

# POTESTAD DE REFORMA LIMITADA DE LA CONSTITUCIÓN: UN ANÁLISIS CRÍTICO A LA LUZ DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

## LIMITED POWER TO AMEND THE CONSTITUTION: A CRITICAL ANALYSIS IN LIGHT OF DEMOCRATIC LEGITIMACY

Juan Camilo Restrepo Restrepo  
<https://orcid.org/0009-0008-0891-1454>  
International Human Rights Law, Lund University  
[restrepo.juanc2105@gmail.com](mailto:restrepo.juanc2105@gmail.com)  
Suecia

Allan Rodríguez-Aristizábal  
<https://orcid.org/0000-0001-9155-6810>  
Universidad de Medellín  
[adrodriguez@udemedellin.edu.co](mailto:adrodriguez@udemedellin.edu.co)  
Colombia

*“Lo que se encierra en el quedarse, ya es lo rígido;  
¿se cree seguro bajo la protección del gris inaparente?  
Espera, a lo duro advierte desde la lejanía algo más duro.  
Ay -: ¡un martillo ausente toma vuelo!”*  
Rilke, Sonetos a Orfeo. Soneto XII, Parte 2.

<https://doi.org/10.24265/voxjuris.2025.v43n2.07>

Recibido: 28 de agosto de 2024

Aceptado: 18 de noviembre de 2024

### SUMARIO

- Introducción
- Método de análisis
- Límites formales y materiales
- La legitimidad democrática ¿fundamento limitado de la constitución?
- Kelsen y Schmitt: Legalidad y Legitimidad
- Discursos contemporáneos sobre la Legitimidad Democrática
- Más allá de la democracia deliberativa, el pluralismo agonista
- Legitimidad democrática y neoliberalismo
- Límites a la potestad de reforma de la Constitución y Legitimidad democrática
- Constituciones atrincheradas y teorías de la Legitimidad Democrática
- Conclusiones
- Referencias

### RESUMEN

El presente artículo hace un análisis del concepto de límites a la potestad de reforma de la

Constitución a la luz del concepto de “legitimidad democrática”, para proponer un diseño alternativo de la Constitución desde una óptica realista y crítica. El primer concepto es analizado a partir de una clasificación de cada uno de los límites que existen y así mismo el concepto en general. El concepto de legitimidad democrática es analizado desde una perspectiva de la historia conceptual para llegar al entendimiento de que la legitimidad es garantizada por el consenso del pueblo. El artículo propone ver las Constituciones como textos políticos negociados entre seres humanos, y por lo tanto sujeto a cualquier crítica y cambio; en vez del análisis que mitifica tanto el poder constituyente primario como la Constitución en sí misma, el cual va en contravía de la legitimidad democrática.

### PALABRAS CLAVE

constitucionalismo, democracia, legitimidad, poder constituyente, poder de reforma.

### ABSTRACT

This article analyzes the concept of Limits on the Power to Amend the Constitution in light of the concept of Democratic Legitimacy, proposing an alternative constitutional design from a realistic and critical perspective. The first

concept is examined through a classification of each of the existing limits, as well as the general concept. The concept of democratic legitimacy is analyzed from the conceptual history perspective on the development of the concept of legitimacy, concluding that legitimacy is guaranteed by the consensus of the people. The article suggests viewing Constitutions as political texts negotiated among human beings and therefore subject to any criticism and change, rather than the analysis that mythicizes both the primary Constituent Power and the Constitution itself, which runs counter to democratic legitimacy.

## KEYWORDS

constitutionalism, democracy, amendment powers, legitimacy, constituent powers.

## INTRODUCCIÓN

La Constitución es la norma de mayor jerarquía para los ordenamientos jurídicos. Son las normas más fundamentales que organizan el gobierno de un Estado. Aristóteles definía a la Constitución (traducido del término πολιτεία) en su obra *La política* como el orden de la *polis*, “la organización de las magistraturas en el Estado, especialmente de la más alta de todas” (Aristóteles, *La política* III, 6, 1278b). Las Constituciones son creadas por quien es titular del poder constituyente, quien es dueño de la autoridad política y como su nombre lo indica constituye el ordenamiento jurídico a priori. Schmitt (1982) define el poder constituyente en su obra *Teoría de la Constitución* como “La voluntad política, cuyo poder y autoridad es capaz de tomar la decisión concreta y comprensible sobre el tipo y la forma de su propia existencia política” (p. 93). El poder constituyente no tiene límites, pues tiene el poder de crear la Constitución y es el fundamento del poder constituido, quien es el que ejerce la autoridad política y legal de manera derivada. El poder constituido se encuentra limitado por normas constitucionales para su ejercicio, establecidas por el poder constituyente. En la teoría constitucional liberal clásica, una vez establecidas las ‘reglas de juego’ el poder constituyente que creó la Constitución desaparece y da paso al poder constituido.

La palabra reformar, tiene dos significados que vale la pena mencionar para el propósito de esta investigación: 1. Volver a formar, rehacer. 2. Modificar algo, por lo general con la intención de mejorarlo (Real Academia Española, s.f.,

definición 1y 2). Su etimología, además, es *reforma* que significa volver a dar forma a algo, transformar, metamorfosear, remodelar (Harper and Brothers, 1879). Las constituciones deben reformarse para que puedan atender a las necesidades de la sociedad. Bien sea reformarse de volver a formarse y otras veces para introducir simples modificaciones. Para reformar la Constitución, se establecen límites que son, o formas que debe seguir el poder constituyente o “diques” materiales que no se deben sobrepasar. Estos límites pueden inventariarse en, 1. Materiales y formales; 2. explícitos o implícitos; y, 3. supraconstitucionales, preconstitucionales e intraconstitucionales (Pardo Álvarez, 2023). Que una Constitución pueda permanecer en el tiempo o no es la función de estos límites a la potestad de reforma de la Constitución, como también cuán rígida o flexible sea la Constitución dependerá de cuán gravosos sean estos límites. Por límites gravosos se deben entender aquellos límites que imponen barreras que no puedan ser alcanzadas o difícilmente alcanzadas por el poder constituyente para lograr reformar el texto Constitucional. Muchos autores han sugerido que las Constituciones rígidas y generales, que establecen límites gravosos para sus reformas, son menos democráticas; y que, por el contrario, las Constituciones flexibles y específicas son garantía de mayor democracia.

La legitimidad entendida en términos políticos se refiere a una cualidad que pueden tener las instituciones y sus decisiones. Para diversos autores, la legitimidad está vinculada al concepto de autoridad política, o poder de coerción, siendo la legitimidad el fundamento de estos. De las Instituciones y sus decisiones también se puede presumir legitimidad cuando se sigue un procedimiento o se realizan determinados valores. El concepto de legitimidad también ha tenido distintas maneras de entenderse a través de la historia, pues se ha dicho que el fundamento de la autoridad proviene de Dios, la ley o el pueblo. Vale la pena agregar que, en la tradición filosófica desde la baja edad media, el concepto de legitimidad de por sí ya se encuentra unido a la idea de consentimiento del pueblo o de los súbditos, y que en la modernidad la legitimidad estaría fuertemente vinculada a las teorías contractualistas y a la idea de soberanía popular. Contemporáneamente, el concepto de legitimidad democrática es, en principio, la legitimidad de un determinado régimen con referencia a su carácter democrático (Chiocchetti, 2017). El objetivo de este artículo es exponer la contradicción que

tienen estos límites, pues muestra una tensión importante entre legitimidad democrática y liberalismo. Por un lado, democracia como sinónimo de soberanía popular, legitimidad conseguida a través de la participación en la toma de decisiones, y por el otro liberalismo, que desconfía de la participación directa de las personas en tanto que se conviertan en tiranía de las mayorías, pues representan una amenaza para los derechos liberales. Proponer y conceptualizar una respuesta a esta contradicción no es el propósito de esta investigación, pero sí se propone al lector la posibilidad de repensar el diseño Constitucional de manera tal que se garantice la legitimidad democrática, donde sea posible participar, revisar, deliberar y modificar constantemente la norma más fundamental de todas para ajustarla al modelo de sociedad que los ciudadanos desean.

## MÉTODO DE ANÁLISIS

Esta investigación es de naturaleza cualitativa, centrada principalmente en el estudio de textos que atañen a los conceptos de legitimidad y a los límites de reforma a la constitución, y en esta medida el método que se aplica es el de la historia conceptual de Reinhart Koselleck, cuyas características fundamentales se explican a continuación, y que representan una opción que permite revisar la historia de los conceptos a la par que la historia de la sociedad, para así comprender las dinámicas que entre estos se tejen.

### La historia conceptual como método de investigación jurídico-política

Frases como “quien no recuerda su pasado, está condenado a repetirlo” (traducción propia) de George Santayana (2014), e “*Historia, magistra vitae [est]*” de Marco Tulio Cicerón (2002), parten de un supuesto fundamental: los estudios históricos implican enseñanzas, no solamente fácticas (es decir, centradas en describir qué ocurrió), sino también éticas, toda vez que a partir de ellos se adquieren las condiciones para juzgar, el pasado y el presente en torno a lo que es bueno o malo para una sociedad, proyectando así mismo una imagen o idea del futuro que se desea, por lo que existiría una suerte de *espíritu* o *razón* que, tras bambalinas y por medio de la historia, puede llevar al ser humano por un proceso de aprendizaje permanente y a un progreso casi constante hacia el “bien”, en la medida que se preste suficiente atención a eso que la historia nos pretende contar. Esta postura es común entre las personas, tanto académicas (Edwards,

2008) como en medios no especializados (Olaya, 2023), constituyendo pues una de las principales maneras de comprender nuestra historia colectiva e individual. Esto, sin embargo, es revisado por Reinhart Koselleck (1923–2006), no porque la historia no tenga nada que enseñarnos, todo lo contrario, el pasado es parte fundamental de la existencia humana, mas los juicios que se hacen sobre la historia y las conclusiones que de ella se extraen no son necesariamente “evidentes” u objetivos (en un sentido de “verdad absoluta”) y, por el contrario, bien pueden ser el resultado de preconcepciones que retrospectiva y anacrónicamente se quiere añadir al pasado, para así justificar una posición ideológica concreta de unos intereses presentes o futuros, motivo por el cual la historia debe revisarse no como un estudio al estilo positivista de “sujeto-objeto”, en donde el primero descubre la verdad sobre el segundo, sino que es una relación de construcción constante, donde las narraciones, descripciones, ideologías y demás factores humanos que interviene en la definición del “pasado” entran en una relación de continuidad (tradicción), reconstrucción (revisión) y nueva significación (neologismos) de los conceptos que se utilizan para nombrar y narrar dicha historia.

