

La forma del derecho y el concepto de lo político

The Form of Law and the Concept of the Political

Fernando Atria

Autor:

Fernando Atria
Universidad de Chile, Chile
fatria@derecho.uchile.cl
<https://orcid.org/0000-0003-0200-9036>

Recibido: 05/04/2023

Aceptado: 05/03/2024

Citar como:

Atria, Fernando (2024). La forma del derecho y el concepto de lo político *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (48), 241-265. <https://doi.org/10.14198/DOXA2024.48.8>

Agradecimientos:

Este artículo fue originalmente escrito para ser presentado en la versión 2020 del Seminario en Latinoamérica (SELA), sobre el tema *Democracy under Fire: Populism, Authoritarianism, Nativism, Economic Dysfunction, and the Exclusion of Disadvantaged Groups*. Algunas de las partes comprendidas aquí, en esa versión original, fueron publicadas como «El derecho y el concepto de lo político», en *Squella*, ed. por Beatriz Arriagada y Carlos Navia (Valparaíso, EDEVAL, 2021), libro homenaje al profesor Agustín Squella. La versión actual, considerablemente modificada y (espero) mejorada, se ha beneficiado de discusiones en las universidades de Glasgow, por invitación del prof. Emiliós Christodoulidis; del Salvador, por invitación del prof. Guillermo Jensen; de San Andrés, por invitación del prof. Andrés Rosler; de Alicante, por invitación del prof. Manuel Atienza; Autónoma de Madrid, por invitación de los profs. Alfonso Ruiz Miguel y Juan Carlos Bayón; y en el Congreso «Constitucionalismo y Argumentación», organizado por Silex en México, por invitación del prof. Juan Antonio García Amado. Mis agradecimientos por todas esas oportunidades de discutir estas ideas (agradecimientos más precisos aparecen cuando corresponde en las notas).

Financiación:

La producción de esta versión final es parte de la ejecución del proyecto 1240496, financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y tecnológico FONDECYT) de Chile.

Licencia:

Este trabajo se comparte bajo la licencia de Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional de Creative Commons (CC BY-NC-SA 4.0): <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



El autor declara que no hay conflicto de intereses.

© 2024 Fernando Atria

Resumen

Este artículo distingue dos formas de comprender una constitución, como «norma» y como «máquina» y asume la prioridad de la segunda, desarrollándola una teoría de las instituciones. Esta comprensión de las instituciones es luego desarrollada en la contraposición entre lo político y lo jurídico. Lo político es polémico mientras lo jurídico es imparcial. Después de haber explicado estos conceptos, sus relaciones e influencias recíprocas constituyen el núcleo de la segunda parte.

Palabras clave: Constitucionalismo; Constitución; Democracia; Instituciones; Concepto de lo político.

Abstract

This article distinguishes between two concepts of constitution: as a «norm» and as a «machine» and defends the priority of the latter, which is then developed into a theory of institutions. This understanding of institutions is then applied to the distinction between law and politics. The political is polemical while the legal is impartial. Having explained these concepts, their relations and reciprocal influences form the core of the second part.

Keywords: *Constitutionalism*; Constitution; Democracy; Institutions; Concept of the political

CONSTITUCIONALISMO E INSTITUCIONES. LA NORMA Y LA MÁQUINA

¿Cuál es la relación entre constitucionalismo y democracia?

Hay quienes creen que la idea misma de Constitución es contraria a, o al menos está en tensión con, la idea democrática¹. Esta es una idea que se basa en dos afirmaciones. La primera es especialmente característica de nuestra época, y es la afirmación de que el «tema» central de las constituciones es declarar ciertos derechos para removerlos de la decisión política. Visto de este modo, hay por cierto un principio de argumento para diferenciar lo que queda entregado a la decisión democrática y lo que queda sustraída de ella². La Constitución sería la que marca esta distinción. Esto, a mi juicio, es el legado principal de la discusión norteamericana sobre *judicial review* y sus principales exponentes.

La segunda afirmación es que los derechos son «cartas de triunfo» frente a las decisiones políticas, por lo que la realidad de los derechos está dada por la existencia de mecanismos o instituciones de decisión que son alternativos a los procedimientos de formación de la voluntad política. Desde este punto de vista, la importancia de los derechos fundamentales en un orden político está dada por la existencia y el alcance de acciones judiciales de protección.

Es importante notar que esta manera de entender la relación entre los derechos y la política no es la del constitucionalismo tradicional. Atendiendo a esta idea uno podría distinguir una suerte de «vetero-» constitucionalismo y un «neo-» constitucionalismo. Para apreciar que, pese a lo habitual que esta idea es hoy, ella no es parte del constitucionalismo tradicional, es posible atender al artículo 16 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1791:

Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.

Esta afirmación hoy sería entendida en el sentido de que exige dos cosas: por una parte, garantía de derechos, es decir, mecanismos que sirvan para proteger los derechos de

1. «Que hay tal antítesis entre democracia y constreñimientos constitucionales es sabiduría de manual», dice Jed Rubenfeld (2001, p. 49). Véanse las referencias ahí citadas.

2. Esta idea caracteriza a los Ackerman llama «fundacionalistas de derechos» (*rights foundationalists*); véase Ackerman (1991, pp. 7-16). Esta oposición es una constante de la literatura actual. «La expresión 'democracia constitucional' puede ser interpretada como un oxímoron o como una tautología. Por un lado, constitucionalismo y democracia pueden ser vistos como términos que se oponen recíprocamente. Mientras el primero hace referencia a poder 'limitado y dividido', el segundo implica su ejercicio en definitiva 'unificado y sin restricciones'. Por otro lado, las constituciones pueden ser presentadas como codificando las reglas del juego democrático, indicando quién puede votar, cómo, cuándo y porqué [?]. Como el ideal democrático envuelve más que la mera adhesión a los dispositivos procedimentales de la democracia, como la regla de mayoría, muchos constitucionalistas sostienen que un verdadero demócrata no podría consistentemente permitir a la democracia abolir a sí misma» (Bellamy, 2006, p. xi).

decisiones políticas, por lo que ellos han de ser mecanismos suficientemente distintos de los procedimientos de formación de la voluntad política; y por otro lado separación de poderes. Pero en realidad, esta afirmación fue entendida en el sentido de que la garantía de los derechos era la configuración de un orden democrático bajo el imperio de la ley, no una limitación a la ley³.

Este último es el sentido original y todavía importante del constitucionalismo, que se origina en la idea de que el derecho es artificial, no natural. Y como es artificial es una decisión. «Constitución» es el nombre de esa decisión fundante, y de ese concepto surgen los conceptos fundamentales de la teoría constitucional: el concepto de poder constituyente, por ejemplo, o lo que Carl Schmitt llamó acertadamente «el comienzo de toda discusión ulterior» para la teoría constitucional, la distinción entre constitución y ley constitucional (Schmitt, 1992, p. 45). Si el derecho es una decisión (en el sentido de reducible a una o varias decisiones), una pregunta fundamental para la teoría del derecho es cómo es posible que la sujeción al derecho no sea esclavitud, es decir, como es compatible el derecho con la libertad. Y la respuesta es solo una: si vivir bajo el derecho es vivir sujeto a una voluntad, la única voluntad en que un derecho de libertad puede consistir es mi voluntad, nuestra voluntad. Por eso hay una conexión interna entre artificialidad del derecho, constitución, poder constituyente y principio democrático (véase al respecto Atria, 2016, pp. 177-180).

El sentido de la Constitución es que ella *constituye*, crea instituciones para hacer posible el principio democrático. En Congresos sobre constitución y democracia deberíamos hablar mucho menos de derechos constitucionales y tribunales constitucionales y mucho más de lo que Roberto Gargarella (2015), con un extraordinario acierto, llamó «la sala de máquinas», es decir, la configuración de instituciones cuyo sentido sea la realización del principio democrático o, como diremos a continuación, hacer probable la democracia. Porque este es, a mi juicio, el desafío de nuestra época, marcada por la crisis ambiental; el aumento exponencial del poder económico en perjuicio de las capacidades del poder político democráticamente generado, crecientemente inerme; el aumento también exponencial de las capacidades del poder económico de reemplazar la deliberación pública por manipulación usando la asombrosa cantidad de información producida por aplicaciones como Facebook y explotada por compañías como Cambridge Analytica. Todo esto, a mi juicio reconducible a la fase neoliberal del capitalismo que como una droga sabemos que nos destruye pero no podemos dejar (Streeck, 2012; 2016), ha puesto en cuestión la realidad del principio democrático: las instituciones heredadas no sirven, en nuestras condiciones, para hacer suficientemente probable su realización. Esta es, a mi juicio, la cuestión que no debería dejar dormir a los constitucionalistas y teóricos del derecho constitucional.

3. García de Enterría (1994, pp. 139-140), por ejemplo, identifica dos formas de garantía de derechos en la misma declaración: «el derecho de ‘resistencia a la opresión’ y la condena penal al agente arbitrario, al que actúa al margen o en contravención con la Ley».

Pero en vez de eso, para la teoría del derecho y la teoría constitucional la discusión constitucional es vista conforme a las dos características ya indicadas: es una discusión normativa sobre la necesidad de remover cuestiones de la discusión política, y su foco central de preocupación es la creación o justificación (lo que por cierto incluye la crítica) de la existencia de mecanismos jurisdiccionales de protección de la Constitución. En mi opinión, esto hace que esa discusión no tenga mucho que decir frente al desafío principal de nuestra época, por razones a ser explicadas en lo que sigue.

La constitución como máquina y como norma

Para hacerlo, podemos comenzar con una distinción fundamental introducida por Michel Troper (1999) entre lo que él llama «la constitución como norma» y la constitución «como máquina».

