular que, partiendo de un hecho creador de la Constitución, o más específicamente hablando, de un hecho *legítimamente* creador de la Constitución, retorna al mismo punto de arranque gracias a la vinculación más o menos directa, pero en todo caso presente, al manifestarse un *hecho producido* conforme a la Constitución o volviendo a la expresión axiológicamente condicionada de esta idea, al hecho *legítimamente* producido de conformidad con la ley fundamental. Esto es lo que nosotros entendemos, siguiendo a Vigo, como interpretación desde la Constitución, punto sobre el cual volveremos más adelante.

III.2. El proceso constituyente, poder constituyente originario y derivado: reforma a la constitución

Hemos optado aquí por agrupar la conocida distinción entre poder constituyente originario y derivado dentro de un rubro genérico, el cual es el de *proceso constituyente*, expresión cuyo sentido hemos aventurado en el numeral anterior. Como veremos, atendiendo a la distinción señalada, se trata de un doble proceso: el constituyente propiamente dicho o *stricto sensu*, i.e., el originario *creador* de la Constitución, y el constituyente derivado, que bien podríamos llamar *reconstituyente o deconstituyente*, erróneamente denominado también –en virtud de que se trata de un poder constituido– *constituyente permanente*. Ambos procesos se distinguen por lo que les antecede: en el primer caso puede decirse que no hay *nada constituido* –al menos ningún fenómeno al que quepa asignarle un

sentido normativo propiamente dicho—, mientras que en el segundo se trata de una *modificación a lo previamente constituido* —esto es, existe un antecedente socialmente determinado por estar dotado de sentido específicamente normativo—. Tal vez, y al tenor del carácter peculiar del poder constituyente originario, podría resultar más acertado hablar entonces de una *reconstitución o deconstitución* en términos absoluto y relativo, respectivamente.

Quizás quien más atinadamente se ha ocupado a nuestro juicio de esta distinción es el jurista italiano Riccardo Guastini, quien por principio de cuentas lleva a sus últimas consecuencias la distinción, ya formulada en su época por Sieyès, entre poder constituyente y poder constituido, sosteniendo que sólo tiene sentido, jurídicamente hablando, hacer referencia al poder constituyente por oposición a los poderes constituidos.¹²

Para lo que nosotros hemos esbozado aquí bajo la expresión *proceso constituyente*, nos sirven los planteamientos que sugiere este autor acerca de la diferencia entre reforma e instauración de la Constitución. La instauración sería en estricto sentido la manifestación del poder constituyente originario, en tanto que la reforma sería obra del derivado. Distinguiendo entre las concepciones formalista y sustancialista de la Constitución, este autor separa:

1. De acuerdo a una concepción sustancialista:
 - a. Es reforma toda modificación marginal al sentido axiológico de la Constitución; y
 - b. Es instauración toda alteración a la identidad axiológica de la ley fundamental.
2. De acuerdo a la concepción formalista:
 - a. Es reforma toda alteración legal del texto constitucional, sino importar qué tan profundo sea éste respecto al contenido axiológico del mismo; y
 - b. Es instauración toda modificación ilegal, sin importar qué tan irrelevante pudiera ser en cuanto a su contenido.

Tomaremos estas distinciones como punto de partida para nuestras exploraciones. A primera vista parece, al tenor de lo que hemos venido sosteniendo en relación a la doctrina del poder constituyente y la muy diferente ideología sobre

¹² Cfr. GUASTINI, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución”, en *Estudios de teoría constitucional*, trad. de Miguel Carbonell, México, Fontamara, 2001, p. 40.

el *poder constituyente del pueblo*, que correspondería asumir como premisa básica una perspectiva formalista con respecto a la Constitución.

Con esto queremos decir que un punto de vista formal acerca de los valores no descarta del todo la importancia del aspecto de fondo, esto es, su contenido, pero asignándoles un peso determinado o *predeterminado* por la estructura de acción que permite la positivación de esos valores.