Esta es la razón por la cual este autor propone la revisión de la historia a través de tales conceptos (por ejemplo, democracia, justicia, derecho, etc.), por ser estos los que encapsulan las experiencias pasadas, a la vez que constituyen horizontes de expectativas de las sociedades, puesto que al leer las fuentes originarias podemos comprender sus ideas sobre dichos conceptos, tanto en su descripción de lo que eran en su momento histórico (experiencia), como lo que se esperaría que fueran en un futuro (expectativa), y a partir de ello hacer una conexión de cómo dichos conceptos han mutado con el paso del tiempo. Por lo anterior, la historia no sería una verdad objetiva, sino que es una construcción constante, sin por ello ser subjetiva, en tanto que la misma sigue estando conectada a los textos y hechos que le sirven de referente y que no se pueden desconocer. Esta propuesta de revisar la historia a partir de los conceptos es denominada *historia conceptual* y constituye una de las principales aportaciones que Reinhart Koselleck dejó a los estudios historiográficos y que hoy en día se aplican a otras ramas del conocimiento como el derecho.

En este artículo se parte entonces del método propuesto por el citado autor, toda vez que

se contrastan dos conceptos<sup>1</sup> que han sido fundamentales en el desarrollo del derecho y del Estado en occidente: la legitimidad democrática y los límites a la reforma constitucional; el primero, proveniente desde la Antigua Grecia, y el segundo, presente sobre todo desde la modernidad europea, traen consigo unas experiencias y unas expectativas de cómo funcionan (o deben funcionar) los ordenamientos jurídicos contemporáneos, pero que se amerita una revisión de conformidad con las circunstancias recientes, en tanto que se observa que la significación de dichos conceptos se toma de una manera casi inamovible y atada a un pasado que, sin dejar de ser importante, tuvo razones especiales para otorgar determinadas características a los mismos en sus respectivas épocas, pero que hoy no se evidencian de la misma manera. En consecuencia, y con la intención de plantear de manera general las características fundamentales del método de la historia conceptual, a continuación, se hace un recuento no exhaustivo de la propuesta koselleckiana<sup>2</sup>:

- *Centralidad de los conceptos y su relación con la historia social*: como ya se indicó, Koselleck enfoca su propuesta en los conceptos, los cuales define en diferentes puntos de su obra, pero que se pueden resumir en esta cita: "... un concepto reúne la pluralidad de la experiencia histórica y una suma de relaciones teóricas y prácticas de relaciones objetivas en un contexto que, como tal, sólo está dado y se hace experimentable por el concepto" (*Futuro pasado*, 1993, p. 117). En consecuencia, las experiencias pasadas y las expectativas futuras cobran sentido y se unen a las lógicas discursivas e históricas en la medida en que son establecidos como conceptos, es decir, son catalogados y determinados de conformidad con las condiciones particulares del momento, al tiempo que una vez constituidos como conceptos, encausan u orientan las percepciones y expectativas futuras. Esto es precisamente lo que ocurre con los conceptos de legitimidad democrática y de límites a la reforma constitucional, en tanto que encapsulan y aglutinan las experiencias históricas de diferentes épocas, y es menester hacer una revisión de conformidad a la relación entre estos.

- El *Sattelzeit*: Para Reinhart Koselleck (1993), la modernidad no surge en el periodo que por tradición se ha establecido, es decir, entre finales del siglo XV y comienzos del XVI, sino que se presenta a partir de 1750 y finaliza en 1850 debido a que las condiciones sociales, políticas, filosóficas y económicas que marcan un cambio fundamental en la manera de comprender la historia y la concepción del ser humano y que la diferencian de la Edad Media, solo se vienen a dar con las ideas ilustradas que llevaron a las revoluciones americana y francesa, con los avances derivados de la Revolución Científica y con el surgimiento de la Revolución Industrial, todas las cuales motivaron la resignificación y revisión de muchas de las ideas que durante las épocas anteriores habían servido de sustento a las sociedades europeas, en la medida en que el horizonte de expectativas de los tiempos venideros abrió la puerta a nuevas oportunidades para redefinir tales ideas. Este periodo al que Koselleck denominó *Sattelzeit*, que puede traducirse al español como "periodo bisagra" (Blanco Rivero, 2012) o "periodo montura" (de Nordenflycht B, 2009)<sup>3</sup>, representó importantísimos cambios fácticos que se reflejaron en los conceptos y en su significación, como fue el caso de la *legitimidad democrática*, cuya importancia se resignificó y consolidó en Estados Unidos y Europa luego de varios siglos de monarquías (que eran vistas como la mejor forma de gobierno) y de la idea de *constitución* -y sus formas de modificación- pues el concepto contemporáneo de constitución como máxima norma que orienta todo el ordenamiento jurídico surge en dicha época. Para el caso particular de este artículo, se parte entonces del supuesto de que los límites a la reforma constitucional y su relación con la legitimidad democrática han sido resultado de concepciones que, arraigadas en épocas pasadas, terminan por determinar nuestro concepto actual, situación que debe revisarse en tanto que el mero hecho de la historia no debe constituir la razón fundamental para defender unos ciertos tipos de límites a la reforma constitucional.

1 Nótese que, al ser conceptos, van más allá que la definición de cada una de las palabras individualmente consideradas.

2 Para una revisión más detallada, se recomienda el texto *Historia y conceptos políticos* (2021) del autor Alfonso Galindo Hervás.

3 Se aclara en todo caso que, para no perder el hilo conductor, para evitar entrar en demasiado detalle en las ideas de Reinhart Koselleck, y teniendo en cuenta la extensión del texto, no se incluyeron todos los aspectos de la obra de este autor, como lo son, a modo de ejemplo, la aceleración del tiempo y la relación con la crisis, la semántica trascendental (como presupuesto metahistórico), la unificación entre historia (en tanto hechos y aprendizajes morales) e Historia (en tanto disciplina), pero que pueden observarse en trabajos como *historia/Historia* (2004), *Crítica y Crisis* (2007), *Histórica y Hermenéutica* (1997).

Desde esta perspectiva se procederá contrastar cómo la legitimidad democrática y los límites a la potestad de reforma a la constitución terminan por entrar en cierta oposición, en especial debido a consideraciones particulares sobre cómo dichos límites constituyen una especie de “espíritu” que desde el pasado pretende determinar el futuro, aun cuando las condiciones sociales y políticas particulares disten bastante de las condiciones en que se emitieron dichas constituciones.

### **Límites a la potestad de reforma de la Constitución**

Un límite es establecer un punto en el que termina algo, un punto último al que puede llegar algo (Real Academia Española, s.f., definición 2 y 3). Así bien, los límites son aquellas disposiciones del derecho de un ordenamiento jurídico que trata de impedir o prohíbe que cierta norma constitucional sea reformada, estableciendo un límite entre lo que puede ser reformado y lo que no.

## **LÍMITES FORMALES Y MATERIALES**

### **Límites formales**

Los límites formales son aquellos límites que como su nombre lo dice establecen las formas que se deben seguir para reformar la constitución. De acuerdo con Roznai (2020) los límites formales pueden ser procedimientos especiales como la exigencia de un quorum, una mayoría especial, o la exigencia de que sea conformada una Asamblea Constituyente. También están como límites formales los límites temporales y circunstanciales.

Los límites de tiempo algunas veces han sido categorizados a la par que los formales y materiales, sin embargo, siguiendo al autor estos son subcategorías de los límites formales. Los límites temporales son descritos por Albert (2016), quien los divide en dos: Requisitos deliberativos y Zonas seguras (o puertos seguros, del inglés *safe harbors*). El primero establece que como límite al poder de reforma hay tiempos a los que debe ceñirse la potestad de reforma, bien sea un mínimo de tiempo para que sea deliberado un asunto o un tope máximo de tiempo. Por otra parte, los *safe harbors* crean prohibiciones para reformar la Constitución durante al menos cinco momentos que el autor identifica: Estados de Emergencia, en las monarquías durante períodos de sucesión o regencia, luego de un intento de reforma fallido,

tras una reforma exitosa y, tras la adopción de una nueva constitución.

Algunos autores como Albert y Gözler diferencian las condiciones de forma y los límites de forma. Por ejemplo, Albert (2016) dice que hay que diferenciar los verdaderos límites, entendidos como barreras o prohibiciones a la potestad de reforma de aquellos límites que establecen un procedimiento que la reforma debe seguir para su existencia. Por ejemplo, el establecimiento de una mayoría especial para el trámite de las reformas constitucionales sería una verdadera barrera y, por el contrario, el establecimiento de un procedimiento que estipule los tiempos que debe seguir la deliberación de una reforma sería una condición de forma. Cuán dificultoso y gravoso es el límite hace que lo que aparentemente es una condición se torne en un límite.

### **Límites materiales**

Lo contrario de los límites formales son los límites materiales, también llamados sustantivos o disposiciones intangibles. Son límites al poder de reforma de la Constitución para que no se vulneren derechos fundamentales o principios básicos de una Constitución, de acuerdo con Gözler (1997) el fundamento de los límites materiales es proteger los principios que los regímenes políticos consideran esenciales para su existencia, y su fin es proteger las bases fundamentales del Estado. Los límites materiales no necesariamente tienen que estar establecidos en la Constitución expresamente, sino que también pueden estar implícitos en ella. Dentro de esta tipología de límites se encuentran las “cláusulas pétreas” o intangibles cuando son escritas en la Constitución. Al respecto de estas, dice Loewenstein (1979) que hay que distinguir dos tipologías de límites: las cláusulas pétreas de intangibilidad articuladas, que son aquellas que se encuentran taxativamente prohibidas en el texto de la Constitución (también conocidas como cláusulas pétreas); y, por otro lado, aquellas prohibiciones que no son taxativas, sino que son “implícitas”, y que se entienden “inherentes” a la constitución. Para Loewenstein (1979). Respecto a estos últimos límites inherentes a la Constitución, la prohibición opera a través de la interpretación del “espíritu” de la constitución, y trascienden la norma positiva.

