

Tilburg University

El fallo " Van Gend & Loos"

Lindahl, H.K.

Published in:
Filosofia juridica

Publication date:
2005

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Lindahl, H. K. (2005). El fallo " Van Gend & Loos": La dialéctica de poder constituyente y poder constituido. In R. Vazquez (Ed.), *Filosofía jurídica: Ensayos en homenaje a Ulises Schmill* (pp. 227-250). Editorial Porrúa.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

FILOSOFÍA JURÍDICA

Ensayos en homenaje a Ulises Schmill

RODOLFO VÁZQUEZ
COORDINADOR

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
PRESENTACIÓN



EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA 15

ITAM

EXCELENCIA ACADÉMICA

INSTITUTO TECNOLÓGICO
AUTÓNOMO DE MÉXICO

MÉXICO, 2005

EL FALLO "VAN GEND & LOOS"

La dialéctica de poder constituyente y poder constituido

HANS LINDAHL*

1. INTRODUCCIÓN

Abordaré en este ensayo la relación entre poder y derecho. Me parece una buena manera de rendir homenaje al profesor Ulises Schmill, no sólo porque dicha relación es uno de los temas centrales de su aguda y valiente obra iusfilosófica, sino porque las ideas que expondré a continuación se han beneficiado de múltiples comunicaciones que hemos sostenido en los últimos años a propósito de la representación como concepto epistemológico y político.

La primera hipótesis a desarrollar en este ensayo es que la estructura del poder se nos da a conocer a partir de un análisis de la génesis de significados jurídicos. Intentaré, pues, esclarecer la estructura del acto en que se gesta un nuevo significado jurídico. Un enfoque parecido se aleja, a primera vista, de aquello que constituye el punto de partida obligado de una teoría del poder en el derecho; a saber, la distinción capital entre poder constituyente y poder constituido. Sin embargo, y esta es mi segunda hipótesis, el análisis de la estructura del acto innovador de significados jurídicos nos permitirá desvelar al menos parte de lo que permanece *impensado* en la teoría de los poderes constituyente y constituido desarrollada por doctrinas de derecho constitucional. Mi propósito en este ensayo no es, pues, rechazar de plano el enfoque constitucionalista, sino descubrir y analizar ciertos aspectos del poder "en acto" que permanecen ocultos dentro de nuestros esquemas de pensamiento tradicionales.

Un famoso fallo del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), la decisión "Van Gend & Loos" de 1962, será el punto de amarre empírico de nuestro análisis. Hay una buena razón para discutir este fallo. Pues al establecer que el derecho comunitario produce un efecto directo dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros

* Universidad de Tilburg, Holanda.

de la Comunidad Europea, el fallo dio comienzo a lo que los tratadistas han dado en llamar el proceso de constitucionalización del Tratado Comunitario por parte del TJCE. Dicho proceso, jalonado por una serie de fallos célebres, obtuvo un coronamiento al menos provisional en el fallo "Les Verts", en el que el TJCE explícitamente calificó el Tratado de "carta constitucional" de la Comunidad Europea. Ahora bien, el carácter constituyente de "Van Gend & Loos" ha sido objeto de una fuerte polémica, en la que han participado tratadistas, políticos e incluso órganos judiciales como el Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Si bien no entraré a discutir esta polémica, la paradoja de la soberanía, que, como veremos, define la relación entre poder constituyente y poder constituido, bien podría contribuir a replantear los términos de aquél debate.

Analizaré el fallo en comentario a partir de un marco conceptual tomado en préstamo a la fenomenología. Me refiero a la teoría de la expresión desarrollada por Maurice Merleau-Ponty en sus obras *Fenomenología de la percepción* y *La prosa del mundo*. El meollo de dicha teoría es la distinción entre *parole parlante* y *parole parlée*, distinción que, aprovechando otra formulación utilizada de vez en cuando por el autor, traduciré como habla instituyente y habla instituida. También echaré mano, aunque someramente, de la magnífica obra de Cornelius Castoriadis, *La institución imaginaria de la sociedad*, que, en un espíritu filosófico afín al de Merleau-Ponty, propone considerar la sociedad a partir de la distinción entre «sociedad instituyente» y «sociedad instituida». Si bien estos autores arrojan nueva luz sobre la estructura del poder, y su bifurcación en poder constituyente y poder constituido, sostendré al final del ensayo que un enfoque genético del poder desemboca necesariamente en una teoría acerca del ejercicio válido del poder.

2. "PONER EL DERECHO" COMO REACTIVACIÓN DE UN SIGNIFICADO

Antes de entrar a considerar la manera en que el poder se nos da a conocer mediante innovaciones semánticas, debemos comenzar por identificar la relación elemental entre poder y derecho: ¿cómo se manifiesta el poder en el derecho? Si reparamos en el poder constituyente, tal como lo define la teoría constitucional, encontraremos una pista. Para dicha teoría, el poder constituyente se vincula a la expedición de una norma jurídica específica, la constitución. Un buen ejemplo de esta aproximación lo ofrecen los autores de la obra *Derecho político español*, cuya definición del poder constituyente supera ampliamente el ámbito doctrinario estrictamente español: dicho poder, sostienen, es «aquél que puede elaborar o

modificar la constitución». ¹ De esta definición se desprende que el ejercicio del poder constituido abarca los demás actos de producción normativa de los órganos estatales, es decir, la legislación, los actos administrativos y los fallos judiciales. No proseguiremos, por el momento, el análisis constitucionalista de poder constituyente y poder constituido. Lo importante es que la definición citada nos descubre, así sea implícitamente, la caracterización básica del poder en su relación con el derecho; a saber, la *producción de una norma jurídica*. El poder «en acto» produce una norma jurídica, ya sea una constitución, una ley, una resolución administrativa o una providencia judicial. Ahora bien, si el poder se manifiesta mediante la producción de normas jurídicas, ¿cuál es la estructura general del acto de producir una norma jurídica?

Debemos a Hans Kelsen una respuesta a este interrogante. El derecho, según Kelsen, es un orden dinámico de normas. Su carácter dinámico radica en que el derecho se desenvuelve como un proceso de concretización de contenidos normativos. En otras palabras, el derecho es un orden jerárquico de normas, que va de normas fundantes a normas fundadas, de normas generales a normas particulares. Así, por ejemplo, el contenido de una norma constitucional puede ser particularizado mediante una ley, cuyo contenido, a su vez, es particularizado por una resolución administrativa o una providencia judicial. Esta descripción del ordenamiento jurídico permite a Kelsen ofrecer una caracterización general del acto de “colocar” o “poner” el derecho —*Rechtssetzung*. Dicho acto, sostiene, aplica una norma de nivel superior en la creación de una norma inferior. ² Para volver al ejemplo indicado anteriormente, una norma constitucional es aplicada en el proceso de creación de una ley, y la ley en la creación de una resolución administrativa o de una providencia judicial. El poder se ejerce, pues, mediante un acto que es simultáneamente acto de aplicación y de creación normativa.

Kelsen excluye dos casos límites de esta estructura: el acto coactivo que realiza la sanción prevista en una norma particularizada, ya que no hay aquí creación de una nueva norma jurídica, y el acto de presuponer la norma básica de un ordenamiento jurídico, ya que dicho presupuesto no constituye un acto de aplicación de una norma superior, sino que, por el contrario, es el punto de partida de una cadena normativa, el «cerrojo», por decirlo así, que impide una regresión normativa infinita. Nótese que en el momento mismo en que logramos identificar el “topos” del poder,

¹ Oscar Alzaga Villaamil, Ignacio Gutiérrez Gutiérrez y Jorge Rodríguez Zapata, *Derecho político español*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, 2001, p. 163.

² Véase Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, primera edición, Aalen, Scientia Verlag, 1994 (1934), §31(f), y Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, segunda edición, Viena, Österreichische Staatsdruckerei, 1992 (1960), §35.

éste se resiste a una caracterización única, desdoblándose en tres figuras distintas. Pareciera, parafraseando a Aristóteles, que, en su relación con el derecho, el poder se dice de muchas maneras. Baste, por el momento, comprobar esta ambigüedad, postergando hasta el final del ensayo unos comentarios sobre las implicaciones de este desdoblamiento para la relación entre poder y derecho.

