

Pablo Riberi

Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC y de la Facultad de Ciencias Políticas de la UCC

Poder Constituyente Derivado: Un Mito del Criptoconstitucionalismo

I. Exordio

Este es una ponencia que intenta polemizar sobre algunas posturas académicas y judiciales que pretenden definir predicados normativos sobre regularidad, legalidad, constitucionalidad del Poder Constituyente. Lo hacen subestimando o soslayando en su ejercicio, el debido análisis sobre las condiciones políticas que rodean los procesos de reforma constitucional. El propósito de esta ponencia es introducir algunos problemas epistemológicos y de teoría constitucional que no pueden dejarse de lado cuando de Poder Constituyente se habla. Los juicios que discriminan sendos dominios de regularidad y legitimidad entonces, suelen ser juicios confusos y muy a menudo erróneos.

No discuto ni la existencia ni la conveniencia de admitir límites autónomos o consentidos sobre el Poder Constituyente. Vanossi ha distinguido incluso la pertinencia de algunos límites extra-jurídicos.¹ Eso no me interesa. Es intención concentrarme solo en los límites jurídicos y en la autoridad constituida (sea legislativa, ejecutiva y fundamentalmente judicial) que presume tener la facultad de invalidar los “contenidos inconstitucionales” que prohija una convención constituyente. En consecuencia, los límites pueden ser tanto externos como internos y a los fines de este trabajo, solo interesan los límites internos, de naturaleza jurídicos que versen sobre aspectos sustantivos. Por ejemplo, cuando se asume la existencia de un “coto vedado” en función de derechos naturales, o bajo cualquier forma heterónoma de incorporación de derechos. Por el contrario, cuando las constituciones estimulan procedimientos y condiciones

¹ VANOSSI, R., *Teoría de la Constitución*, Tomo I, pg. 182. Ed. Depalma.

autoreferentes de creación, admisión, control y equilibrio institucional, los límites normativos se muestran asociados a las capacidades políticas y deliberativas del orden constitucional y el autogobierno.

II. La Cuestión de los Límites y la Disputa de Autoridad

En el orden doméstico, tanto en el orden federal desde “Soria de Guerrero” al caso “Fayt” como en el derecho público provincial desde el caso de la Provincia de Santa Fe en 1921 al reciente decisorio en “Colegio de Abogados de Tucumán c. Honorable Convención Constituyente de Tucumán”, el debate ha mostrado una creciente expansión del activismo judicial y también, un claro estrechamiento de la doctrina de las “cuestiones políticas no justiciables”. Pero más allá de la hermenéutica y del viejo debate sobre quién debe ser el guardián de la constitución, se mantienen en el campo de la teoría constitucional algunos viejos conceptos que a menudo se muestran manipulables.

La taxonomía que distingue un Poder Constituyente Derivado como una categoría devaluada del Poder Constituyente Originario o “revolucionario”, no es otra cosa que una categoría académica que ha sido muy utilizada tanto por el pensamiento conservador como para el liberalismo extremo. Muchos juristas que desconfían de la democracia y de las mayorías, han hecho que dicha definición hoy forme parte de un catecismo indiscutido en los textos de la materia. Por el contrario, para el llamado *constitucionalismo popular* dicha distinción ha sido más bien desconocida en términos heurísticos e históricos. La misma además, siempre ha despertado desconfianzas por cierto.

A diferencia de las leyes ordinarias, para Sièyes el poder constituyente suponía “*potestas constituens, creatio ex nihilo*”.² Y esta claro que tanto en la revolución francesa como la norteamericana, sus figuras señeras comprendieron que solo la condición política del Poder Constituyente podía estructurar los poderes superiores del estado y también los límites garantistas a tales poderes. La noción de pueblo y la representación política que permitía reconocer a sus artífices más directos, fueron entonces nociones axiomáticas para poder dotar

² See SIÈYES, Emmanuel J, *¿Qué es el Estado Llano?* (Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1988)

de legitimidad al derecho constitucional ligado a la revolución republicana que estalló en ambas riveras del Atlántico.