### **Límites explícitos e implícitos**

Como su nombre lo indica, los límites explícitos e implícitos se refieren a aquellos límites a la

potestad de reforma de la Constitución que, o bien se encuentran señalados textualmente en la Constitución, siendo estos los límites explícitos; o bien, que pueden interpretarse de la Constitución de manera lógica inductiva o deductiva, o que se remiten a los fundamentos axiológicos de la Constitución, y a ese ‘espíritu’ constitucional que subyace en la Constitución. Muchas veces, se clasifican a los límites a la potestad de reforma de este modo, subcategorizando a los límites materiales y temporales como parte de los límites explícitos. Sin embargo, una manera mucho más correcta de pensar las distintas subdivisiones sería entendiendo que las distintas tipologías están interrelacionadas. Un límite puede ser material explícito o implícito, y a su vez ser intraconstitucional o supraconstitucional; o ser formal explícito intraconstitucional. Es decir, una combinación de varias categorías de límites al mismo tiempo.

Los límites explícitos son aquellos límites que se encuentran taxativos en la Constitución, y de acuerdo con Balbuena Cisneros (2007) puede subclasificarse en temporales y materiales. Ambas subclasificaciones las hemos ya visto en los dos apartados anteriores. Una subclasificación distinta ofrece en su texto *Reformas constitucionales inconstitucionales*, Roznai (2020) dice que las cláusulas explícitas pueden ser de tres tipos: las que protegen explícitamente ciertas materias constitucionales, aquellas cláusulas que señalan cuales de las disposiciones del texto constitucional no pueden ser reformadas y otras tratan de incorporar ambos tipos de prohibiciones. Siguiendo al autor, los contenidos que protegen este tipo de cláusulas son, o bien, universales o particulares. Son universales cuando buscan proteger principios que se consideran universalmente comunes a todas las sociedades democráticas (en un sentido liberal), como los derechos fundamentales. Y, son particulares, cuando buscan proteger valores o formas de gobierno que son propios de un sistema político en particular, como el federalismo.

Por otro lado, los límites implícitos han suscitado mucha controversia, pues son límites que no se encuentran escritos en la Constitución y en ese sentido es problemático para aquellas concepciones del positivismo jurídico excluyen la moral como criterio al interior del derecho, que entiende esta tipología de límites como una intrusión del derecho natural o de asuntos metajurídicos. Los límites implícitos a la

potestad de reforma son prohibiciones a las reformas que se consideran inconsistentes con la Constitución, y que entraran en directa contradicción con los principios subyacentes a la Constitución o suponen un cambio radical de ella. Las limitaciones implícitas presuponen que la potestad de reforma no puede modificar de tal manera una Constitución que la reforma se convierta en una sustitución de la Constitución, pues este tipo de cambios solo pueden darse por la misma autoridad que otorga la Constitución, es decir, el poder constituyente y no el constituido. De acuerdo Roznai (2020) con esta tipología de límites, hay una “estructura básica de la Constitución” la reforma no puede modificar las características esenciales de la Constitución y el ordenamiento jurídico, pues de acuerdo con esta doctrina hay un núcleo fundamental en las Constituciones, los cuales son principios que constituyen la identidad de la Constitución.

### **Límites supraconstitucionales, intraconstitucionales y preconstitucionales**

#### ***Límites supraconstitucionales***

Los límites al poder de reforma de la Constitución denominados supraconstitucionales, se refieren a aquellos límites en forma de principios o valores que son externos a la constitución y que son de superior categoría al orden constitucional de los Estados. Favoreu (1993) diferencia la supraconstitucionalidad interna de la externa, siendo la interna aquellos límites a la potestad de reforma de la Constitución impuestos, taxativamente o implícitamente, al poder constituyente derivado, para impedir que se alteren determinados valores o principios de la Constitución; por otro lado, la supraconstitucionalidad externa muchas veces se identifica con el derecho internacional. Respecto de la interna, se dice que hay determinados valores y principios de derecho natural que son ubicados sobre la Constitución y que no pueden ser alterados por las reformas constitucionales o la elaboración de una nueva Constitución, como, por ejemplo, la dignidad humana, la no discriminación y la solidaridad, el pluralismo, el principio de la soberanía nacional, la separación de poderes o los derechos fundamentales consagrados en la Declaración de 1789 (Gözler, 1997). Sin embargo, es imposible enlistar todos los principios que pueden ser identificados como supraconstitucionales, pues cada doctrinario

del iusnaturalismo puede identificar ciertos principios mientras que otro autor puede identificar otros principios. Vale la pena mencionar a (Darbelley (1963, pp. 735-736), quien dice al respecto que la potestad de reforma de la Constitución no puede crear o modificar normas que vayan contra las inclinaciones naturales fundamentales del ser humano, como por ejemplo sería impensable establecer normas que vayan contra las exigencias de justicia de la sociedad, pues no es posible establecer relaciones civiles entre los seres humanos sobre otra base que no sea la justicia. Vale la pena anotar, que para la supraconstitucionalidad interna, aunque estos derechos puedan ser interpretados de la Constitución se ubican en un rango superior a la Constitución.

Los límites supraconstitucionales externos de derecho internacional, pueden ser limitaciones al poder de reforma respecto a tratados internacionales o, por ejemplo, en la Unión Europea los Estados se encuentran sujetos a respetar la supremacía de las normas de la comunidad europea, o la Convención Europea de Derechos Humanos. Al reconocer a las normas de derecho internacional como superiores a las Constitución, se reconoce a su vez que la potestad de reforma se encuentra limitada por el derecho internacional. Por ejemplo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, dice en su artículo 27 que los tratados no pueden incumplirse al invocarse una norma de derecho interno. Del mismo modo, es reconocida la supremacía del *ius cogens*, o normas de carácter imperativo, sobre las normas Nacionales y Tratados Internacionales. Esta supremacía la encontramos en los artículos 53 y 64 de la misma Convención de Viena, donde se reconoce que es nula toda norma o tratado que entre en contradicción con una norma imperativa de derecho internacional. Esta tipología de límites es controversial, pues pone en entredicho la tradición doctrinaria de la supremacía de la Constitución, y la manera de reconciliar derecho internacional con soberanía constitucional sería a través del reconocimiento de un bloque de constitucionalidad que incorpora el derecho internacional (Zeballos Cuathin, 2018).

### **Límites preconstitucionales**

Hablar de límites preconstitucionales implica hablar del concepto de poder constituyente. Como ya se mencionó anteriormente, el poder constituyente se diferencia del poder constituido, pues el primero es el fundamento del segundo.

Böckenförde (2000) dice que el fundamento de validez de las Constituciones es la magnitud política del poder constituyente, que no es un fundamento jurídico, sino que rebasa el derecho positivo. Schmitt (1982) critica del liberalismo que este ignora al soberano, que puede ser el monarca o el pueblo, y quien es quien detenta el poder constituyente. Para el autor, toda Constitución se basa en la decisión del poder constituyente, que en el caso de la democracia es del pueblo, de crear una Constitución. Esta es una voluntad extrajurídica, trasciende el poder constituido y la norma constitucional. En este mismo sentido, en el texto *La dictadura*, Schmitt (1985) habla del concepto de dictadura soberana, la cual se fundamenta no en la protección de un ordenamiento constitucional sino en el ejercicio del poder constituyente para la creación de uno nuevo, que considera verdadero. Esta es la razón por la cual, existiendo un estado de excepción y donde la supervivencia misma del Estado está en riesgo, el soberano puede suspender todo el ordenamiento jurídico, incluida la constitución (Schmitt, 2009), sin que por ello deje de existir un orden o una orientación a la cual acudir, pues el soberano debe mantenerse fiel a esos límites preconstitucionales derivados de la existencia misma del pueblo que lo constituye.

Desde Sieyès al poder constituyente se le ha identificado con el sujeto político del pueblo. Regresando a Schmitt (1982) en su obra *Teoría de la Constitución*, el poder constituyente es voluntad política de una nación. Schmitt diferencia el pueblo de la nación, siendo esta última la unidad política del pueblo con capacidad de obrar y con la consciencia de su singularidad política y voluntad de existencia política. El concepto de pueblo en Schmitt es un poder es determinado históricamente; el pueblo es, tanto el resultado y como a su vez es conducido, por el desarrollo histórico (Herrero, 2023). El poder constituyente en Schmitt, existe por fuera del derecho y es indivisible, y no da una constitución al poder constituido y desaparece, sino que siempre está allí “al lado y por encima de la Constitución”. Para Schmitt la identidad y continuidad es importante, por lo cual el orden constitucional debe observar esta identidad y garantizar su continuidad en el tiempo, sirviendo como límite preconstitucional. La norma constitucional y su reforma por parte del poder constituido deben siempre observar que su fundamento es la voluntad de la Nación, y por lo tanto no deben contrariar esta voluntad originaria y para solucionar cualquier tipo de conflicto constitucional que pueda afectar las

bases fundamentales de la Constitución (fruto de la voluntad política de una Nación), deben acudir a la voluntad del Poder Constituyente mismo, porque “La decisión política implicada en la Constitución no puede reobrar contra su sujeto, ni destruir su existencia política” (Schmitt, 1982, pp. 94). Para el autor el pueblo manifiesta su poder constituyente de cualquier manera reconocible su voluntad política sobre una determinada cuestión, es decir, no sucede de manera organizada, ni siguiendo un procedimiento regulado, sino que aclama de una u otra manera su aprobación o rechazo sobre una determinada cuestión.

Sobre los límites preconstitucionales a la potestad de reforma también valdría la pena analizar la teoría de Yaniv Roznai de la delegación. El poder constituyente primario (que no tiene límites constitucionales) le cede para siempre la potestad de reforma a un poder constituyente secundario, que debe actuar dentro de los límites fijados por la Constitución dada por el poder constituyente primario y está sometido a las limitaciones implícitas o explícitas derivadas de la Constitución. De acuerdo con Roznai (2020), el poder constituyente primario toma forma legal en el poder constituyente secundario o derivado, y por ello la potestad de no solo reformar parcialmente sino también totalmente (*reemplazar*, para el autor) puede ser limitada. El poder constituyente siempre estará dentro de los límites constitucionales establecidos por el poder constituyente primario.