Si nos limitamos a la producción normativa como acto aplicativo y creador de significados normativos, comprobamos que esta definición de *Rechtssetzung* nos ofrece un primer acercamiento al problema de la innovación de significados jurídicos, pero nada más que esto. Pues si bien el acto de poner una norma, en los términos que lo plantea Kelsen, implica un momento creador; a saber, la creación de la norma inferior, ello de ninguna manera agota la noción de innovación normativa en el sentido fuerte del acto de crear un nuevo significado jurídico. En efecto, la caracterización de *Rechtssetzung* que nos ofrece Kelsen es tan amplia que, desde un punto de vista semántico, abarca tanto una innovación normativa como lo que podría llamarse una «conservación normativa», o sea, la repetición del contenido de la norma superior por la norma inferior. Es más, y sin que podamos profundizar aquí en este tema, la teoría kelseniana de la interpretación jurídica parte del supuesto de que la totalidad de los significados de la norma aplicada están contenidos de antemano en ésta, por lo que no hay, propiamente hablando, innovación semántica en el proceso de crear el derecho.³ La creación, en cuanto hay lugar a ella en el proceso de poner el derecho, se circunscribe, según Kelsen, al hecho de que la norma superior debe ser completada con los elementos normativos aportados por la norma inferior. Este complemento determina a la norma inferior como particular frente a la norma aplicada. Para la Teoría pura del derecho, la producción normativa es, desde un punto de vista semántico, un proceso de vía única.

Si abstraemos del representacionalismo gnoseológico que informa la Teoría pura, el análisis kelseniano de la estructura del acto de poner el derecho ofrece una contribución valiosa a nuestro tema. En efecto, la estructura doble de *Rechtssetzung* es un caso particular de la estructura general del comportamiento humano que Merleau-Ponty y Castoriadis denominan una "*reprise*". Esta palabra francesa evoca una amplia gama de significados, tales como "reanudar", "recuperar", "retomar", "recomenzar" y "reactivar", y que resuenan todos en el uso filosófico que le imprimen dichos autores. Traduciré por lo general esta palabra con los vocablos "reactivar" o "reactivación", apartándome de ésta convención cuando lo

³ He discutido este tema con mayor detalle en el ensayo "Dialectic and Revolution: Confronting Kelsen and Gadamer on Legal Interpretation", que apareció en la revista *Cardozo Law Review* en Diciembre de 2002.

requiera el contexto. Pues bien, en su definición más abstracta, *reprise* consiste en el acto de retomar un acervo de significados disponibles con miras a entenderlas con la realidad. Así definida, la reactivación es la estructura generalísima de una gran gama de comportamientos humanos, tales como la praxis política, el ritual religioso, la investigación y experimentación científica, la expresión artística, la percepción y —aunque ni Merleau-Ponty ni Castoriadis se refieren a él— el acto de poner el derecho. En efecto, el acto de poner el derecho reactiva un significado al retomar un significado normativo disponible con miras a calificar la realidad. Esto, si bien desde un marco conceptual diferente, es lo que Kelsen llama aplicar una norma superior en el proceso de crear una norma de nivel inferior. Pero, a diferencia de Kelsen, hemos introducido una dimensión temporal en el acto de poner el derecho, al comprenderlo como la reactivación de un contenido normativo. Regresaremos, en un aparte posterior, a discutir esta dimensión en mayor detalle.

Ahora bien, ¿cuál es la relación entre la norma aplicada y la norma creada, si comprendemos el acto de poner el derecho como reactivación de un contenido normativo? Este interrogante nos remite a la norma aplicada como modalidad de lo instituido o adquirido, y que Castoriadis describe de la siguiente manera: "... lo constituido como tal nace muerto desde el momento que ha sido constituido; no hay ningún acervo (*acquis*) que no deba ser reapropiado (*repris*) en la actualidad viva para sostener su existencia".⁴ Lo que vale para el mundo cultural en general, como mundo de significados, vale también para el contenido de la norma jurídica en particular; a saber, que su significado sólo se establece y mantiene a través de los actos que la aplican. El fenómeno del desueto es tan sólo la manifestación más extrema del hecho de que el significado se manifiesta «en acto», o sea, por medio de sus reactivaciones.

También Merleau-Ponty se ocupa largamente del problema de la reactivación. La noción de *reprise* tiene una importancia capital en su obra temprana, la *Fenomenología de la percepción*, en la que el autor señala que "lo adquirido sólo es verdaderamente adquirido si es retomado en un nuevo movimiento de pensamiento, y un pensamiento sólo está situado si asume él mismo su situación".⁵ Merleau-Ponty luego pasa a generalizar esta idea, afirmando que la existencia humana es la "reactivación de una situación de hecho", un trascender hacia el mundo mediante el cual éste adquiere un sentido.⁶ En su obra póstuma e inconclusa, *La prosa del mundo*, el fenomenólogo francés conduce las ideas de su obra anterior en

⁴ Cornelius Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, París, Seuil, 1975, p. 124.

⁵ Maurice Merleau-Ponty, *Phénoménologie de la perception*, París, Gallimard, 1945, p. 151.

⁶ Merleau-Ponty, *Phénoménologie de la perception*, nota 5 supra, p. 197.

dirección de una teoría general de la expresión. Es muy significativo para nuestro tema que el autor se refiera al “poder expresivo” del habla,⁷ idea que confirma distinguiendo entre el habla primordial o constituyente y el habla instituida como el uso de significados ya constituidos. No me parece exagerado afirmar que *La prosa del mundo* puede leerse no sólo como un análisis del poder expresivo del habla, sino del *poder como expresión*. En este orden de ideas, Merleau-Ponty anota que una teoría de la expresión debe esclarecer “la posibilidad de una metamorfosis, de una reactivación”. Y agrega a renglón seguido que “lo que es propio de la cultura es que nunca comienza ni termina en un instante dado”.⁸ Una única estructura asegura, de una parte, que todo comienzo sea un renacimiento, un reconstituir, y, de la otra, que el significado de lo constituido nunca sea definitivo, que todo acervo significativo que hayamos constituido sea una conquista ambigua. En otras palabras, y paradójicamente, la reactivación de un significado siempre posterga, difiere, un significado original. Éste, como reconoce Jacques Derrida, es el sentido profundo y válido de lo que la tradición filosófica llama representación, sentido que Derrida resalta apelando a una serie de expresiones tales como “rastros” y “suplemento de origen”.⁹

Afirmo, pues, que el acto de poner el derecho —y por lo tanto el ejercicio del poder— tiene la estructura de una reactivación de sentido. Además, y esto nos acerca a nuestro tema, la reactivación es el vehículo de la innovación jurídica, pues sólo puede gestarse o nacer un nuevo significado jurídico en la medida en que un acervo de significados disponibles debe ser continuamente reactivado. Pero la reactivación semántica también condiciona la posibilidad de lo que, por oposición a la innovación, llamaba la “conservación” de significados jurídicos. Pues la repetición de

⁷ Maurice Merleau-Ponty, *La prose du monde*, París, Gallimard, 1969, p. 32. Véase también el ensayo “Le langage indirect et les voix du silence”, en Maurice Merleau-Ponty, *Signes*, París, Gallimard, 2001 (1960), pp. 63-135. Al centrar su análisis sobre la innovación semántica en la “expresión”, Merleau-Ponty regresa al punto de partida de Husserl en la primera de las *Investigaciones lógicas*, cuyo primer capítulo se ocupa, precisamente, del problema de la expresión. Esto es doblemente interesante para nuestro tema, porque si bien, como ha demostrado Jacques Derrida, en su brillante estudio, *La voz y el fenómeno*, el enfoque husserliano parte de una noción metafísica de la representación, Merleau-Ponty redefine la expresión (y por ende la noción de representación) de una manera que se sobrepone a una metafísica de la presencia. Al vincular un estudio sobre la expresión al tema de la innovación semántica, Merleau-Ponty retoma, por lo demás, una línea de pensamiento que regresa a Herder y su famoso *Abhandlung über den Ursprung der Sprache* (1772). Consúltese la obra de Hans Joas, *Die Kreativität des Handelns*, Frankfurt, Suhrkamp, 1992, pp. 113-127, para un estudio sobre la expresión como metáfora de la creatividad.

⁸ Merleau-Ponty, *La prose du monde*, nota 7 supra, p. 124.

