

Decisión democrática y forma constitucional

Pablo RIBERI
Pedro SALAZAR UGARTE
Directores



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

DECISIÓN DEMOCRÁTICA
Y FORMA CONSTITUCIONAL

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 971

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Miguel López Ruiz
Cuidado de la edición

Javier Mendoza Villegas
Formación en computadora

Wendy Vanesa Rocha Cacho
Oscar Martínez González
Apoyo editorial

Edith Aguilar Gálvez
Elaboración de portada

DECISIÓN DEMOCRÁTICA Y FORMA CONSTITUCIONAL

PABLO RIBERI
PEDRO SALAZAR UGARTE

Directores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2022

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 12 de septiembre de 2022

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-6287-9
ISBN (libro electrónico): 978-607-30-6702-7

CONTENIDO

Reconocimientos	XI
Presentación	XIII
Pablo RIBERI	

I. DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN

La forma de la Constitución —especulaciones sobre la apariencia de un ente sin contornos—	3
Pablo RIBERI	
¿Existe la Constitución? —Un comentario acerca de la función de los jueces constitucionales—	61
Ricardo CARACCIOLO	

II. LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

Una concepción política de la democracia constitucional.	85
Pedro A. CAMINOS	
La representación: existencial en lo público y ficción en lo privado . .	121
Jorge Edmundo BARBARÁ	

III. LA DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA EN LOS PODERES DEL ESTADO

- ¿Los tribunales como antiguos parlamentos? —El lugar donde las decisiones deben ser tomadas en tiempo de crisis de la representación política— 161

Benedetta BARBISAN

- El presidencialismo en Latinoamérica. Un replanteo metodológico para su abordaje 207

Ignacio COLOMBO MURÚA

IV. EL CONTROL DEL PODER REVISITADO

- La tecnología digital como herramienta de control para los gobernantes 233

Jean-Philippe DEROSIER

- ¿Reformas constitucionales inconstitucionales? 251

Pedro SALAZAR UGARTE

Carlos Ernesto ALONSO BELTRÁN

- Del activismo judicial a la sumisión —el deterioro de la sentencia constitucional en Hungría— 267

Zoltán SZENTE

- El papel de los tribunales constitucionales en la promoción de la democracia en Europa central y del este 291

Čarna PIŠTAN

V. LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y LOS PROBLEMAS DE COORDINACIÓN A NIVEL SUBNACIONAL

- El misterioso éxito de una democracia federal 337

James A. GARDNER

Poder constituyente y legitimidad democrática en una relación federal. Reflexiones desde una perspectiva argentina	365
--	-----

Guillermo E. BARRERA BUTELER

VI. DESAFÍOS PERENNES

La libertad descuidada	383
----------------------------------	-----

Hugo O. SELEME

Notas sobre la paz. Propósito de un constitucionalismo ciudadano. . . .	393
---	-----

Raúl Gustavo FERREYRA

Acerca de los autores.	417
--------------------------------	-----

RECONOCIMIENTOS

En tanto directores de esta obra, queremos agradecer a las autoridades de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba —y a su decano, Guillermo Barrera Buteler—, por haber sido anfitriona del Congreso Internacional de Teoría Constitucional (CITC-2017). Muchas gracias a los expositores, participantes y asistentes que hubieron de colmar el mencionado ámbito durante la conferencia.

En particular, destacamos la calidez humana y la aptitud intelectual de quienes vinieron a compartir generosamente sus conocimientos. Gracias a Carlos Rosenkrantz, Alejandro Pérez Hualde, Ricardo Caracciolo, Guillermo Barrera Buteler, Sebastián Elías, Ricardo Ramírez Calvo, Jorge Barbará, Hugo Seleme, Ignacio Colombo Murúa, Victorino Solá Torino, Lorena González Tocci, Pedro Caminos, Florencia Saulino, Cristian Fatauros, Raúl Gustavo Ferreyra, Lucas Grosman, Sofía Sagüés, José Belisle. Y muy especialmente nuestra gratitud está dirigida a los visitantes extranjeros. Gracias a Russell Miller, Sara Pennicino, James Gardner; Zoltán Szente, Jorge Contesse, Ricardo Chueca Rodríguez, Justin Frosini, Jean Philippe Derosier, Čarna Pištan, Jason Mazzone, Benedetta Barbisan y Pedro Salazar.