### **Límites intraconstitucionales**

Los límites intraconstitucionales son aquellos límites a la potestad de reforma de la Constitución que no son ni superiores ni preceden a la potestad de reforma, sino que se encuentran en igual categoría que la Constitución; son internos en el ordenamiento constitucional. Los límites intraconstitucionales pueden ser implícitos o explícitos, siendo estos últimos aquellos límites que establece el texto constitucional a la potestad de reforma de la Constitución, como las cláusulas intangibles o pétreas. Por límites implícitos intraconstitucionales se entiende como aquellos límites que son de igual categoría que la Constitución y que pueden deducirse del texto constitucional. La teoría de la estructura básica de la Corte Constitucional de la India es un gran ejemplo de límites intraconstitucionales, de acuerdo con la cual hay una estructura básica en la Constitución que no debe alterarse, para proteger

determinados valores y principios implícitos en la Constitución. De acuerdo con Roznai (2020) el poder de reforma puede actualizar a las necesidades de su tiempo la Constitución, pero no puede destruir los principios básicos de la Constitución, pues la Constitución no se reduce a un documento formal, sino que tiene una dimensión axiológica y aspectos que forman una esencia de la Constitución.

### **LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA ¿FUNDAMENTO LIMITADO DE LA CONSTITUCIÓN?**

Los Estados contemporáneos y en particular, los occidentales, han dado gran relevancia a este concepto de constitución -entendida esta como constructo normativo que describe la forma en que se regulará el poder al interior de una sociedad, es decir, en una acepción normativa del concepto de *Constitución-*, el cual consolida las formas, instituciones, historia, creencias y expectativas de una agrupación humana mediante un conjunto de reglas que, escritas en un solo texto o consolidadas en diferentes cuerpos normativos, constituye el pilar fundamental sobre el que descansan los ordenamientos jurídicos y sirve de fuente máxima de validez legal. Este concepto de constitución surge en la modernidad, siendo la Constitución de Estados Unidos (que entró en vigor en 1789) y la de Francia de 1791 (Grimm, 2016), los ejemplos para las constituciones nacionales que se expedirían en adelante en el resto del mundo. Nótese que, desde la Constitución de los Estados Unidos de América, se comienza a dar un creciente peso al concepto de legitimidad democrática como fundamento de la organización política, no en vano la misma comienza así:

NOSOTROS, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, asegurar la tranquilidad interior, proveer para la defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros y para nuestra prosperidad los beneficios de la Libertad, establecemos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América. (National Constitution Center, s/f)

Esto evidencia que es el pueblo, a través de sus representantes, quien emite y expide las normas que habrán de regular su estructura, organización, derechos y obligaciones, no proviniendo entonces de una autoridad divina ni de la voluntad de uno solo. Ante esta circunstancia parecería entonces que el pueblo, sea a través de sus representantes o de manera



directa, estaría en la misma potestad de modificar esas reglas de juego según sus condiciones particulares, sin embargo, al establecer una norma como máxima fuente de regulación legal y además establecer límites a la manera en que dicha norma es modificada o reemplazada, termina entonces por ponerse en cuestión ¿qué tan democráticos son estos límites a la reforma constitucional? Esta misma pregunta se la hizo Thomas Jefferson en una carta dirigida a James Madison en 1789 al cuestionarse "... si una generación de hombres tiene derecho a obligar a otra, parece que nunca se ha planteado ni a este ni a nuestro lado del charco" (traducción propia) (Jefferson, T., 1979); así las cosas, la pregunta por los límites a la reforma constitucional (en sentido amplio, es decir, incluyendo también los cambios completos de constitución) deviene en una pregunta de qué tan legítima es, en términos democráticos, una constitución si esta restringe o no permite cambios o si no está en la capacidad de ofrecer modificaciones de conformidad con las necesidades de las nuevas generaciones.

Es entonces menester abordar ahora la cuestión de la legitimidad democrática en su visión contemporánea (es decir, basada en la modernidad) para poder así contrastarla con esa afirmación de legitimidad democrática de las constituciones y los límites a su modificación.

### **La legitimidad democrática y las libertades, una cuestión occidental**

En su texto *Choque de civilizaciones*, Samuel Huntington (2011) detalla las características fundamentales de cada una de las que él considera las civilizaciones contemporáneas, y en el caso de la civilización occidental, los cuerpos representativos son un pilar esencial de la misma, toda vez que desde Grecia y Roma -teniendo como exponente a Cicerón (Atkins, 2013) (Zhao, 2021)-, pasando por la Edad Media -en donde incluso la visión cristiana asumía una representación del pueblo (Halphen, 1992)- y llegando a la modernidad, Occidente ha otorgado gran importancia a la existencia de cuerpos que representen de un modo u otro los intereses de una comunidad en particular, por lo que gozarían de una legitimidad en cuanto representación; y si bien es cierto que durante la Edad Media y parte de la modernidad tuvo mayor relevancia la monarquía y la teología como fundamentos de la legitimidad, incluso en dichos periodos se presentaron instituciones u organizaciones, como los concilios, los consejos, la dieta imperial, etc., que buscaban

representar grupos sociales en la toma de decisiones políticas. Fue desde la modernidad que una idea de legitimidad democrática, por lo menos en sentido más cercano al que tenemos en la actualidad, se consolida por medio de las teorías contractualistas como las de Thomas Hobbes, John Locke y Jean-Jacques Rousseau, caracterizadas por partir del supuesto de que la unidad político-estatal surge del consentimiento de las personas en participar y construir una organización que representara sus intereses. Es claro que hay grandes diferencias en las ideas de estos pensadores, y, sin embargo, el punto en común en ellos es que la existencia del Estado surge de la voluntad y consentimiento de las personas, por lo que no es de extrañar que estas ideas terminarían por justificar el surgimiento de las constituciones contemporáneas, al agrupar en ellas esa voluntad del pueblo a través de una norma central (usualmente codificada) que sustenta el resto del ordenamiento jurídico.

Ahora, partiendo de la base de que la modernidad introdujo importantes cambios a los conceptos que tradicionalmente guiaban a las discusiones históricas, la legitimidad democrática no sería el único punto sobre el cual se construirían los Estados modernos occidentales, pues volviendo al citado preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de América, las libertades (por lo menos para un grupo particular de personas) eran una parte de esta nueva forma de construir una sociedad, en donde ni siquiera la democracia tendría absoluta capacidad de disponer de ciertos aspectos, como lo son las libertades individuales, tanto políticas como económicas, si no mediaban las suficientes razones o autorizaciones que justificaran un incursión en ellas. Esta concepción de unión entre legitimidad democrática y liberalismo -como teoría de los límites al poder y como protección del individuo- se encuentra descrita de una manera detallada en el texto *Liberalismo y democracia* de Norberto Bobbio (1989) y ello evidencia que a través de estos límites al poder de las democracias, se pretende pues evitar que incluso el pueblo goce de demasiado poder, situación que deriva en la necesidad de establecer límites a la posibilidad de modificar la constitución al buscarse controlar o frenar los impulsos que pudieran aquejar a las democracias, que eran susceptibles a la demagogia y a la tiranía de las mayorías, y con ello de modificar de manera caprichosa la máxima norma de un ordenamiento jurídico. Esta situación, sin embargo, termina entonces por poner en entredicho la misma legitimidad

democrática de una constitución, en especial cuando el tiempo ha transcurrido lo suficiente como para identificar que la misma carece de las mejores condiciones para regular las nuevas circunstancias sociales, cada vez más caracterizadas por el frenesí y las crisis y la necesidad de soluciones rápidas a problemas novedosos que no existían en el época en que una constitución entregó en vigor (Rodríguez-Aristizábal, 2019).

Esta situación es la que amerita revisar la cuestión de los límites a la reforma constitucional, en tanto que estos pese a tener unos intereses justificados, terminan por limitar o dificultar profundamente la posibilidad de cambios institucionales fundamentales. Esto, paradójicamente, se evidencia en la misma constitución americana que, pese a la discusión entre sus padres fundadores sobre si esta podía obligar a futuras generaciones, fue una de las primeras constituciones modernas y sigue siendo hoy la norma que rige al país más poderoso del planeta, y que la dificultad para modificar la constitución en los últimos años ha llevado a complejos debates sobre la igualdad, el aborto, la posesión de armas, el rol del presidente y la Corte Suprema. Pasemos ahora a revisar la cuestión de la legitimidad democrática durante el siglo XX, en la que se pone de presente, una vez más, esa relación entre la legitimidad democrática y los límites a la reforma constitucional establecidos a partir de la concepción liberal del derecho y el Estado.

### **KELSEN Y SCHMITT: LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD**

El liberalismo entre los siglos XIX y XX, promulgaba que su modelo de Estado, derecho e instituciones eran neutrales, por lo cual todos los ciudadanos son libres en sus proyectos de vida privados y convicciones personales. El ordenamiento jurídico que planteaba el liberalismo era uno por encima de las inclinaciones y pasiones humanas, era uno fundado meramente en la razón, entendida esta en términos científicistas. Es por este motivo que la empresa de Kelsen era convertir al derecho en una ciencia, pues la ciencia positivista no tiene nada de moral, filosofía, y es apolítica. La legalidad de las leyes no necesitaba ningún fundamento más que la lógica interna del derecho, y se desdeñaba de cualquier intento de introducir pasiones e inclinaciones humanas como fundamento de las leyes, pues el lugar de tales cosas solo era la esfera privada de

cada persona. En cambio, donde gobernaba el liberalismo, la ciencia neutral última, era la esfera pública. El ordenamiento jurídico era neutral, y el liberalismo era lo objetivo, que no solo tenía un brazo ideológico en el liberalismo político clásico, sino que además tenía un brazo que probaba que la teoría era correcta a través de la economía, esta última vuelta también una ciencia positiva. No era necesario hablar más de justicia, Dios o moral en las leyes, pues el liberalismo se había vuelto una ciencia, una ley universal.

Decía Kelsen (1982) que la “(...) legitimación a través de un orden moral diferente del orden jurídico es irrelevante, dado que la ciencia jurídica no tiene que aprobar o desaprobado su objeto, sino conocerlo y describirlo” (p.81). Si el derecho no necesitaba ningún fundamento para justificarse, la única manera posible de pensar en la legitimidad era diciendo que la legalidad era lo mismo que la legitimidad, y que toda norma era legítima en tanto siguiera la lógica interna del derecho, esto es: un procedimiento y si se ajustan a una norma de mayor jerarquía.

