

CONSTITUCIONALISMO Y MUNDOS POSIBLES. UNA REVISIÓN AXIOMÁTICA DE LOS PRECOMPROMISOS CONSTITUCIONALES²

2

Óscar Alexis Agudelo Giraldo

Manuel Asdrúbal Prieto Salas

En 1998, José Juan Moreso publicó un famoso artículo titulado *Mundos constitucionalmente posibles*. En él sugiere la posibilidad de analizar la dinámica de los sistemas constitucionales, basado en una lógica de los mundos posibles y su correlativa tesis de accesibilidad constitucional. En el presente texto, partiendo de las aportaciones de Moreso y, ampliando el espectro de aplicación de la lógica de los mundos posibles, se procederá a hacer un análisis del espacio de posibilidad de las normas constitucionales, haciendo a su vez empleo del método axiomático, con el que se llegará a concluir que los denominados precompromisos constitucionales se erigen como los axiomas del sistema jurídico originario.

Desde luego, ello supondrá dos posiciones. La primera, en la que el constitucionalismo que hace empleo de los precompromisos puede llegar a implicar un autopaternalismo jurídico. Y la segunda, en la que las posiciones democráticas limitan el campo de aplicación de los precompromisos, al ser estos empleados a

.....
2 El presente capítulo constituye un avance de investigación en el marco del proyecto titulado *Metodología del positivismo jurídico. Metateoría y constitucionalismo moderno*, desarrollado por el Grupo de Estudios Legales y Sociales "Phronesis", de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

manera de originalismos. Para ello, y basada en el principio lógico del contexto, se enmarca la tesis de la sucesión de sistemas jurídicos constitucionales en la teoría de la mutación constitucional y el activismo judicial.

Siendo así, algunas de las incógnitas a desarrollar tendrán que ver con preguntas como ¿el sistema constitucional originario del orden jurídico, constituye una serie de axiomas? ¿Son contrarias las tesis del precompromiso constitucional y del derecho viviente? ¿Puede ser la lógica de los mundos constitucionalmente posibles un mecanismo de investigación jurídica proyectiva? Para desarrollar lo contenido en las páginas a continuación, se hará empleo del método dialéctico y del método pragmático, ya que se pretende evidenciar vacíos sobre las teorías existentes con anterioridad.

El espacio de posibilidad

La construcción de una teoría plausible de los mundos posibles, debe desarrollarse desde el “espacio de la posibilidad”, concepto que surge de las repuestas alternativas a ciertas preguntas del mundo (Rayo, 2013). Los cuestionamientos que se formulan sobre los elementos de la realidad, normalmente, no suministran una única respuesta, todo lo contrario, generan un ramillete de opciones que, por medio de la corroboración empírica o por adecuación al sistema de creencias del intérprete, serán reducidas a una sola (Robert, 1979). La elección, por parte del sujeto, de una respuesta RI , será extraída del conjunto de resultados Ω , el cual, a su vez, está ligado a las funciones probabilísticas del conjunto de eventos F . Estas funciones se adjudican a cada elemento de F con las constantes numéricas $\{1,0\}$, donde 1 representa la presencia, y 0 la ausencia del evento (Rick, 2010). El espacio de posibilidad refiere a la cantidad de hechos existentes, es decir, podría afirmarse que este es equivalente al conjunto de los eventos F , y cada uno de ellos es un mundo posible, como los granos de arena que componen una duna en el desierto.

Las soluciones a las cuestiones del mundo desde esta perspectiva, parten de la importancia de que F sea un conjunto con un tema específico que le identifique como espacio de posibilidades. La construcción de este último concepto es problemática porque existen enunciados que aparentemente no admiten convencionalidad en su formulación, por ser descripciones del mundo sensorial,

como las leyes físicas y químicas; ellas son aseveraciones de fenómenos que el hombre cree haber descubierto de la naturaleza, son verdaderas o falsas, y en caso de discrepancia entre la ley y el fenómeno natural se deber reformular la ley que los describe (Von Wright, 1979). Sin embargo, esto no implica que este tipo de enunciados posean un espacio de posibilidad objetivo “correcto”, ya que, aunque sean derivadas de descripciones de la realidad, requieren de la aceptación de los demás sujetos que manejen los mismos enunciados de identidad (Rayo, 2013).