⁹ Jacques Derrida, *La voix et le phénomène*, París, Presses Universitaires de France, 1967, en particular p. 64, nota a pie de página.

un significado adquirido es un caso límite de la reactivación semántica. Innovación y conservación de sentido son modalidades de la reactivación jurídica, es decir, del acto de poner el derecho.

3. EL PODER Y LA GÉNESIS DE SIGNIFICADOS JURÍDICOS

Pasemos ahora a considerar el fallo "Van Gend & Loos" como acto de reactivación de un sentido normativo. No es éste el lugar para hacer un recuento pormenorizado del contenido del fallo y sus antecedentes. Baste recordar que, mediante este fallo, el TJCE introdujo el "efecto directo" en el derecho comunitario. En lo esencial, el efecto directo es el derecho reconocido a los particulares de recurrir judicialmente contra la aplicación de las disposiciones nacionales de los Estados miembros contrarias a una norma comunitaria, o incluso el derecho a exigir del Estado miembro que conforme sus acciones a las obligaciones que le imponen las directivas que emanan de la Comunidad Europea. El efecto directo comprende dos aspectos. De una parte, las normas del derecho comunitario, cuando cumplen determinados requisitos, son fuente inmediata de derechos y obligaciones para los sujetos a quienes afecten, ya se trate de Estados o de particulares; de la otra, los particulares pueden invocar dichos derechos, o exigir el cumplimiento de las obligaciones correspondientes, ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. La introducción del efecto directo por el TJCE provocó un vuelco radical en la interpretación del Tratado. Al otorgar derechos y obligaciones a los particulares dentro de los Estados miembros, el TJCE efectivamente transformó la naturaleza del Tratado, sacándolo del ámbito de los tratados comunes de derecho internacional, conforme al cual solamente los Estados miembros son sujetos directos de derechos y obligaciones. Plenamente consciente de las implicaciones del efecto directo, el TJCE no dudó en sostener que "la Comunidad constituye un nuevo orden jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito reducido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales".¹⁰ Para justificar su decisión el TJCE acude a un razonamiento de tipo teleológico: quien se propone un fin —la realización de un mercado común— acepta poner los medios necesarios para su consecución. De allí, concluye el TJCE, que

¹⁰ Asunto 26/62, N.V. Algemene Transport en expeditie Onderneming Van Gend & Loos contra Administración Fiscal Holandesa, *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Vol. IX, 1963, p. 23.

el objetivo del Tratado CEE, que es el de establecer un mercado común cuyo funcionamiento afecta directamente a los justiciables de la Comunidad, implica que este Tratado constituye algo más que un Acuerdo, que sólo crea obligaciones recíprocas entre los Estados contratantes.¹¹

3.1. INNOVACIÓN Y TRANSGRESIÓN

“Van Gend & Loos” pone de manifiesto la estructura general del acto de innovación normativa. Para comenzar, dicho fallo nos recuerda que el acto de instituir un nuevo significado jurídico nunca es tan sólo un acto que inaugura un sentido; es también —y siempre— la transgresión de un significado establecido. La paradoja que Merleau-Ponty formulara a propósito de las innovaciones artísticas; a saber, que el “desorden es siempre otro orden”,¹² vale también para el derecho: “Van Gend & Loos” ordena desordenando, inaugura transgrediendo.

Explicuemos este aserto con mayor detalle. La interpretación vigente del Tratado de Roma, respecto de la cual “Van Gend & Loos” suponía tanto una transgresión flagrante como una audaz innovación, era que, para usar las propias palabras del TJCE, el Tratado constituía “un Acuerdo, que sólo crea obligaciones recíprocas entre los Estados contratantes”, o sea, un tratado común de derecho internacional. Por ello, el fallo del TJCE encierra una triple paradoja: afirma dar cumplimiento al Tratado destruyendo su significado aceptado; sostiene permanecer dentro del Tratado superándolo, yendo más allá de su lectura recibida; dice mantenerse fiel al Tratado traicionando su interpretación vigente. De ahí que el fallo del tribunal comunitario sea análogo a lo que Merleau-Ponty llama el “lenguaje operativo o constitutivo” en la literatura, mediante el cual “el lenguaje constituido, súbitamente descentrado y despojado de su equilibrio, se ordena nuevamente para enseñarle al lector —e incluso al escritor— aquello que él no sabía pensar o decir”.¹³

Pero hay que llevar el análisis todavía más lejos. En efecto, la estructura paradójica de innovación por transgresión apunta a dos aspectos distintos pero correlativos de la génesis de un significado jurídico. En primer lugar, si bien la gama de posibilidades interpretativas abiertas al TJCE no era infinitamente grande, “Van Gend & Loos” despliega una actividad creadora que es irreducible al significado recibido del Tratado. Este aspecto del fallo es patente en el razonamiento del TJCE. Pues aunque el argumento teleológico esbozado por el tribunal comunitario sea, retrospecti-

¹¹ Van Gend & Loos, nota 10 supra, p. 23.

¹² Merleau-Ponty, *La prose du monde*, nota 7 supra, p. 89.

¹³ Merleau-Ponty, *La prose du monde*, nota 7 supra, p. 22. Véase también *Phénoménologie de la perception*, nota 5 supra, p. 226.

vamente, una lectura posible del Tratado, de ninguna manera es, como sostiene el tribunal, una “implicación” del mismo. Si bien el tribunal comunitario puede motivar hasta cierto punto su viraje interpretativo, llega un momento en el que se le agotan las razones, sin que haya podido justificarlo con una “razón suficiente”. Por ello, y esto es fascinante, el TJCE pone fin a su motivación con una tautología. Ésta se esconde en la conclusión citada con anterioridad: la pretensión de que el Tratado es más que un tratado común de derecho internacional únicamente puede sostenerse si se presupone que el funcionamiento del mercado común concierne no sólo a los Estados miembros, como “justiciables”, sino también a los particulares, es decir, si se presupone que el Tratado no es un tratado común de derecho internacional! Sin embargo, nos cegaríamos ante el significado profundo de esta tautología si afirmásemos que el TJCE incurrió en un infantil error de razonamiento o, peor, que actuó de mala fe. La tautología del TJCE pone de manifiesto que *toda innovación semántica* —y, digámoslo de una vez, todo ejercicio del poder constituyente— *implica una ruptura que nunca puede ser completamente motivada*. Como veremos, toda génesis de un nuevo significado jurídico, todo ejercicio del poder constituyente, conlleva una *apuesta* sobre el futuro, que, por ser incierta, no admite una motivación previa exhaustiva.

En segundo lugar, y paradójicamente, el significado jurídico que nace de la transgresión de un significado recibido se transforma él mismo en un significado recibido. La innovación jurídica —heterodoxa, por definición— se coagula, convirtiéndose en ortodoxa. Esta, precisamente, es la suerte del efecto directo, que, como se sabe, se ha convertido en una de las piedras angulares del acervo comunitario.¹⁴ Tomando en préstamo el vocabulario de Husserl, Merleau-Ponty se refiere a esta dialéctica como un proceso de “sedimentación y reactivación”. En este orden de ideas, podría decirse que “Van Gend & Loos” ilustra “la *Stiftung* (institución) de un significado que será *nachvollziehbar* (repetible)”.¹⁵ La transgresión de la interpretación recibida del Tratado crea las condiciones para la futura repetición de un nuevo significado normativo, que, al ser repetido, deja de ser novedoso. Si el fallo del TJCE fue en su momento el ejercicio de un “habla instituyente”, su mismo éxito garantizó que a la postre se transformara en un “habla instituida”, o sea, que se mudara en un significado ju-

¹⁴ El “acervo comunitario”, según la doctrina del derecho comunitario, es el conjunto de disposiciones y normas legislativas, reglamentarias y jurisprudenciales que están vigentes en la Comunidad Europea, que constituyen un logro irrenunciable en el camino hacia la Unión Europea, y que no pueden ser puestas en duda por ningún Estado miembro o Estado aspirante a la Unión.