Dicha concepción del Estado y el derecho fueron criticados, una primera crítica anterior a la segunda guerra mundial fue la de Carl Schmitt, quien criticó la supuesta neutralidad del ordenamiento jurídico pregonado por el liberalismo, para él el Estado no podía estar desprovisto de lo político, la moral y la espiritualidad. El Estado liberal, habiendo alcanzado la supuesta neutralidad, llevaba al sinsentido. Lo político en Schmitt tiene una suerte de sentido vitalista, donde hay guerra y contradicción entre amigos y enemigos. Dice Schmitt (2014) en la sección *La era de las neutralizaciones y de las despolitizaciones*, que la vida que no tenga frente a sí mismo como enemigo más que la muerte, está más cerca de la muerte que de la vida, es impotencia e inanidad. Así mismo, en el Estado cabe el espíritu, la lucha entre contrarios, el pluralismo, lo político. La legitimidad del liberalismo, que emanaba de las leyes y el órgano que las promulgaba: El parlamento, fue criticada por Schmitt, pues la legitimidad entendida como legalidad del liberalismo niega cualquier carácter sustancial que pueda tener la legitimidad (Schmitt & Conde, 2009). Schmitt (1982), en *Teoría de la Constitución*, distinguió dos formas de justificar al Estado, es decir, hablar de legitimidad. Por un lado, en el caso de las monarquías, había una legitimidad teocrática; y por otro lado en las democracias se conseguía mediante

la participación activa y directa del pueblo a través de la *acclamatio*, hablando así de una legitimidad democrático-plebiscitaria, pero con un líder carismático.

### **DISCURSOS CONTEMPORÁNEOS SOBRE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA**

El concepto de legitimidad en la Edad Contemporánea se extiende más allá de la simple conceptualización de un ordenamiento político legítimo, y en la filosofía política contemporánea se ha pasado a la reflexión sobre la legitimidad puntualmente en el contexto de un ordenamiento democrático. La reflexión sobre la legitimidad democrática, parte de la distinción de dos ópticas sobre este concepto: Una óptica descriptiva, que la entiende como una convicción de los ciudadanos sobre la autoridad política y las obligaciones políticas; y, por otra parte, desde un punto de vista normativo, el cual entiende la legitimidad de acuerdo a su correspondencia con ciertos estándares que permiten la justificación del poder político. Es esta última concepción la que permite fundamentar la teoría sobre la legitimidad democrática.

La legitimidad entendida descriptivamente tiene como mayor exponente a Max Weber, quien dice que un régimen político es legítimo cuando sus ciudadanos se sienten convencidos de que deben obedecer: “(...) el fundamento de toda dominación, por consiguiente de toda obediencia, es una creencia: creencia en el ‘prestigio’ del que manda o de los que mandan.” (Weber, 2002, p. 211). El concepto normativo de legitimidad política, en otro sentido, se refiere a la justificación del poder político de acuerdo con un estándar de aceptabilidad. En contraste con la simple autoridad de facto, la autoridad legítima desde la perspectiva normativa es en la que un organismo político está legitimado para crear las leyes y hacerlas exigibles; esto es así cuando se satisfacen ciertos criterios o estándares. Las obligaciones políticas de los ciudadanos hacia la autoridad, así como el poder coercitivo que ejerce el Estado, están justificadas (Peter, 2023). Así mismo, dentro de las distintas aproximaciones normativas al concepto de legitimidad democrática, tal estándar puede variar dependiendo de la corriente filosófico-política a la que se suscriban los autores. Para mantener un estándar que permita el pluralismo de posiciones políticas es menester aceptar que hay una pluralidad de estándares, no obstante,

hay características comunes, como la idea de consenso y la soberanía popular.

Los postulados contractualistas caben dentro de la interpretación normativa de la legitimidad, puesto que la creación de una autoridad política legítima se crea mediante la transferencia consentida del poder de los individuos a la autoridad política, para que haya una sociedad civil capaz de garantizar la ley natural. Estos dos conceptos, consenso y actuar de acuerdo a una ley natural, protegiendo determinados bienes o garantizando que se persiga una voluntad general, crean la legitimidad. La idea de consentimiento es entonces central para la definición de legitimidad desde una óptica normativa. Ahora bien, la justificación de la autoridad política es, para la legitimidad democrática, la democracia. Dado que la autoridad política, desde esta mirada, se crea en una sociedad que es o tiene la aspiración de ser democrática. El concepto de legitimidad democrática está constituido por una serie de condiciones que el proceso democrático de toma de decisiones debe satisfacer. Este concepto es definido por varias corrientes teóricas, pero principalmente podrían dividirse en dos: El instrumentalismo y el procedimentalismo. En primer lugar, el instrumentalismo democrático se enfoca en los beneficios prácticos de los procedimientos democráticos para la toma de decisiones, en lugar del valor intrínseco de la legitimidad. Esta perspectiva plantea que la democracia no es esencial para la legitimidad política si no logra producir resultados superiores a los de otros procedimientos de toma de decisiones (Peter, 2023). Sin embargo, el argumento central del instrumentalismo en perspectiva de la legitimidad democrática es que la democracia es más capaz de generar resultados legítimos y correctos.

Por otro lado, las concepciones procedimentalistas de la legitimidad democrática tienen como foco los procedimientos a través de los cuales se toman las decisiones y se ejerce el poder. Para el procedimentalismo puro, cualquiera que sea el resultado de la toma de decisiones es legítimo por ser resultado de un procedimiento democrático. En cambio, el procedimentalismo racional, sostiene que la legitimidad de las decisiones políticas no solo depende de los procedimientos mediante los cuales se toman las decisiones, sino también de la calidad de los resultados que esos procedimientos generan. En esta concepción, se añade una dimensión racional a los procedimientos democráticos, sugiriendo que

los resultados deben satisfacer ciertos criterios de calidad y racionalidad para que haya legitimidad democrática. El procedimentalismo tiene además dos corrientes, el de la democracia agregativa y el de la democracia deliberativa. La concepción agregativa busca métodos de toma de decisiones que consideren igualitariamente los intereses individuales y, la agregativa racional que los intereses individuales conduzcan a elecciones sociales racionales. Mientras que para el procedimentalismo agregativo puro el mecanismo de toma de decisiones es justo y produce resultados cuando brinda igual consideración a todas las preferencias individuales expresadas, para el procedimentalismo agregativo racional dice que incluso si los procedimientos son justos y equitativos, la posible irracionalidad en los resultados puede socavar la legitimidad democrática (Peter, 2009).

De acuerdo con la visión de la democracia deliberativa (Bobbio, 1986), se plantea que la legitimidad democrática se consigue cuando el proceso de toma de decisiones pasa por un proceso deliberativo que cumple con unas exigencias procedimentales justas y equitativas. La democracia deliberativa pura se diferencia en esto de la racional, pues prestan atención es a que el procedimiento deliberativo sea justo mientras que la racional se preocupa por la calidad de esas decisiones colectivas. Una interpretación prominente del procedimentalismo deliberativo racional es la que propone Jürgen Habermas en su teoría de la democracia deliberativa. Según Habermas, la legitimidad democrática deriva tanto de la calidad de los procedimientos deliberativos como de la calidad de los resultados que estos generan. Basándose en su ética del discurso, Habermas argumenta que la participación pública en procesos justificativos es esencial para la legitimidad política. Los procedimientos deliberativos deben ser inclusivos y transparentes, permitiendo a los ciudadanos participar en la formación de la opinión y la voluntad colectivas. Esta participación no solo garantiza la equidad procedimental, sino que también asegura que las decisiones resultantes tengan una calidad razonable, cumpliendo con las expectativas de los ciudadanos (Susen, 2018).

### **MÁS ALLÁ DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA, EL PLURALISMO AGONISTA**

La democracia deliberativa fue formulada como respuesta a los problemas del capitalismo de su momento y del Estado social-liberal, se requería

poner límites ecológicos, antropológicos e internacionales al capitalismo y a su vez permitir las exigencias de individuación. El desarrollo del capitalismo generaba a su vez estas exigencias, y ponía en tensión el equilibrio el mundo de la vida y los sistemas de autogobierno (Villacañas Berlanga, 2020). Tal modelo de democracia no fue posible por las políticas económicas del neoliberalismo, que de alguna manera recuperaba las aspiraciones del liberalismo clásico, pero ya no aceptaba límites estatales, sino que se había volcado a depredar el mundo, y así mismo transformó los Estados y las instituciones internacionales. Pese a ello, quizás las condiciones de posibilidad del modelo de democracia deliberativa encerraban dentro de sí una contradicción que muy bien ha señalado Chantal Mouffe, tanto del modelo que planteaba Rawls como el planteado por Habermas.

En el texto *The democratic paradox*, Mouffe (2000b) dice que el modelo de Rawls pretendía conseguir un modelo de democracia que tuviera un consenso que fuera mucho más allá de los meros procedimientos, un consenso moral sobre los fundamentos políticos de la democracia. Este modelo de democracia liberal debía garantizar la coexistencia pacífica de la pluralidad de doctrinas religiosas, filosóficas y morales, incluso con aquellas doctrinas que eran incompatibles con el liberalismo. La autora crítica del modelo de Rawls que a través del concepto de razón en realidad estaba convirtiendo en irrazonable a todas aquellas doctrinas que no aceptaban los principios liberales, y por ende desplazándolas del ámbito público al privado e impidiendo que cuestionen el marco conceptual del régimen democrático-liberal. Así mismo, la concepción de Habermas sobre la democracia deliberativa crea una línea divisoria entre la ética (del ámbito privado) y la moral (del ámbito público), y pone por fuera del debate público y racional las distintas respuestas que se pueden dar sobre qué es el buen vivir, al considerarlo una pregunta ética la cual es parte del ámbito privado de cada individuo. Dice la autora: “Rawls y Habermas quieren fundamentar la adhesión a la democracia liberal en un tipo de acuerdo racional que excluiría la posibilidad de contestación. Por eso necesitan relegar el pluralismo a un ámbito no público (...)” (traducción propia) (Mouffe, 2000a, p. 92). Otro punto por cuestionar de tal concepción de democracia deliberativa es que niega lo político, pues una vez establecido esta hipotética sociedad, se acaban los conflictos de intereses sobre asuntos económicos y sociales,

pues estos son objeto de lo público y no de lo privado. En términos realistas, lo que hace tal propuesta de democracia deliberativa no es fundamentar un mejor modelo de consenso y democracia sino todo lo contrario, poner en peligro la democracia al convertir al adversario crítico en un enemigo de lo público.