Creemos, a este respecto, que una postura sintética en la cual tanto el aspecto formal como el sustantivo tengan dimensiones específicamente delimitadas –y para esto en buena medida sirve la teoría de los principios de Dworkin, particularmente por lo que se refiere a la estructura lógica de *ponderabilidad* a que obedecen los principios– es susceptible de ser alcanzada mediante una adecuada recombinación de los factores involucrados en la dicotomía instauración-reforma de la Constitución, como pretendemos dejarlo asentado en este apartado dedicado al proceso constituyente.

Así, la forma y el contenido de las normas constitucionales, entendidas éstas como susceptibles de ser desenvueltas progresivamente y no como una pauta deontológica estática y absoluta, adquieren nuevo vigor –particularmente pensando en el reflejo de esta postura con relación a los derechos fundamentales–, si entendemos que todo el proceso de desarrollo normativo de la sociedad debe tener como punto de referencia obligado a la Constitución como *momento* de ese desarrollo normativo.

Así, podemos entender que es posible relativizar la diferencia expresada en la dicotomía instauración o reforma de la Constitución. En efecto, entendida la constitucionalidad como momento necesario a lo largo del desarrollo total del despliegue normativo de un orden jurídico cualquiera, la ley fundamental se va recreando a sí misma si opera como principio fundante de las normas de rango inferior, hasta llegar al acto material de ejecución, no sólo desde un punto de vista estrictamente formal o procesal, sino que éste vendrá a la vez condicionado por su capacidad de lograr la internalización de valores operantes a la manera de los principios –según los concibe Dworkin–. Tales valores, desprendiéndose de sus pretensiones de rango absoluto –diríase que despojados de toda posible expresión asertórica–, son susceptibles de renovar su sentido y alcance a través de una oportuna síntesis operativa, cuyo alcance permite que ese poder constituyente se desenvuelva caso por caso y momento a momento, funcionando simultáneamente como garantía de los derechos y como salvaguarda de la racionalidad ética y sistemática del orden jurídico, sin que resulte aquí necesario

profundizar sobre el aspecto operativo referido al coeficiente de eficacia que sin duda se vería reforzado conforme a este esquema.

Así, del hecho inicial es posible llegar al hecho derivado o consecuente de última instancia siguiendo una línea argumental simple que no requiere demasiados refinamientos. Esto es fácil de alcanzar, pero además *sólo* es posible de lograr, partiendo del principio de discurso como *principio constituyente*, tema que abordaremos en el siguiente apartado.

IV. El principio de discurso y el poder constituyente

IV.1. Enunciación, utilidad y valor del principio de discurso

El principio de discurso es el derivado natural de la teoría habermasiana de la acción comunicativa trasladada al ámbito del derecho y del estado de derecho. Reza este postulado: “Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”.¹³

Este principio tiene dos aspectos a nuestro parecer valiosos que merecen ser analizados en las reflexiones que a continuación se exponen. En primer término, el carácter de principio *posconvencional* de aceptabilidad racional de normas en las cuales hallan su sustento, en definitiva, actos materiales de fuerza, que son los específicamente ejercidos por el poder público.

En segundo lugar, y es este aspecto el que representa un importante aporte para el abordaje empírico del fenómeno jurídico, el principio de discurso despliega su función operativa como catalizador social entre esa fuerza pública que tiene su *ratio essendi* en normas jurídicas, por un lado, y la eficacia como condición de operatividad del derecho como orden de la conducta humana, esto es, como factor capaz de posibilitar una adecuación de la tensión y la fricción propias de la sociedad diferenciada a un orden normado no necesariamente impuesto externamente. En esto consiste la solución que Habermas trata de aportar a partir de considerar al derecho como mecanismo de mediación entre la facticidad y validez entendida como reconocimiento de la autoridad legítima del derecho.