¹⁵ Merleau-Ponty, *La prose du monde*, nota 7 supra, p. 53 (alemán en el original).

rídico disponible, literalmente “de recibo” para futuras reactivaciones de significado.¹⁶

3.3. PODER CONSTITUYENTE Y PODER CONSTITUIDO

La distinción entre habla instituyente y habla instituida es de gran interés para el tema de nuestro ensayo, pues coloca la distinción clásica del derecho constitucional entre poder constituyente y poder constituido en una nueva perspectiva. En efecto, ninguna referencia a la “autoría” del poder permite esclarecer qué es el poder, ni por qué éste se bifurca en poder constituyente y poder constituido. La afirmación de que, en una democracia, el pueblo soberano es el poder constituyente, y las ramas legislativa, ejecutiva y jurisdiccional son los poderes constituidos, presupone, en vez de explicar, qué es el poder y por qué éste se desdobra en constituyente y constituido. Desde la perspectiva de la teoría de la expresión de Merleau-Ponty, si en absoluto podemos distinguir entre poder constituyente y constituido, ello se debe, primero, a que el poder se manifiesta como la reactivación de un contenido normativo y, segundo, a que esta reactivación se presenta, ya como acto de creación de un nuevo significado jurídico, ya como acto de repetición de significados jurídicos disponibles.

Por ello, y a contracorriente de la doctrina ortodoxa del derecho constitucional, que piensa el poder constituyente (y, por añadidura, el poder constituido) a partir del acto de establecer o modificar la constitución, la teoría de la expresión de Merleau-Ponty sugiere que debe invertirse el orden de análisis: *hay que pensar la constitución a partir del poder constituyente y no al contrario*. Esta inversión implica que, si bien el acto de establecer una constitución es un caso límite del ejercicio del poder constituyente, *no agota el ámbito de éste*. El poder en el sentido fuerte de la palabra —el poder constituyente— se refiere a la capacidad de instituir, de dar origen, a un significado jurídico, y esto implica la capacidad de generar un punto de vista normativo a partir del cual individuos puedan comprenderse y reconocerse a sí mismos como miembros de una comunidad. Es esto lo que determina la expedición de una constitución como ejercicio del poder constituyente, ya sea por medios revolucionarios o de otra naturaleza, no el hecho de que lo que se produce es una norma constitucional. El fallo del TJCE también ejerce esta función, al establecer que la Comunidad Europea no es sólo una comunidad de estados, sino tam-

¹⁶ Véase Merleau-Ponty, *Phénoménologie de la perception*, nota 5 supra, p. 229, para la distinción entre parole parlante y parole parlée.

bién de “ciudadanos del mercado”. Así visto, “Van Gend & Loos” es un acto constituyente, y el TJCE se manifiesta como auténtico poder constituyente.

Pero la estructura del poder es más complicada de lo que parece. Pues no hay una simple oposición entre poder constituyente y poder constituido. Un examen más detenido del razonamiento del TJCE revela una paradoja íntimamente vinculada con la triple paradoja que analizáramos en un aparte anterior. Lo extraordinario del fallo en comento no es tanto que el TJCE actúe como poder constituyente, sino que lo haga presentándose como poder constituido. Más enfáticamente, el TJCE sólo puede actuar como poder constituyente en la medida que logre presentarse creíblemente como poder constituido.¹⁷ En un sentido distinto y más radical de lo planteado por el tratadista español, Luis Sánchez Agasta, quien acuñó esta expresión para referirse al poder constituyente derivativo o secundario, el TJCE actúa como “poder constituyente constituido”.¹⁸

Es importante anotar que esta paradoja no es una mera estrategia del TJCE para «esconder» el hecho de que usurpó el poder constituyente del pueblo soberano o de los delegados del pueblo reunidos en asamblea constituyente: todo ejercicio del poder constituyente se presenta como poder constituido. En esto, el TJCE no es en absoluto distinto de una asamblea constituyente o de cualquier otro cuerpo, sea o no revolucionario, que expide una constitución en nombre del pueblo. El pueblo «mismo» nunca actúa como poder constituyente, no sólo por razones de división de trabajo político, sino porque no hay unidad política, no hay pueblo en singular, en ausencia de un acto de *representación* de una unidad política por parte de un poder que, afirmando la existencia de una unidad política, actúa como poder constituyente.¹⁹ Pero, y regresando a nuestra paradoja, la afirmación de la existencia de una unidad política, mediante un acto representativo, implica que quien ejerce el poder constituyente dice actuar en nombre del pueblo y, por lo tanto, que actúa en calidad de poder constituido. La lógica de la representación excluye, como dice Waldenfels, que un “Nosotros diga ‘nosotros’”.²⁰ Volviendo al aserto de Sánchez Agasta, y dándole un alcance todavía más radical, *todo* poder constituyente —incluso el originario— se ejerce como un poder constituyente constituido.

¹⁷ Véase el excelente artículo de Bert van Roermund, “Sovereignty: popular and unpopular”, por aparecer en Neil Walker (redactor), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart Publishing, 2002.

¹⁸ Luis Sánchez Agasta, *Principios de Teoría política*, Madrid, Ed. Nacional, 1970, pp. 333-334, citado en *Derecho político español*, nota 1 supra, p. 175.

¹⁹ Véase mi artículo “Sovereignty and Representation in the European Union”, en Walker (red.), *Sovereignty in Transition*, nota 17 supra.

²⁰ Bernhard Waldenfels, *Verfremdung der Moderne: Phänomenologische Grenzgänge*, Essen, Walstein Verlag, 2000, p. 140.

3.4. PODER Y VERDAD

La dialéctica entre poder constituyente y poder constituido apunta a dos aspectos correlativos de la *medida* de una comunidad y del poder. Por una parte, reconocer que el TJCE crea un nuevo significado jurídico es reconocer que transgrede la medida vigente de lo que constituye a la Comunidad Europea como comunidad. Sin embargo, y esto no es menos interesante, en el mismo acto por medio del cual el TJCE crea una nueva medida de lo que vale como comunidad, también reconoce su subordinación al Tratado como la medida de comunidad a la que dicho órgano se somete y ha de someterse. El efecto directo ni fluye del Tratado, como una implicación que estaba contenida de antemano en él, ni es tampoco incompatible con él, de tal suerte que el efecto directo fuese una mera construcción arbitraria que el TJCE incrusta en el Tratado. El TJCE *crea* el efecto directo, pero, paradójicamente, dicho efecto parece *conforme* al Tratado, conforme a su significado propio.

La noción de “medida” nos coloca ante el problema de la relación entre *poder* y *verdad*. En su conceptualización filosófica tradicional, la verdad supone algo que hace las veces de medida y otra cosa que es comparada con dicha medida para establecer si hay o no una relación de correspondencia o adecuación entre la medida y lo medido. Esta medida, para efectos del poder, es el significado normativo aplicado en el acto de producción de una norma jurídica. Ahora bien, en aquellos casos en que la reactivación de un significado consiste en su conservación o repetición, el significado aplicado por la autoridad jurídica —la medida del poder— aparece como dado de antemano al poder e independiente de su ejercicio, o sea, como el límite y fundamento de su ejercicio. En esta modalidad de la relación entre poder y verdad, el poder aparece como *constituido* y el significado normativo que éste aplica como una “verdad hecha” (*vérité toute faite*).²¹ Pero “Van Gend & Loos” nos descubre otra modalidad de la conexión interna entre poder y verdad, una modalidad que apunta a lo que Merleau-Ponty llama la “paradoja” de la expresión creadora. En efecto, la decisión del TJCE es radicalmente creadora de sentido, no como creación ex nihilo de un significado jurídico, sino como “creación que es al mismo tiempo adecuación”.²² Lejos de ser radical, la idea de una creación pura es simplemente la imagen invertida de una pura repetición, y, en lo fundamental, idéntica a ésta: ambas son manifestaciones de lo que podría llamarse “originalismo”, es decir, el supuesto de que la verdad se define a partir de un original, ya sea reproducido o producido. El fallo

²¹ Maurice Merleau-Ponty, *Les aventures de la dialectique*, París, Gallimard, 1955, p. 213.

²² Maurice Merleau-Ponty, *Le visible et l'invisible*, París, Gallimard, 1964, p. 251.

“Van Gend & Loos” muestra que *el ejercicio del poder constituyente tiene la estructura paradójica de una adecuación creadora o de una creación adecuada*. Retomando una feliz expresión de Merleau-Ponty, el ejercicio del poder constituyente pone de manifiesto que a toda “verdad hecha” antecede una “verdad que se hace” (*vérité qui se fait*).²³ Ésta, pues, es la conexión interna entre poder constituyente y verdad.