Cuando la constitución es entendida como una *norma*, el supuesto (y la finalidad) es que los destinatarios de esas normas las cumplan. Esto no significa que siempre lo hagan; de hecho, es al contrario: para esta comprensión de la constitución una de las preguntas centrales es cómo asegurar que los destinatarios de las normas constitucionales van a cumplirlas. Por cierto, la primera implicación de este modo de entender la constitución es que los mismos destinatarios de las normas no pueden ser quienes estén a cargo de asegurar su cumplimiento. Para eso, entonces, es necesario lo que Troper llama una garantía «externa» a la acción de los órganos constitucionales que la constitución regula, y que se les impone a estos. Desde esta óptica, la acción de los destinatarios de las normas constitucionales (en particular, de los poderes públicos respectivos) es vista como lo que debe ser constantemente evaluado desde el punto de vista de su conformidad o no con las normas constitucionales. Para eso se necesita de un órgano de control, en la forma de un tribunal que puede comparar esa acción con la norma constitucional relevante y emitir un juicio calificando a la acción como lícita o ilícita.

Esta es la comprensión de la constitución que hoy se da, a mi juicio, por obvia, y que se manifiesta en las dos ideas mencionadas al inicio⁴. Es tan obvia que es incluso

4. En general, el movimiento desde una idea de constitución «programática» hacia lo que se describe como una constitución «normativa», usando esta última expresión en el sentido de Loewenstein (1976, p. 217), es visto favorablemente por la doctrina progresista, habituada al hecho de que la constituciones contienen promesas admirables que quedan incumplidas. La situación chilena es en este sentido atípica. La constitución de 1980 fue la institucionalización del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, y fue explícitamente pensada para solucionar un defecto que Allende había mostrado que existía en el sistema jurídico chileno. El defecto era que la idea de Allende, la de una «vía chilena al socialismo», que se caracterizaba por ser una vía institucional, era posible. Los vencedores de septiembre de 1973 decidieron corregir ese defecto y para eso dictaron la Constitución de 1980, una constitución que no pretendía habilitar al pueblo, sino neutralizarlo. Uno de los mecanismos de la neutralización era sujetar las decisiones públicas a diversos mecanismos de control judicial. Por eso es la doctrina pinochetista la que comienza a defender y celebrar la disposición de los jueces a declarar

posible que el lector se pregunte cuál es el sentido de introducir lo anterior como «una» comprensión de la constitución, cuando evidentemente, se está quizás diciendo, es lo que «constitución» significa. Pero no tiene nada de obvia. Como ya hemos observado, esta es una comprensión que ha sido ajena a buena parte de la tradición constitucionalista. La alternativa es entender la constitución como una *máquina*,

según la cual no se espera que los gobernantes se sometan libremente a reglas obligatorias, sino que la organización misma del sistema determine comportamientos a los que los gobernantes no puedan sustraerse (Troper, 1999, p. 331).

Esta es, por ejemplo, la comprensión que estaba originalmente detrás de la idea norteamericana de «checks and balances» (una metáfora, como podrá observarse, tomada del lenguaje de las máquinas). Aquí la constitución no es vista como una norma cuyo sentido sea calificar como lícita o ilícita la acción de los poderes públicos, sino como la configuración de esos órganos y especificación de sus procedimientos y modos de acción de modo que ellos tiendan a actuar de cierta manera (dicho en los términos que yo preferiría: de modo que la acción que es constitucionalmente adecuada sea *probable*). Una formulación clásica de esta idea es la de Hamilton en *El Federalista*:

Pero la mayor garantía contra una concentración gradual de los diversos poderes en el mismo departamento consiste en dar a quienes administran cada departamento medios constitucionales y motivos personales para resistir la usurpación por los otros. Los necesarios medios de defensa deben ser, en este y en todos los otros casos, proporcionales al peligro del ataque. Es necesario hacer que la ambición contrarreste la ambición (Hamilton, Madison, & Jay, 2008, §51).

Pero no es necesario ir a la tradición constitucional norteamericana, porque al entender la idea de la constitución como máquina podremos ver que la tenemos mucho más cerca. En efecto, parte del éxito de la constitución chilena de 1980 (la «Constitución tramposa», sobre la que véase Atria, 2013) yace precisamente en que fue pensada como una máquina, como una máquina de neutralización política. Esa es exactamente la idea transmitida por un pasaje en que su redactor principal, Jaime Guzmán, explica tanto el hecho de que se trata de una constitución tramposa como el hecho de que la trampa está en su dimensión de máquina, en el modo en que configura sus poderes para

inconstitucionales decisiones públicas. Por eso el más representativo de los juristas pinochetistas sostenía que con la constitución de 1980 se lograba «Un constante proceso de perfeccionamiento de los preceptos de la Constitución que han reconocido las libertades y derechos de los habitantes de la República, y las garantías consecuenciales para su debida protección. Y es que es esta protección la que hace que tales reconocimientos o declaraciones no pasen a ser líricas efusiones románticas, en boca de constituyentes bien intencionados» (Soto, 1982, p. 12). Por cierto, el supuesto era que el derecho principal a ser protegido sería la propiedad, como efectivamente lo fue en los primeros años. Cuando los tribunales empezaron a proteger también los derechos sociales, el entusiasmo de los autores de derecha se enfrió considerablemente, y comenzaron a denunciar el «activismo» judicial (véase, por ejemplo, García y Verdugo, 2013).

determinar así lo que harán, no en sus declaraciones que podríamos llamar puramente normativas. El sentido del esfuerzo constitucional, explicaba, era

que si llegan a gobernar los adversarios, se vean constreñidos a seguir una acción no tan distinta a la que uno mismo anhelaría, porque – valga la metáfora – el margen de alternativas que la cancha imponga de hecho a quienes juegan en ella, sea lo suficientemente reducido para hacer extremadamente difícil lo contrario (Guzmán, 1979, p. 19)⁵.

En esta segunda comprensión, la teoría constitucional es el estudio del modo en que las instituciones implican organizar los intereses típicos de los agentes de modo que «la ambición contrarreste la ambición». Si esto es el caso, «la garantía de la constitución no reside... en un cuerpo de control. Es puramente interna» (Troper, 1999, p. 335).

Cada una de estos modos de comprender la constitución implica un modo de comprender la doctrina, la reflexión académica sobre la constitución. En efecto,

La cuestión principal de la dogmática constitucional basada en la concepción normativa es: '¿qué conducta debe tener lugar?' o '¿la conducta que ha tenido lugar es lícita?'.

La concepción mecanicista conduce a plantear cuestiones diferentes: desde el punto de vista de la redacción de las constituciones, ¿cuáles son, teniendo en cuenta la organización general del poder y el reparto de las competencias, las conductas posibles de los gobernantes y las conductas probables?; desde el punto de vista del análisis de las constituciones: ¿por qué tal conducta ha tenido lugar? En otros términos, la concepción mecanicista conduce a investigar cuáles son las constricciones – y especialmente las constricciones jurídicas – que pesan sobre los actores (Troper, 1999, p. 336).

En mi opinión, las principales cuestiones de nuestra época se refieren a la máquina: las instituciones que harían probable el principio democrático no están cumpliendo su cometido, y las poblaciones de nuestros países miran con cada vez más desafección y distancia la política institucional, es decir, la forma que la Constitución da a la vida política. Es por eso que discutir la Constitución como una norma es ignorar las cuestiones más urgentes de la época.

5. La ironía, por cierto, es que una de las condiciones de efectividad de la máquina constitucional diseñada en 1980 ha resultado ser que su condición de máquina desaparezca de la vista, de modo que lo que fue diseñado como máquina sea comentado como norma. Esto lleva a una especie de hiperciclo de neutralización. Cuando la máquina no neutraliza, y deja espacios para la expresión del poder democrático, una interpretación «sistemática y finalista» debe cerrar esos espacios. Véase la discusión sobre el plebiscito constitucional en Atria (2013, pp. 103-161). Este puede ser un buen lugar para comentar la crítica al calificativo de «tramposa». Después de haber constatado que diversos mecanismos contramayoritarios son comunes en el derecho constitucional comparado, y sin referencia al sentido que ellos tienen en el caso del texto constitucional vigente, Claudio Alvarado observa «una cierta liviandad en la utilización del concepto de 'trampa' constitucional» (2016, p. 45). Los términos utilizados siempre puede ser revisados, por cierto; que sugieran estos críticos un concepto adecuado para describir un juego cuyas reglas son unilateralmente fijadas por un equipo con la finalidad declarada de que ellas «constrían» al otro para que éste, «de hecho», se vea obligado a hacer «algo no tan distinto» de lo que el primero «anhelaría».

Sobre las instituciones y su inteligibilidad

Quiero explicar ahora el modo en que entiendo una reflexión constitucional que mira a la Constitución como máquina, y conectar eso con lo que yo llamaría una teoría general de las instituciones. Esperaríamos de una tal teoría una explicación de qué es lo importante acerca de las instituciones, y qué funciones ellas cumplen. Esperaríamos también, creo, que nos provea de un criterio que nos permita identificar lo que podríamos llamar la «falsa conciencia»: que nos advierta, en otras palabras, que las instituciones pueden ser usadas para ocultar más que para develar, para oprimir más que para liberar, para explotar antes que para emancipar, pero nunca transparentemente: cuando lo hacen, es siempre en nombre de la libertad y la emancipación. Debemos estar entonces en guardia frente a una posición ingenua respecto de ellas, pero también frente a una posición cínica⁶.