Como alternativa al modelo de democracia deliberativa y agregativa, Mouffe propone su pluralismo agonístico. En su texto *Deliberative democracy or agonistic pluralism*, reconoce que hay relaciones de poder en la sociedad, las cuales no pueden negarse de ninguna manera. Además, este modelo reconoce la dimensión de *lo político*, es decir, el antagonismo inherente en las relaciones humanas, y busca el entendimiento la política, como el conjunto de prácticas, discursos e instituciones que buscan establecer un orden en condiciones de conflictividad, pero que no reconoce al otro como un hostil enemigo sino como un adversario (Mouffe, 2000b). Si en Schmitt *lo político* permitía la diferenciación entre *nosotros* y *ellos*, lo que propone el pluralismo agonístico es el entendimiento del *ellos* no como algo que hay que eliminar y excluir, sino reconocer como un legítimo adversario, quien tiene derecho a poner sobre la mesa sus posiciones y merece ser debatido y no eliminado. Los valores que fundamentan la democracia pluralista no requieren un núcleo fundamental inalterable sobre lo cual siempre hay un consenso, sino que propone un consenso conflictivo, donde adversarios, con ideas completamente distintas sobre los principios ético-políticos en los que debe fundarse la sociedad, tienen que negociar y dicho consenso es siempre uno temporal, con posibilidad de renegociarse.

### LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA Y NEOLIBERALISMO

El neoliberalismo que comienza a emerger en los 70's es fruto de la crisis del modelo fordista de producción en masa. Este modelo, unido al keynesianismo había logrado llegar a acuerdos en el plano económico en favor de la clase trabajadora, que le permitía a esta última tener mayor poder adquisitivo que a su vez permitiría mantener la alta producción característica del modelo. Congruente con la lógica de una redistribución económica más justa, el Estado adquiere la forma de Estado de bienestar. Podría partirse de la idea de que tal modelo obedecía a las necesidades del desarrollo del capitalismo en su momento y una vez la lógica del capitalismo,

la acumulación de capital llegó a un punto en su desarrollo en el que el modelo fordista era incompatible, y con ello comenzó la crisis.

Ayers & Saad-Filho (2015) dicen que:

El neoliberalismo es el modo de existencia contemporáneo del capitalismo. Este sistema global de acumulación surgió gradualmente, desde mediados de la década de 1970, a través de sucesivos intentos de estabilizar la economía mundial, reducir el poder del trabajo, recomponer el dominio capitalista y restaurar la rentabilidad tras la desarticulación del consenso keynesiano-socialdemócrata, la parálisis del desarrollismo y la implosión del bloque soviético (Traducción Propia. Pp. 8)

El neoliberalismo no logró establecer su legitimidad de un día para otro, sino que fue a través de las décadas que logró conseguir la hegemonía global, estableciendo actualmente un control global en un sentido gramsciano del término, esto es, coacción más obediencia voluntaria mediante dominación ideológica y cultural (Villacañas Berlanga, 2020; Beckert, 2020). La legitimidad en el neoliberalismo no debe ser entendida como ha sido tratada hasta ahora, ya que el neoliberalismo es un modelo tan pragmático como para lograr hacerse a sí mismo compatible tanto con la democracia liberal como con la más sanguinaria dictadura, incluso con el Estado social. Los discursos sobre legitimidad en el marco conceptual del neoliberalismo tornan otro sentido. Primero, se puede hablar de una legitimidad promisoria, una legitimidad que se consigue no por sus resultados ni por sus procedimientos sino por expectativas de mayores beneficios, tanto culturales (mayor autonomía, individualidad y libertad de elección), como económicos, bajar la inflación, conseguir mayor crecimiento económico y mayores ganancias (Beckert, 2020); esto podría complementarse con una de las características de que el neoliberalismo no se agotan ni corrige a sí mismo cuando falla en conseguir sus promesas, sino que su fracaso lleva a una profundización y extensión de sus políticas, regenerando la promesa de su éxito inminente (Ayers & Saad-Filho, 2015).

Por otro lado, si la democracia liberal clásica se preocupaba por la legitimidad democrática, ya que presuponía una separación entre lo económico (economía de mercado), y lo político (Estado como locus político de la burguesía, quien administraba y legitimaba las relaciones sociales de clase) (Ayers & Saad-Filho, 2015), lo cual permitía hasta cierto punto tener una democracia política, preguntarse por

la legitimidad de sus instituciones, salvaguardar ciertas esferas de la vida de la mercantilización, regular el mercado e incluso llegar a concesiones en favor de la clase trabajadora como lo hizo el keynesianismo; el neoliberalismo vuelca lo económico a todas las demás esferas, incluyendo lo político y su regulación de las relaciones sociales, con la idea de la sociedad de mercado. La sociedad de mercado mercantiliza el Estado, la cultura, el individuo, etc. En resumen, lleva el mercado a todas las relaciones sociales. Dicen Sörensen & Olsson (2020) que la sociedad de mercado transforma todos los valores en valores de mercado, y al hacerlo, corrompe otros valores, como los valores fundamentales de la democracia, trasladando la sociedad de mercado a esta y volviendo la elección humana en democracia un asunto de elección del consumidor. Así mismo, este sujeto consumidor como sujeto del neoliberalismo, también llamado *homo economicus*, busca la realización de la libertad a través del mercado y a su vez impone una autorresponsabilidad que, por un lado, niega las dimensiones tradicionales de colectivismo y socialización del sujeto y al Estado lo considera asfixiante; y por otro lado, impone al individuo la carga de su propio “fracaso” y “éxito” (Villacañas Berlanga, 2020; Ayers & Saad-Filho, 2015). Con el neoliberalismo hubo además una limitación de la democracia, al desplazar de la posibilidad de deliberar asuntos económicos fundamentales de la agenda política, ya que las políticas económicas en el neoliberalismo están fuertemente vinculadas a las instituciones internacionales creadas por el modelo.

Con la legitimidad promisoria del neoliberalismo, no hay necesidad de ninguna otra forma de legitimidad, esta legitimidad se autoproduce constantemente en el neoliberalismo pese a las crisis que puedan generar sus políticas. Al no necesitar de la legitimidad, el consenso, o la soberanía popular, el neoliberalismo puede desplegar todas sus políticas y hacerlas promisoriamente legítimas, sin necesidad de preguntarle al ciudadano vuelto consumidor. Así mismo, el Estado y sus instituciones no necesitan de motivación en sus decisiones más que la que ofrece el neoliberalismo, ya que estos mismos se encuentran permeados por su ideología y el carácter globalista del neoliberalismo socavó la idea de Estado-Nación, convirtiendo a este y la democracia en una mera herramienta a su servicio, despolitizada, y que considera al tecnócrata como el mejor político posible.

Aunque el neoliberalismo ofrezca una amplia variedad de productos/posibilidades de elección de identidad, es una ideología altamente intolerante al disenso, y que le da al Estado la tarea de ser represor de este. El neoliberalismo sí traza efectivamente una línea entre nosotros/ellos, y despliega toda una serie de mecanismos represores del otro. En primer lugar, la represión ha sido usada por el neoliberalismo para llevar adelante sus agendas políticas, por ejemplo, mediante el uso de violencia policiaca contra las huelgas obreras. Segundo, creando enemigos internos y externos a los cuales perseguir y exterminar, como se ha hecho en América Latina con el disidente político o la lucha contra el terrorismo a nivel global. Tercero, el neoliberalismo tiene una lógica de expulsión que ha sido descrito por Sassen (2015) quien dice que el modelo de producción actual se caracteriza por su brutalidad, la violencia con la cual es capaz de emprender acciones concretas y directas para expulsar del sistema a personas, comunidades y elementos de la biósfera que se interponen en el lucro de las corporaciones; para la autora, a diferencia de los modelos y doctrinas de pensamiento anteriores que buscaban la inclusión, el neoliberalismo se caracteriza por la exclusión. Se podría agregar que el neoliberalismo tiene una lógica de violencia que también expulsa a todos aquellos capitalistas “incompetentes”.

Estas circunstancias económicas que hacen parte esencial de la perspectiva (neo)liberal y a su concepto de legitimidad, contribuyen a la eliminación del debate político sobre lo que es o debería ser una constitución y las maneras de modificarla, toda vez que al establecer límites a dichas modificaciones y a través de la despolitización de la ciudadanía, se mantiene las dinámicas de desigualdad, dominación o crisis, por lo que constituciones que requieren de cambios sustanciales, incluido el sistema económico o donde se necesiten de profundas reformas, pero que quizás no sean del interés de ciertas élites económicas, terminan por verse beneficiadas por la rigidez constitucional.

## **LÍMITES A LA POTESTAD DE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN Y LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA**

### **Desmontando el mito fundacional**

El proceso de elaboración de la constitución que narra el liberalismo no es nada más que un mito. en muchos lugares del mundo, lejos de tener, constituciones como herencias preciosas de los padres fundadores, hay es constituciones

que han sido impuestas por dictadores y/u otros estados, constituciones que han sido decididas por élites burguesas blancas o élites religiosas, y en el mejor de los casos constituciones que han sido decididas de manera negociada y que, pueden o no, recoger todas las voces del pueblo. En este mismo sentido, dice Suteu (2021) que:

Las cláusulas de eternidad [es decir, los límites materiales] no son el producto de una voluntad constituyente unificada y pacificada que se ha manifestado durante un proceso nacional de elaboración de la constitución, se ha comprometido con el constitucionalismo liberal, ha impuesto límites materiales al poder de enmienda y, a continuación, ha salido del orden constitucional para no volver a aparecer hasta tiempos revolucionarios. (Traducción propia, pp. 264)

Las Constituciones que son diseñadas con límites gravosos buscan perpetuar unas instituciones y unos valores en el tiempo, pues consideran que estos son los mejores posibles. Cuando se crean límites a la posibilidad de reformar la Constitución si bien no se busca que la Constitución permanezca intacta, sí se busca que los cambios sucedan muy paulatinamente y, especialmente, a través de interpretación judicial. Los textos constitucionales más rígidos son también más generales, pues la especificidad requiere flexibilidad para la actualización constante. Este diseño constitucional se dice que busca evitar que las mayorías destruyan la Constitución y violen los derechos de las minorías, entonces los límites a la potestad de reforma operan como diques de contención de esta visión de la democracia contra actores políticos que apelan por una visión populista de la Constitución, la cual apela a que las instituciones no pueden oponerse a la regla de la mayoría pues pierden legitimidad democrática (Doyle, 2019).