Más allá de ello, tanto liberales extremos como conservadores desafiaron desde sus orígenes el legado democrático del constitucionalismo popular. Asimismo, ha sido una persistente corriente crítica aquella que cuestiona tanto los fundamentos políticos del “pacto de sumisión”, como la inefable pretensión democrática de asegurar la vigencia de variables contenidos constitucionales solo por acuerdo supermayoritarios. Para el constitucionalismo popular, las únicas fronteras legítimas para la vigencia y la modificación del texto constitucional son los procedimientos y las formas legales; nunca los contenidos.

Es que para que la Constitución y orden constitucional fueran supremos, fue necesario que sus mandatos se inscribieran en un marco superior de legitimidad. Tanto para las minorías como para las mayorías, la constitución es más que su contenido. Así, dadas ciertas condiciones de autonomía, libertad e igualdad, solo la soberanía popular pareció estar en condiciones de proponer una fuente indisponible de reglas principios y valores dignos de dicha supremacía y el control de constitucionalidad. Pero además, solo así fue posible que competitivas “ideas de bien moral”, atinaran a coexistir pacíficamente. Sin una lealtad democrática a la constitución; sin un compromiso formal a las reglas y prácticas deliberativas más amplias, la constitución deja de ser un paradigma superior de libertad e igualdad, para ser un ámbito dominado por visiones interesadas que solo ofrecen un modo endogámico de justificar su autoridad.

En términos discursivos, es conveniente recordar que la constitución para ser suprema, debe mostrar división de poderes en cuanto a su aplicación y debe además ofrecer rasgos generales de indisponibilidad y permanencia. No hay estado de derecho ni orden constitucional, si la ley no tiene la capacidad de prevalecer sobre contingentes aspiraciones de mayorías y minorías en condiciones de ser agresivos. Por lo tanto, el *constitucionalismo popular* al igual que las diversas versiones del *criptoconstitucionalismo*, necesita admitir una hermenéutica que legitime alguna objetividad desprendida de las prescripciones constitucionales vigentes.

III. Dos Mitos del Pensamiento Constitucional

En mi opinión, los intérpretes atinan a otorgar a la constitución, o bien condiciones “epistémicas-sustantivas”, o bien condiciones “democráticas-procedimentales” de legitimidad para conformar su correcta lectura. Por una parte, las diversas variantes de *criptoconstitucionalistas* entienden que más allá de los acuerdos, la política, los procesos deliberativos y las mayorías democráticas, es posible reconocer y salvar algunos (o muchos) contenidos indisponibles. Por otro lado, el *constitucionalismo popular* considera que más allá del orgullo que le despierta el legado liberal y republicano, la constitución es un producto deliberativo donde las condiciones políticas nos obligan a someter de tanto en tanto las normas constitucionales a revisión. Jefferson o Madison contra Marshall o Halmilton.

Siguiendo las ideas de Cassirer, tengo la impresión de que toda cultura esta impregnada de elementos míticos. En las ciencias sociales y particularmente en el derecho constitucional, se encuentran presentes símbolos y formas atávicas que encierran tras sus apariencias sofisticadas, esos viejos y repetidos “mitos” de nuestra civilización.³ Hurgar en las viejas formas míticas, a menudo nos permite reconocer lo que nos pasa. Nos ayuda a indagar porqué ciertas ideas y reacciones humanas se repiten. Asimismo, suele ser una manera de sobrellevar la desesperanza que impone la razón. El mito es invulnerable a los argumentos y a las razones de peso. Dado que el mito esta abierto a variadas interpretaciones, está claro también que de una manera simple, el mismo permite personificar los deseos y los miedos colectivos.

Para clarificar esta divergencia y para enfatizar porque existen límites y controles evanescentes, dos mitos clásicos pueden ser de gran ayuda. El primer mito que propongo ha sido ampliamente utilizado en nuestra materia para reconocer el valor del “*precompromiso constitucional*”. Me refiero al mito de *Ulises y las sirenas*. El segundo mito que propongo, es el del *lecho de Procasto*.