Esta última postura va en contravía de la tesis de las relaciones necesarias y objetivas de los elementos del mundo. Desde la Historia se ha profundizado en este tipo de investigación de los mundos contenidos en un espacio de posibilidad. Este método requiere del enlazamiento de hechos históricos relevantes por medio de la argumentación, ejercicio del cual se desprenden razonamientos que no son verdades empíricamente comprobables, sino simplemente plausibles, y dicha plausibilidad hace que el argumento sea superior a los demás que tratan de explicar la misma teoría histórica (Fogel, 1994). Bajo esta concepción, la de los mundos posibles, se puede formular una teoría sobre el porqué los españoles tuvieron éxito en la conquista de América. De hecho, este suceso es adecuado para explicar los cambios en las descripciones de la investigación histórica, porque con cada nuevo hallazgo cambia radicalmente la forma de la historia.

La construcción de enunciados de identidad, de los que se desprende el espacio con sus mundos posibles, al igual que las teorías del añadido humeano y la vinculación de necesidad de Leibniz, son intenciones de determinar las regulaciones de los fenómenos naturales y de las acciones de los hombres en sociedad (Adorno & Horkheimer, 2008). El añadido humeano, sostiene que lo existente en el mundo es un vasto mosaico de asuntos locales sobre hechos particulares, donde el intérprete ordena exclusivamente los eventos que acaecen en el mundo real. Es claro que esta concepción no tiene en cuenta las posibles relaciones de incidencia de conceptos ideales en el mundo sensual (Hawthorn, 1995). Leibniz por su parte, argumenta que el mundo está compuesto por individuos que se relacionan unos con otros, y que las relaciones establecidas entre los mismos son las que le dan forma a dicho universo, tan es así, que el hecho de cambiar alguna de ellas cambiaría la forma del mismo (Hawthorn, 1995).

A pesar de las posturas que se establecen en contra de la posibilidad como una teoría descriptora plausible del mundo, el espacio lógico que contiene estos universos posibles también incluye las cuestiones descriptoras del mismo. Es decir, abarca todo, excepto lo imposible, puesto que no existe y no es probable que exista (Lewis, 1986). Todas las particularidades de lógica modal alética, como la contingencia, la necesidad y la posibilidad, están contenidas en dicho lugar. Como el espacio lógico lo implica todo, la teoría se vuelve compleja, porque este concepto determinaría todas las relaciones conceptuales del mundo. Esta omnipotencia es desvirtuada por Rayo, cuando argumenta que no existen espacios “objetivos”, además, al hacerlos dependientes de los enunciados de identidad, se abre la brecha a múltiples lugares para estos últimos, y ya no se trataría de un súper espacio inaplicable (Rayo, 2013).

Enunciado como criterio de identidad del espacio de probabilidad

Es claro que el desarrollo de esta teoría depende del enunciado como parte del lenguaje. La importancia de este elemento fue destacada desde hace mucho tiempo por Jeremy Bentham, quien sostenía que el lenguaje está plagado de palabras que están desprovistas de significación propia, específicamente el lenguaje jurídico. Bentham argumentó que es necesario el uso del método llamado paráfrasis o definición contextual, para que dichos signos vacíos designen algo; en esta medida, la unidad mínima de significación no es la palabra, sino la oración (Moreso, 1986).

Posteriormente, la aparición de la lógica simbólica es determinante para zanjar una diferenciación clave entre el enunciado y su respectiva proposición, en donde esta constituye, precisamente, el significado del enunciado (Echave, Urquijo, & Guibourg, 2008). Dicha distinción es clave para entender los problemas de ambigüedad semántica de algunas oraciones, las cuales conllevan tantos significados que se vuelven incompresibles. La solución a este problema es suministrada por Frege y su famoso principio de contexto, por medio del cual se postula que, al situar el enunciado, se cierra el margen de proposiciones que expresa (Cryan & Shatil, 2005).

El lenguaje debe ser visto desde la postura compositivista, por medio de la cual, se pueden establecer las condiciones de verdad de todos sus enunciados

a través del estudio de su sintaxis y de su forma lógica. Este ejercicio tiene la finalidad de establecer qué enunciados pueden corresponder lógicamente con los elementos del conjunto que contiene las oraciones de “solo es”, correspondientes a los mundos posibles ideales. Bajo ese entendido, la descripción del mundo, esa labor de dar forma, permite la correlación de la ciencia con la teoría del espacio de posibilidad, así las descripciones pueden justificar los formalismos. Estos pueden ser entendidos como el método que permite la materialización de entidades abstractas en símbolos perceptibles por los sentidos, que posteriormente serán manipulados por medio de reglas sintácticas propias de cada metalenguaje, para producir nuevas teorías y delimitar el alcance de las mismas (Ladriere, 1969).