En este orden, el principio de discurso se nos ofrece como la coordinación de la acción social que opera simultáneamente en lo externo e interno, tocándose

¹³ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 172.

ambos planos en una suerte de relación hermenéutica de ida y vuelta: opera el principio de discurso como fuerza legitimadora de las normas reforzando su aceptabilidad racional, su internalización; y a la vez y en cierta medida como corolario de lo anterior, funge como eje alrededor del cual es posible que se articule la eficacia del sistema jurídico, no ya como un mero elemento fáctico o cuantificable, sino dotado además de un sentido específico que le imprime esa traducción al plano moral. Se podría decir entonces que el principio de discurso coloca al sujeto en un nuevo horizonte hermenéutico con respecto al derecho a partir del cual aquél se ve posibilitado para sustituir una *historia efectual*, en términos de Gadamer, que en principio pudiera resultarle ajena, por otra de la cual se hace partícipe consciente; constructor y constructo.

La esfera pública, con el principio de discurso, recupera un espacio vital a partir del cual se erige como nuevo referente de la producción normativa, más allá de los mecanismos de representación y las ficciones tan comunes a lo jurídico. Veremos a continuación de qué manera.

IV.2. El principio de discurso y el derecho

Es bien conocida la postura de Hans Kelsen en el sentido del derecho, como sistema autorreproductivo en el cual la validez de las normas viene formalmente determinada por otras normas igualmente positivas de rango superior, hasta llegar a una formulación hipotética cuya única traducción posible a términos normativos lo ofrece un principio de derecho internacional público que centra su atención en la eficacia del ordenamiento así creado. Dentro de esta teoría, las determinaciones materiales o de contenido de las normas jurídicas por otras de jerarquía superior operan sólo de manera excepcional, aunque esto ocurre, añadiríamos nosotros, con especial importancia en el plano del derecho constitucional.

Con el principio de discurso es posible acercarnos a un redimensionamiento de ese aspecto material descuidado por las doctrinas positivistas, con independencia de los muchos y muy importantes aspectos de éstas que resultan valiosos para la estructuración formal de teorías democráticas del derecho y del Estado. Así, se abre un nuevo sendero susceptible de ser recorrido una y otra vez en cada plano en que se despliega ese proceso de autorreproducción normativa, logrando en cada paso que el avance se oriente no sólo, y aquí emplearíamos el lenguaje de Ferrajoli, al *cómo* decidir, sino al *qué* decidir.

Cada norma jurídica es un acto de decisión, o un acto de voluntad si retomamos el lenguaje de Hans Kelsen, que viene por lo regular condicionado tan sólo por lo que respecta a su elemento formal. Con el principio de discurso como principio procedimentalista que informa los procesos de decisión orientados a la creación de normas, asistimos a una redeterminación del aspecto formal conforme al cual éste se orienta al logro de contenidos específicos no predeterminados, pero cuyo alcance está condicionado por la racionalidad discursiva que el principio en cuestión supone. Esto abre las puertas a una visión preceptiva en términos de argumentación de todos los procesos de producción de normas de derecho positivo.

Estos procedimientos ya no se circunscriben, como sucedía con el positivismo tradicional, a un aspecto formal vacío de consideraciones sustanciales. Muy por el contrario, el aspecto formal viene redimensionado por la exigencia de elementos que sustenten el contenido de la decisión, elementos que bien podrían considerarse representados por el modelo de la argumentación jurídica de Stephen Toulmin y que está integrado por los siguientes elementos: pretensiones, a la manera de *planteamiento del problema*; razones, como hechos específicos del caso o de la decisión normativa particular a adoptarse; garantía como el artificio discursivo o la herramienta comunicativa que autoriza el paso de la pretensión a las razones; y finalmente el respaldo, como el componente que contiene la información presupuesta en la garantía y que podría consistir en una norma jurídica o, centrándonos en el tema que nos ocupa, el principio de discurso (si bien cabe advertir que el propio principio de discurso, según lo venimos entendiendo en este ensayo, de alguna manera contemplaría por sí mismo todos estos elementos).