Muchos autores plantean críticas a las limitaciones gravosas a la potestad de reforma, en el sentido de que la irreformabilidad puede entrar en contradicción con la democracia. Primero, porque le otorgan un rol muy importante al juez constitucional ya que al tener textos más generales hay mayor discrecionalidad judicial, y esto puede suponer un problema para la gobernabilidad democrática; dice Bickel (1986) al respecto: “También hay que afrontar otra dificultad crucial. Además de ser un control contra mayoritario de la legislatura y el ejecutivo puede, en un sentido más amplio, tender con el tiempo a debilitar seriamente el proceso democrático.” (traducción propia, pp. 21). Desde un punto de vista del realismo legal,

a diferencia del liberalismo, no se cree que el juez pueda separar sus propias convicciones políticas e intereses de sus fallos. El realismo, respecto a la discrecionalidad judicial diría que la interpretación judicial tiene un carácter arbitrario, donde se manipulan conceptos y personas para racionalizar un resultado ya prescrito por los orígenes del juez y sus intereses de clase (Engle, 2010). Además, podría sumársele Schwartzberg (2014) quien decía que imponer límites mediante *supermayorías* suponen un problema en el sentido de que crean un consenso imaginario en el *status quo*. En este sentido, se pueden imponer límites que al final afianzan las desigualdades distributivas y perpetúan las injusticias de una sociedad.

Otra crítica es mencionada por Doyle (2019) dice que el concepto de poder constituyente de Sieyes, Schmitt y Roznai tiene un problema ontológico, pues este ente es diacrónico, y exige que el poder constituyente del futuro sea el mismo que el del pasado. Este problema impide pensar en la creación de nuevos ordenes constitucionales, bloquea por completo el derecho de secesión si no está contemplado por ese “poder constituyente primario”, y, crea el problema de la “mano muerta del pasado”. Este último, se refiere a la dificultad que supone la brecha generacional que separa al pueblo del pasado, como *poder constituyente primario*, del nuevo pueblo.

En la famosa carta de Thomas Jefferson a Madison, este decía que ninguna sociedad podía hacer Constituciones, o leyes, perpetuas, pues cada generación de ciudadanos solo podía obligarse a sí misma creando sus propias leyes y Constitución. Una Constitución que trata de perpetuarse más de una generación, que para Jefferson es 19 años, no lo hace conforme a derecho, sino que es un acto de fuerza (Jefferson, 1979b). Esta es una cuestión que se remonta a mucho tiempo atrás, e incluso, podría llevarse esta misma discusión hasta la discusión de Parménides y Heráclito; sobre si las cosas están en constante cambio o si existe un mundo inmóvil más allá del mundo material. A partir de la conceptualización del poder constituyente en dos: poder constituyente primario y derivado, algunos teóricos argumentaban a favor de este atrincheramiento de la Constitución. Se decía que, el poder constituyente primario es un poder ilimitado, mientras que el poder constituyente derivado estaba atado a los límites que el primero había puesto, de manera taxativa o no, en la Constitución. Vale la pena anotar,

que para Yaniv Roznai el poder constituyente primario se encuentra incluso limitado, y puede ser objeto de revisión constitucional. De hecho, el autor plantea que es muy positivo establecer un procedimiento para que el poder constituyente primario se manifieste, para que permita seguridad jurídica y continuidad; y sugiere que incluso es posible que un órgano judicial “imparcial” someta a control de constitucionalidad dicho procedimiento.

Desde un punto de vista democrático esta propuesta es peligrosa, pues podría incluso declararse inconstitucional y bloquearse institucionalmente la posibilidad de que el poder constituyente “primario” reforme la Constitución si no se está dentro del mismo marco ideológico del poder constituyente primario que elaboró la Constitución. Un aporte muy interesante a esta cuestión es planteado por Böckenförde (2000) quien dice que la pregunta por la vinculación sustantiva del poder constituyente, está mal planteada cuando se formula como una pregunta por la vinculación necesaria a un derecho preexistente. Pues nada puede preexistir jurídicamente a la voluntad de un pueblo políticamente consciente de sí con la voluntad de darse una Constitución que se ajuste a sus necesidades y aspiraciones históricas.

### **CONSTITUCIONES ATRINCHERADAS Y TEORÍAS DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA**

Haciendo un recorrido por los distintos conceptos de legitimidad democrática, se puede notar que hay una tensión constante entre límites a la potestad de reforma de la Constitución y las características principales de cada uno de estos discursos sobre la legitimidad democrática. Esta tensión, o contradicción, tiene que ver con el hecho de que el establecimiento de límites gravosos y el mantenimiento de Constituciones rígidas, va en contravía de la legitimidad democrática. En la investigación conducida por Versteeg & Zackin, (2016) se muestra que, en las últimas dos décadas, las Constituciones democráticas se han vuelto menos atrincheradas, más específicas y menos discrecionales; así mismo, una mayor participación ciudadana en la elaboración de la Constitución, contrario a crear una mayoría autoritaria, produce Constituciones más inclusivas.

Una Constitución con límites gravosos a la potestad de reforma de la Constitución es una Constitución que se planea para la rigidez. Un

diseño constitucional más específico, con una agenda política clara, ajustado a las necesidades de su tiempo y maleable, es más conveniente para la toma de las mejores decisiones pues el mismo texto constitucional es orientado hacia las políticas públicas. En este sentido, la concepción instrumentalista de la legitimidad democrática colisiona con las Constituciones rígidas y estos límites gravosos, pues si estamos hablando de instrumentalismo, es decir, la concepción que se centra en los resultados es mucho más probable que con Constitución específicas y flexibles puedan tomarse mejores decisiones y obtener mejores resultados. Este tipo de Constituciones sin tantos constreñimientos tampoco dependen de la interpretación del aparato judicial, sino que las normas y objetivos que se plantea la Constitución son claros, y en caso de no obtener resultados positivos es posible ajustar el marco constitucional para conseguirlo. Tal y como es planteado por Versteeg & Zackin (2016):

Las constituciones específicas y sin limitaciones, limitan la discrecionalidad de los responsables de su aplicación. Aumentando el alcance de los mandatos constitucionales (es decir, incluyendo mandatos sobre una gama más amplia de cuestiones políticas), los ciudadanos también pueden dictar exactamente qué políticas deben promulgar el poder ejecutivo y legislativo, y cuáles deben abstenerse de promulgar en múltiples ámbitos de gobierno. Incluir detalles sobre estas políticas también permite al mandante ejercer un mayor control sobre sus agentes al incluir instrucciones explícitas sobre cómo deben llevar a cabo sus responsabilidades. (Traducción propia, pp. 660)<sup>4</sup>

Otra concepción que entra en contradicción con el concepto de límites a la potestad de reforma es la del procedimentalismo agregativo. En este caso, los límites a la potestad de reforma de la Constitución entrarían en contradicción cuando hablamos de Constituciones rígidas y que perduran por mucho tiempo. La razón es sencilla, y es que para el procedimentalismo agregativo es necesario que la decisión tomada no excluya y otorgue igual consideración a todas las preferencias. Una Constitución donde la potestad de reforma está obstaculizada gravosamente, no podría actualizarse al mismo

<sup>4</sup> Traducción propia al español del texto original en inglés: specific and unentrenched constitutions limit the discretion of those responsible for implementing the constitution. By increasing the scope of constitutional mandates (i.e., including mandates on a wider array of policy issues), citizens can also dictate exactly which policies executives and legislatures must enact and which they must refrain from enacting in manifold areas of governance. Including detail on these policies also allows the principal to exert further control over its agents by including explicit instructions about how they are to carry out their responsibilities.



ritmo que la pluralidad de preferencias que necesita agregar. Dicho en otras palabras, para esta visión de la legitimidad democrática las preferencias son individuales, y es precisamente agregativa porque es una “constelación” de preferencias individuales agregadas en un todo; al perpetuar en el tiempo una Constitución esta no se estaría adaptando a las preferencias de los “nuevos” individuos ni estaría dejando atrás a aquellos que ya no existen. Constituciones con límites gravosos, para este discurso de la legitimidad democrática, estaría atando la Constitución a las preferencias del pasado, lo cual supone un gran problema.

Así mismo, la contradicción entre el procedimentalismo deliberativo y los límites a la potestad de reforma de la Constitución son evidentes. Si uno de los factores más importantes para esta concepción de la legitimidad democrática es que haya un procedimiento colectivo de toma de decisiones donde haya deliberación entre todos quienes sean afectados, los límites que impidan que se actualice la Constitución mediante un procedimiento deliberativo entrarían en choque directo con la legitimidad democrática. Por ejemplo, los límites que establecen valores y principios absolutos que no pueden ser revisados deliberativamente, no son compatibles con una visión de la democracia deliberativa. Como expresa Christiano (1996) “la discusión democrática, la deliberación, y la toma de decisiones bajo ciertas condiciones son lo que hace que los resultados sean legítimos para cada persona” (traducción propia, pp. 35)<sup>5</sup>. Incluso, considerando las críticas por parte del pluralismo agonista a esta concepción de la Legitimidad democrática respecto a la imposibilidad de garantizar el pluralismo, hay un énfasis muy importante en la necesidad de la deliberación y participación activa de la ciudadanía en la toma de decisiones que hace completamente incompatible el modelo deliberativo con un marco constitucional rígido y con límites gravosos al poder constituyente del pueblo. Especialmente, el modelo *habermasiano* pone énfasis en la necesidad de la legitimidad en el capitalismo tardío. Basándose en su ética del discurso, Habermas argumenta que la participación pública en procesos justificativos es esencial para la legitimidad política. Los procedimientos deliberativos

deben ser inclusivos y transparentes, permitiendo a los ciudadanos participar en la formación de la opinión y la voluntad colectivas. Esta participación busca garantizar la equidad procedimental, y asegurar que las decisiones resultantes tengan una calidad razonable, cumpliendo con las expectativas de los ciudadanos y garantizando la legitimidad del modelo deliberativo (Habermas, 1998). Al respecto, también dice Susen (2018) sobre el modelo deliberativo que propone Habermas:

Los procesos democráticos de toma de decisiones nunca pueden basarse únicamente en las motivaciones autorreferenciales de individuos aislados, sino que se fundamentan en las voluntades mutuamente dependientes de actores interconectados. Uno de los principales objetivos de las formas deliberativas de democracia es dar una voz fundamentada racionalmente a los miembros de una comunidad concreta, cuya capacidad para desarrollar un sentido de solidaridad constituye una condición previa para garantizar la estabilidad relativa de realidades mediadas simbólicamente y construidas relacionamente. (Traducción propia. Pp. 44)