³ Dice Cassirer: “*el mito es una forma simbólica y una característica común a todas las formas simbólicas es la de ser aplicable a cualquier objeto*”. CASSIRER, Ernst, *El Mito del Estado*, p.45, Fondo de Cultura Económica, México, 1947

Si el primero es conveniente para comprender las dificultades y riesgos que enfrenta el poder constituyente, el segundo lo es para evaluar las dificultades y riesgos que entraña la tarea interpretativa y jurisdiccional. Naturalmente, si hablamos de "irregularidad", la distancia que media entre hacer e interpretar el derecho constitucional ("regular"), es lo que debe llamar nuestra atención.

III.1. El Dilema de Ulises

Cuando alguien sostiene una reforma constitucional es *inconstitucional*, en verdad esta diciendo que los contenidos de la constitución son inconstitucionales. Y para poder decir esto es importante saber que la invalidez de una norma supone: a) o bien que la misma contradice a una norma superior o b) bien que la misma fue hecha fuera del procedimiento establecido. Dado que la irregularidad y existencia de "límites" supone un conflicto de "autoridades" que entienden de manera contradictoria las posibilidades y los contenidos de la constitución (reformada), la metáfora de Ulises encadenado (o desatado), es muy ilustrativa aunque también suele ser inadecuada.

Cuenta Homero que enterados del riesgo que corre el navío, Ulises ordena a sus marineros que le aten y que se tapen con cera sus oídos. En verdad, la situación que representan Ulises y los argonautas es bastante compleja. Ernesto Garzón Valdés, siguiendo a Austin, claramente ha identificado la situación planteada, llamándola "ordenes de cumplimiento imposible". Las ordenes de cumplimiento imposible pueden formalizarse de la siguiente manera: I) "cada vez que ordene "P" no se me debe obedecer". II) Ordeno "P"⁴. Se puede observar que ambas órdenes son emitidas en tiempos distintos, y por supuesto "I" precede a "II". Ante ésta situación los destinatarios del mandato tendrán necesariamente que desobedecer, sea la norma "I" o la "II". La cuestión es mas compleja aún cuando dicha regla rige el comportamiento del poder y las instituciones. Cuando ello sucede, la misma suele ser incomprensible cuando dicho Poder para ser *constituyente* debe ser además soberano. Agrego la cita

⁴ E. Garzón Valdés cita un ejemplo de T. Cornides sobre el problema de la *irrevocabilidad*. Sucede cuando Ulises ordena a sus marineros que lo aten y le tapen los oídos mientras pasan por la isla de las sirenas (I). Luego les ordena "Desatadme" (II). GARZÓN VALDÉS, E., "*sobre las limitaciones jurídicas al soberano*" en *Derecho, ética y política*, p.184. Ed.Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

textual que dicho autor hace de Austin: "*Un monarca o grupo soberano "limitado" por un deber jurídico, estaría sujeto a un soberano superior: es decir el monarca o el grupo soberano limitado por un deber jurídico serían soberanos y no soberanos. El poder supremo limitado por el derecho positivo es una contradicción in terminis*"⁵.

La metáfora del ingenio de Ulises frente a la isla de las sirenas y la del constitucionalismo frente a las pasiones humanas, requieren por lo tanto de cierta indulgencia. Para que su ecuación sea posible, es necesario que ciertas condiciones concomitantes sean asumidas sin hesitación.⁶ Claro, la realidad y la política suelen ofrecer contingencias no siempre asimilables a tales circunstancias. Por eso, para evitar malos entendidos, sugiero las siguientes precauciones a saber⁷:

La metáfora del precompromiso constitucional y Ulises encadenado, sirve si al menos se cumplen estas cuatro observaciones. 1. Que el precompromiso constitucional como las ataduras de Ulises al mástil, no pueden ser hechas para siempre. Ulises, por experiencia, al igual que las comunidades democráticas solo quiere estar atado cuando pasa por la isla de las sirenas. Solo quiere estar atado mientras teme que sus pasiones puedan verse desbordadas o obnubiladas. 2. Que solo si se acepta el conjunto de oportunidad "O" y fueren ciertas las circunstancias asumidas "S", tiene sentido y es justificable el precompromiso y la decisión de Odiseo de verse atado al mástil mientras su nave cruza esos acantilados. Si hubiere otras alternativas ("O"), por ejemplo, si

⁵ AUSTIN, John citado por GARZÓN VALDÉS, E. *Ibidem*, p.182.

⁶ Al respecto puede verse la ponencia de mi autoría expuesta en el VII Congreso Mundial de Derecho Constitucional en Atenas, Grecia. Cfr. RIBERI, Pablo, "*Delimiting Constitutional Limits as a Democratic Constitutionalism Sees Fit*", [http://www.enelsyn.gr/en/workshops/workshop9\(en\).htm](http://www.enelsyn.gr/en/workshops/workshop9(en).htm). Asimismo, HOLMES, Stephen, "*El Precompromiso y la Paradoja de la Democracia*", en editado por ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune, *Constitucionalismo y Democracia*, ps. 217/246 (Fondo de Cultura Económica, 1999). También, ELSTER, Jon, *Ulises y las Sirenas*, ps.159/188 (Fondo de Cultura Económica, 1995). Cfr. asimismo, ELSTER Jon, *Ulises Desatado*, ps.150/192 (Gedisa, 2002)

⁷ RIBERI, Pablo, "*Letanías del Pensamiento Utópico en los Pliegues de la Política*", en AAVV, *La Salida del Laberinto Neoliberal*, p.28, Editado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, 2004.

Ulises viajara en avión; u otras novedosas circunstancias (“S’), por ejemplo: se ha desatado una tormenta que provoca mayores peligros de naufragio que los representados momentos antes por el canto de las sirenas, el precompromiso de Ulises, como los del constituyente pueden merecer ser revisados. 3. Que la analogía del precompromiso constitucional y Ulises encadenado no debe hacernos olvidar que la primera representa en verdad múltiples y diversas conciencias y convicciones individuales y de algún modo también diferenciables entre sí. Por lo tanto, la revisión de la orden “No P” (no me desaten aunque lo pida) por “P” (desátenme) es mucho más compleja en el caso de un precompromiso constitucional donde todos los Ulyses son marineros o donde todos los marineros son de algún modo Ulyses. 4. Por último, esta claro que la metáfora es plausible en la medida que Ulises y el pueblo sean soberanos que ostenten el don exclusivo de mando tanto en “T1” como en “T2”. En consecuencia, Ulises y el pueblo pueden “autoobligarse”, pero en tanto soberanos, tal capacidad de mando nunca puede interpretarse como una capacidad que inhibe futuras acciones de desatarse y de volverse a atar. Si ello no fuera así, Ulises dejaría de ser Ulises y solo sería en cambio Ulises, aquel nuevo soberano que ahora tiene la capacidad y el poder de decidir sobre las ataduras que pesan sobre sí o sobre los otros.

III.2. El Lecho de Procusto

De acuerdo a la mitología griega, Procusto tenía una ajustable cama de hierro sobre la que hacía yacer a sus invitados. Cuando la persona era muy baja el bueno de Procusto los estiraba con su potro. Si la persona era muy alta, simplemente le cortaba las extremidades que excedían la longitud del camastro. Y bien, cuando la constitución es entendida en términos antipolíticos, los funcionarios corren el riesgo de convertirse en Procustos. La interpretación de la ley es así un instrumento peligroso cuando cae en manos inadecuadas. Especialmente cuando los jueces utilizan argumentos “epistémicos-sustantivos” porque en tal empresa, no trepidan en estirar la letra o amputarla según sea su parecer, convicción o conveniencia.