La postura del lenguaje composicionista posee un problema radical referente a la función veritativa de los enunciados que lo componen. Esto se debe a que no todas las oraciones en el lenguaje ordinario pueden verse desde la perspectiva de la verdad, existen enunciados que por el modo de lenguaje en que se formulan escapan a este tipo de valoración. Por ejemplo, los expresados en un lenguaje imperativo, o en un lenguaje prescriptivo. A este tipo de proposiciones se les denomina anapofánticas, y fueron el insumo del famoso dilema de Jørgensen. Curiosamente, en este dilema también se ataca con rigurosidad la aplicabilidad de la lógica a todo tipo de enunciado, porque según Jørgensen, no es posible concluir prescripciones, si las premisas son descripciones (Alarcón, 1999).

El espacio de posibilidad, mundos posibles y normas

A pesar de tener estas problemáticas, la teoría del espacio donde están contenidos los mundos posibles, podría ser aplicable a todo tipo de enunciado, ya sea apofántico o anapofántico. El caso del lenguaje del Derecho, cuyos enunciados escapan a la valoración veritativa, puede ser descrito desde la posibilidad. Sin embargo, dicha labor requiere de elucidar la distinción entre principios y reglas, toda vez que la operatividad de los mundos posibles, para cada una de estas normas, va a tener una variación, sobre todo en la cantidad de mundos posibles.

Las normas jurídicas —ya sean principios o reglas— vistas como enunciados del lenguaje del Derecho, cumplen con mayor satisfacción el criterio de identidad, su construcción es estrictamente convencional y de “obligatoria” aceptación, elemento que está ausente en otro tipo de enunciados. En el caso de las normas

que son promulgadas por el órgano secundario o parlamentario, se entiende que los miembros de este son elegidos democráticamente, razón por la cual, el sujeto normativo acuerda, por medio del voto, que obedecerá las normas emitidas por su representante. Pero más interesante es la construcción de los llamados principios de justicia, que requieren de un acuerdo intersubjetivo de los miembros de una sociedad, que diseñan un sistema de cooperación social, para que este último pueda hacer efectivo los acuerdos sobre dichos principios. De hecho, la única función del Estado, bajo esta perspectiva, es cumplir y satisfacer los principios de justicia (Rawls, 1993).

El ejercicio descrito por Rawls se refleja en la realidad cuando las sociedades, procurando la protección de intereses comunes, elevan dichos enunciados a la categoría de Derechos Fundamentales, calificación que no conlleva a que lo sean realmente. Este tipo de derechos, además, debe satisfacer el criterio de adjudicación universal, el cual alude a que todos los miembros de un sistema de cooperación social específico deben gozar del mismo derecho, de otro modo, sería un beneficio excluyente de algunos de sus partes (Ferrajoli, 2001). También, es necesario diferenciar que el condicionamiento vencible, para la adjudicación del mismo, no es una causante de exclusividad. La formulación de muchos de estos Derechos Fundamentales, acordados intersubjetivamente por los miembros de alguna sociedad, corresponden a la estructura de principio y otros a la estructura de regla. La diferenciación entre uno y otro es meramente contingente, y dependen en gran medida del modo en que aplican para cada caso (Ávila, 2011).

Al igual que en los enunciados descriptivos, el espacio de posibilidad de las normas nace obligatoriamente con una pregunta de cómo debería ser o funcionar el mundo ficticio del derecho. Cuando se trata de reglas, la cantidad de mundos posibles y sus respectivas funciones $\{F, P\}$ estarán determinadas por el universo de casos, ya que esta teoría de sistemas relaciona los eventos con su ausencia 0 y su presencia 1. El elemento Ω será las soluciones maximales a cada caso (Alchourrón & Bulygin, 2013). En las reglas, la cantidad de elementos que conforman el universo de los casos es determinable. Por otra parte, la sintaxis del principio, impide la determinación finita del universo de los casos para los cuales es aplicable.

La relación entre los mundos posibles, contenidos en el espacio de probabilidad de un principio, puede estar en contradicción lógica. Esta última afirmación

no debe confundirse con la colisión constante que se presenta entre distintos derechos a nivel ideal y que también genera estados de contradicción en la percepción contrafáctica del Derecho (Lopera, 2004). Esta característica, rompe con los esquemas tradicionales de las acciones y actividades objetivamente válidas en Derecho, típicas del positivismo metodológico kelseniano, cuyo margen de aplicación se circunscribe con exclusividad a las reglas. La objetividad del acto del mundo sensual, en el mundo del Derecho, se especifica en el contenido de la norma (Kelsen, 1982).