El principio de discurso sería el que, en suma, posibilita al derecho a asumir esa ductilidad que en términos de Zagrebelsky podemos pensar que se precisa para poner nuevamente al sujeto y sus derechos en el centro mismo de la decisión orientada a la producción de normas, partiendo precisamente de la base que ofrece el mismo autor acerca de la multiplicación de los ámbitos de decisión jurídicamente relevantes. De acuerdo a esta perspectiva, la esfera pública adquiere nuevos espacios de participación que le permiten involucrarse en las decisiones normativas que le afectan, como los pierde, rebasada por el peso específico de otros ámbitos trascendentales a las estructuras tradicionales de organización sociopolítica, señaladamente el Estado, que en mucho se ve reducido a espectador en algunos ámbitos de decisión.

El qué decidir y el cómo decidir tienen, en el principio de discurso, un nuevo árbitro de la racionalidad de las normas, que a partir de entonces ya no son meros productos de actos volitivos considerados en abstracto, sino que vienen sustentados por criterios específicos implícitos en el propio principio en cuestión y que bien podrían quedar representados por los elementos de la argumentación en el modelo de Toulmin. Así, los problemas derivados de la representación política en ciertos niveles de las decisiones que integran el proceso de producción normativa, problemas tales como la responsabilidad del representante y el carácter vinculatorio o no del mandato recibido, se aproximan a una respuesta moralmente eficiente si estos mecanismos de representación operan sustentando sus acciones y decisiones en el principio de discurso.

Situación similar es posible de identificarla en el ámbito de las decisiones judiciales, donde el margen de discrecionalidad que tanto ha preocupado a los post-positivistas, señaladamente a Dworkin y a la corriente de los *critical legal studies*, puede disiparse en virtud de esta nueva preceptiva que favorece la *legitimidad por desempeño* de órganos cuya posición en un Estado democrático de derecho carece de los elementos de legitimación propios de los órganos de elección popular. Esto adquiere particular relevancia en el plano constitucional, ya que como veremos más adelante, se revigoriza la ley fundamental gracias a su proyección constante y continua sobre cada decisión normativa, haciendo realidad la tan importante eficacia de las normas constitucionales.

IV.3. El principio de discurso en los tribunales

La proyección del orden normativo en la vida social adquiere su plena dimensión una vez que se trasponen las puertas de los tribunales y, resolución en mano, la autoridad se ve a sí misma legitimada para ejercitar, si es preciso mediante la fuerza, alguna determinación. No hay cadena efectiva de realización del derecho que no concluya al menos hipotéticamente en el uso material de la fuerza o en el bloqueo a toda pretensión en tal sentido orientada.

Tradicionalmente se concibe a los jueces como agentes externos a la política y no condicionados por ésta. Pero si entendemos la producción de derecho como ejercicio político, en el más prístino sentido de la expresión, no podemos dejar al margen la función judicial como parte o etapa importantísima del proceso político.

La vieja visión que entendía la función jurisdiccional como ejercicio lógico deductivo para dictar sentencias a partir de normas y hechos normativamente calificados hace ya mucho que se ha visto superada en un largo proceso en el cual corresponde un protagonismo especial a las teorías realistas del derecho.

Si bien la discrecionalidad es un término que genera fundadas reticencias aplicado a la jurisdicción, lo cierto es que su rechazo no debe hacernos perder de vista el importante factor constitutivo de las sentencias judiciales respecto del derecho positivo. No obstante, y con miras a la superación *política* de esa discrecionalidad, es fácil darse cuenta de la importancia del elemento retórico en las decisiones judiciales, capaces de hacer legalmente plausibles las decisiones que se adoptan en los tribunales. En este sentido, la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación representan un dique adecuado para impedir que la discrecionalidad se enseñoree en las sentencias.