Por el gran trabajo realizado, merecen también una mención especial los integrantes del “Seminario Vocacional de Teoría Constitucional y Filosofía Política Anachársis Cloots”. Ellos fueron los grandes artífices de la organización del CITC-2017. Gracias Josefina Ferreyra, Victorino Solá Torino, Magalí Miranda, Patricia Ari, Guadalupe Valcarce Ojeda, Ángeles Ledesma, Antonella Dei Rossi, Diego Cevallos, Lucía Mac-Auliffe, Santiago Bravín y Guillermina Riberi.

Por la lectura, observaciones y comentarios aportados con relación a las traducciones que se incorporan a este texto, nuestra gratitud es especial para con Verónica Luetto. Dicho sea de paso, se hace notar también que la traducción desde el idioma inglés al español de los textos de Jim Gardner,

LA LIBERTAD DESCUIDADA

Hugo O. SELEME*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Libertad positiva y libertad negativa; interracional y posicional*. III. *Una libertad positiva posicional*.

I. INTRODUCCIÓN

El modo en que se conciba a la libertad tiene un profundo impacto a la hora de interpretar nuestros entramados institucionales. De manera casi unánime la libertad es invocada en las leyes fundamentales y cartas constitucionales de los sistemas jurídicos modernos. Su lugar es tan central en el discurso contemporáneo, que aun aquellos que buscan cercenarla o coartarla tienen cuidado de rendirle tributo verbal. A esto sin duda ha contribuido la positivización de los derechos humanos acaecida luego de la Segunda Guerra Mundial, y a la incorporación de diferentes tipos de libertad en el catálogo humanitario. El lugar de privilegio que ocupa la libertad en el sistema internacional de derechos humanos queda patente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su primer párrafo la ubica a la par de “la justicia y la paz”.¹

* Profesor titular de ética, Facultad de Derecho, UNC; profesor adjunto de filosofía del derecho, Facultad de Derecho, UNC; investigador del CONICET (Argentina); director del Programa de Ética y Teoría Política.

¹ El preámbulo de la Declaración comienza diciendo: “Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world...”. La Declaración continúa reconociendo que uno de sus objetivos es lograr el advenimiento de un mundo “in which human beings shall enjoy freedom of speech and belief and freedom from fear and want...” (Universal Human Rights Declaration, Dec. 10, 1948, United Nations. Referencias análogas a la libertad se encuentran en todo el texto de la Declaración, así como en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en el resto de los tratados internacionales que configuran el sistema de derechos humanos.

El lugar central que ocupa la libertad ha hecho que tanto juristas como teóricos de la política se ocupen de cuál es la manera adecuada de interpretarla. En el debate político contemporáneo Isaiah Berlin ha sido sin dudas uno de los responsables de haber puesto este asunto en el centro de la agenda. En su artículo seminal “Two Concepts of Freedom”, Berlin² se encarga de presentar dos concepciones de la libertad, una positiva y otra negativa, que sirven para acomodar la “libertad de los antiguos” y la “libertad de los modernos” identificada hace ya casi dos siglos por Benjamin Constant. Berlin concibe a la libertad negativa como focalizada en la no interferencia, mientras entiende a la libertad positiva como autogobierno político o autocontrol personal.

La influencia de la matriz elaborada por Berlin se ha puesto de manifiesto en los intentos cada vez más sofisticados de cuestionar su carácter exhaustivo. La crítica elaborada por Philip Pettit (1997) ocupa aquí un lugar destacado. De acuerdo con Pettit,³ la clasificación ideada por Berlin ha servido para ocultar un tercer modo de concebir a la libertad que contiene elementos tanto de la libertad positiva como de la libertad negativa. Esta concepción de libertad que Berlin no tiene en consideración no es otra que la libertad republicana como no dominación. De acuerdo con Pettit, entonces, existen tres modos de concebir la libertad: como no interferencia, como no dominación y como autogobierno o autocontrol personal.