En el campo de los casos concretos, que activan el mundo contrafáctico del Derecho y cuyas soluciones solo pueden suministrarse por principios, se desvirtúa la concepción tradicional de que su cumplimiento es gradual. Esta afirmación nace de las críticas desarrolladas por Aarnio y Sieckmann, ya que, según ellos, cuando la norma ideal entra en relación con el mundo empírico, surge la obligación de optimizar el estado de cosas pretendido por el principio. Esto conlleva a que, en el caso concreto, se deba optimizar, o no, el principio como mandato (Alexy, 1993).

Sin embargo, los principios de índole constitucional, al ser construidos convencionalmente por los miembros de la sociedad —así presenten contradicciones ideales—, no pueden ser cambiados, ya que estos, por la constitucionalización del Derecho, funcionan como los axiomas del sistema del lenguaje del mismo y también son conocidos como precompromisos constitucionales.

Los precompromisos constitucionales

Atendiendo a una noción formal de los sistemas jurídicos, es posible presentar la relación de sus elementos, por ejemplo las categorías normativas, como “conjuntos estructurados por la relación de deducibilidad” (Moreso, 1998, p. 139). Esta relación corresponde a los procesos de axiomatización de los sistemas jurídicos que atienden al modelo de construcción, típico de los lenguajes artificiales. Una cadena de afirmaciones elaborada equivale a un enunciado, en el que algunas de sus aserciones son consideradas como válidas de antaño, lo que correspondería a un axioma (Martínez, 2010). A su vez, dicho proceso del lenguaje jurídico trae, entre otras, ventajas como la univocidad semántica de los términos teóricos y una coherencia interna del discurso teórico (Ferrajoli, 2010).

En materia de Derecho constitucional, la relación entre orden y sistemas jurídicos vendrá marcada por la noción de sistema originario, dentro del cual se postulan una serie de axiomas constitucionales, a partir de los cuales, es posible generar nuevas categorías jurídicas y reformas al Derecho constitucional sucedáneo. Lo anterior implica considerar que dichos axiomas forman la base rígida del orden constitucional y que solo a partir de ellos es posible imaginar y generar nuevas realidades constitucionales presentes y expectantes (López, 2009).

Para ello se emplea la figura de los precompromisos, como axiomas del sistema originario, útiles para proyectar mundos constitucionalmente posibles, que a su vez vendrán limitados por los derechos primarios del sistema originario. Por supuesto, esta es una tesis que deambula en los postulados que son objeto de debate entre las posiciones constitucionalista y demócrata.

Entrando en materia, de la mano de la existencia de sistemas jurídicos, aparece como recíproca su representación dinámica. De acuerdo a esta, la realidad social, en variadas ocasiones, supera al texto constitucional posibilitando su mutación. Luego de la relación del Derecho constitucional con el contexto social, es posible delimitar los ámbitos de identidad y existencia de los sistemas jurídicos. Para Moreso, desde la dinámica de estos, persiste un criterio de identidad y sucesión de sistemas, que viene dado en el “criterio genético o de legalidad”, el cual resume así:

Una norma N pertenece al sistema jurídico SJ si hay otra norma N, perteneciente a SJ, que autoriza a un determinado órgano O la promulgación de N y O promulga N; y también, una norma N deja de pertenecer a un sistema jurídico SJ si hay otra norma N, perteneciente a SJ, que autoriza a un determinado órgano O la derogación de N y O deroga N. (Moreso, 1998, p. 139).

Respecto a esta definición caben tres anotaciones. Primero, que el “criterio genético” se supedita a la existencia de normas de competencia de la autoridad legislativa, por lo que implica una tesis clásica de la sucesión de sistemas jurídicos por vía de derogación o promulgación de normas. Sin embargo y, como segunda anotación, partiendo de fenómenos como el de creación judicial del Derecho, se posicionan, en la actualidad, las tesis del cambio jurisprudencial, útiles para entender los fenómenos de mutación constitucional. Esta implica

[...] un proceso informal que cuida de la alteración de la Constitución. En la mutación, la norma constitucional se modifica a pesar de la permanencia de su texto, lo que presupone la no identificación entre la norma y el texto. El texto es compuesto por palabras cuyos significados no son únicos y aun son cambiantes con el pasar del tiempo. Lo que importa saber entonces, es cómo las normas constitucionales pueden ser modificadas informalmente, en razón de las mudanzas habidas en la sociedad (Pedra, 2012, p. 370).