Aquí nuevamente la argumentación entendida en términos de principio de discurso, sobre todo si ubicamos a éste en el plano de la ley fundamental de cualquier ordenamiento jurídico positivo (aunque no necesariamente como *norma* integrante de esa ley fundamental sino, antes bien, como *principio positivo*), desempeña un papel trascendente. En efecto, entendido el principio de discurso como condición para la aceptabilidad racional de las sentencias judiciales desde el punto de vista de su *calificación* constitucional, e incorporados los elementos de la argumentación de Toulmin como *fases* o *ingredientes* de ese principio, es posible lograr la proyección de la Constitución sobre cualquier decisión específica que se adopte en las cortes.

De esta manera, adquiere plena vigencia la determinación recíproca entre norma y hecho que, nuevamente a la manera de un círculo hermenéutico, propone Gustavo Zagrebelsky, pensando ya no sólo en el sentido que el hecho adquiere para la norma y cómo el primero es susceptible de calificarse a partir de la segunda, sino que a la par se supone incorporada a la justificación de la decisión del *sentido de constitucionalidad* de la calificación del hecho, pero sobre todo el mismo sentido de constitucionalidad como elemento calificador o legitimador del *hecho producido*, es decir, la resolución judicial que da motivo al despliegue de la fuerza material del Estado.

Así, se cumple la necesidad o directiva hoy más que nunca básica que en términos de interpretación constitucional propone Rodolfo Luis Vigo acerca de la *optimización* de la fuerza normativa de la Constitución:

Si nos tomamos jurídicamente en serio la Constitución se nos exige consiguientemente verla como la primera fuente de respuesta jurídica para *todo asunto a resolver*. Su condición de “higer law” supone una proyección positiva o negativa, directa o indirecta, sobre todo el ordenamiento jurídico.¹⁴

La Constitución recupera así su estatuto jurídico y abandona su perfil metafísico-programático para convertirse en norma actual y *actualizable* caso a caso. No se trata ya de una mera directriz política que, se dice, informa el contenido del resto del ordenamiento jurídico sino que, muy por el contrario, se torna en norma jurídica positiva de operatividad plena. En este sentido señala el constitucionalista alemán Hans Peter Schneider:

La normatividad de la Constitución descansa y se apoya básicamente en la normalidad de la vida sociopolítica. Sin embargo, la Constitución logra su validez real no sólo por la aplicación directa, sino también por la eficacia indirecta del Derecho constitucional.¹⁵

En síntesis, la eficacia indirecta de la Constitución es entendible como esa optimización de su fuerza normativa, que se manifiesta en la proyección del sentido deontológico racionalmente condicionado por el principio de discurso, de los preceptos constitucionales en cada momento o paso del despliegue efectivo del sistema normativo. Esto involucra de manera muy especial a los tribunales de cualquier nivel, lo que llevaría a replantearnos la discusión acerca de los sistemas de control judicial de la constitucionalidad, que a la luz de lo hasta aquí expuesto podríamos aventurar que se resolvería a favor de un sistema de control más abierto, sin prescindencia de mecanismos de revisión adecuados cuya estructura posiblemente resultara conveniente mantener hasta cierto grado centralizada.

Hasta aquí entonces hemos revisado muy someramente la proyección del principio de discurso como elemento para el desenvolvimiento de la Constitución en todos los planos de manifestación normativa. Nos parece claro hasta aquí que como principio constitucional, el de discurso es el que permite la adecuada opti-

¹⁴ VIGO, Rodolfo Luis, “Directivas de la interpretación constitucional”, en *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 113. Las cursivas son nuestras.