Aunque creo que el defecto encontrado por Pettit en la clasificación ideada por Berlin es real, el objetivo del presente trabajo es mostrar que la matriz tripartita de Pettit sufre de un defecto análogo. Pettit ha argumentado exitosamente para mostrar que la libertad como no dominación es una libertad negativa que debe agregarse a la libertad como no interferencia identificada por Berlin. Sin embargo, ha pasado por alto que la concepción de libertad positiva de Berlin tiene un problema semejante, que ha servido para mantener oculta una variante de libertad. Este trabajo tiene por objeto corregir este déficit y sacarla a la luz.

II. LIBERTAD POSITIVA Y LIBERTAD NEGATIVA; INTERACCIONAL Y POSICIONAL

Para advertir cuál es el ideal político que ha sido pasado por alto por el republicanismo cívico de Pettit, puede ser de utilidad emplear la misma estrategia

² Berlin, Isaiah, “Two Concepts of Liberty”, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969, pp. 118-172.

³ Pettit, Philip, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Clarendon Press, 1997.

que él emplea en contra de la concepción liberal de libertad defendida por Berlin. Esta estrategia ha consistido en señalar los diferentes tipos de libertad que tiene presente Berlin, para luego mostrar que de acuerdo con los propios criterios utilizados en su clasificación un nuevo tipo de libertad es conceptualmente posible. Seguir una estrategia análoga, esta vez en contra del propio Pettit, permitirá ver que el esquema de libertades presentado por él mismo es susceptible de recibir la misma crítica que le dirige a Berlin.

De acuerdo con Berlin, la libertad negativa tiene que ver con la pregunta “...What is the area within which the subject —the person or a group of persons— is or should be left to do or be what he is able to do or be, without interference by other persons...”.⁴ La libertad positiva, en cambio, está relacionada con la pregunta “...What, or who, is the source of control or interference that can determine someone to do, or be, this rather than that?”.⁵ Para la concepción negativa, la libertad “...means liberty *from*; absence of interference...”.⁶ Para la concepción positiva, la libertad consiste en “...being one’s own master...”.⁷ Esta idea de libertad deriva del “...desire to be governed by myself, or at any rate to participate in the process by which my life is to be controlled...” En este sentido, no es “...freedom from, but freedom to...”.⁸

El criterio de clasificación utilizado por Berlin está referido a si es necesario o no que un individuo haga algo o desarrolle ciertos rasgos de carácter para contar como una persona libre. Si la libertad requiere conductas o el desarrollo de cierta personalidad, entonces es una libertad positiva. Si no requiere ni una cosa ni la otra, entonces es una libertad negativa. Utilizando este criterio, Berlin clasifica los dos tipos de libertad identificados por Benjamin Constant. La libertad de los antiguos, entendida como autogobierno político o autocontrol personal, es un tipo de libertad positiva. Para ser libres, los individuos necesitan participar en política o desarrollar rasgos de carácter que les permitan controlar las partes menos valiosas de su propia personalidad. La libertad de los modernos, entendida como ausencia de interferencia por parte de terceros, es un tipo de libertad negativa. Los individuos no son libres por participar en política o por haber desarrollado ciertos rasgos de carácter, sino meramente porque los otros se abstienen de interferir en sus conductas.

⁴ Berlin, Isaiah, “Two Concepts...”, *cit.*, pp. 121 y 122.

⁵ *Ibidem*, p. 122.

⁶ *Ibidem*, p. 127.

⁷ *Ibidem*, p. 131.

⁸ *Ibidem*, p. 122.