Tomando en cuenta esas consideraciones, creo que es útil mirar el análisis de las formas institucionales realmente existentes en un esquema de tres pasos⁷:

(1) El punto de partida es el de las instituciones realmente existentes. Y en una primera revisión, que podríamos llamar, siguiendo a Ronald Dworkin (1986, p. 65), «preinterpretativa», lo que vemos son normas, procedimientos, órganos. Lo que vemos, por ejemplo, no es «la jurisdicción», vemos reglas que crean órganos con competencia para dirimir conflictos por aplicación de la ley, caracterizados legalmente por su independencia e imparcialidad, cuyas decisiones tienen ciertos efectos especiales (alguna forma de «cosa juzgada»), etc⁸.

(2) Pero no vemos solo esas reglas: ellas se nos presentan ordenadas junto a un cierto discurso. El discurso explícito sobre una institución es que ella desempeña una

6. Esta fue una cuestión importante en la discusión de la izquierda chilena durante el gobierno de Allende: dado que lo buscado era una transformación revolucionaria del orden capitalista, ¿cómo podía esa revolución hacerse a través de vías institucionales, si se trataba de instituciones burguesas? En controversia con su propio partido socialista, Allende sostuvo que «Las instituciones no son un ente abstracto; la institucionalidad responde a la fuerza social que le da vida. Y lo que está acaeciendo ante nuestros ojos es que la fuerza del pueblo, del proletariado, de los campesinos, de los sectores medios, está desplazando de su lugar hegemónico a la burguesía monopolista y latifundista; que la conciencia y unidad del pueblo de Chile está arrinconando a la minoría privilegiada aliada con el capital imperialista. La institucionalidad vigente responde a la fuerza social que le da vida, no a abstracciones metafísicas. Hoy, cuando en La Moneda [el edificio presidencial chileno] están los trabajadores organizados, el Gobierno responde a los intereses de éstos y no a los de los monopolistas e imperialistas. Mañana, si los representantes de los trabajadores merecen el respaldo del pueblo y éste les confía la mayoría en el Congreso, el Congreso legislará en provecho de las grandes mayorías de Chile, y no de los intereses de la minoría para transformar el régimen institucional y adecuarlo a las necesidades de una sociedad que camina hacia el socialismo» (Allende, 1972).

7. Lo que sigue es una versión muy abreviada de una explicación más amplia contenida en Atria (2016, p. 133-158).

8. Véase una caracterización inicial de este tipo en Capelletti (1989, pp. 32-34), y su discusión en Atria (2013, pp. 137-138).

función socialmente relevante, que en un contexto no institucionalizado (lo que llamaré «naturalmente») sería más o menos, pero siempre considerablemente, improbable.

Así, por ejemplo, el discurso explícito sobre los tribunales es que ellos deciden controversias mediante la aplicación imparcial del derecho («dar a cada uno lo suyo»); el discurso explícito sobre la legislación es que ella es la voluntad del pueblo, «una declaración de la voluntad soberana», como dispone el artículo 1.º del Código Civil chileno; el discurso explícito sobre los contratos es que ellos son intercambios justos, etc.

Que los conflictos sean decididos dando a cada uno lo suyo, que la ley sea la voluntad del pueblo, que los contratos sean intercambios conmutativamente justos es naturalmente improbable: sin instituciones, lo probable es que los conflictos se solucionarían del modo que va en el interés de la parte más poderosa; que los intercambios serían una forma de explotación del débil por el fuerte; que la ley sería la voluntad de quien por razones fácticas está en condiciones de imponerla, etc.

(3) Si la explicación ha de ser exitosa, ella consistirá en mostrar cómo las características formales identificadas en el primer momento contribuyen a neutralizar la improbabilidad identificada en el segundo momento y de ese modo la institución *hace probable eso que era improbable*. Así, por ejemplo, la existencia de una judicatura independiente y protegida de la presión del más fuerte y compuesta por jueces cuya estabilidad en el cargo no dependa del contenido de sus decisiones (porque son inamovibles, permanentes, etc.) hace probable que los jueces decidan dando a cada uno lo suyo conforme al derecho; la existencia de reglas conforme a la cual los contratos son nulos si se obtienen con engaño o amenazas, y la regulación especial de contratos en los que la posición fáctica de las partes es especialmente desigual (derecho del trabajo, del consumo) hacen probable que el intercambio, incluso en esas condiciones adversas, responda a un criterio de justicia conmutativa; si las normas generales que han de vincular a todos son decididas por una asamblea de representantes electos que discuten y deciden en público, es probable que en la discusión los intereses particulares se hagan aparentes y sean entonces purgados, de modo que lo que surja de ese procedimiento sea el interés general, etc.

Antes de continuar, conviene hacer dos observaciones sobre el argumento anterior: la primera es que lo descrito hasta ahora es una explicación *exitosa* y exitosa al primer intento. Las cosas pueden evidentemente ser más complicadas. Es posible, por ejemplo, que la función identificada conforme al discurso explícito de la institución no sea la que es relevante (que las instituciones desempeñen funciones «latentes»); es posible también que la explicación lleve a restringir o ampliar las estructuras identificadas en el primer paso, etc. Por otro lado, existe también la posibilidad de que las estructuras existentes no logren hacer suficientemente probable el desempeño de la respectiva función. Qué quiere decir «suficientemente» aquí no puede ser descrito en abstracto. Por una parte, es evidente que las instituciones no hacen *necesario* lo que es improbable. Por otro lado, es claro también que ellas deben tener algún grado de éxito en hacer probable lo improbable, porque en caso contrario no harían diferencia alguna,

y hablar de «instituciones» (y no de pura y simple explotación, o de «ley de la selva», etc.) sería falsa conciencia. Que algo que se presenta como institución no logre hacer suficientemente probable lo improbable significa que debe ser analogado a este último caso. Esta es, a mi juicio, la manera en que creo que debe recuperarse la vieja idea de que «el derecho injusto no es derecho».

La segunda observación es que lo dicho hasta ahora busca ilustrar el argumento, no hacer un juicio definitivo sobre los tribunales, la ley y los contratos. Hay distintas reconstrucciones de los contratos, la ley y la jurisdicción, que pueden descansar en distintas funciones, distintas improbabilidades, etc. La idea defendida aquí e ilustrada con esos ejemplos es que la inteligibilidad de las instituciones supone una determinada relación entre estructura (forma jurídica, reglas, etc.) y función. El que objete en abstracto la manera en que aquí se han identificado las formas y funciones de la jurisdicción, los contratos o la ley (objetando la relación entre la noción de jurisdicción, de legislación o de contratos y las correspondientes ideas de independencia e imparcialidad judicial, voluntad general y justicia conmutativa) deberá defender una función alternativa, porque en caso contrario esas formas institucionales devienen irracionales (se asemejarán, como veremos más adelante, a las llamas pintadas sobre un aparato de calefacción para dar la impresión de fuego vivo); si la tesis es objetada en concreto, ese rechazo será normalmente parte de una crítica más o menos radical a la instancia relevante de la respectiva institución.

Lo explicación anterior sobre las instituciones puede expresarse mediante la siguiente tesis general: *los conceptos jurídicos son conceptos funcionales estructuralmente mediados*. Son conceptos funcionales, en el sentido de que son conceptos que se definen por su función: la jurisdicción es acerca de decidir casos dando a cada uno lo suyo; la legislación es acerca de identificar las normas que van en el interés general, que son la voluntad general; los contratos son acerca de la conmutatividad en el intercambio. Pero no son conceptos puramente funcionales. Se trata siempre de una función que es naturalmente improbable, es decir, improbable sin mediación institucional. La institución es una determinada estructura formal que busca hacer probable lo que es improbable⁹.

Por eso, la explicación de toda institución tiene un momento inicial de aparente ingenuidad, el momento en que la función que es naturalmente improbable es identificada. La ingenuidad es solo aparente, porque es parte de la explicación que esa función es de desempeño naturalmente improbable. Lejos de ser ingenua, la explicación aquí defendida anticipa que las instituciones nunca (o en raras ocasiones) lograrán ser plenamente exitosas y entonces hacer *necesario* lo que es improbable.

9. Sobre conceptos funcionales y estructurales (y nominales), véase Moore (1994), y sobre la «tesis general» formulada en el texto principal, véase Atria (2016, pp. 154-157).

EL DERECHO Y LO POLÍTICO

Sobre el derecho y la política

Habiendo explicado el sentido en que la Constitución debe ser analizada como una máquina, y la relación que entre función y estructura supone esa comprensión mecanicista de la Constitución, podemos volver a la cuestión del constitucionalismo y la democracia¹⁰. Por razones que espero que pronto serán aparentes, comenzaremos por la relación entre lo político y lo jurídico.

El dato fundamental del conflicto político es que es polémico. Uso esta palabra en un sentido preciso, que no se reduce a «controversial» o «discutible». Un conflicto es polémico cuando *no puede ser adjudicado* con imparcialidad, cuando decidirlo es tomar partido. El conflicto político, entonces, es decidido mediante un ejercicio unilateral de poder. Quien está en posición de decidirlo es quien, a ese respecto, tiene *más*¹¹.

En contraposición, el conflicto jurídico es *adjudicable*. «Adjudicar» es la función de la jurisdicción, y consiste en dar a cada uno lo suyo de acuerdo a normas comunes a las partes, lo que quiere decir conforme al derecho. Para decirlo de un modo que puede parecer provocadoramente cínico e ingenuo: el conflicto político se resuelve unilateralmente mediante el ejercicio de poder por quien tiene más, mientras que el conflicto jurídico se resuelve mediante la fuerza del argumento, con independencia del poder relativo de cada parte¹².