Tercero, es importante anotar que de ahí se deba reconfigurar el criterio genético, desde los puntos de vista de la creación judicial de derechos y principios y el reconocimiento de derechos por vía jurisprudencial que, desde luego, reportan dinámica para los sistemas jurídicos.

Para demostrar lo contenido en las posiciones expuestas tanto en la segunda como en la tercera anotación, obra la figura de la aplicabilidad de las normas jurídicas, donde el juez realiza un control sobre la pertinencia de una norma al sistema jurídico y, una vez surtido el examen, al considerar una norma jurídica inválida, podrá ser sometida a una futura revisión constitucional. De ahí que

[...] bajo la determinación de criterios de aplicabilidad de las normas jurídicas, en la determinación de su pertenencia al sistema jurídico se evidencia un examen en sede judicial de la validez de la norma jurídica; posición que plantea la posibilidad de una regla según la cual las normas jurídicas que hacen parte de un sistema, son válidas y, por lo tanto, aplicables (Agudelo, 2014, p. 90).

De acuerdo a la versión primaria del criterio genético, la dinámica de los sistemas jurídicos está vinculada a las reglas de competencia dadas para promulgar o derogar normas. Dichas actividades, propias de la órbita de la autoridad del Derecho, y ceñidas a la función legislativa, suponen un cambio de un sistema jurídico a otro (SJ1... SJ2...n) (Moreso, 1998). El criterio de mutación viene dado, a juicio de Moreso, en la alteración del contenido, obteniendo conjuntos normativos diferentes.

Para Moreso (1998), comprender la mutación de los sistemas jurídicos implica la relación género-especie que presenta el ordenamiento con dichos sistemas. Para distinguirlos hay que entender que

[...] los sistemas jurídicos son sistemas normativos momentáneos, y cada vez que una norma es promulgada o derogada por una autoridad competente se obtiene un sistema

diferente. Los órdenes jurídicos son una secuencia de sistemas jurídicos. La identificación de un orden jurídico OJ requiere conceptualmente identificar el primer sistema de la secuencia y otros sistemas SJ1, SJ2, SJ3...SJn pertenecen a OJ sí y solo si satisfacen ciertos criterios de membresía, por ejemplo, la legalidad de las acciones normativas (Moreso, 1998, p. 140).

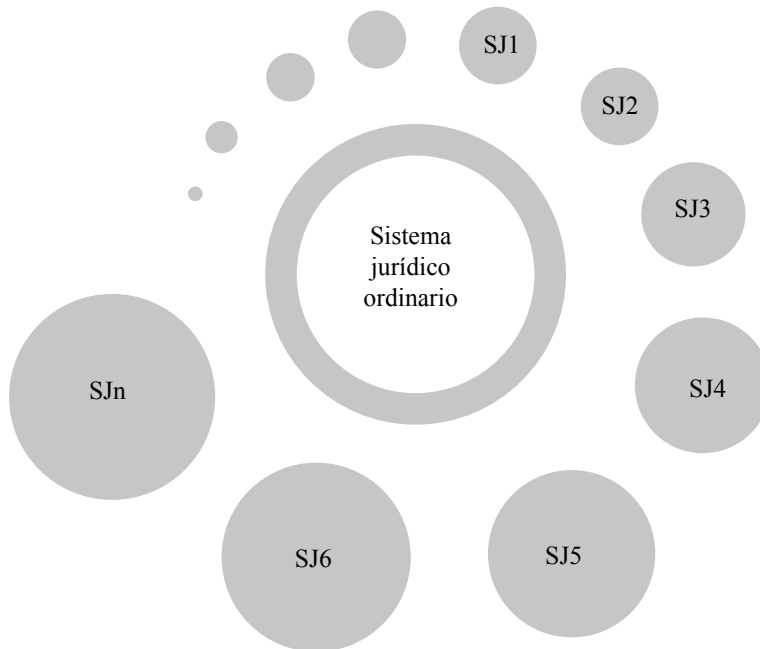


Figura 1. Orden jurídico y sistemas momentáneos.

Fuente: elaborado por autores.

La propuesta de Moreso: los mundos constitucionalmente posibles

En relación a la lógica de los mundos posibles, los escenarios o realidades constitucionales expectantes constituyen una derivación del contenido de las normas presentes en el sistema jurídico originario. Es decir, “el sistema originario de un orden jurídico determina el conjunto de secuencias de sistemas jurídicos posibles constitucionalmente adecuado” (Moreso, 1998, p. 144). Esta definición permite entender la primacía constitucional, como la prohibición de crear normas que contraríen al sistema jurídico original.