Pettit piensa que esta clasificación es incompleta, y que ha servido para oscurecer un tipo específico de libertad, que no consiste ni en la libertad como no interferencia ni en la libertad como autogobierno o dominio. Este ideal de libertad pasado por alto no encaja bien en la distinción trazada por Berlin, ya que posee elementos tanto de la libertad negativa como de la libertad positiva.⁹ Al igual que la libertad negativa como no interferencia de Berlin, considera que para que los ciudadanos sean libres no es necesario que éstos lleven adelante ciertas acciones o desarrollen ciertos rasgos de carácter. Específicamente no equipara a la libertad con el autocontrol personal —según el cual las partes inferiores del individuo son controladas por las superiores— o colectivo —según el cual los individuos son libres cuando participan de la vida política de una comunidad política que a su vez se autogobierna—. ¹⁰ Los ciudadanos son libres meramente por estar protegidos frente al poder de interferencia incontrolado tanto privado como público. En esto la libertad como no dominación es tan negativa como la libertad como no interferencia. Se diferencia de ella en la extensión de la protección —que debe abarcar los escenarios donde los demás tienen el deseo de interferir—¹¹

⁹ La cuestión acerca de si la libertad como no dominación es un tipo de libertad negativa o es un tercer tipo de libertad diferente tanto de la libertad positiva como de la libertad negativa, no es pacífica y parece ser en gran medida una mera cuestión verbal. Lo importante es que en cualquier caso no se trata de un tipo de libertad positiva.

Quentin Skinner, por ejemplo, parece oscilar entre ambas posiciones. En “The Paradoxes of Political Liberty” sostenía que los pensadores republicanos “...work with a purely negative view of liberty as the absence of impediment to the realization of our chosen ends...” —Skinner, Quentin, “The Paradoxes of Liberty”, *Equal Freedom* 35 (The University of Michigan Press, 1995)—. No obstante, en “A Third Concept of Liberty” afirma que la libertad republicana hace referencia a un fenómeno distinto al que se refieren la libertad negativa y libertad positiva, y que, por lo tanto, debe ser considerada como un tercer concepto de libertad. Esto porque “...if a given descriptive term can be coherently used with more than one range of reference, so that it can be used to pick out more than one distinct phenomenon or state of affairs, then the term may be said to express more than one concept” —Skinner, Quentin, “A Third Concept of Liberty”, 117 *Proceedings of the British Academy*, 2002, pp. 237 y 261—. No obstante, a renglón seguido debilita su pretensión y parece regresar a la idea de que la no dominación es un tipo de libertad negativa. Al respecto señala: “...But I have not wish to press the point. A Better way of summarizing my position would be to say that, while I agree with Berlin that there are two concepts of liberty, one positive and the other negative, I do not agree with his further assumption that, whenever we speak about negative liberty, we must be speaking about absence of interference...” —Skinner, Quentin, “A Third Concept of Liberty”, 117, *Proceedings of the British Academy*, 2002, pp. 237, 261 y 262—.

¹⁰ Pettit, Philip, *Republicanism: A Theory...*, cit., pp. 17 y 18.

¹¹ A diferencia de Berlin, Pettit piensa que la protección frente a la interferencia de terceros debe extenderse no sólo a los escenarios donde éstos son amigables y no poseen ningún deseo de interferir en las elecciones ajenas, sino también a aquellos donde tal deseo existe. La protección frente a la interferencia debe ser robusta tanto con relación a las preferencias

y los mecanismos de protección —que deben ser institucionales y encontrarse bajo el control¹² de quienes son protegidos—. ¹³

La manera en que es caracterizado el estado de cosas que la libertad como no dominación requiere que esté ausente para que los ciudadanos sean libres es tomado de la libertad positiva identificada por Berlin. Este estado de cosas que debe estar ausente es caracterizado en términos de dominio y control, en lugar de mera interferencia, los cuales son propios de la libertad positiva berliniana. Para mostrar este elemento común a la libertad positiva como autogobierno colectivo y su libertad como no dominación, Pettit reconstruye ex profeso la noción de libertad positiva de Berlin utilizando la idea de control. Afirma: “...Positive liberty, according to Berlin, requires more than the absence of interference... It requires the agent to take an active part in gaining control or mastery of themselves...”.¹⁴ Una vez hecho esto, caracteriza a la libertad como no dominación utilizando la misma noción a la que hace referencia la libertad positiva. La libertad como no dominación sostiene que “...freedom consists in an absence... but in an absence of mastery by others...”,¹⁵ o lo que es lo mismo en la ausencia de control por parte de terceros. Lo único que han hecho sus escritos recientes es volver evidente la vinculación entre no dominación y control, y especificar en qué consiste este último.