Esto no es presentado como un teorema derivado de una gran teoría, sea sobre la moral o el derecho o la política. El punto es, en realidad, *banal*, y comienza comparando

-
10. Luis Lloredo me llamó la atención sobre la conveniencia de distinguir explícitamente entre el sentido de «la máquina» y otra metáfora mecanicista que ha sido extraordinariamente relevante en la reflexión jurídica, la expresada en el famoso *dictum* de Montesquieu conforme al cual los jueces son «seres inanimados» que no han de modificar ni la fuerza ni el alcance de la ley. Esta comprensión «mecanicista» de la adjudicación no tiene relación alguna con la idea aquí explicada de la Constitución como máquina.
11. Esta es la idea importante de la caracterización de Carl Schmitt de lo político en términos de amigo/enemigo (Schmitt, 1998a, p. 26). Pese a que Schmitt dice al final del párrafo de la referencia que esta distinción «denota el mayor grado de intensidad de una unión o separación, de una asociación o disociación», su «criterio» en mi opinión no sugiere que lo político necesariamente envuelve ese grado máximo de separación. Su importancia, en esta lectura, emerge uno párrafos más adelante: «solo los participantes reales pueden correctamente reconocer, entender y juzgar la situación concreta y decidir el caso extremo de conflicto. Cada participante está en la posición de juez respecto de si el adversario pretende negar la forma de vida de su oponente y debe en consecuencia ser rechazado o enfrentado para preservar la propia existencia» (Schmitt, 1998a, p. 27). Lo que importa aquí, en mi apropiación de esta idea schmittiana, no es que se trate o no del caso extremo de conflicto, sino en que el conflicto político no puede ser decidido sino por los participantes, *i.e.* que no puede ser adjudicado desde fuera, desde una perspectiva imparcial. Es decir que es polémico.
12. Lon Fuller sostenía que «la característica distintiva de la adjudicación yace en el hecho de que ella permite una forma especial de participación a las partes afectadas, que consiste en presentar pruebas y razones para una decisión a su favor» (1978, p. 364). El argumento de este artículo se entiende a sí mismo en esta tradición fullariana.

características difíciles de negar de nuestras prácticas jurídicas y políticas realmente existentes. Comparando, por ejemplo, el modo en que se resuelve el conflicto entre quienes apoyan y quienes rechazan un proyecto de ley y el modo en que se resuelve el conflicto entre el que quiere ejecutar el contrato y el que cree que el contrato es nulo.

Antes de hacer esta comparación, sin embargo, conviene introducir algunos comentarios clarificadores del criterio de distinción ente lo político y lo jurídico recién presentado.

Primero, el argumento no implica ni sugiere que hay algo en la naturaleza intrínseca de un conflicto que lo haga o no polémico. Si ese fuera el caso, ese «algo» constituiría la característica definitoria de lo político. Pero no hay conflictos que sean políticos o no *per se*. En principio, cualquier conflicto puede devenir polémico, y una cuestión que era polémica puede despolitizarse, hacerse susceptible de decisión imparcial¹³. El uso del masculino como genérico al hablar castellano hoy es polémico como no lo era hace unos años, una explicación monetarista de la inflación hoy no es polémica como lo era hace algunas décadas. Lo político no se define por su contenido¹⁴.

Segundo, lo anterior no significa que no haya polemicidad en el derecho. El sentido del derecho es, como veremos, hacer posible la adjudicación, es decir, la decisión imparcial por un tercero que no toma partido al decidir. Pero nada en el argumento supone que el derecho es siempre completamente exitoso en excluir la polemicidad. Al contrario, la idea misma de hacer probable (no necesario) lo improbable permite anticipar que el caso en que la finalidad de la institución es completamente realizada es mucho más la excepción que la regla. El argumento aquí es análogo al argumento de Hart contra el escéptico en *El Concepto de Derecho*. Por cierto que la tesis del escéptico describe correctamente lo que ocurre en algunos casos, pero el derecho como práctica social no puede existir si esos son los casos centrales. Es posible, afirma Hart, que haya cuestiones que «divida[n] a la sociedad de manera demasiado fundamental para que pueda[n] ser resuelta[s] mediante una decisión judicial» (p. 190), y respecto de ellas es posible que el escéptico tenga razón, y que haya entonces algo importante que aprender de él. Pero es respecto de esas cuestiones, en esos casos:

en los lindes de estas cuestiones muy fundamentales, acogeríamos de buen grado al escéptico ante las reglas, mientras no olvide que se lo acepta en los lindes, y no nos ciegue frente al hecho de que lo que en gran medida posibilita estos notables desarrollos judiciales de las reglas más fundamentales, es el prestigio adquirido por los jueces a raíz de su actuación, incuestionablemente gobernada por reglas, en las vastas áreas centrales del derecho (p. 191).

13. La polemicidad no pretende proporcionar «una definición exhaustiva de lo político, ni una descripción de su contenido, pero sí una determinación de su concepto en el sentido de un criterio» (Schmitt, 1998a, p. 56).

14. Hay quienes deplorarán que los bancos centrales autónomos y una comprensión «monetarista» de la inflación hayan devenido no polémicas, «técnicas». Si tienen éxito en su protesta, la cuestión puede volver a ser polémica (política).

En el mismo sentido, podemos decir que es posible que haya cuestiones respecto de las cuales el derecho no sirva como criterio imparcial de decisión, y que entonces la decisión sea polémica. La advertencia de que hay cuestiones jurídicas que resultan polémicas es bienvenida si es «en los lindes», porque nos recuerda la función del derecho en los casos centrales y nos permite identificar las razones por las que la función del derecho no se cumple en esos casos, etc. Pero solo en la medida en que mantengamos presente que se trata de casos marginales, no centrales; es decir, en la medida en que no nos lleve a negar la pretensión de imparcialidad del derecho.

La política es polémica

Volvamos ahora la distinción entre conflictos adjudicables y conflictos polémicos, comenzando por el primero de los dos casos imaginados más arriba: el conflicto sobre la aprobación de un proyecto de ley de reforma tributaria. Aquí son los mismos involucrados los que lo deciden, y lo hacen (en condiciones de democracia representativa) votando en una asamblea legislativa compuesta por representantes. Son representantes porque han sido elegidos en un proceso electoral en el cual habrán anunciado explícitamente el posicionamiento político al cual apelarán cuando llegue el momento de tomar decisiones. En el Congreso, la cuestión será eventualmente votada. Esto significa que el lado más numeroso podrá, por ese mismo hecho, decidir por el todo. Este es el momento de ejercicio unilateral del poder, sobre el que volveremos más adelante. Por ahora basta destacar que es unilateral en el sentido de que la aceptación del lado más débil (en el Congreso, de la facción menos numerosa) podrá ser estratégicamente conveniente pero no es necesaria, de modo que la decisión no necesita ser justificada frente a los derrotados (por eso las decisiones legislativas no tienen, como sí tienen las sentencias judiciales, una explicación de sus fundamentos)¹⁵.

15. Manuel Atienza ha reaccionado a este argumento preguntándose si la suerte del proceso constituyente chileno no muestra precisamente lo contrario: tanto en la Convención Constitucional (2021-2022) como en el Consejo Constitucional (2023) la facción mayoritaria decidió unilateralmente (yo creo que en el caso de la Convención Constitucional esta afirmación debería ser calificada, pero ignoremos estas calificaciones). Y por esto las propuestas constitucionales no fueron vistas como propuestas comunes, y por eso fueron ambas rechazadas. Si esto es así, ¿no muestra esto que la afirmación del texto principal es incorrecta?

A mi juicio lo que esto muestra es exactamente lo contrario. Tanto para la Convención como para el Consejo se decidió de antemano una regla de decisión que lo obligaba: 2/3 de los integrantes de la Convención en el primer caso, 3/5 de los integrantes del Consejo Constitucional en el segundo. Dados los resultados de las elecciones respectivas (mayo de 2021, mayo de 2023), la composición de ambos órganos permitía decisiones unilaterales que en ambos casos fueron denunciadas como «imposición» de la mayoría y exclusión de la minoría, y de ahí la observación de Atienza. Pero hay algo al menos aparentemente contradictorio en acordar una regla de decisión y luego criticar que se tome una decisión conforme a esa regla de decisión. Esa aparente contradicción es consecuencia de lo explicado en el texto principal: dada la naturaleza polémica de lo político, no hay otra forma de decidir sino mediante el ejercicio unilateral de poder por quien tiene más. Corresponderá a quien está en posición de decidir

El derecho es imparcial

Consideremos ahora el segundo caso, un conflicto jurídico entre las partes de un contrato acerca de si el contrato es o no nulo. Aquí la resolución del conflicto no es dejada solo a las partes, que entonces pueden recurrir a un tercero imparcial que decidirá el caso después de que cada una de las partes haya tenido su oportunidad de presentar su argumento. Desde el punto de vista jurídico, el conflicto puede ser decidido de un modo imparcial apelando a razones, de modo que el criterio institucional de corrección es independiente de la fuerza relativa de las partes.

Esta también es una afirmación inicialmente banal acerca de las instituciones que efectivamente existen. La decisión judicial reclama imparcialidad. Que reclame imparcialidad quiere decir que de ella puede decirse exactamente lo que no puede decirse de las bancadas parlamentarias que votan para decidir un proyecto de ley: que quien decide, ahora el juez, no es parte del conflicto; que decide el conflicto sin participar de él, *desde fuera*. Por eso e, juez debe a las partes no solo una decisión del conflicto, sino también una explicación de las razones por las que el vencedor debía vencer y el derrotado ser derrotado («justificación»).