Solo los *criptoconstitucionalistas* pueden creer en “contenidos pétreos”. Si las piedras cambian, ¿cómo es posible que las leyes y el derecho no deban cambiar? El pensamiento republicano en cambio, desconfía de aquellos contenidos secuestrados del espacio público. Además, más allá de las cuestiones de forma y procedimiento que no se discuten, ¿quién está en condiciones de decirnos qué puede y qué no debe ser objeto de cambio y reforma en materia constitucional? ¿los jueces, los académicos? Desde el punto de vista de un constitucionalismo republicano y popular ésto no suena convincente. Sostengo entonces que solo los cultores del *criptoconstitucionalismo* sean o no “perfeccionistas”, sean o no “originalistas”, a la hora de definir lo que es la “esencia” inmodificable de la constitución, imitan a Procusto.⁸

IV. El Poder de Reforma y el Constitucionalismo Popular

Mortati decía que *"la constitución es la fuente jurídica de la potestad soberana atribuida al sujeto "pueblo", quién la recupera en base a una condición de mera facticidad"*⁹. Parece sostenerse que en algún punto desconocido, el Poder suele volver a sus legítimos dueños. Por lo tanto es una contingencia el cuándo, pero no el quién. Aun quienes creemos que al poder no solo hay que ejercerlo, sino también merecerlo, comprendemos con Mortati (o Carrió) que el Poder lo tiene quien puede y no siempre quien “debe”.¹⁰ En este marco, para el *constitucionalismo popular*, es fundamental admitir que el poder de reforma solo puede pertenecerle al pueblo y a sus representantes más directos. Esta es la diferencia que distancia a republicanos partidarios de un constitucionalismo democrático, frente a los *criptoconstitucionalistas*.

⁸ Cfr. RIBERI, Pablo, “*Delimiting Constitutional Limits as a Democratic Constitutionalism Sees Fit*”, [http://www.enelsyn.gr/en/workshops/workshop9\(en\).htm](http://www.enelsyn.gr/en/workshops/workshop9(en).htm), ps.11-12.

⁹ C. Mortati, citado por FROSINI, Vittorio, p.70.

¹⁰ Genaro Carrió cita a Sánchez Agesta quién manifiesta: “*Titular del Poder Constituyente no es quién quiere, o quién se cree legitimado para serlo, sino más simplemente quién puede; esto es quién esta en condiciones de producir una decisión eficaz sobre la naturaleza del orden*”. Cfr. CARRIÓ, G., p.249.

En línea con estas ideas, para un republicano partidario del constitucionalismo popular, el poder de reforma constitucional es esencialmente de naturaleza política. Y entre otras razones lo es, porque la política es una condición necesaria para la convivencia civilizada. La misma permite la continuidad del monopolio estatal de la fuerza pública aun frente a las demandas de grupos disconformes que cuestionan la autoridad instituida y las normas que les rigen. La política obliga a asumir los disensos. Como enseñara el viejo Aristóteles, solo donde hay desacuerdo la política es necesaria. Ciertamente además, la objeción contramayoritaria impide otra solución a quienes se les reconoce la libertad y la dignidad del autogobierno. Por eso, el concepto de estado presupone también el concepto de lo político.¹¹

Por otra parte, tanto la negación de los disensos profundos en temas morales importantes, representa una peligrosa pendiente hacia disputas seguramente más incivilizadas. En particular, quienes creemos que la democracia debe armonizar plurales y competitivas ideas de “bien moral”, consideramos que los estilos “minimalistas” en materia de interpretación constitucional, son en verdad los más prudentes. Las teorías y doctrinas que permiten que estos conflictos se encuentren *privatizados* en manos de los jueces, son teorías que necesariamente auspician desconfianzas crecientes.¹²

La constitución es fuente de legitimidad para resolver conflictos, para establecer deberes cívicos y para justificar dolorosas decisiones públicas. En este escenario, la “rigidez” de las constituciones es una idea sensata del