De modo que los elementos que la libertad como no dominación toma de la libertad negativa y de la libertad positiva deberían ser ahora claros. De la libertad negativa de Berlin toma la idea de que los ciudadanos son libres por estar protegidos frente a un mal, y no por tener que hacer algo o ser alguien. De la libertad positiva toma los términos en los que este mal es ca-

y deseos del sujeto protegido —debe extenderse a escenarios donde éste poseen preferencias diferentes a las actuales— como de los potenciales interferidores —debe extenderse a escenarios donde estos tienen el deseo o la preferencia por interferir—. Mientras la libertad como no interferencia es robusta sólo en el primer sentido, la libertad como no dominación también lo es en el segundo —véase Pettit, Philip, “The Instability of Freedom as Noninterference: The Case of Isaiah Berlin”, 121 *Ethics*, 2111, p. 710—.

¹² El control debe ser individualizado, incondicionado y eficaz. El control es individualizado cuando cada ciudadano posee una capacidad de control que es igual a la que poseen los demás. El control es incondicionado cuando la influencia que cada ciudadano puede ejercer no depende de la buena voluntad de otro. Finalmente, es eficaz cuando es tan efectivo para imprimir una dirección a las decisiones colectivas que cuando una decisión no es acorde con la dirección que un ciudadano deseaba imprimirle éste ve esta circunstancia meramente como una cuestión de mala suerte y no como la imposición de una voluntad ajena —Pettit, Philip, *On The People's Terms*, Cambridge University Press, 2012, pp. 166-179—.

¹³ Pettit, Philip, *On The People's...*, *cit.*, Cambridge University Press, 2012, pp. 50, 58, 170.

¹⁴ Philip Pettit, *Republicanism: A Theory...*, *cit.*, p. 17.

¹⁵ *Ibidem*, p. 22.

racterizado. Ser libre es estar protegido frente al poder controlador de otros. Un ciudadano no es libre cuando tiene el control, sino cuando otros no lo tienen sobre él.

Este tercer ideal de libertad como no dominación exige que los individuos sean inmunes a la interferencia arbitraria de terceros. No basta con que los demás se abstengan de interferir —como señala la libertad negativa de Berlin—, sino que es necesario que no tengan la capacidad o el poder de hacerlo. Los individuos son libres sólo cuando gozan de este estatus de inmunidad que les confieren las instituciones sociales. Los individuos se transforman en ciudadanos libres cuando las instituciones los ubican en esta posición de inmunidad, y no meramente cuando los terceros se abstienen de interferir. Los ciudadanos son libres cuando no están sujetos al poder de interferencia arbitraria de otro; esto es, cuando no se encuentran bajo su control o dominio.

Un modo de entender la discrepancia entre Berlin y Pettit es el siguiente: Berlin tiene en mente una concepción interaccional de libertad negativa. Alguien es libre mientras no padezca ciertas interacciones, específicamente mientras no sufra la efectiva interferencia por parte de terceros. Pettit, por el contrario, tiene en mente una concepción posicional de libertad negativa. Alguien es libre cuando las instituciones sociales lo han ubicado en una posición que le brinda la seguridad de no padecer ciertas interacciones o lo inmuniza frente a ellas. Ser libre consiste en ocupar una posición social que hace que el sujeto sea inmune al poder de interferencia arbitraria.

De acuerdo con esta reconstrucción, Pettit introduce un refinamiento en la distinción de libertad positiva/negativa empleada por Berlin. Éste consiste en distinguir entre la libertad negativa interaccional —instanciada en la libertad como no interferencia de Berlin— y la libertad negativa posicional, de la cual la libertad como no dominación defendida por los republicanos sería el caso paradigmático. A la distinción positiva/negativa de Berlin debe sumarse la distinción interaccional/posicional de Pettit. El punto de Pettit es que una vez que el tamiz de lo interaccional/posicional es aplicado a la libertad negativa aparece un nuevo ideal —la libertad como no dominación— pasado por alto por Berlin.