Lo anterior, por cierto, no supone que el derecho necesaria o «conceptualmente» ha de estar a la altura de esta pretensión de imparcialidad. Y aquí podemos dar un paso: la diferencia entre derecho y política que hemos formulado es ella misma improbable. Esto significa que (a) no puede darse por sentada, y (b) su realización en los hechos depende de las características contingentes de una práctica social que puede ser de otro modo. Estas dos observaciones están vinculadas: como puede ser de otro modo, las características de esa práctica no pueden darse por sentadas. Y sin embargo en nuestra situación histórico-espiritual son dadas por sentadas. Aquí vale lo que con mucha agudeza notó Michael Detmold: «la naturalidad de nuestra práctica desarrollada nos engaña respecto de su naturaleza» (Detmold, 2002, p. 162).

La función del derecho y de las instituciones políticas

Las consideraciones anteriores nos permiten identificar la función (naturalmente improbable) del derecho mismo: es crear espacios de imparcialidad en un contexto en el cual todos los conflictos son naturalmente polémicos. Es decir, en su formulación más genérica el sentido del derecho está en hacer probable la existencia y sostenibilidad de espacios artificiales para la adjudicación, donde sea probable que el conflicto sea decidido mediante la apelación al argumento antes que por el uso unilateral del poder por quien tiene más.

decidir también cuánto tomar en cuenta al otro al decidir. Esta última cuestión puede ser comentada, criticada o celebrada con argumentos normativos o estratégicos, pero la relevancia de ese comentario, de nuevo, no puede sino quedar entregado a los propios participantes.

Esa caracterización genérica, además, nos permite identificar la función del derecho constitucional, del derecho que crea y regula las instituciones políticas. Las instituciones son «políticas» porque existen para procesar y decidir el conflicto polémico.

Que el conflicto sea polémico quiere decir, recuérdese, que se soluciona mediante el ejercicio unilateral del poder. Esto, sin embargo, no dice nada todavía respecto de cómo se forma y acumula el poder que permite decidir el conflicto político. En principio, por cierto, la gramática del poder es *all that succeeds is success*: es poder todo lo que sirve para decidir el conflicto polémico. Es poder tanto el control de la fuerza aérea que bombardea el palacio presidencial, como el tamaño de la bancada parlamentaria más grande. Pero evidentemente no todas estas formas de poder tienen el mismo significado político.

Las instituciones políticas buscan crear condiciones en las cuales el poder político disponible para decidir el conflicto polémico será de un tipo que no puede ser puramente unilateral, de modo de reconocer el carácter polémico del conflicto político pero sin que eso implique aceptar que la política no es sino el campo donde vale la voluntad del más fuerte, como en la selva.

¿Cómo puede lograrse esto? En *Facticidad y Validez*, Habermas afirma, agudamente, que el núcleo del principio de soberanía popular consiste en la afirmación de que «todo poder político deriva del poder comunicativo de los ciudadanos» (p. 238). Esto significa que la realidad del principio de soberanía popular residirá en la exclusión o neutralización de otras formas de poder. Ese es el sentido del constitucionalismo. El caso más obvio, pero fundamental especialmente en Latinoamérica, es el poder militar: el constitucionalismo busca asegurar que las fuerzas armadas no actúan para decidir el conflicto político, de modo que ellas sean políticamente irrelevantes. Otro ejemplo (más problemático, en parte por la relativa incapacidad de las instituciones de incluso los países en los cuales el constitucionalismo está más arraigado) es el poder económico: en principio, el constitucionalismo busca evitar que el poder político pueda ser comprado, de que el control del capital se transforme en control de la capital.

Que el poder militar y el poder económico sean irrelevantes cuando se trata de decidir el conflicto polémico es evidentemente improbable: lo probable es que quienes los controlan intentarán usarlos para decir lo político en su beneficio. Esto es otra manera de decir que el principio de soberanía popular, el principio democrático, es improbable.

Los procedimientos institucionales de formación de la voluntad política característicos de lo que con redundancia se denomina «democracia representativa»¹⁶ deben

16. La idea de que frente a una democracia «representativa», que descansa en la representación política, habría una posibilidad distinta y alternativa de (por ejemplo) «democracia directa», en que sería posible la acción del pueblo sin mediación de la representación es, a mi juicio, enteramente ininteligible. O mejor dicho, descansa en una comprensión naturalista de «pueblo» que no es compatible con la democracia. Conforme a ella, «pueblo» designa a un agente natural (ya una entidad supraindividual caracterizada naturalmente ya, mediante una abreviatura, a la suma de voluntades individuales) y la representación sería un dispositivo «remedial», como la denomina Moreso (2018, p. 1662); véase también Laporta (1989). La representación es *remedial* cuando ella es un dispositivo orientado a habilitar

ser discutidos y evaluados desde el punto de vista principal de su aptitud para hacer probable la emergencia de la voluntad general (=esa voluntad cuyo contenido es el interés general) antes que la voluntad del capital, de las fuerzas armadas o de la mayoría, haciendo así probable el principio de soberanía popular, el principio democrático. Para eso no sirve, obviamente, una apelación directa a la substancia de lo que el autor del caso cree que es la voluntad general (es decir, una apelación normativa), y lo que es necesario es el diseño de instituciones que excluyan esas formas fácticas de poder. Esos poderes son «fácticos» porque descansan en el solo hecho de que *son*, y son indiferentes a exigencias de legitimación.

Dicho en positivo, la función del constitucionalismo es hacer probable que al momento de decidir el conflicto político el poder comunicativo de los ciudadanos será el único poder que estará disponible para ser usado unilateralmente. Pero el poder comunicativo no puede ser concebido como un poder que es pura unilateralidad, porque es el poder que surge de la deliberación pública. Es decir: sí, el conflicto político retiene su naturaleza polémica, que implica que solo puede ser decidido mediante un ejercicio unilateral de poder por quien tiene más; pero la única forma en que puede crearse el poder necesario para decidir unilateralmente es una forma que no puede ser unilateral. Esta es la solución de la máquina para que la unilateralidad de la decisión del conflicto político sea compatible con la libertad, con la exclusión del sometimiento al más fuerte. Así entendido, es evidente no solo que no hay contradicción entre constitucionalismo y democracia, sino que ambos son, para volver a usar lenguaje habermasiano, co-originarios.

Por eso la decisión mediante formas institucionales del conflicto político *retiene* de su carácter polémico el momento de unilateralidad que ya hemos observado, pero no puede *reducirse* a dicho momento. En nuestra situación histórico-espiritual, sin

para actuar o decidir a quien, por alguna razón (una imposibilidad o inhabilidad temporal, como en el derecho privado, o simplemente los números, como en las sociedades contemporáneas), no puede hacerlo por sí mismo. Entendida así la representación política, la democracia en tanto representativa es una forma necesariamente subóptima. Pero es a mi juicio un error entender la representación política conforme al modelo de la representación en el derecho privado; no es que es representado por los diputados en el sentido en que el pupilo es representado por el tutor, sino que la representación es constitutiva de la politicidad de la acción política. Esto significa que una condición para entender la acción de un agente como acción política es que éste reclame que su acción no es (solo) su acción es la acción de otro agente porque los representa (los trabajadores, los pensionados, en definitiva: el pueblo). Por ejemplo: los estudiantes que en 2011 salieron a la calle en Chile protestando por una educación pública, gratuita y de calidad debían reclamar también que esa demanda no era solo la demanda de los estudiantes, que ellos en algún sentido (aquí informal, desinstitucionalizado), *representaban* al pueblo de Chile. Los sectores conservadores, por su parte, que se oponía a la demanda de los estudiantes, los criticaban sosteniendo que lo suyo no era una demanda política sino gremial, porque negaban que ellos representaran al pueblo y sostenían, en consecuencia, que cuando los estudiantes marchaban por las calles de Santiago solo marchaban los estudiantes, como un *grupo de presión* que reclamaba porque, como todo grupo, querían más recursos públicos para ellos. Esto muestra que es la pretensión representativa la que politiza, y la negación de la representación es la que des-politiza. Véase al respecto Atria, Salgado, y Wilenmann (2017).

embargo, ese momento, el momento en el que se ha dicho todo y no queda más que decidir votando, es decir, mediante la afirmación unilateral del que tiene más fuerza (=votos) es visto como el momento central, el momento en que el principio democrático aparece en su dimensión más conspicua. Esto es por cierto un error, porque es tan parte del principio democrático el tipo de poder que se ejerce unilateralmente (poder que surge de la discusión pública, poder comunicativo) como el modo en que la decisión se toma (por mayoría). En esto acierta Ernst-Wolfgang Böckenförde, quien observa que «el recurso final a la propia mayoría, que es posible en la democracia, no puede plantearse al comienzo sino solo al final» (Böckenförde, 2000, p. 114; véase adicionalmente Atria, 2016, pp. 173-175). Hoy, sin embargo, este vínculo entre discusión pública y decisión por mayoría es usualmente visto como externo al principio democrático, como una exigencia normativa, por lo que es habitual escuchar que la decisión por mayoría es una «imposición»¹⁷.

Lo anterior muestra que, así como no hay ingenuidad en la tesis de que el conflicto jurídico se resuelve mediante la apelación a la razón, no hay cinismo en la tesis de que el conflicto político se resuelve mediante el ejercicio unilateral del poder. El punto de partida es el de todo análisis institucional: dada la naturaleza polémica del conflicto político, es improbable que las decisiones políticas se tomen desde la perspectiva del interés de todos. Para hacerlo probable se necesitan instituciones, cuyo sentido es hacer probable que el poder que estará disponible para decidir unilateralmente el conflicto político sea un poder que no puede ser creado ni utilizado unilateralmente¹⁸.

¿EL FIN DE LA ÉPOCA DE LA DEMOCRACIA?