¹¹ La constitución, el estado y el orden jurídico son términos que se implican recíprocamente. No existe uno sin el otro en directa y necesaria relación. SCHMITT, Carl, *El Concepto de lo Político*, p.43. Ed. (Alianza Universal, 1987). Asimismo y sobre este punto, Schmith tenía también razón cuando advertía que la soberanía supone una cualidad especial de cierto Poder Político. Afirmaba sin vueltas que "*sovereign is he who decides on the exception*"). Ver SCHMITT, Carl, *Political Theology*, p.5. (M.I.T. Press)

¹² La supremacía judicial o de ciertas interpretaciones antipolíticas de la constitución sin duda que se han consolidado en aquellas visiones liberales extremas que han desestimulado las prácticas republicanas que distingue al constitucionalismo democrático y popular. Cfr. KRAMER, Larry, *The People Themselves*, p.78 y sgts, (Oxford University Press, 2004).

constitucionalismo para preservar acuerdos y dar seguridad jurídica.¹³ Más allá de ello, como construcción teórica, la “rigidez” y los frenos procedimentales de cualquier naturaleza, han servido para reforzar la concepción “política” del acto constituyente. La misma ha logrado darle solemnidad a la tarea constituyente y rango especial a los artífices políticos que la protagonizan. Con la misma sagacidad de Ulises, el pueblo y sus representantes más conspicuos, han reconocido los riesgos que entrañan las pasiones humanas desatadas en este terreno. Las normas y reglas constitucionales cuando son alteradas de manera irresponsable, suelen promover grandes incordios y disputas entre los individuos.¹⁴ Es así entonces, que en los “*momentos constitucionales*”, se vuelve esencial el reposo, el debate y los consensos para intentar formalmente reconciliar en registros y procesos preestablecidos, aquellos cambios que no pueden darse dentro de las vías ordinarias de delegación de autoridad.

La mayor rigidez en los procedimientos; la demanda de abiertos debates, consensos y mayor participación popular, supone además un ajedrez de deberes ciudadanos que solo puede ser liberado cuando las instituciones habilitadas en un tiempo preciso, deciden abrir la “válvula” de lo político y ponen en juego las normas constitucionales consolidadas. La distinción entre un poder constituyente revolucionario “originario”; potente y uno constituido, “derivado y disminuido no es por lo tanto, más que un constructo teórico de la academia.¹⁵ Frente a *miedos* y *deseos* recurrentes, el “*pathos*” deliberativo dentro del juego democrático, termina siendo el único vector político transparente para honrar el autogobierno y las llamadas libertades positivas.

¹³ BRYCE, James, *Constituciones Rígidas y Constituciones Flexibles*, ps.13 a 20, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

¹⁴ See MORESO, José J. "*Disposiciones de Reforma Constitucional*" en *Doxa*, p. 204, Nro.10, año 1991.

¹⁵ Genaro Carrió profundizaba la distinción en términos Spinozianos, aludiendo una “*natura naturans*” que era concebida eterna, increada, como Dios y una “*natura naturata*” que por el contrario representaba una materia dependiente. CARRIÓ, Genaro, *Ob. Cit.* p.249. Ver asimismo las definiciones 6 y 7 y la proposición 16 del gran filósofo. SPINOZA, Baruch, *Ética*, (Fondo de Cultura Económica, 1958).

V. Final

No tengo dudas que la constitución necesita patriotismo constitucional. Sin un carácter cívico, sin un compromiso y una lealtad básica con la constitución, no hay república posible.¹⁶ La constitución es un instrumento de autogobierno y libertad antes que, un instrumento de dominación. Es por ello que para quienes respeten lo que Rosanvallon ha llamado la herencia del “liberalismo positivo”, los derechos y libertades incorporados en los textos, son solo unas conquistas imperfectas. Los derechos constitucionales son en primer término unas creaciones políticas comprometidas con la dignidad y la autonomía de las personas. Son también una creación que distingue la cultura constitucional de un país.¹⁷