¹⁵ SCHNEIDER, Hans Peter, “Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales”, en *Democracia y constitución*, trad. de K.J. Albiez Dormán y M. Saavedra López, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 71.

mización normativa de otros principios, directrices y, sobre todo, de las a veces tan cuestionables “normas programáticas” que, entendidas a partir del principio de discurso y del ejercicio de éste en la interpretación *desde* la Constitución, superan ese carácter fuertemente imbuido de sentido ideológico, para convertirse en realidad palpable y jurídicamente exigible, tema sobre el cual se han presentado afirmaciones muy sugerentes bajo la etiqueta de *inconstitucionalidad por omisión*. Resta entonces redondear nuestros argumentos para clarificar un poco la ubicación que hemos pretendido esbozar aquí del principio de discurso como *principio constituyente*.

IV. Epílogo: ¿Por qué el principio de discurso como principio constituyente?

Las reflexiones que anteceden se han centrado en dos aspectos principales: la determinación del sentido y alcance específico de la expresión *poder constituyente*, así como las consideraciones en torno a las posibilidades de despliegue del principio habermasiano de discurso en el proceso *autorreproductivo* del sistema jurídico, proyectándolo –y con él a la Constitución toda– a todos los niveles de decisión normativa y de argumentación orientada a tal propósito.

Dos son los resultados preliminares que esas exploraciones nos han permitido alcanzar: en primer término, la clarificación acerca de cómo no existe, propiamente hablando, un *poder constituyente del pueblo*, sino que éste se reduce a un poder relativo y difuso, cuyo ejercicio se agota en el nombramiento del órgano dotado, éste sí, de poder constituyente. A lo más, podemos concebir este vago poder constituyente del pueblo, en aquellos sistemas en donde la decisión del órgano constituyente es sometida a ratificación vía referéndum o, lo que también cabe admitir, a la eficacia del orden normativo resultante de la decisión política trascendental que adopta dicho órgano.

En segundo lugar, podemos considerarnos autorizados a afirmar que el principio de discurso, sobre todo después de clarificar su sentido como principio constituyente, es la condición necesaria para la plena optimización del contenido normativo de la Constitución. Ahora explicaremos muy brevemente, para concluir nuestras digresiones, el porqué de estas dos afirmaciones, argumentando sobre nuestra postura anunciada ya desde el inicio del presente ensayo.

El proceso constituyente originario se traduce en una dinámica orientada a la toma de una decisión política trascendental que servirá de marco referencial a las normas jurídicas positivas y a la institucionalización de las relaciones de

poder en el seno de la sociedad. Básicamente a eso se reduce todo proceso de creación de una ley fundamental.

La moderna teoría democrática, una de cuyas más significativas vertientes es la del Estado constitucional de derecho, insiste en otorgar al pueblo un papel preponderante en dicho proceso, particularmente identificando en éste la sede del auténtico *poder constituyente*, con lo cual no se sigue sino una tradición decimonónica fuertemente impregnada de tintes ideológicos. ¿Por qué podemos sentirnos autorizados a negar que el poder constituyente radique en el pueblo y cuál es la respuesta a esta *falta de protagonismo* de los ciudadanos comunes y corrientes en la decisión política trascendental? Una y otra, respuesta y solución, se unen en el principio de discurso.

Efectivamente, tal principio es capaz de asumir tanto un uso o pragmática descriptiva como un perfil prescriptivo. Descriptivamente entendido, el principio de discurso nos alerta en torno a la que podríamos denominar *racionalidad relativa de origen* de la decisión política trascendental, esto es, una aceptabilidad limitada de tales prescripciones, entendida en términos discursivos. La razón de esto es doble y muy simple: la necesaria ausencia de algunos actores sociales o su escasa representación en la toma de la decisión, limita el alcance de ésta en lo que toca a su posibilidad de ser internalizada o racionalmente convalidada de acuerdo a las distintas posiciones o los diferentes roles sociales.