Una visión «realista» de la democracia

La facilidad con la que procede nuestra práctica desarrollada nos engaña respecto de su naturaleza porque nos lleva a creer que lo que ella logra no es improbable, nos induce a darla por sentado. Ya no vemos la separación entre derecho y política, la creación de espacios artificiales donde la decisión dependa de la razón y no del ejercicio unilateral de poder, como algo improbable que debe ser cuidado y mantenido. Ahora pensamos que es parte de nuestro mundo social, y que está, simplemente, siempre-ya («always-already») ahí.

17. O, como incomprensiblemente dice Detmold, «una parcialidad» (2001, p. 135). «Incomprensiblemente» porque no lo dice en el contexto de un argumento escéptico respecto de las instituciones políticas, sino como descripción de su propia racionalidad.

18. En otras palabras, la tesis no es y no implica forma alguna de lo que Judith Shklar llamó «legalismo», la creencia de que «la política es considerada no solo algo separado del derecho, sino además inferior al derecho. El derecho tiende a la justicia, mientras la política es solo mira a la conveniencia. El primero es neutral y objetivo, mientras la segunda es el hijo incontrolable de intereses e ideologías» (Shklar, 1968, p. 111).

Al mismo tiempo, la capacidad racionalizadora de la discusión pública es cada vez más precaria, de modo que el poder actualmente disponible es cada vez menos *poder comunicativo* habermasiano y cada vez más poder creado a través de la manipulación de los medios de comunicación, *fake news*, pos-verdades y similares; en suma es cada vez más poder que se presenta como poder comunicativo pero no es sino poder fáctico (al que llamaré, para distinguirlo del poder comunicativo pero mantener a la vista que se presenta como si fuera poder comunicativo, *poder comunicacional*). Como consecuencia, la pretensión de las instituciones políticas de hablar por el pueblo es crecientemente vista como una pretensión falsa, ficticia, una que solo puede ser afirmada irónicamente, con un subtexto cínico. La idea de que la discusión pública puede hacer probable la emergencia de la voluntad general se hace en el mejor de los casos ininteligible (en el peor derechamente una mentira, pura falsa consciencia), con lo que la diferencia entre la voluntad general y la voluntad de la mayoría desaparece. Esto evidentemente priva de autoridad al derecho, porque no hay autoridad en los números.

Para explicarlo con términos más tradicionales, podemos decir que las formas institucionales de la democracia representativa descansan en una idea, la de representación política. Esto se manifiesta en una idea como la contenida en el artículo 1.º del Código Civil chileno: «la ley es una declaración de la voluntad soberana».

El lector contemporáneo entiende que una afirmación como esta debe ser o descriptiva o normativa, *tertium non datur*. Si es normativa, es trivialmente verdadera (sería bueno que la ley fuera una declaración de la voluntad soberana) pero irrelevante. Para que sea una afirmación interesante, la exclusión del tercero obliga a decir que ha de ser descriptiva. Pero es evidente que cuando hablamos de instituciones realmente existentes, asumir que ellas corresponden al ideal normativo es ingenuo: del hecho de que sería normativamente «bueno» que la ley fuera la voluntad del pueblo no se sigue que en los hechos sea la voluntad del pueblo. Por consiguiente la afirmación debe ser reinterpretada, debe significar algo que pueda ser afirmado sin ignorar las limitaciones de las instituciones que existen. Así, por ejemplo, Luigi Ferrajoli explica que la democracia es un método de «formación de las decisiones públicas» que realiza la autonomía y la «libertad positiva» como autogobierno, idea de acuerdo a la cual

Las decisiones son tomadas, directa o indirectamente, por los destinatarios mismos o más exactamente por la mayoría de ellos y son, en consecuencia, expresión de la 'voluntad' y la 'soberanía popular' (Ferrajoli, 2006, p. 16)¹⁹.

Nótese cómo aquí Ferrajoli reduce el principio democrático, en lo que a formación de la voluntad se refiere, a lo que antes habíamos identificado como el momento final, el momento en que más conspicuamente aparece la dimensión unilateral del ejercicio del poder que decide el conflicto polémico; la manera en la que se crea y acumula el

19. Nótese las comillas que usa Ferrajoli, que cumplen la función de permitirle describir la idea sin asumirla en primera persona.

poder que esos representantes ejercen no merece siquiera una mención. Dado lo que llevamos dicho hasta ahora, esto ignora la forma específica en la que las instituciones democráticas hacen probable el principio de soberanía popular, y solo deja la unilateralidad, la imposición de unos sobre otros.

Nótese adicionalmente que aquí la idea de que el derecho es la voluntad del pueblo es transformada, para hacerla compatible con una sensible dosis de realismo, en la idea de que el derecho es la voluntad de la mayoría. Pero esto es todavía demasiado ingenuo. En efecto, asume que la decisión de la mayoría de una asamblea de representantes elegidos corresponderá a la voluntad de la mayoría de los votantes, y así ignora que los representantes pueden ser «capturados» por poderes fácticos (económicos, militares, etc.), que hay sectores que están sistemáticamente excluidos o se marginan de los procesos electorales, etc. En realidad, entonces, el derecho es simplemente la voluntad de la mayoría de los representantes electos. Purgado así de su misticismo, el «mito» de la voluntad del pueblo es reemplazado por una idea mucho más realista de la voluntad de la mayoría de los representantes. Hecha esta interpretación realista, la afirmación del artículo 1.º del Código Civil puede ser descriptivamente afirmada sin ingenuidad: la ley es una declaración de la voluntad de la mayoría de los miembros de la asamblea legislativa. La democracia realmente existente se trata en realidad de esto.

Lo que desaparece en el tránsito, por cierto, es lo que vincula la decisión política democrática con la idea de voluntad general, con el principio de soberanía popular. Y por eso esta reinterpretación «realista» de la idea democrática *no puede dejar todo lo demás tal como estaba*. Lo que las instituciones democráticas pretenden hacer probable no es que un grupo de personas elegidas decidan por todos, sino que el pueblo gobierne. Si esto último es desechado como un mito, las estructuras que se fundan en esa idea devienen arbitrarias, sin sentido. Nadie vio esto con más claridad que Carl Schmitt en su famosa crítica al «parlamentarismo» (su designación para lo que hoy llamaríamos, creo, «democracia representativa»):

La situación del parlamentarismo es hoy tan crítica porque la evolución de la moderna democracia de masas ha convertido la discusión pública que argumenta en una formalidad vacía. Algunas normas de derecho parlamentario actual, especialmente las relativas a la independencia de los diputados y de los debates, dan, a consecuencia de ellos, la impresión de ser un decorado superfluo, inútil e, incluso, vergonzoso, como si alguien hubiera pintado con llamas rojas los radiadores de una moderna calefacción central para evocar la ilusión de un vivo fuego.

Los partidos... ya no se enfrentan como opiniones que discuten, sino como grupos de poder social o económico, calculando los mutuos intereses y posibilidad de alcanzar el poder y llevando a cabo desde esa base fáctica compromisos y coaliciones. Se gana a las masas mediante un aparato propagandístico... El argumento... desaparece y en las negociaciones entre partidos se pone en su lugar, como objetivo consciente, el cálculo de intereses y de oportunidades de poder (Schmitt, 1990, p. 9).

Una vez que la idea que daba sentido a las estructuras de las instituciones políticas es desechada y reemplazada por una idea diferente, muchas de sus características (poderes, modos de operación y otros similares) devienen problemáticos o derechamente irracionales, y quedan entonces expuestos a ser reinterpretadas para eliminar esos aspectos problemático o irracionales. Cuando la idea de voluntad general es desechada y reemplazada por lo que Rousseau correctamente vio como su opuesto, la voluntad de la mayoría (y de los representantes, además), la legislación democrática no puede ser entendida como internamente vinculada a la libertad positiva (*i.e.* como una de las condiciones de la libertad colectiva) y ha de ser interpretada como una amenaza a la libertad, justificable solo por razones externas, como la necesidad de coordinación, o el aseguramiento de la paz en un sentido hobbesiano u otras similares («contar las cabezas es preferible a cortarlas», «*the ballot is stronger than the bullet*», etc.)

Desde un punto de vista político, una vez que la legislación democrática es entendida como propiamente la voluntad de la (alguna) mayoría, gran parte de los dispositivos institucionales orientados a hacer probable la emergencia de una voluntad común, la voluntad general, aparecerán pasados de moda, incluso vergonzosos, como las llamas pintadas en un aparato de calefacción para dar la impresión de fuego vivo; en particular, la idea de discusión pública aparecerá crecientemente como una pérdida de tiempo, que no justifica el retraso en las decisiones políticas que normalmente implica. La política será vista cada vez más como ejercicio de poder desnudo, y la democracia queda vacía de contenido²⁰. Lo llamo aquí «desnudo» porque la idea de que el poder político es solo poder comunicativo será ahora vista como otro mito, pura ingenuidad, a ser reemplazado por lo que «efectivamente ocurre»: la deliberación realmente existente no es deliberación, menos en estos días de Cambridge Analytica, etc. Si algo, es poder comunicacional, poder que surge de la manipulación de la opinión pública. Pero a diferencia del poder comunicativo, el poder comunicacional es solo poder fáctico. Entonces deberemos decir que lo característico del principio democrático no es el modo en que el poder se genera, porque el de los números es un poder tan unilateral como cualquier otro²¹. Lo característico es el momento de la unilateralidad, la «imposición» de la mayoría parlamentaria.

20. Schmitt explica que esto fue lo que ocurrió con la monarquía: la idea en que descansaba el principio monárquico (el honor del monarca, la idea de que el rey no es como yo) dejó de ser una «verdad evidente» y pasó a ser evidentemente falsa. Y entonces el principio monárquico, que había sido el principio político legitimador dominante por siglos, simplemente caducó: «se puede considerar como terminado el tiempo de la monarquía cuando se pierde el sentido del principio de la monarquía, el honor... El aparato exterior de la institución monárquica podrá seguir existiendo durante mucho tiempo, pero, no obstante, el tiempo de la monarquía habrá tocado a su fin» (Schmitt, 1990, pp. 11-12). La pregunta para nosotros es cuál es la idea correspondiente que sostiene socialmente el principio democrático.