El poder constituyente debe respetar las condiciones procesales y las exigencias mayoritarias que el orden jurídico constituido ha diseñado para evitar los excesos, las pasiones desbordadas y las demandas lábiles de circunstanciales mayorías. La rigidez de una constitución y las reglas autoreferentes que buscan asegurar sólidos consensos, no contradicen el legado del constitucionalismo (como ideología), ni aquellos del liberalismo político y ni la herencia de la ilustración. En verdad, considero que los *criptoconstitucionalistas* cuando hablan de límites al poder constituyente derivado, no están defendiendo la supremacía de la constitución, sino más bien, la supremacía de la interpretación judicial que algunos de ellos hacen de la Constitución.

¹⁶ Es interesante analizar el concepto de patriotismo constitucional desde el punto de vista habermasiano y la crítica que ensaya Ernesto Laclau. Ver LACLAU, Ernesto, *La Razón Populista*, p. 247 (Cita a Jürgen Habermas, *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, Cambridge (EEUU), MIT Press, 1998, p. 225 [trad. Esp: *La inclusión del otro; estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 2002) (Fondo de Cultura Económica, Bs.As., 2005). Asimismo sugiero: STERNERBERGER, Dolf, *Patriotismo Constitucional*, p. 83, (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001) y BOBBIO, Norberto, VIROLI, Maurizio, “*Diálogo en Torno a la República*”, p. 11 (Criterios Tusquets Editores, Barcelona, 2002).

¹⁷ A diferencia del “liberalismo utópico” que es antipolítico y partidario de la racionalidad económica, según la denominación realizada por Pierre Rosanvallon, existe otro “liberalismo positivo” que cree que la conquista de los derechos es una tarea imperfecta, política e irrenunciable. Ver. ROSANVALLON, Pierre, *Le Capitalisme Utopique*, p.158, (Editions du Seuil, 1999)

Así, quienes repiten con Hughes que la constitución es lo que los jueces dicen que es, en verdad entienden que la pluralidad de fuentes y métodos interpretativos, ha hecho que la primacía de la constitución (interpretada) sea cosa de expertos. La potencial agresividad del control como la admisibilidad de una adjudicación constitucional sin límites, ha provocado por otra parte que la lectura de la constitución sea además una tarea pseudo técnica, individualista, poco democrática y esencialmente antipolítica. Obviamente, para sostener que la constitución es lo que los jueces dicen que es, es esencial asumir un problemático “objetivismo” constitucional que, curiosamente, reniega de toda referencia empírica. La constitución no es el texto (formal) ni la suma material de los factores de poder, ni la opinión de las mayorías. Los problemas epistemológicos y de método mencionados, no han impedido sin embargo, que algunos académicos y jueces sigan actuando como “mandarines” responsables de auscultar originales y sagrados legados del pasado, cuando no renovados sentidos futuristas de una constitución que para ellos “vive”.

Más aun, cuando los conflictos y la adjudicación de derechos demande una solución jurídica, el *criptoconstitucionalismo* (ora conservador, ora libertario), coincide en que solo debe existir una única “respuesta correcta”. Mientras el carácter republicano y democrático del *constitucionalismo popular* rechaza esta postura, el *criptoconstitucionalismo* prefiere concentrarse en reproducir sus aguafuertes metafísicas. Obviamente, la distinción entre Derecho y Moral se ha vuelto poco plausible y desorientante para el común. El discurso jurídico “perfeccionista” *dworkiniano* u “originalista” a lo *Scalia* comparten así una idea básica elemental. Esta es que el significado del derecho es una expresión formalizable, sujeta al escrutinio especializado de unos pocos iluminados. El *constitucionalismo popular* cree en cambio que la constitución debe reconocer sus raíces políticas. Entiende que es fundamental reservar un ámbito político compartido para que la razón crítica, la moral pública, las autonomías individuales y las exigencias técnicas que los procedimientos constitucionales han establecido, pueden exponerse en aras del autogobierno.