III. UNA LIBERTAD POSITIVA POSICIONAL

Ahora bien, la misma crítica que Pettit dirige a Berlin le es aplicable al propio Pettit. Berlin introdujo la distinción positiva/negativa, pero no identificó todas las variantes de libertad negativa, al pasar por alto la libertad como no

dominación. Creo que de manera análoga Pettit introdujo la distinción transaccional/posicional, pero, como intentaré mostrar, no ha identificado todas las variantes de libertad posicional. Al focalizarse en la libertad negativa, ha pasado por alto que la distinción es también aplicable a la libertad positiva o autogobierno. Así como existe una libertad negativa posicional o basada en el estatus, también existe una libertad positiva posicional que Pettit no ha examinado debidamente.

La libertad positiva interaccional es la descrita por Berlin. Esto no es sorprendente, si se piensa con Pettit que la distinción interaccional/posicional estaba ausente en su clasificación, y que Berlin asumía una idea interaccional de libertad. Según esta versión de la libertad positiva, alguien es libre cuando realiza ciertas interacciones, específicamente cuando participa en política y toma parte efectiva de la toma de decisiones colectivas. Se es libre cuando de hecho se participa en el proceso de configuración de las instituciones colectivas. Participación política y libertad son igualadas. Mientras la libertad negativa interaccional exige la ausencia de interferencia, la libertad positiva interaccional exige la realización efectiva de actos de participación política y control. El populismo es el ejemplo paradigmático de esta libertad positiva interaccional. Para los populistas, “...liberty consists in nothing more or less than democratic self-rule...”.¹⁶

Existe, sin embargo, una variante posicional de libertad positiva que no ha sido identificada ni por Berlin ni por Pettit. A pesar de que Pettit se distancia del tratamiento que Berlin hace de la libertad negativa, suscribe en todos sus términos el que hace de la libertad positiva o autogobierno. En *Republicanism*, Pettit afirma que la libertad positiva como autogobierno involucra “...the presence, and usually the exercise of the facilities that foster self-mastery and self-fulfillment: in particular, the presence and exercise of those participatory and voting facilities whereby the individual can unite with others in the formation of a common, popular will”.¹⁷ Aunque Pettit habla aquí de “la presencia” de facilidades para participar en las decisiones colectivas —lo que hace pensar en una libertad positiva posicional— rápidamente agrega la cláusula “y usualmente el ejercicio” de esas facilidades, transmitiendo la impresión de que se está hablando de una libertad interaccional. Es por tanto necesario distinguir lo que en *Republicanism*, y en sus obras posteriores, aparece confundido.

La libertad positiva posicional no exige que los individuos tomen parte de la toma de decisiones colectivas participando políticamente. Para ser li-

¹⁶ *Ibidem*, p. 27.

¹⁷ *Idem*.

bres no necesitan llevar adelante ninguna interacción política. Lo que es necesario es que las instituciones públicas les confieran los poderes y facultades necesarios para tomar parte en dichas decisiones. Alguien es libre cuando las instituciones lo han ubicado en el rol de autor, confiriéndole los derechos y permitiendo que satisfaga los intereses que en tanto autor posee.¹⁸ Ser libre es ocupar una posición definida por las instituciones públicas. Esta libertad positiva, al igual que la libertad como no dominación, consiste en gozar de cierto estatus.

De acuerdo con esta concepción posicional del autogobierno, alguien puede configurar las instituciones de acuerdo con sus opiniones y deseos sin por ello ser un sujeto que se autogobierna en el sentido moralmente relevante. La participación política revolucionaria es un ejemplo de tal situación. Los revolucionarios participan políticamente, y, si tienen éxito, pueden configurar las instituciones de acuerdo con sus opiniones e intereses. Sin embargo, esto no les confiere el estatus de sujetos que se autogobiernan. Alguien posee dicho estatus cuando las instituciones políticas le aseguran los derechos y potestades necesarios para que sus opiniones e intereses cuenten. Los individuos no son sujetos que se autogobiernan por el hecho de configurar las instituciones a través de sus interacciones, sino cuando éstas les confieren los derechos y facilidades necesarios para que la participación política sea posible.