21. Sí, podría decirse que el poder de los números tiene al menos un componente igualitario: cada uno cuenta como uno, nadie como más que uno. Pero esto también contiene una idealización: si solo de contar se trata, no todos son iguales en carisma, elocuencia, control de los medios de comunicación, etc.

La política se juridifica

Esta transformación de nuestra comprensión de la política democrática implica una transformación correspondiente de su relación con el derecho. El derecho (el «constitucionalismo») ya no es acerca de hacer probable el principio de soberanía popular en contextos de polemicidad. Si la decisión política es el ejercicio de poder desnudo, la imposición de una unilateralidad, ha de quedar idealmente reducido a las cuestiones en las que la imposición unilateral es tolerable²².

Huelga decir que esa esfera es harto reducida²³. Una manera de caracterizarla, por ejemplo, es la que sugirió originalmente Dworkin en *Los Derechos en Serio*: la política sería la esfera de las *policies*, no de los *principles* (Dworkin, 1977). Ahora bien, ¿cómo es posible confinar a la política de ese modo, como es posible asegurar que las cuestiones que son demasiado importantes como para quedar entregadas al ejercicio del poder desnudo sean adecuadamente decididas? La respuesta es: a través del derecho, porque el derecho es una alternativa al conflicto político, el derecho no es polémico, es imparcial. El derecho tiene precisamente eso que ahora le falta a la política democrática: razón, imparcialidad, justicia, *argumento*. La consecuencia ha sido, especialmente en las últimas décadas, especialmente en Latinoamérica, un movimiento persistente hacia la juridificación de lo político, hacia trasladar cuestiones que eran vistas como propiamente asuntos de decisión política hacia lo que el mismo Dworkin llamó «el foro de los principios». Este es un foro de la razón, al cual las cuestiones son «llamadas» (Dworkin, 1985, p. 71) desde lo que correspondientemente Dworkin llamo el «campo de batalla de la política del poder» (*the battleground of power politics, ibid.*). Este desplazamiento tiene la finalidad de asegurar que las cuestiones relevantes serán decididas conforme a la razón, no arbitrariamente:

La revisión judicial asegura que las cuestiones más fundamentales de moralidad política serán finalmente expuestas y debatidas como cuestiones de principio y no como cuestiones de puro poder político, una transformación que no puede ocurrir, al menos no completamente, dentro de la legislatura misma (Dworkin, 1985, p. 71).

Aquí yace el error. El error no está en el anhelo: por cierto que hay algo intranquilizador en la idea de que las cuestiones más fundamentales de moralidad política sean decididas por el ejercicio unilateral del poder desnudo. El error es el error diagnosticado por Detmold: engañados por la naturalidad de nuestras prácticas desarrolladas, toma

22. Como dice acertadamente Moreso, cuando explica que hay «al menos» un tipo de cuestiones respecto de las cuales el mecanismo del referéndum es «plausible»: «cuestiones relevantes para el grupo, que son moral y políticamente indiferentes, pero que afectan a todos de un modo especial» (2018, p. 1663). Como se trata de cuestiones moral y políticamente indiferentes son cuestiones respecto de las cuales la imposición unilateral es tolerable.

23. El ejemplo de Moreso (2018, p. 1663) es la decisión sobre la remodelación de una avenida urbana, si como una rambla (con un paseo peatonal al medio) o como un boulevard (con paseos peatonales a los costados y al centro la vía para el tránsito rodado).

la imparcialidad del derecho como siempre-ya asegurada, de modo que al juridificar la política el espacio del conflicto polémico quedará reducido y el alcance de la razón se expandirá correspondientemente; el error es pensar que la imparcialidad del derecho sobrevivirá cualquier ampliación, y podrá entonces domesticar la naturaleza polémica del conflicto político, porque el derecho en su capacidad de recurrir a la razón y no al poder estará siempre ahí, disponible.

Lo que hoy reclama ser constitucionalismo ya no cree, como lo hacía la tradición constitucionalista, que era posible asumir la naturaleza polémica de lo político y construir sobre ella, para hacer probable, mediante las ideas de discusión pública y representación política, que aunque lo político seguiría siendo polémico, el poder a ser usado para decidir unilateralmente el conflicto político sería ese poder que no puede ser generado unilateralmente, poder comunicativo. El constitucionalismo de nuestra época no tiene siquiera un lenguaje en el cual expresar inteligiblemente esta idea; y entonces renuncia a construir una solución sobre la característica definitoria de lo político, y busca negarla. La política es vista como el problema, no como la solución (esto es «legalismo» en el sentido de Shklar, 1968). Pero esto no es solución alguna, como Dworkin, más tarde, notaría²⁴. No es una solución porque descansa en el error identificado por Detmold: asume el derecho como algo dado, ignora que la política tiene una suerte de toque de Midas. Esto es algo que, de nuevo, nadie observó más claramente que Carl Schmitt, esta vez en polémica con Kelsen:

Lo más cómodo es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro de un Estado de derecho, olvidando que con la expansión de la justicia a una materia que acaso ya no es justiciable solo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial. Como frecuentemente he tenido ocasión de observar, la consecuencia no sería una juridificación de la política, sino más bien una politización de la justicia (Schmitt, 1998b, p. 57)²⁵.

24. En una entrevista radial en 1991 le preguntaron a Dworkin si le preocupaba que sus escritos sobre *judicial review* pudieran ser citados por una Corte Suprema de derecha para justificar sus decisiones conservadoras. Su respuesta fue: «sí, tengo pesadillas de que eso pueda pasar»; «Quizás estamos apostando al caballo equivocado. Estamos apostando al caballo que solía ser. Porque solía ser un caballo liberal, y ahora es un caballo terriblemente conservador» (en Gearty, 1992). Casi dos décadas después, con una Corte Suprema considerablemente más conservadora que la de 1991 (pero mucho menos conservadora que la actual), denunciaba la existencia, en la Corte Suprema, de una «inquebrantable falange» de «ultra-derecha». Esta «right-wing phallanx» estaba embarcada en una «revolución jacobina en su desprecio por la tradición y el precedente», «decidida a rehacer el derecho constitucional mediante la anulación... de las doctrinas constitucionales centrales que generaciones pasadas de jueces, conservadores tanto como liberales, habían construido» (Dworkin, 2008, p. 47).

25. Francisco Vila llamó mi atención sobre el hecho de que en este pasaje la advertencia es que lo que se politizaría es la justicia, porque la justicia ha de ser imparcial e independiente, sujeta solo a la ley, etc. La justicia, no el derecho. El derecho sería, según Vila, polémico, porque es el resultado del conflicto polémico. Esto, a mi juicio, ignora la diferencia, innegable desde Rawls (1955) entre la decisión sobre la práctica y la decisión bajo la práctica. Por cierto que la cuestión de cual ha de ser el contenido del derecho es polémica; ese es, de hecho, un aspecto importante del conflicto político, y nos ha servido de ejemplo más arriba. Pero una vez decidido el conflicto (polémico) sobre el contenido del derecho, es decir dictada ya la ley, ésta constituye un estándar que se identifica conforme a la regla de

Lo polémico no puede ser negado. Eso no quiere decir que debemos aceptar la decisión arbitraria y unilateral. Lo que quiere decir es que las formas institucionales que busquen negar la naturaleza polémica de lo político solo logran relocalizar el momento de decisión unilateral, erosionando otras cuestiones en el intento.

El derecho se hace polémico

Esto último, de nuevo, no es mera teorización. Lo que vemos hoy es exactamente lo que esperaríamos, asumiendo el argumento anterior: el derecho se hace crecientemente polémico. La tendencia no puede ser ignorada. Esto tiene una consecuencia especialmente irónica: una de las más importantes victorias a ser logradas en el campo de batalla de la política del poder es controlar el foro de los principios, como Dworkin alcanzó a vivir para observar²⁶. El premio de quien lo controla es poder ilimitado. Estados Unidos marcó el camino a seguir, cuando la Corte Suprema decidió quién sería presidente en 2000, en una decisión tan obviamente partisana que la propia Corte se vio forzada a declarar que no debía ser tomada como precedente²⁷. Y en Venezuela el gobierno, actuando a través de su mayoría en el Tribunal Supremo de Justicia, suspendió a la Asamblea Nacional después de que había perdido su mayoría en ella en 2015²⁸; y en Bolivia el Tribunal Constitucional Plurinacional autorizó la candidatura a la reelección del presidente Evo Morales, pese a una regla explícita que limitaba la reelección, porque esa regla fue declarada en contradicción con el derecho del ciudadano Evo Morales a votar y ser elegido (pese a que Morales había buscado una reforma constitucional que eliminara la restricción a la reelección, que había sido rechazada por el pueblo boliviano en plebiscito el 21 de febrero de 2016)²⁹; y en Brasil, por cierto, la Corte Suprema decidió la elección presidencial de 2018 en favor de Jair Bolsonaro, al sostener una decisión

reconocimiento, que mira a consideraciones formales (en este sentido el derecho «trivializa» lo político: véase Atria, 2013, pp. 20-24). Precisamente porque la ley ya dictada es un estándar cuya identificación no es polémica es que el juez es imparcial en la medida en que decide sujeto a la ley. La «politización de la justicia» contra la que advierte Schmitt es la polemización de los estándares conforme a los cuales el juez debe decidir. Ahora bien, eso pone ciertas condiciones al modo de identificación del derecho. Un derecho de «principios» tiene, por cierto, un mayor nivel de polemicidad que un derecho de reglas, porque los principios son estándares no ponderados mientras las reglas reflejan el resultado de una ponderación ya realizada (véase Atria, 2016, p. 208); mientras más centrales sean los principios en la operación normal del sistema jurídico, más polémica será la identificación del derecho. El giro «principalista», entonces, es parte de la tendencia que ahora estamos considerando.