Es importante señalar que esta paradoja no puede ser “disuelta” o “re-suelta”, es decir, que ninguno de sus dos términos puede ser definitivamente reabsorbido por el otro. En particular, la creación no puede ser sencillamente reconducida a la adecuación. El fallo del TJCE es radicalmente creador porque la pérdida de un “original” de la Comunidad Europea, ya sea producido o reproducido, abre una brecha entre creación y adecuación, entre la pretensión de legitimidad del fallo y el cargo de arbitrariedad que se eleva contra él, brecha que nunca puede ser enteramente cerrada o subsanada por el proceso de integración europea y que, por el contrario, le mantiene en movimiento.

3.5. PODER Y TEMPORALIDAD

Ahora bien, la paradoja de una adecuación creadora, o de una creación adecuada, nos remite al problema de la relación entre *poder y tiempo*. Ello no ha de sorprendernos, si tenemos en cuenta que la distinción capital entre poder constituyente y poder constituido implica una teoría del tiempo, al menos implícita. En efecto, la doctrina constitucionalista suele concebir las relaciones de poder como relaciones temporales ordenadas conforme a un esquema lineal cuyo punto de partida, el acto instituyente de un nuevo ordenamiento jurídico, marca la plenitud de un presente y una presencia simples. Una vez instituido el nuevo ordenamiento jurídico, se abre paso el poder constituido, cuyo ejercicio se deriva de ese pasado que, en su momento, fue el presente de un acto constituyente. Dicho presente absoluto siempre puede reestablecerse, así sea en principio, mediante la suspensión de prácticas representativas, de tal suerte que sea el pueblo mismo, “en persona”, quien ejerce el poder directamente. Así pues, la teoría ortodoxa del derecho constitucional suele comprender la distinción entre poder constituyente y poder constituido como una relación *representativa*, donde la noción de representación tiene una clara connotación temporal: el poder constituido re-presenta el poder constituyente, donde el prefijo “re” significa repetir un presente original.

²³ Merleau-Ponty, *Les aventures de la dialectique*, n. 21 supra, p. 213. Consúltese la obra de Bernhard Waldenfels, *Deutsch-Französische Gedankengänge*, Frankfurt, Suhrkamp, 1995, pp. 105-139, para un estudio meticuloso sobre la relación entre verdad y expresión en el pensamiento de Merleau-Ponty.

Habría que preguntarse si esta interpretación de la relación entre poder y tiempo no es una manifestación de lo que Jacques Derrida ha llamado una “metafísica de la presencia”. La pregunta que debemos abordar es, pues, si en lo más íntimo del poder no se esconde una estructura —mejor, una estructuración— del tiempo en sus modalidades correlativas de pasado, presente y futuro, que desmiente esta metafísica de la presencia.

Para ello, necesitamos analizar más detenidamente “Van Gend & Loos”. La hipótesis que quisiera desarrollar es que la tautología que constituye su meollo argumentativo nos desvela lo que podría llamarse el tiempo de la génesis de un significado jurídico, o sea, la particular configuración del tiempo que efectúa el poder constituyente. Citemos nuevamente el núcleo argumentativo del fallo en comento:

el objetivo del Tratado CEE, que es el de establecer un mercado común cuyo funcionamiento afecta directamente a los justiciables de la Comunidad, implica que este Tratado constituye algo más que un Acuerdo, que sólo crea obligaciones recíprocas entre los Estados contratantes.

¿Qué estructuración del tiempo se nos anuncia en este razonamiento tautológico? En otras palabras, ¿de qué manera se articulan pasado, presente y futuro en el ejercicio del poder constituyente?

Según indicaba anteriormente, la interpretación vigente del Tratado de Roma, al tiempo de expedirse el fallo en comento, era que constituía un tratado común de derecho internacional, que, como tal, solamente creaba derechos y obligaciones entre los Estados contratantes. La doctrina del efecto directo no sólo vulnera esta interpretación, sino que conlleva, como sostiene el TJCE, que la celebración del Tratado de Roma dio luz a un “nuevo orden jurídico de Derecho internacional”, autónomo frente a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Nótese la estructura paradójica del razonamiento: el mismísimo fallo que crea un ordenamiento jurídico autónomo, al introducir el efecto directo, proyecta dicha creación hacia un pasado que hace las veces de origen del “nuevo ordenamiento jurídico”. Esta estructura es lo que Derrida llama un “suplemento de origen”; a saber, que “una posibilidad produce de manera retardada aquello a lo que ella dice añadirse”.²⁴ El mismo acto que da lugar a un ordenamiento nuevo y autónomo, al crear el efecto directo, proyecta el momento de nacimiento de ese ordenamiento —su origen— hacia el pasado, para luego afirmar que el efecto directo no es sino una “implicación” del origen. Pero como los Estados contratantes no entendían extender la parti-

²⁴ Derrida, *La voix et le phénomène*, nota 9 supra, p. 99. La noción de un suplemento de origen, como lo anota Derrida, está emparentada con la estructura de temporalidad que Freud, en su estudio sobre el Hombre lobo, llamó “Nachträglichkeit”.

da de nacimiento de un ordenamiento jurídico autónomo, el fallo del TJCE remite a un "pasado que jamás ha sido un presente".²⁵

Pues bien, este es el significado radical del prefijo "re" en la representación. La "re" de representación no se refiere a aquello que sobreviene a un presente y una presencia originales, a un "ahora" simple en el que una comunidad se constituye como tal en una plena presencia a sí misma. Más bien habría que decir que, paradójicamente, todo comienza con la representación, que todo origen es un *origen representado*. La representación no es algo que se "añade" al origen, sino que, por el contrario, todo origen es inseparable de un acto representativo. El ejercicio del poder constituyente pone de manifiesto "una operación primordial de significación en la que lo expresado no existe separadamente a la expresión".²⁶ Superar la metafísica de la presencia exige, pues, reconocer que no hay presencia ni presente fuera de la representación. Si la presencia y el presente simples son, en la metafísica tradicional, aquello que sirve de garantía última de la unidad de una comunidad y de la legitimidad del ordenamiento jurídico, la estructura de "Van Gend & Loos" nos muestra, por el contrario, que una ausencia radical del fundamento del nuevo orden se inscribe en el acto que lo funda, de tal suerte, como dice Merleau-Ponty, que la fundación de dicho orden remite a un pasado que nunca fue presente. Toda teoría normativa de la legitimidad de un ordenamiento de derecho positivo tendrá, pues, que hacerse cargo de esta ausencia radical de aquello que se postula como fundamento, "radical" en el sentido de que dicha ausencia es un aspecto inevitable y constitutivo de la fundación de un nuevo ordenamiento jurídico. Regresaremos brevemente a esta idea en la conclusión del ensayo.

Ahora bien, esta proyección retrospectiva del origen del ordenamiento jurídico europeo va de la mano con una *anticipación* sobre el sentido del proceso de integración europea. En otras palabras, "Van Gend & Loos" vincula una *prospección* a una *retrospección*. Tenemos aquí un ejemplo de aquello que Heidegger llama un "proyecto" (*Entwurf*), como dimensión primordial de la "temporalización" (*Zeitigung*).²⁷ Pues la introducción de la doctrina del efecto directo, que vendría "implicada" por el Tratado, según el TJCE, constituye en realidad una *apuesta* sobre el camino a seguir con miras a realizar un mercado común. Mi propósito aquí no es meramente de recalcar la verdad de Perogrullo de que las normas jurídicas regulan la conducta futura, sino más bien de hacer ver que el fallo, en aquello que lo define como ejercicio del poder, es una estructuración y modalización del tiempo, ya que abre un *futuro* (y cierra otros futuros po-

²⁵ Merleau-Ponty, *Phénoménologie de la perception*, n. 5 supra, p. 280.

²⁶ Merleau-Ponty, *Phénoménologie de la perception*, nota 5 supra, p. 193.

²⁷ Martin Heidegger, *Sein und Zeit*, Tubinga, Max Niemeyer, 1986 (1927), §65 y ss.

sibles) a partir de una interpretación retrospectiva (es decir, desde un *ahora*) del sentido del *pasado*.