Dicha contradicción, a juicio de Moreso, se evidencia en dos posiciones. Así como no pueden ser creadas normas jurídicas contrarias al sistema jurídico originario, tampoco pueden ser válidas aquellas normas contrarias a las normas de la Constitución que han sido reformadas en virtud de sistemas sucesivos.

Los mundos posibles que dan lugar a sistemas sucesivos, vienen determinados por el contenido de las normas de los sistemas jurídicos precedentes. De ahí que “las normas constitucionales constituyen lo que Kelsen denominó un marco en el que pueden darse varias posibilidades [...] La constitución no determina una secuencia lineal de sistemas jurídicos [...] sino una secuencia en forma de árbol” (Moreso, 1998, p. 146). A su vez, trabajar sobre una lógica de los mundos constitucionalmente posibles implica partir de los mundos jurídicos reales, de tal forma que pueda construirse accesibilidad entre los mundos posibles (Moreso, 1998).

Los precompromisos constitucionales como axiomas jurídicos

En defensa de la fórmula del precompromiso, Moreso plantea la necesidad del concepto de primacía de la Constitución, a partir de la construcción del modelo de delimitación del ordenamiento jurídico como sucesión de sistemas normativos, cuyo sistema primario u original debe estar compuesto de normas constitucionales. Esto entra en contradicción con la idea de democracia representativa, pues ésta es un mecanismo de decisión basado en el voto, mientras que la idea de primacía constitucional “restringe el conjunto de decisiones que pueden tomarse por la mayoría” (Moreso, 1997, p. 165).

Los elementos normativos del sistema primario, que operan a su vez como precompromisos, son los Derechos Básicos, los cuales “constituyen límites infranqueables al procedimiento de toma de decisiones por mayoría, esto es, que delimitan el parámetro de lo que las mayorías no deben decidir” (Bayon, 2000, p. 65). Frente a la tensión entre democracia representativa y primacía constitucional, Moreso encuentra en Jon Elster un elemento conceptual de solución, basándose en dos de sus ideas, tanto en la paradoja de la democracia, como en el mito de Ulises y las sirenas.

Respecto al mito de Ulises, lo usará como explicación de una tesis de la racionalidad imperfecta, a favor de un precompromiso necesario; recuérdese que Ulises se ata a un mástil para no ceder ante la debilidad y comportarse de manera racional. Por ello

[...] Ulises no era completamente racional, pues un ser racional no habría tenido que apelar a este recurso; tampoco era sencillamente, el pasivo e irracional vehículo de sus cambiantes caprichos y deseos, pues era capaz de alcanzar por medios indirectos el mismo fin que una persona racional habría podido alcanzar de manera directa. Su situación —ser débil y saberlo— señala la necesidad de una teoría de la racionalidad imperfecta que casi ha sido olvidada por filósofos y científicos sociales (Moreso, 1997, p. 166).

El uso analógico del mito de Ulises y las sirenas es la base literaria propia para justificar un precompromiso constitucional, es decir, autoimponerse ataduras en contra de la voluntariedad que cede a caprichos ajenos, algunas veces, al estándar de racionalidad. De esta manera el precompromiso equivale a “excluir determinadas situaciones del futuro, para preservar una decisión del pasado que se valora positivamente” (Moreso, 1997, p. 166).

Sin embargo, Holmes encuentra que, a juicio de Elster, en el precompromiso opera una semejanza radical entre la acción política de creación de la Constitución, a través de una asamblea nacional constituyente, y la acción política de las próximas generaciones, que quedan limitadas “a la aplicación cotidiana de las reglas básicas” (Elster, 1999, p. 245). De esta manera, el precompromiso actúa como un impedimento a las próximas generaciones, que quieran refutar o limitar otros derechos, pues, los precompromisos constitucionales son democráticos y mayoritarios, en tanto las restricciones de los predecesores van dirigidas a sus sucesores, para que así estos no limiten derechos de generaciones futuras.

Como antítesis a la posición constitucionalista de los precompromisos, hay tesis democráticas, como la de Wilfrid Waluchow, que postulan una construcción, por vía jurisprudencial, de los Derechos Básicos para los sistemas actuales, que no afectan necesariamente la identidad del sistema jurídico. Para Waluchow

[...] i) Una Constitución es un instrumento cuyas disposiciones morales abstractas pueden crecer y adaptarse al cambio, sin perder su identidad y función de guía, ii) Las disposiciones abstractas de una Constitución deben tener permitido crecer y adaptarse a su medio, iii) Este proceso puede tener lugar a través de una genuina interpretación constitucional, no a través de la construcción o de una reforma, iv) La autoridad para delimitar las disposiciones morales abstractas es legítima (Fabra, 2015, p. 257).