La segunda razón, derivada de la anterior, está en la consecuente *falta de tematización de los ingredientes* necesarios para la discusión y argumentación que precede a la decisión política trascendental. Y esto sucede no sólo en el seno del congreso o la asamblea constituyente, cuyo desempeño en términos de argumentación viene de origen limitado por el factor enunciado en el párrafo precedente, sino incluso cuando el producto de las discusiones en él desarrolladas se ofrece al público para su ratificación. Dicha ratificación es sobre lo *dado* u *ofrecido* por el órgano, no siendo posible, al menos en la mayoría de los casos, una ulterior discusión, es decir, una tematización o problematización de las pretensiones de validez supuestas en la decisión que se somete a aprobación.

Ante tal circunstancia, entender el principio de discurso como principio constituyente nos pone en condiciones de trasladar esa exigencia de racionalidad mínima que condiciona de alguna manera la validez plena de toda norma jurídica positiva, incluso hasta la producida judicialmente, que habitualmente da pie al despliegue de la fuerza pública, a toda etapa de decisión orientada en sentido normativo.

La esfera pública, gracias al principio de discurso, se proyecta no sólo en el consentimiento respecto de una decisión externa, sino que se hace presente, tanto en forma de voluntad mayoritaria como en forma de particularidad minoritaria y circunstancia individual, en todo momento del desenvolvimiento del derecho.

Así, de acuerdo al principio de discurso, el sentido pleno, la concepción holista de la Constitución que se requiere para optimizar su fuerza normativa, se manifiesta inacabadamente como exigencia de una referencia permanente y continua a la Constitución como sustento necesario y racionalmente aceptable de toda decisión de autoridad.

La vinculación de tales decisiones al requisito de su aceptabilidad racional por parte de todos los afectados en tanto que partícipes en una discusión libre de patologías comunicativas, requisito o supuesto elevado al rango constitucional asegura, a nuestro entender, la plena funcionalidad de la Constitución, de los derechos por ella consagrados y de las directrices políticas o las normas programáticas en ella establecidas.

VI. Conclusiones

A lo largo de este ensayo hemos tenido oportunidad de aproximarnos al concepto del poder constituyente y la configuración que la doctrina democrática de la Constitución, desde sus orígenes le ha impreso, asociándolo con la soberanía popular para resultar de ello la imposibilidad de separar al poder constituyente del pueblo de un Estado. Así concebida, la noción tiene mucho de rescatable pero encubre una ideología sobre la cual es preciso alertar proponiendo una nueva concepción de dicho principio inseparable de la teoría constitucional contemporánea.

En efecto, hemos tenido oportunidad de ver de qué modo el llamado *poder constituyente del pueblo* no es más que un poder relativo, cuyo ejercicio se agota en la designación de un órgano —este sí dotado de poder constituyente— llamado a otorgar a la comunidad una organización política, i.e., de convertirla propiamente en un Estado. Acaso sea posible entender de distinta manera esa idea del *poder constituyente del pueblo* a partir de la concepción que dentro de la teoría jurídica kelseniana asigna a la eficacia el carácter de condición para la validez de un sistema jurídico, pero en todo caso el resultado sería el mismo: se trata en definitiva de un poder *relativo y difuso*.

Lo que hemos intentado a lo largo de estas reflexiones es procurar un acerca-

miento a una nueva concepción según la cual ya no se hable de un poder constituyente como instancia de decisión política trascendental dentro de una sociedad determinada, sino antes bien como un principio ordenador que recorra todo el camino de un sistema jurídico bajo una premisa condicionante de la validez material de las decisiones en cada nivel o escalón de dicho sistema.

Así, el principio de discurso propuesto desde la perspectiva de la teoría comunicativa de Jürgen Habermas ofrece una valiosísima herramienta para trasladar ese genuino *poder constituyente del pueblo* a todos los niveles de producción normativa.

Se trata en definitiva de cerrar el círculo que, de acuerdo al modelo propuesto por el jurista argentino Humberto Quiroga Lavié, complete el tránsito del *hecho productor* de la Constitución, al *hecho producido* conforme a ésta.