Dicho de modo concreto, nosotros, ciudadanos argentinos a quienes se nos aplica una Constitución liberal y democrática, somos más libres que quienes firmaron la declaración de independencia del reino de España en 1816. Sin duda, las interacciones políticas de aquellos firmantes tuvieron el más alto impacto político y ayudaron a configurar el esquema institucional del que ahora gozamos, pero para una concepción posicional de libertad positiva como autogobierno es sólo el esquema institucional que comenzó a forjarse con la Constitución de 1853 el que confirió a los ciudadanos a quienes se aplica el estatus de individuos libres. Los revolucionarios de 1816 no eran ciudadanos libres —a pesar de que sus interacciones políticas tuvieron una influencia sin precedentes sobre el diseño institucional—, sino individuos que luchaban por instaurar un esquema institucional que los hiciera libres, que les confiriera el estatus de sujeto que se autogobierna.

Así como es posible que alguien participe políticamente, pero no sea alguien que goza del estatus de sujeto que se autogobierna —como muestra el caso de los revolucionarios—, también es posible que alguien goce de dicho

¹⁸ He presentado una concepción posicional de libertad positiva en mi trabajo Seleme, Hugo Omar, “La legitimidad como autoría”, *Revista Brasileira de Filosofia*, 2010, pp. 73-99.

estatus sin que realice ninguna interacción efectiva de participación política. Esto no es más que una consecuencia del carácter posicional de este tipo de libertad positiva. Si las instituciones confieren a los ciudadanos los derechos y potestades correspondientes con su rol de autor —brindándoles las herramientas institucionales necesarias para la participación política de manera que puedan hacer valer sus opiniones e intereses—, éstos son sujetos que se autogobiernan con independencia de si hacen o no uso de estas facilidades. Esta distinción es la que Pettit oscurece en su presentación de la libertad positiva como autogobierno.

Un ejemplo concreto puede ayudar a entender la idea. Supongamos, como es plausible hacer, que el derecho a votar se encuentra dentro de las facilidades que las instituciones deben conferir a los ciudadanos para ubicarlos en el rol de sujeto que se autogobierna. Si un esquema institucional contiene este derecho —y todos los otros requeridos para que los ciudadanos sean tratados como autores—, entonces es irrelevante para imputarles la autoría de las decisiones políticas que los ciudadanos emitan su voto o no. Si libremente deciden no concurrir a votar, esto no los exime de responsabilidad por el diseño de las instituciones ni los vuelve sujetos alienados carentes del estatus de ciudadanos libres que se autogobiernan.

Lo señalado sirve para mostrar que existe un ideal político que Pettit ha pasado por alto y que contiene elementos en común con su concepción de libertad como no dominación y con la concepción de libertad positiva como autogobierno identificada por Berlin. Con esta última comparte la idea de que la participación política es central para definir la libertad de los ciudadanos. Sin embargo, no considera que los ciudadanos para ser libres deban efectivamente participar en los procedimientos de toma de decisión colectiva, tal como hace la variante interaccional populista. A diferencia de ésta, adopta el enfoque posicional instanciado por la libertad como no dominación, según el cual la libertad es un estatus conferido por el diseño institucional. Si las instituciones están configuradas de tal manera que la participación de los ciudadanos es posible —el acceso a los cargos públicos no les está vedado y el procedimiento de toma de decisiones es sensible a sus opiniones e intereses—, entonces éstos son libres.

NOTAS SOBRE LA PAZ

Propósito de un constitucionalismo ciudadano

Raúl Gustavo FERREYRA*

SUMARIO: I. *Preámbulo*. II. *Sobre el concepto de paz y su vínculo con el derecho*. III. *Fundamentación constitucional del Estado*. IV. *Epílogo*.