Es de esta manera como el precompromiso adopta una posición limitativa. Su función limita y delimita el poder y a su vez, al atar a las generaciones futuras,

cumple con la función de formar nación, regulando, de igual forma, la manera en la que se deben emplear las funciones delegadas³. Siendo así, si el constitucionalismo se erige por el principio de separación de poderes, da a entender que el fenómeno de creación judicial del Derecho, que se presenta como punto de tensión actual entre constitucionalismo y democracia —en lo atinente a limitación de Derechos Fundamentales—, no es constitucionalista, pero posiblemente sea democrático —no mayoritariamente—, pero sí procedimentalmente.

Con el paradigma de la democracia constitucional, es decir, un gobierno democrático con limitaciones predeterminadas constitucionalmente, las decisiones del presente, serán tomadas a partir de pre-decisiones. En este punto desaparece el concepto rutinario de democracia como gobierno del pueblo, que es modificado por Holmes como “el gobierno del pueblo por ciertos canales establecidos” (Elster, 1999, p. 250), o en palabras de Garzón Valdés como “la vigencia del principio de la mayoría dentro de un marco de homogeneidad social que permita alentar la esperanza de la autodeterminación individual” (Garzón, 1989, p. 209). Posiciones anteriores al paradigma de la democracia constitucional, como la de Schmitt, muestran que las limitaciones impuestas en el precompromiso son negativas del gobierno democrático, pero que justifican la necesidad de un marco legal predeterminado y coherente, de tal forma que la Constitución figura como un “instrumento de autogobierno”.

Precompromiso, paternalismo y rigidez constitucional

Si una de las bases del constitucionalismo ha de ser la rigidez, ello implica que este establezca la defensa del Estado constitucional de Derecho. Macario Alemany destaca como una de las características principales del Estado constitucional, la de tener un ordenamiento rígido con control jurisdiccional de constitucionalidad (Alemany, 2010, p. 67). Ahora, para que miembros de una misma comunidad compartan objetivos, se requiere que cada uno de ellos cumpla como parte de un mismo mecanismo, que no ha de ser otro que el de las disposiciones

.....
3 Recuérdese al respecto que solo puede constituir autoridad legítima la que ha sido conferida por una ley preexistente, de tal manera que el derecho pueda ser concebido como una estructura de autoridad. Véase también en: Raz, J. Sobre la autoridad e Interpretación de las Constituciones: Algunas ideas preliminares. *Revista Problema. Anuario de Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*. Traducción de Vanesa Díaz Rodríguez y Juan Vega Gómez

legales, las cuales atan a los miembros de la comunidad. Es de esta manera como una Constitución democrática autoimpuesta equivale a un autopaternalismo que forma un instrumento de “autogobierno colectivo” (Elster, 1999).

Dicho autopaternalismo, como técnica de autoadministración colectiva, opera como un limitante a la voluntariedad. De la mano de este, uno mismo se priva de ciertas opciones, quedando excluida la alternativa de tener “la voluntad de ceder la voluntad”. Es de esta manera como se erige la norma fundamental del constitucionalismo que pregona que “no se puede acceder voluntariamente a ceder voluntariamente el derecho de acceder” (Elster, 1999, p. 259). Por ello, para conservar la voluntad se debe restringir la voluntariedad. La consecuencia de no limitarla – de no atarse – a través de un precompromiso, puede derivar en una “autodestrucción colectiva”, de tal manera que “los muertos no deben gobernar a los vivos, pero sí pueden facilitar el que los vivos se gobiernen a sí mismos” (Elster, 1999, p. 262).

Siendo así, la paradoja de la democracia se torna en un paternalismo, que estratégicamente se oculta con la denominación del precompromiso. A favor del argumento paternalista Alexis de Toqueville decía que

[...] es imposible, hágase lo que se haga, elevar la cultura del pueblo por encima de cierto nivel. Por más que se facilite el acceso a conocimientos humanos, se mejore el nivel de enseñanza [...] Estoy a admitir sin dificultad que, la masa de los ciudadanos quiera sinceramente el bien del país, y aun iré más lejos: las clases inferiores de la sociedad me parece que mezclan en general a ese deseo menos maquinaciones de interés personal que las clases elevadas; pero lo que siempre les falta en mayor o menor grado es el arte de juzgar los medios aun queriendo sinceramente el fin (Alemany, 2010, p. 64).