26. «Cada cuatro años liberales y conservadores declaran la elección que viene como la más importante en décadas. Y cada cuatro años, en años recientes, han estado en lo correcto», sostuvo Dworkin en 2012. La elección de un presidente de derecha entonces sería «una catástrofe», y esa catástrofe «puede muy probablemente prolongarse por décadas por los nombramientos de Romney a la Corte Suprema» (Dworkin, 2012).

27. *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000). Sobre esta decisión véase Dworkin (2002).

28. Exp. 16-0449, de 20 de agosto de 2016 (sala constitucional), disponible en <http://www.tsj.gob.ve/>.

29. Sentencia 0084/2017, de 28 de noviembre de 2017, disponible en buscador.tcpbolivia.bo.

tomada por un juez que sería nombrado ministro del presidente Bolsonaro a pocos días de asumir el cargo; y en Chile los defensores del modelo neoliberal usan su control de la mayoría del Tribunal Constitucional para detener cualquier reforma legal que afecta ese modelo y que ellos resultan incapaces de detener en el proceso legislativo³⁰.

Esta irrupción de diversas formas de «lawfare» es la marca de que la distinción entre derecho y política se está perdiendo. Es que el desplazamiento de cuestiones desde el campo polémico de la política al campo imparcial del derecho, que buscaba someter la unilateralidad de la decisión política a la imparcialidad del derecho, ha tenido un resultado exactamente contrario al previsto, el resultado en su momento previsto por Schmitt. En vez de someter la política a los principios, en vez de crear un modo imparcial de solucionar el conflicto polémico, lo que ha ocurrido es las decisiones judiciales ahora se negocian como las decisiones que se obtienen en el Congreso, que el derecho pierde su capacidad de crear artificialmente espacios de imparcialidad y deviene, él mismo, polémico. Jueces neoliberales o conservadores deciden conforme a un derecho neoliberal o conservador mientras jueces progresistas deciden de acuerdo a un derecho progresista. El derecho es cada vez menos común.

CONCLUSIÓN: ¿NADA NUEVO BAJO EL SOL?

A todo esto, los teóricos del derecho responderán con impaciencia. Los autores usualmente caracterizados como «no positivistas», que han apoyado y celebrado cada paso en la dirección de la juridificación de la política, no verán nada problemático, porque ellos son las víctimas principales del error contra el cual nos advertía Detmold. Dirán, sin notar que con eso enuncian un problema, que la interpretación, especialmente la constitucional, es una tarea «jurídico-política», que ella siempre ha estado influenciada por las opiniones políticas de los jueces, que Dworkin ha mostrado que «la lectura moral de la Constitución» no es incompatible con el foro de los principios, etc.; los autores positivistas no verán en lo que hemos estado observando sino la misma buena y vieja textura abierta y discreción judicial: *nihil novi sub sole*; y los críticos, por último... estarán de acuerdo. También ellos dirán que no hay nada nuevo bajo el sol. Sus razones serán diferentes, por cierto. Ellos dirán que el derecho siempre ha sido una forma de enmascarar la política, que la idea de que el derecho puede crear artificialmente espacios de imparcialidad donde la razón y no el poder unilateral sea decisiva es y siempre ha sido falsa. Como siempre ha sido una mentira, nada de significación se está perdiendo ahora. Si algo, al menos ahora estamos viendo las cosas como realmente son.

Y mientras desde la teoría del derecho nada relevante se observa estar ocurriendo, las instituciones del Estado democrático se debilitan cada vez más, y la promesa de las instituciones democráticas parece cada vez más fantasiosa; las formas jurídicas cuyo

30. Véase, por ejemplo, Atria y Salgado (2018).

sentido es hacer probable el principio de soberanía popular parecen cada vez más como llamas pintadas sobre un aparato de calefacción para dar la impresión de un fuego vivo. Y formas alternativas de producir legitimación, mediante una conexión directa del pueblo con la gente, que ya podemos observar en su mejor versión en El Salvador, están ganando espacio.

Entonces, la verdad se vengará.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B. (1991). *We the People: Foundations*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- ALLENDE, S. (1972). *Los socialistas y el gobierno popular*. Informe al pleno del Partido Socialista. Recuperado de www.marxists.org
- ALVARADO, C. (2016). *La Ilusión Constitucional*. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad.
- ATRIA, F. (2013). *La Constitución Tramposa*. Santiago: Lom.
- ATRIA, F. (2016). *La Forma del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- ATRIA, F., & SALGADO, C. (2018). «El tribunal constitucional desatado». En H. Cárdenas (Ed.), *Jurisprudencia Crítica. Comentarios de Fallos 2015-2017*. Santiago: Rubicon.
- ATRIA, F., SALGADO, C., & WILENMANN, J. (2017). *Democracia y Neutralización. Sobre el origen, desarrollo y solución de la crisis constitucional*. Santiago: Lom.
- BELLAMY, R. (2006). «Introduction». En R. Bellamy (Ed.), *Constitutionalism and Democracy*. Londres: Routledge.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. (2000). «La democracia como principio constitucional». En *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia* (pp. 47-131). Madrid: Trotta.
- CAPELLETTI, M. (1989). *The Judicial process in Comparative Perspective*. Oxford: Oxford University Press.
- DETMOLD, M. J. (2001). «The nature of judicial power». En *Public Law Review*, 12(2), 135-153.
- DETMOLD, M. J. (2002). «Law as the structure of meaning». En Jeffrey Goldsworthy y T. Campbell (Eds.), *Legal Interpretation in Democratic States* (pp. 153-172). Dartmouth: Ashgate.
- DWORKIN, R. M. (1977). «The model of rules (I)». En *Taking Rights Seriously* (pp. 14-45). Cambridge, MA: Harvard University Press.
- DWORKIN, R. M. (1985). «The forum of principle». En *A Matter of Principle* (pp. 33-71). Oxford: Clarendon Press.
- DWORKIN, R. M. (1986). *Law's Empire*. London: Fontana.
- DWORKIN, R. M. (2008). *The Supreme Court Phallanx. The Court's new right-wing block*. New York, NY: New York Review Books.
- DWORKIN, R. M. (2012). «The election, II». *The New York Review of Books*, 8 de noviembre.
- DWORKIN, R. M. (Ed.) (2002). *A Badly Flawed Election. Bush V. Gore, the Supreme Court and American Democracy*. New York, NY: The New Press.
- FERRAJOLI, L. (2006). «Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales». En *Doxa*, 29, 15-31.
- FULLER, L. (1978). «The Forms and Limits of Adjudication ». En *Harvard Law Review*, 92(2), 353-409.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1994). *La Lengua de los Derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Civitas.
- GARCIA, J. F., & VERDUGO, S. (2013). *Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?* Santiago: Libertad y Desarrollo.
- GARGARELLA, R. (2015). *La Sala de Máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Barcelona: Katz Editores.
- GEARTY, C. A. (1992). «The paradox of United States democracy». En *University of Richmond Law Review*, 26, 259-279.
- GUZMÁN, J. (1979). «El Camino Político». En *Realidad*, 7, 13-23.
- HABERMAS, J. (1998). *Facticidad y Validez* (M Jiménez, Trad). Madrid: Trotta.
- HAMILTON, A., MADISON, J., & JAY, J. (2008). *The Federalist Papers*. New York, NY: Oxford University Press.
- HART, H. L. A. (1963). *El Concepto de Derecho* (G Carrió, Trad). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- LAPORTA, F. (1989). «Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política. Algunas propuestas para el debate». *Doxa*, 6.
- LOEWENSTEIN, K. (1976). *Teoría de la Constitución* (A. G. Anabitarte, Trad). Barcelona: Ariel.
- MOORE, M. (1994). «Law as a functional kind». En R. George (Ed.), *Natural Law Theory* (pp. 188-242). Oxford: Clarendon Press.
- MORESO, J. J. (2018). «Lecciones canadienses: sobre democracia, constitucionalismo y federalismo». En B. Pendás (Ed.), *España Constitucional (1978-2018). Trayectorias y Perspectivas* (pp. 1657-1673).
- RAWLS, J. (1955). «Two Concepts of Rules». En *Philosophical Review*, 3-32.
- RUBENFELD, J. (2001). *Freedom and Time*. New Haven, CT: Yale University Press.
- SCHMITT, C. (1990). *Sobre el Parlamentarismo*. Madrid: Tecnos.
- SCHMITT, C. (1992). *Teoría de la Constitución* (F Ayala, Trad.). Madrid: Alianza.
- SCHMITT, C. (1998a). *El Concepto de lo Político* (R Agapito, Trad.). Madrid: Alianza.
- SCHMITT, C. (1998b). *La Defensa de la Constitución* (M. Sánchez, Trad.). Barcelona: Labor.
- SHKLAR, J. (1968). *Legalismo*. Buenos Aires: Omeba.
- SOTO, E. (1982). *El Recurso de Protección*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- STREECK, W. (2012). *Buying Time. The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*. London: Verso.
- STREECK, W. (2016). «Introduction». En *How Will Capitalism End?* (pp. 1-46). London: Verso.
- TROPER, M. (1999). «La máquina y la norma. Dos modelos de constitución». En *Doxa*, 22, 331-347.