Éste es el tiempo del poder constituyente, la estructuración del tiempo en que se gesta un nuevo significado jurídico. Precisamente porque, como hemos visto, la innovación semántica siempre va acompañada de una transgresión, el ejercicio del poder constituyente se manifiesta como un tiempo de apertura y de ruptura. Si, de una parte, nos proyecta hacia un nuevo futuro, por medio de la imagen que nos presenta de una sociedad realizable, el poder constituyente conlleva, de otra parte, un corte con el pasado. Como tal, "Van Gend & Loos" interrumpe un tiempo lineal, esencialmente repetitivo y acumulativo. Este tiempo lineal tampoco es ajeno a un ordenamiento jurídico; es el que se manifiesta en el ejercicio del poder constituido, entendiéndolo por tal la conservación de significados jurídicos adquiridos. Si el tiempo del poder constituyente distiende, por decirlo así, presente, pasado y futuro, mostrándolos en su correlación y tensión internas, el tiempo del poder constituido tiende a "aplanar" las diferencias entre pasado, presente y futuro, haciendo de éstos meros puntos en un continuo temporal repetitivo y predecible. Nuevamente aquí vemos en juego la dialéctica del habla instituyente y del habla instituida: la apertura y ruptura del tiempo que acompañan el ejercicio del poder constituyente están llamadas a transformarse en la predecibilidad del tiempo lineal que todo ordenamiento jurídico reclama para sí como ordenamiento. Quizás no sea exagerado decir que el resorte más íntimo del poder no es meramente su capacidad de ordenar el derecho, sino que, ordenando el derecho, el poder ordena el tiempo.

3.6. LA PARADOJA DE LA SOBERANÍA

Reformulemos, ahora, la paradoja de la creación adecuada de cara al problema de la soberanía. En efecto, la teoría constitucional suele definir al poder constituyente, en cuanto soberano, como un poder colocado *fuera* del derecho, al paso que el poder constituido es un poder situado *dentro* del mismo. El análisis anterior sugiere que la relación entre poder constituyente y constituido, y por lo tanto la relación entre el interior y el exterior del derecho, no se puede comprender a partir de una simple disyunción, según lo plantea dicha teoría. En efecto, el análisis de "Van Gend & Loos" muestra que el TJCE se encuentra *tanto dentro como fuera* del derecho comunitario. Esta paradoja del poder permanece oculta en aquellos casos en que la reactivación de un significado normativo se acerca al extremo de una repetición pura. Los "casos estándar" resueltos por el juez comunitario suelen aproximarse a este extremo. En tales situaciones, el TJCE parece encontrarse enteramente dentro del derecho, por lo

que la decisión judicial correspondiente se manifiesta como el ejercicio de un poder constituido. Pero la paradoja salta a la vista en los momentos de innovación semántica, en los que el ejercicio del poder no sólo se manifiesta como *subordinado* al derecho —poder constituido—, sino también como un poder *sobre* el derecho —poder constituyente. Aquí, el poder no sólo afirma estar colocado dentro del derecho, sino que también se coloca fuera del mismo, con miras a redefinir aquello que determina a la comunidad como unidad política.

Para ponerlo en términos aún más provocadores, esta paradoja es lo que Giorgio Agamben, siguiendo a Schmitt, llama la “paradoja de la soberanía”.²⁸ No intentaré resumir la vasta discusión doctrinaria acerca de la soberanía, ni tampoco es necesario hacerlo en el marco de este ensayo. Baste anotar, desde la perspectiva de nuestro tema, que, lejos de ser un concepto pasado de moda, como sostienen muchos autores,²⁹ la soberanía juega un papel fundamental en la Comunidad Europea. Sería erróneo, además, calificar su papel en la CE de manera puramente “negativa”, como si la soberanía fuese un “mal necesario” de la política. El análisis precedente sugiere que no sería posible innovación normativa alguna sin la soberanía. Pues si la soberanía se refiere al ejercicio del poder constituyente, no hay creación de nuevos significados jurídicos sin que entre en juego la paradoja de la soberanía. La posible apertura del derecho comunitario no puede comprenderse separadamente de una reactivación creadora de significados jurídicos.

3.7. DAR Y TOMAR RAZÓN

Si, como he argumentado, no hay innovación sin transgresión de un sentido aceptado, toda institución de un ordenamiento jurídico, toda creación de una comunidad política, implica un acto de tomar la iniciativa o, si se quiere, de apoderarse de ella. La noción de poder constituyente se

²⁸ Véase Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, trad. del italiano de D. Heller-Roazen, Stanford, Stanford University Press, 1983. La primera parte de la obra de Agamben es una radicalización de la tesis de Schmitt según la cual el soberano “está colocado fuera del orden jurídico normalmente válido y, sin embargo, pertenece a él”. Véase Carl Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlín, Dunccker & Humblot, 1993 (1922), p. 14. He aprendido mucho sobre la paradoja de la soberanía del ensayo de Bert van Roermund, “De rechter: grenswachter of grensganger?”, en E.J. Broers & B. van Klink, *De rechter als rechtsvormer*, La Haya, Boom Juridische Uitgevers, 2001, pp. 149-173.

²⁹ Véase Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty*, Oxford, Clarendon Press, 1999, para una crítica influyente de la soberanía, en particular con respecto a su posible relevancia para la Comunidad Europea. Para una crítica de la posición de MacCormick, véase mi ensayo, “Sovereignty and the Institutionalization of Normative Order”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 21, 2001, pp. 165-180.

refiere a esta capacidad de dar comienzo a algo, donde la referencia a una "capacidad" precede toda evaluación, ya sea positiva o negativa, del poder. Esta idea también puede expresarse en el vocabulario de la teoría de los actos de habla: el poder constituyente despliega una *fuera performativa*, una "performatividad" que se manifiesta en la gestación de un nuevo significado jurídico. En algunos aspectos, esta idea es afín a la noción de "acción" que desarrollara Hannah Arendt para dar cuenta de la vida política de una comunidad.³⁰ Sin embargo, el análisis anterior sugiere que es necesario ir más lejos que Arendt. No menos importante que la capacidad del poder constituyente de dar comienzo a algo es que éste siempre se *apodera* de la iniciativa política.

En efecto, el TJCE asume para sí la función de mostrar el camino hacia una nueva concepción de la Comunidad Europea, y sólo retrospectivamente podemos establecer si esta iniciativa inaugura un nuevo ordenamiento de la Comunidad o si es la expresión de una arbitrariedad judicial. Por ende, hay dos aspectos imbricados en la *fuera performativa* del poder constituyente. De una parte, el ejercicio del poder constituyente es un acto inaugural, un recomenzar que abre un espacio en el que individuos pueden identificarse y reconocerse como miembros de una comunidad. De la otra, el ímpetu necesario para dar comienzo a algo nuevo siempre implica una ruptura, una transgresión, y en este sentido un inevitable momento de violencia. Ejercer el *poder* constituyente es siempre también *apoderarse* de la iniciativa política; esta ambigüedad es inevitable y define al poder constituyente en cuanto tal. En este sentido, *nunca pueden separarse completamente verdad y violencia en el ejercicio del poder constituyente ni, en consecuencia, del poder constituido*.

En lo que se refiere a "Van Gend & Loos", dicha ambigüedad se manifiesta en la tautología a la que hicimos referencia con anterioridad. Permítaseme resumirla nuevamente: la afirmación, por parte del TJCE, de que el Tratado de Roma es más que un tratado común de derecho internacional, sólo se sostiene si se presupone que el funcionamiento del Mercado Común no es un asunto que atañe sólo a los Estados miembros, sino también a los particulares, es decir, sólo si se presupone que el Tratado no es un tratado común de derecho internacional. Lo que es quizás más interesante acerca de este razonamiento es la manera en que el TJCE aborda un problema acuciante planteado por el proceso de integración europea; a saber, quiénes son parte interesada del mismo, o, en la terminología del fallo, quiénes son "justiciables". La tautología del TJCE revela que el acto que funda una comunidad jurídica no es fruto de una "deliberación" pre-

³⁰ Hannah Arendt, *The Human Condition*, Chicago, Chicago University Press, 1958, pp. 175 y ss.

via entre todas las partes interesadas en dicha comunidad, como lo exige el "principio discursivo" (*Diskursprinzip*) de Habermas,³¹ sino que, por el contrario, dicho acto establece una primera determinación de quiénes son partes interesadas de la comunidad. Concretamente, el TJCE se presenta como representante de los "ciudadanos de mercado", sin haber podido ser delegado por éstos para que represente sus intereses, pues el tribunal crea la categoría misma de tales ciudadanos y, por lo tanto, la posibilidad futura de semejante delegación.