El precompromiso, bajo la visión del paternalismo, se justifica cuando se trata de asegurar y hacer inmutable la garantía de derechos y necesidades básicas que equivalen a “cosas o estados de cosas que son buenas por ser condición necesaria de la existencia humana o de su bienestar” (Garzón, 1993). De tal manera que estas constituyen bienes básicos “para la realización de todo plan de vida”, figura a la cual Ernesto Garzón Valdez denomina el coto vedado (Alemany, 2010).

De acuerdo al coto vedado, los bienes básicos quedan por fuera de cualquier negociación colectiva o discusión parlamentaria en el paradigma de la democracia constitucional. A su vez, la vigencia de estos bienes básicos, por ejemplo los

Derechos Fundamentales, es independiente a la voluntad de los integrantes de la comunidad. De esta forma, al paternalismo —a través del precompromiso— determina una garantía de no alteración de los bienes básicos o Derechos Fundamentales por parte de generaciones futuras, para lo cual se requiere necesariamente de una Constitución de tipo rígido.

Una Constitución Política es rígida cuando el procedimiento de reforma a esta es más complejo que el procedimiento legislativo ordinario. La rigidez constitucional opera como lo que Ferres Comella ha denominado “la estabilidad de la opción elegida”, que implica mantener cerrada la posibilidad de votar y determinar constantemente la forma de gobierno más adecuada para el país. A su vez, la rigidez constitucional, con respecto a los derechos y libertades fundamentales, no resulta absoluta en consideración al mandato de alcanzar una decisión justa (Navarro, 2002).

Luigi Ferrajoli examina la rigidez constitucional como la barrera que se impone a la iniciativa de reforma legislativa, con respecto a los asuntos relacionados con principios, derechos e instituciones que prevé la Constitución. Además, dicha rigidez guarda estrecha relación con la jerarquía normativa de la Constitución, por lo que en virtud de la existencia de Derechos Fundamentales ésta opera “como expectativas negativas de su no derogación o vulneración y [...] como expectativas positivas de su desarrollo” (Ferrajoli, 2008, 92).

Frente a la imposibilidad de limitar el contenido esencial de los Derechos Fundamentales por el paradigma de la rigidez constitucional, Ferrajoli propone un modelo de indecidibilidad, basado en el coto vedado de Garzón Valdez. En este, la esfera de lo decidible resulta angosta en virtud de la prohibición para el legislador de restringir el contenido de Derechos Fundamentales, ya que estos resultan como límite y objeto de sustracción de las decisiones a favor de las mayorías (Ferrajoli, 2008).

Sin embargo, Waldrom advierte que los individuos democráticamente deberían poder participar de la delimitación del contenido esencial de los bienes básicos. Esta delimitación, pese a estar sustraída democráticamente para las mayorías, tiene la posibilidad de ejercerse a través del control jurisdiccional de la Constitución, lo que equivale para Waldrom a sustituir la mayoría democrática dada en el parlamento, por “la mayoría no democrática y elitista de los componentes del tribunal” (Alemany, 2010, p. 72).

Conclusiones

En el campo de la sucesión de sistemas jurídicos constitucionales se evidencian cuatro posiciones. En la primera se plantea que para la lógica de los mundos constitucionalmente posibles, la adecuación del principio del contexto lógico permite cerrar el margen de proposiciones que sobre los axiomas o precompromisos puedan existir, limitando a su vez la deducibilidad y la creación de nuevas categorías jurídicas.

Como segundo punto, los precompromisos constitucionales vistos desde el método axiomático, que Ferrajoli emplea para la explicación del sistema constitucional, efectivamente constituyen lo que en sistemas formales se denominan como axiomas, pues solo a partir de estos, y sin posibilidad de reformarlos, se proyectan mundos constitucionales expectantes. Desde luego, otro de los hechos que afirman su interpretación analógica por vía de axioma, es el contenido abierto de su formulación lingüística, la cual facilita, basados en el mundo jurídico real, la proyección de otros constitucionalmente posibles.

Tercero, la proyección de los universos constitucionalmente posibles y la sucesión de sistemas jurídicos, no quedan circunscritas a la órbita de la autoridad legislativa del Derecho. Fenómenos como el constitucionalismo del árbol vivo, demuestran que es el juez quien proyecta e instaura nuevas realidades jurídicas a partir de mundos posibles.

Cuarto, los precompromisos constitucionales no pueden ser de número amplio, ya que su existencia variada haría del sistema originario un conjunto normativo autopaternalista, que puede finiquitar en un uso excesivo de los originalismos en materia constitucional. Por lo tanto, el punto medio de la discusión obra en la tesis del constitucionalismo democrático.