I. PREÁMBULO

La existencia con vida y cognición nos ha sido impuesta a los seres humanos. Coexistir, por tanto, o existir con otros individuos en común sólo se hace factible en tanto pueda conjugarse una totalidad o mayoría de ciudadanos más poderosa que cada uno de los ciudadanos juzgados en su singularidad inalienable, conjugación, además, que deberá poseer como atribución el hecho indisputado de su unión mayoritaria frente a la individualidad arbitraria o discrecional que cualquiera de éstos deseara ejercer. Llámase, pues, al poderío emergente de la congregación de las individualidades ciudadanas “derecho constitucional” —que emerge del artefacto “Constitución”, y que nada tiene de natural—, el cual autoriza una posible ordenación y un semejante desarrollo de la coexistencia comunitaria, y al poderío individual, “fuerza bruta”.¹ Reducir el ámbito del más fuerte, que nadie quedara librado a la fuerza bruta irresistible individual o a la franca y desvalida merced de los poderes fácticos, se reporta como el propósito de la lengua del derecho constitucional, que debe articular la paz, único proceso que autoriza la coexistencia de ciudadanos con igual y semejante dignidad.

La idea básica propuesta en este texto descansa en comprender a la lengua del derecho constituyente del Estado como un código para la paz. Tal derecho constitucional, emanación fundamental de un orden jurídico espe-

* Profesor titular de derecho constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctor de la Universidad de Buenos Aires.

¹ Freud, Sigmund, *El malestar en la cultura*, Madrid, Alianza, 2010, pp. 65, 86 y 87.

cífico, artefactual y estatal, debe aspirar a constituir la lengua que sostiene y desarrolla la unidad, en paz, de una comunidad determinada.

Hablar de una lengua del derecho constitucional tiene sentido, porque lo “humano” surge en la historia evolutiva del linaje homínido al que pertenecemos, al surgir el lenguaje.² En el ámbito de la existencia humana, el dominio de la realidad, en buena parte, puede quedar vinculado a la configuración del lenguaje.³ Entonces, ejercer dominio sobre la producción y variación de las palabras del orden jurídico, aunque no define por completo el dominio de la realidad, se comporta como un agente para la creación, el mantenimiento o el cambio de las prescripciones jurídicas que lo componen.

Esa lengua, la lengua del derecho constitucional, configura el texto fundamental para la existencia en paz de los ciudadanos y servidores públicos. Ambos, para lograr que rijan o que tengan eficacia los enunciados de la lengua constituyente del Estado, deben comprenderse en la escena del dominio lingüístico, y deben producir una asociación recurrente, intensa y prolongada en la aceptación y desarrollo de las determinaciones prescriptivas sobre la conducta humana. Así, en el marco de una escritura sin despotismos, la realidad comunitaria se debe encontrar abierta al discurso que contiene las palabras constituyentes. La gobernanza de tal realidad, por lo tanto, queda remitida al consenso, mayor o menor, sobre el marco de referencia que ha de referirse o preferirse a la mutualidad de las determinaciones sobre la conducta humana. De manera coherente, pues, la existencia de los ciudadanos en la formación precisa de la lengua constituyente del Estado debería configurar el propio dominio de realidad.⁴

² Maturana, Humberto, “Lenguaje y realidad. El origen de lo humano”, *Archivos de Biología y Medicina Experimentales*, núm. 22, Santiago de Chile, 1989, pp. 77-81.

³ Una de las acepciones del vocablo “lengua”, según el *Diccionario* de la Real Academia Española, es “Sistema de comunicación verbal y casi siempre escrito, propio de una comunidad humana”. De acuerdo con la misma fuente, una de las opciones lexicográficas de “lenguaje”: “lengua (sistema de comunicación verbal)”. Asumo, desde luego, las diferencias que existen. No obstante, por motivos que el lector podrá comprender, empleo indistintamente las voces “lengua” y “lenguaje”.

⁴ Desde el punto de vista normativo, al respecto hay dos simientes muy interesantes: una del siglo XVIII y otra del XX. En el artículo 377 de la Constitución de Francia de 1795 se dispuso: “El pueblo francés deposita la presente Constitución en la fidelidad del Cuerpo legislativo, del directorio ejecutivo, de los administradores y jueces; a la vigilancia de los padres de familia, a las esposas y a las madres, al efecto de los jóvenes ciudadanos, a la cordura de todos los franceses”. Por su parte, en el artículo 41 de la Constitución de Colombia de 1991 se ordena: “En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la Instrucción Cívica. Asimismo, se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El Esta-