El razonamiento del TJCE no es de ninguna manera excepcional. De hecho, "Van Gend & Loos" innova el significado de comunidad de la misma manera en que lo hizo el Tratado de Roma, acto de fundación de la Comunidad (Económica) Europea. En el último de los considerandos del Preámbulo al Tratado de Roma, los seis Estados fundadores invitaban a los demás pueblos de Europa que comparten sus ideales a que participen en el proyecto de integración. En un nivel superficial, este considerando confirma la apertura de la Comunidad Europea a otros miembros potenciales. Pero en un nivel más profundo, el considerando nos recuerda que, si bien los Estados fundadores afirmaban representar la comunidad de pueblos europeos, no habían recibido mandato alguno de "todas las partes interesadas", ya fuesen estados o individuos, para fundar una Comunidad Europea. Al fundar la Comunidad Europea, los estados fundadores se autoproclamaron los representantes de una unidad.³² Podría verse en este hecho una confirmación adicional de las endeble credenciales democráticas del Tratado de Roma y de la Unión Europea como tal. Pero, con anterioridad a todo juicio positivo o negativo, este gesto fundador del Tratado de Roma ilustra algo mucho más fundamental: no hay institución de una comunidad política, democrática o antidemocrática, sin una representación de unidad política, pero esta representación inicial no es el objeto de un mandato previo por las partes interesadas, porque, al efectuar un cerramiento normativo, ofrece una determinación inicial de quiénes son parte interesada. En este sentido preciso, la Comunidad Europea, como toda comunidad política, carece, por principio, y no sólo de hecho, de fundamento.³³

³¹ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt, Suhrkamp, 1981.

³² Consúltese el artículo de Bert van Roermund, "Constituierende macht, soevereiniteit en representatie", por aparecer en *Tijdschrift voor Filosofie* (Lovaina), para una discusión aguda del problema del «automandato».

³³ A pesar de la profundidad de sus análisis, también Castoriadis es presa de las aporías que resultan de oponer la susodicha democracia directa a la democracia representativa: "La democracia directa ha sido redescubierta o reinventada cada vez que en la historia moderna una colectividad política ha entrado en un proceso de autoconstitución y de autoactividad radical... la representación es un principio ajeno a la democracia". Y agrega: "el cuerpo so-

Mi argumento, pues, es que *todo* acto de innovación normativa, *todo* ejercicio del poder constituyente, supone un acto de «automandamiento», de autoproclamación como representante de una comunidad. Esto, justamente, es lo que hace del ejercicio del poder constituyente un acto de *apoderamiento*, de arrogarse la iniciativa. No obstante, es claro que dicho acto es condición necesaria pero no suficiente para la génesis de un nuevo significado jurídico. Aceptando que no hay comunidad sin actos de *apoderamiento* de la iniciativa política, no es posible dar cabal cuenta del nacimiento y continuidad de una comunidad solamente a partir de tales actos. Pues, *el acto de tomar la iniciativa depende de nuevos actos de reactivación para poder establecerse como una iniciativa viable*. Para citar nuevamente las palabras admirables de Castoriadis, "... lo constituido como tal está muerto desde el momento que ha sido constituido; no hay ningún acervo (*acquis*) que no requiera ser retomado (*repris*) en la actualidad viva para sostener su existencia".

Este punto es esencial para comprender la suerte corrida por el efecto directo. Miguel Poiars ha demostrado que sería un grave error asumir que la constitucionalización de los Tratados comunitarios ha sido posible sólo con base en la labor interpretativa del TJCE; de hecho, sin la colaboración de los jueces de los Estados miembros, la iniciativa del TJCE habría fracasado.³⁴ Si bien no hay comunidad sin actos que transgreden significados aceptados o instituidos, tampoco hay comunidad sin una convalidación de la transgresión mediante actos que reactiven su significado. No hay ninguna garantía que un acto de innovación jurídica no fracase, lo que es otra manera de decir que la innovación, sea revolucionaria o de otra índole, es siempre una empresa riesgosa. Merleau-Ponty a menudo condiciona sus análisis de la génesis de significados, anotando que una nueva expresión puede o no resultar "exitosa" (*réussie*). Sólo puede establecerse retroactivamente si el ejercicio del poder constituyente es exitoso, es decir, si ofrece un punto de vista normativo a partir del cual indivi-

berano consiste en la totalidad de las personas interesadas" (Cornelius Castoriadis, *Domaines de l'homme: Les carrefours du labyrinthe*, II, Paris, Seuil, 1986, pp. 360-61). Pero, ¿quiénes son las personas «interesadas»? ¿Cómo determinar el círculo de dichas personas, en ausencia de una representación previa de la unidad política, es decir, de un acto previo de inclusión y de exclusión? La supuesta oposición entre participación ciudadana y representación es un esperpento conceptual, pues toda forma de participación ciudadana que pudiéramos imaginarnos es una modalidad de la representación política. Por lo mismo, la susodicha democracia "directa" es siempre, necesariamente, una democracia representativa, no por razones pragmáticas relacionadas con la "división de trabajo político" (como sostuvo Kelsen en su obra, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*), sino por razones de principio que conciernen las condiciones bajo las cuales una pluralidad de individuos puede reconocerse como una comunidad. Para un desarrollo detallado de estas ideas, consúltese mi ensayo "Sovereignty and Representation in the European Union", nota 17 supra.

³⁴ Miguel Poiars Maduro, "The Forms of European Power", en Walker (red.), *Sovereignty in Transition*, nota 17 supra.

duos puedan identificarse y reconocerse como miembros de una comunidad. El TJCE tiene éxito si “da en el blanco”, si logra desvelar lo que constituye a la Comunidad Europea como una *comunidad*. Pero el tribunal no puede determinar por sí mismo si ha dado o no en el blanco, pues su ejercicio del poder constituyente no es más que una afirmación sobre lo que significa la Comunidad Europea, afirmación que debe ser convalidada una y otra vez, no solamente por las jurisdicciones de los Estados miembros, sino también por los ciudadanos.

Este orden de ideas nos lleva a tomar partido frente a las teorías en boga sobre la deliberación como proceso de “dar razón” (reason-giving, como dicen los autores de habla inglesa). El razonamiento del TJCE, tal como hemos visto, se apoya en última instancia en una tautología. Esta tautología pone de manifiesto el hecho de que una innovación normativa conlleva una ruptura de sentido que no puede ser ni completamente subsanada por prácticas justificativas ni prevenirse mediante salvaguardas procedimentales, por refinadas que sean. El fallo del TJCE es un ejemplo de “dar razón”, no tanto porque pueda ser justificado plenamente a la luz del Tratado de Roma, sino porque *crea* una razón para actuar, o sea, “da” una razón para actuar de cierta manera. La contrapartida de esta manera de “dar” razón es, por supuesto, un “tomar”, es decir, que una razón para actuar solamente resulta ser tal si es retomada —*repris*— por sus destinatarios. El llamado “diálogo” entre los jueces europeos y nacionales desenvuelve una “verdad... por reactivación”.³⁵ La dialéctica de sedimentación y reactivación adquiere una nueva densidad a la luz de estas consideraciones: el poder constituyente obtiene cumplimiento, se realiza cabalmente, cuando se transforma en poder constituido. La posterior reactivación de la innovación normativa de “Van Gend & Loos” por parte de los jueces nacionales envuelve un momento de reconocimiento y autoreconocimiento, mediante el cual una transgresión se transforma en repetibilidad normativa, la heterodoxia en ortodoxia, el desorden en orden.