Quedan así desterradas las discusiones en torno a los límites que pesan o constriñen al poder constituyente, o bien en torno a las diferencias entre el poder constituyente originario y el derivado.

Considerando al principio habermasiano de discurso como *principio constituyente* cuya validez, siempre formal, es lo más *universalizable* dentro del discurso jurídico, se hace posible, como lo hemos planteado en estas páginas, lograr que tanto la interpretación *de* la Constitución como la interpretación *desde* la Constitución, así como el proceso de argumentación en estas actividades involucrados, actualice de modo continuo el verdadero *poder constituyente del pueblo*, que no es sino la aceptabilidad racional de las normas, *lato sensu*, o decisiones jurídicas de todo tipo y en cualquier nivel de la escala jerárquica del sistema normativo, hasta llegar al el último grado con posterioridad al cual tan sólo podemos asistir a la manifestación material de la fuerza del Estado.

El *pueblo*, ese concepto tan abstracto y tan ideológicamente maleable a las más variadas pragmáticas del lenguaje político, adquiere así una nueva dimensión, un peso específico realmente determinante en el desenvolvimiento del poder público. La esfera pública recupera ese espacio vital que le corresponde en una genuina teoría democrática de la Constitución, erigiéndose en garante de sus propios derechos y, de manera colateral, de la efectiva y plena vigencia del principio de conformidad a la ley fundamental que debe informar todo acto de autoridad.

El principio de discurso es referente necesario para que el denominado *poder constituyente* efectivamente pertenezca al pueblo, considerado tanto en su aspecto de entidad multiforme y abstracta, como también entendido en el sen-

tido de suma de individualidades diferenciadas circunstancialmente dentro de una dinámica social por antonomasia desigual y desequilibrada. Esta dinámica es fuente de tensiones y conflictos que es preciso resolver atendiendo a la más elemental racionalidad normativa, sólo posible de alcanzar mediante una aceptabilidad de los preceptos de derecho que tenga su origen en la internalización de las decisiones que actualizan los contenidos normativos del discurso jurídico y de las expresiones del poder público sustentadas en aquél.

La superación de la tensión entre la impositividad inexorable propia del derecho, como la llamara Luis Recaséns Siches, es posible a través del *logos de lo razonable* que el mismo autor proponía como pauta decisional en el despliegue material del derecho en la vida de los hombres. Este *logos de lo razonable* adquiere una nueva dimensión a nivel constitucional, si se entiende al principio de discurso, tal y como lo plantea Habermas, como aquel principio rector, aquella directriz ético-formal que debe informar el despliegue o desenvolvimiento del derecho en todos sus niveles, cerrándose así el círculo entre el hecho creador legítimo y el hecho creado igualmente aceptable en términos de racionalidad comunicativa.

VII. Bibliografía

- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- BERUMEN CAMPOS, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, México, Cárdenas Editor, 2003.
- CARPISO, Jorge, “Algunas reflexiones sobre el poder constituyente”, en CARBONELL, Miguel, comp., *Teoría de la constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa/UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, 4a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2000.
- GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método*, t. I, 9a. ed., trad. de Ana Agud de Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2001.
- GAMAS TORRUCO, José, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa/UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- HAURIUO, André, Gicquel, Jean, y Gélard, Patrice, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 2a. ed., trad. de José Antonio González Casanova, Barcelona, Ariel, 1980,
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 8a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1995.
- _____, *Esencia y valor de la democracia*, trad. de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, México, Colofón, 1988.
- OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2001.
- OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, “*Poder constituyente*”, en CARBONELL, Miguel, coord., *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa/UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1987.
- SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Derecho constitucional*, 8a. ed., México, Porrúa, 2003.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la constitución*, trad. de Francisco Ayala, Madrid, Alianza, 1996.
- SCHNEIDER, Hans Peter, *Democracia y constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, UNAM, 1989.
- VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 4a. ed., trad. de Marina Gascón Madrid, Trotta, 2002.