4. GÉNESIS Y VALIDEZ

Concluiré con unas palabras acerca de un problema que ha permanecido en el trasfondo de nuestras consideraciones sobre la relación entre poder y derecho. Dicho problema surgió cuando evocamos el análisis kelseniano de la estructura del acto de poner el derecho. Para Kelsen, como vimos, el acto de poner el derecho es un acto de doble partida: aplica y crea derecho. Pero Kelsen excluye dos casos “límite” de esta estructura; a saber, el acto que presupone la norma básica de un ordenamiento jurídico

³⁵ Merleau-Ponty, *La prose du monde*, nota 7 supra, p. 184.

y el acto coactivo que realiza la sanción prevista en una norma individualizada. Ahora bien, la presuposición de la norma básica es necesaria, según Kelsen, si el acto que crea la primera constitución de un ordenamiento jurídico ha de ser visto como tal, es decir, como un acto de poner el *derecho*. Pues, por definición, la primera constitución de un ordenamiento no se funda en una norma jurídica anterior; pero, entonces, ¿de dónde obtiene su carácter de *norma jurídica*? Esta pregunta es, evidentemente, de importancia capital para el interrogante que surge a propósito del otro extremo de la “cadena” del poder: ¿qué define al poder coactivo como poder jurídico y no meramente como un acto violento? La teoría de la norma básica es la manera en que Kelsen intenta resolver el problema de que, desde un punto de vista jurídico, la noción de una primera constitución es contradictoria en sí misma.³⁶

Esta intuición genial de Kelsen es de primerísima importancia para un análisis que intenta esclarecer la relación entre poder y derecho. En primer lugar, la noción contradictoria de una “constitución primera” nos envía directamente al ejercicio de lo que la doctrina de derecho constitucional llama el poder constituyente originario o primario. La pregunta de Kelsen a propósito del poder constituyente es, si no me equivoco, la siguiente: ¿bajo qué condiciones puede verse en la manifestación de un poder de hecho el ejercicio de un poder jurídico, el ejercicio de un poder *constituyente*? La aguda pregunta kelseniana también atañe directamente a nuestro propósito de esclarecer la estructura del poder mediante un análisis de la génesis de significados jurídicos. En efecto, he planteado que la génesis de un significado jurídico tiene la estructura de una reactivación, de aquello que Merleau-Ponty y Castoriadis llaman *reprise*. Pero, por definición, el acto que da origen a la primera constitución de un ordenamiento jurídico no puede derivarse de una norma jurídica positiva anterior. ¿Es posible sostener, entonces, que la génesis de un significado jurídico tiene en *todos* los casos la estructura de una reactivación? Más enfáticamente, ¿no habría que excluir de la reactivación el caso en que se plantea con mayor urgencia el problema de la relación entre derecho y poder; a saber, la expedición de la primera constitución? ¿No sería indispensable distinguir entre la innovación *dentro* de un ordenamiento jurídico y la innovación *de* un ordenamiento jurídico, o sea, la innovación que da origen a un nuevo ordenamiento jurídico en cuanto tal? Y si aceptamos dicha distinción, ¿acaso valen los resultados del análisis de lo primero para lo segundo?

³⁶ Como es sabido, Kelsen regresa una y otra vez al problema de la norma básica, incluso en su última obra, la *Algemeine Theorie der Normen*. Baste referir al lector, para los efectos de este ensayo, a Kelsen, *Reine Rechtslehre*, primera edición, nota 2 supra, §§29-30, y Kelsen, *Reine Rechtslehre*, segunda edición, nota 2 supra, §34.

Permítaseme introducir una distinción para aclarar el alcance de los análisis anteriores, distinción cuya posibilidad surge de la expresión misma de “poner el derecho” *Rechtssetzung*. En efecto, la estructura de reactivación que hemos venido estudiando concierne el *poner* del acto de poner el derecho, el *Setzung* de “*Rechtssetzung*”. Desde esta perspectiva, la estructura de reactivación abarca tanto la innovación dentro de un ordenamiento jurídico como la innovación que da lugar a un nuevo ordenamiento jurídico. No cabe duda que la expedición revolucionaria de una nueva constitución conlleva el tránsito a un nuevo ordenamiento jurídico, por lo que, por definición, no puede haber la reactivación de un significado *jurídico*. Pero aunque el acto revolucionario no sea autorizado por el orden jurídico que reemplaza, dicho acto necesariamente afirma ser legítimo, lo que implica postular que la nueva constitución representa valores fundamentales de la comunidad, comunidad cuya existencia se postula en el ejercicio del poder constituyente correspondiente. En este sentido, la expedición revolucionaria de una constitución es la reactivación de un significado *normativo*, pero no jurídico. Sostener lo contrario implicaría ver en la revolución un acto de creación *ex nihilo*, es decir, un originalismo tan insostenible como su imagen inversa, la pura repetición de un significado normativo.

Pero, aceptando que la reactivación se refiere al “poner” de poner el derecho, este distinguo de ninguna manera resuelve la pregunta sobre aquello que determina la expedición de la primera constitución (y todo acto que ésta autoriza) como un acto de poner el *derecho*. Es, por lo mismo, del mayor interés leer nuevamente el único pasaje de *La prosa del mundo* en el que Merleau-Ponty se refiere explícitamente al derecho. Dicho pasaje se presenta en un aparte dedicado a la “primera palabra”, en la que el autor pasa de un enfoque ontogenético a uno filogenético. Se trata de comprender ya no la primera palabra del niño, sino la “primera palabra de la humanidad”, o sea, una palabra que no podía apoyarse en un lenguaje preconstituido. A lo cual responde nuestro autor que “[l]a primera palabra encontraba su sentido dentro del contexto de conductas ya comunes, como la primera constitución continuaba, superándola, una historia espontánea”.³⁷ Habría que preguntarse si, como parece admitir Merleau-Ponty, es en absoluto pensable una etapa prejurídica de la humanidad. Pero no es necesario adentrarnos aquí en este tema. Lo que me parece interesante en este pasaje es que pone al descubierto el margen de lo *impensado*, ya no en Kelsen, sino en el propio Merleau-Ponty. Pues si bien, como sostiene Merleau-Ponty, no es imaginable una primera constitución que no reactive una “historia espontánea”, su observación deja sin

³⁷ Merleau-Ponty, *La prose du monde*, nota 7 supra, p. 61.

respuesta la pregunta acerca de aquello que permite calificarla como *constitución*, y precisamente por ser la *primera* de las constituciones. En verdad, Merleau-Ponty ni siquiera se plantea dicha pregunta. Decir que la primera constitución "supera" una historia espontánea no es resolver el problema, sino pasarlo de largo o incluso escamotearlo. Este problema es tanto más agudo si se considera que la noción de una "primera constitución" no se plantea solamente con respecto al pasado lejano de la humanidad, sino cada vez que hay una ruptura jurídica fundamental, es decir, cada vez que surge un nuevo ordenamiento jurídico sin que haya sido autorizado por un ordenamiento jurídico vigente.

Retornando a nuestra hipótesis inicial, si el poder nos confronta con el problema de la *génesis* de un significado jurídico, no es menos cierto que también nos confronta con el problema de la *génesis* de un significado *jurídico*: ¿qué nos permite calificar un acto como acto de poner el *derecho*? Desde esta perspectiva, bien podría decirse que la Teoría pura del derecho, a iguales títulos que la filosofía fenomenológica de Merleau-Ponty, se ocupa de esclarecer el significado —el significado jurídico— en *statu nascendi*.³⁸ Pero con una diferencia esencial: Kelsen nos muestra que una teoría del poder que comienza por indagar la *génesis* de significados jurídicos necesariamente desemboca, si quiere dar cabal cuenta de su objeto de estudio, en una teoría sobre la *validez* de dichos significados, es decir, de aquello que los constituye en significados propiamente *jurídicos*. La norma básica, como he señalado hace unos instantes, es la manera en que Kelsen intenta dar respuesta a esta pregunta. Pero no es necesariamente ni la única ni la mejor manera de darle respuesta. El análisis anterior sugiere, en todo caso, que una posible alternativa a la respuesta kelseniana no va por el camino de modelos de racionalidad práctica de corte formal, que abordan el problema del poder a partir de una distinción tajante entre la *génesis* y la *validez* del derecho. Más bien se me ocurre que habría que mantener el vínculo interno entre *génesis* y *validez*, de tal suerte que *sólo sería válido el ejercicio del poder cuando éste asume institucionalmente, en vez de ocultar, la inevitable ambigüedad de su propio origen*. Evidentemente, el desarrollo concreto de estas ideas nos llevaría mucho más lejos de lo que puede acometerse en este ensayo, y de ello me alegro, pues seguramente hacen parte de lo que todavía falta por pensar en compañía de Ulises Schmill.

³⁸ Ya en la Introducción a la *Fenomenología de la percepción*, Merleau-Ponty señala que la vocación de la fenomenología es siempre una y la misma; a saber, captar "el sentido del mundo o de la historia en su estado naciente", idea que, como hemos visto, también anima de comienzo a fin la teoría de la expresión que desarrollara Merleau-Ponty en escritos posteriores (Véase *Phénoménologie de la perception*, n. 5 supra, p. xvi).