Finalmente, hay que resaltar la necesidad de retomar la búsqueda de legitimidad democrática en la época del neoliberalismo. El modelo económico actual no necesita más del consenso, pues para llevar a cabo sus políticas económicas muchas veces debe tornarse autoritario. Como ya se expuso anteriormente, la legitimidad del neoliberalismo es promisoria, y para mantener viva la autopoiesis de su legitimidad debe suprimir el disenso mediante un nuevo autoritarismo (Ayers & Saad-Filho, 2015) o mantenerlo alejado de la toma de decisiones, promoviendo el apoliticismo y la apatía por la participación democrática. Para el neoliberalismo, lo ideal es que no se lleven a cabo discusiones de fondo que puedan poner en riesgo su lógica de acumulación de capital, por ello el mejor político es el tecnócrata, pues se trata de administrar -y no dirigir- al Estado y lo público bajo una lógica empresarial. Así mismo, el mejor individuo para el neoliberalismo es el *homo economicus*, un individuo que encuentra su realización en el consumo, y que siente antipatía por *lo político*. El establecimiento de límites y al repeler a los ciudadanos de esta dimensión de lo público y *lo político* que hay detrás de la idea misma de ciudadanía, no es establecer barreras para evitar mayorías autoritarias, todo lo contrario. Dice Mouffe (2000b) que al desalentar la participación de los ciudadanos en la política y alentar la privatización de la vida se han

<sup>5</sup> Traducción propia al español del texto original en inglés: democratic discussion, deliberation, and decision-making under certain conditions are what make the outcomes legitimate for each person.

creado formas extremas de fundamentalismos religiosos, étnicos e individualismos que sí pueden amenazar la democracia liberal formal que mantiene el neoliberalismo. es por ello que como respuesta al neoliberalismo se contraponga una apuesta por un involucramiento de los ciudadanos en la toma de decisiones, que se puedan identificar con una comunidad política y lo público, donde se permita la deliberación democrática entre voces de todos los tintes políticos, y que ello permita llegar a consensos sobre asuntos fundamentales económicos y políticos, que no son para siempre, sino que pueden criticarse y revisarse constantemente. Los límites a la potestad de reforma de la Constitución son convenientes al neoliberalismo e inconvenientes para la legitimidad democrática en este sentido.

### CONCLUSIONES

El anterior recorrido por las distintas categorizaciones de los límites a la potestad de reforma y la legitimidad democrática nos han permitido entender de qué manera estos límites no parecen tener una correlación con el concepto de legitimidad democrática, poniendo en tensión elementos fundamentales de la legitimidad. Tales límites han estado ligados a la desconfianza en la participación política activa de los ciudadanos en la toma de decisiones, el temor por la democracia. El establecimiento de una Constitución rígida, con limitaciones gravosas a la potestad de reforma, mantienen alejados al pueblo, el soberano, de las discusiones públicas, y son inconvenientes para la legitimidad democrática.

Detrás de la idea de que las Constituciones deben ser rígidas, lo más estables posibles, lo más perfectas posibles para impedir que sea necesario ajustarlas, se oculta una mitificación del proceso constituyente. Un proceso que en teoría habría tenido que ser lo suficientemente abierto, transparente, ordenado, racional, que se ha conseguido elaborar un texto constitucional casi divino que plasma la identidad de una Nación. Nada más lejos de la realidad. En el mundo existen muchas Constituciones impuestas, donde no ha habido una participación de todo el pueblo en su proceso de elaboración. tales mitos fundacionales sirven para mantener el *statu quo*, pues desconfían de que el pueblo pueda alterar tal herencia preciosa que es la constitución. desde la perspectiva de la legitimidad democrática, se propone en cambio abrir el debate y entender de una manera

realista las Constituciones, de tal manera que se entiendan como textos imperfectos, inacabados, que obedecían a unas circunstancias de su momento histórico, y en ese sentido son transformables.

Vale la pena también mencionar que, así como no se debe mitificar las Constituciones, tampoco hay que pensar en abstracto sobre las condiciones para llevar a cabo la democracia. Ser una democracia es mucho más complejo que autodenominarse como tal. Una de las más importantes críticas que se le puede hacer al procedimentalismo es esta, que busca una deliberación casi perfecta para garantizar la legitimidad democrática. Hay muchos factores que erosionan e impiden la democracia, tanto internos como externos a los ordenamientos jurídicos, por mencionar algunos: las desigualdades sociales que crean brechas en el nivel de escolarización de los ciudadanos, el *lobbismo*, el *lawfare*, la geopolítica, la privatización de la educación, las nuevas formas de comunicación política, etc. Sería ingenuo pensar que todas las personas estamos en igualdad de condiciones para formarnos cada uno una opinión sobre los asuntos fundamentales de la sociedad. Es por ello por lo que para garantizar la legitimidad democrática también se deben combatir estos otros impedimentos empíricos.

Por otro lado, los límites a la potestad de reforma de la Constitución no son compatibles con una visión del constitucionalismo democrático sino con una noción del constitucionalismo profundamente liberal. Esto es algo que incluso Roznai (2020) reconoce cuando dice que estos límites no son unos mecanismos democráticos sino limitaciones para, desde su punto de vista, proteger la democracia. Habría que preguntarnos entonces, qué tipo de democracia se está tratando de proteger al impedir la deliberación, la actualización constante y la participación activa del pueblo en la toma de decisiones. En últimas, no sería la defensa de la democracia sino del republicanismo liberal. Es de resaltar además que, en la literatura estudiada, se encontró que incluso se ha intentado promover la idea de que el poder constituyente primario puede estar sujeto a control de constitucionalidad por parte del aparato judicial para la protección de la “democracia”. Tal idea es inadecuada, primero porque si el poder constituyente primario tuviera algún tipo de límite por parte de un juez, este no sería verdaderamente soberano. Segundo, desde un punto de vista histórico es ilusorio

pensar que un pueblo con voluntad política de darse una nueva Constitución pueda y quiera someterse a límites del régimen constitucional que precisamente quiere cambiar; tan absurdo como pensar que los revolucionarios franceses no debían constituirse en Asamblea Nacional Constituyente porque el Rey Luis XVI no lo quería. Querer controlar algo así sería intentar institucionalizar una voluntad política que está por encima de los discursos sobre legalidad; las reglas que debe seguir el poder constituyente primario no pueden dárseles más que él mismo.

La democracia implica que se pueda revisar la Constitución no solo en circunstancias excepcionales, y por ello es necesario un diseño constitucional que lo permita; una Constitución flexible, sujeta a crítica constante, que permita la contradicción, el pluralismo, que se preste a negociaciones, deliberación, y cambio. Es necesario un diseño constitucional para los vivos, y que además sea vivible, no una constitución que perpetúe el orden establecido hace décadas o siglos, probablemente por una élite de su momento, y que se pueda actualizar solamente poco a poco y engorrosamente.

## REFERENCIAS

Albert, R. (2016). Temporal Limitations in Constitutional Amendment. *21 Review of Constitutional Studies* 37 (2016), Boston College Law School Legal Studies Research Paper No. 390, 21(1), 37–62. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2749288>

Aristóteles. (1960). *La Política* (N. Estévez, Ed.). Casa Editorial Gernier Hermanos.

Atkins, J. W. (2013). *Cicero on politics and the limits of reason: The Republic and laws* (R. L. , O. R. G. , M. M. , S. D. N. , H. G. C. , O. S. P. , B. W. M. Hunter, Ed.; First). Cambridge University Press.

Ayers, A. J., & Saad-Filho, A. (2015). Democracy against Neoliberalism: Paradoxes, Limitations, Transcendence. *Critical Sociology*, 41(4–5), 597–618. <https://doi.org/10.1177/0896920513507789>

Balbuena Cisneros, A. (2007). Límites y control Constitucional en México. *Dikaion*, 21(16), 157–178.

Beckert, J. (2019). The exhausted futures of neoliberalism: from promissory legitimacy to social anomy. *Journal of Cultural Economy*, 13(3), 318–330. <https://doi.org/10.1080/17530350.2019.1574867>

Bickel, A. (1986). *The Least Dangerous Branch*. (Second). Yale University Press.

Blanco Rivero, J. J. (2012). La historia de los conceptos de Reinhart Koselleck: conceptos fundamentales, Sattelzeit, temporalidad e histórica. *Politeia*, 35(49), 1–33. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=170029498009>

Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica.

Bobbio, N. (1989). *Liberalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica.

Böckenförde, E. W. (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Editorial Trotta.

Chiocchetti, P. (2017). Democratic Legitimacy. En *RESuME, Esch-sur-Alzette, Luxembourg*. Cambridge University Press (CUP). <https://resume.uni.lu/story/democratic-legitimacy>

Christiano, T. (1996). *The Rule of the Many: Fundamental Issues in Democratic Theory*. (First). Routledge.

Cicerón, M. T., & Iso, J. J. (2002). Sobre el orador. En *Biblioteca Clásica Gredos; 300*. Gredos Editorial.

Darbelley, J. (1963). L'Initiative populaire et les limites de la Revision Constitutionnelle. *Revue de droit publique*, 713–744.

de Nordenflycht B, A. (2009). Tensiones entre literatura, ciencia, experiencia e historia en un intelectual de la sattelzeit hispanoamericana: los prefacios en la prosa científica de Juan Ignacio Molina. *Alpha (Osorno)*, 29, 23–40. <https://doi.org/10.4067/S0718-22012009002900003>

Doyle, O. (2019). Populist constitutionalism and constituent power. *German Law Journal*, 20(2), 161–180. <https://doi.org/10.1017/glj.2019.11>

Edwards, A. (2008). Drawing a Line Under the Past. *Peace Review*, 20(2), 209–217. <https://doi.org/10.1080/10402650802068200>

Engle, E. (2010). A Primer on Left Legal Theory: Realism, Marxism, CLS & PoMo. *The Crit: a Critical Studies Journal*, 3(2), 64–78. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1268364>

Favoreu, L. (1993). Souveraineté et supraconstitutionnalité. *Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, 67, 71–77.

- Galindo Hervás, A. (2021). *Historia y conceptos políticos: Una introducción a Reinhart Koselleck*. Ediciones Universidad de Navarra.
- Gözler, K. (1997). *Le pouvoir de révision constitutionnelle* [Université Montesquieu Bordeaux IV]. <https://www.anayasa.gen.tr/pcr.htm>
- Grimm, D. (2016). *Constitutionalism: Past, Present, and Future*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198766124.001.0001>
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. Trotta.
- Halphen, Louis. (1992). *Carlomagno y el imperio carolingio*. Akal.
- Harper and Brothers. (1879). *Lewis & Short Latin-English Dictionary*.
- Herrero, M. (2023). Carl Schmitt's Political Theology of Revolution. *Open Theology*, 9(1), 2022-0223. <https://doi.org/10.1515/opth-2022-0223>
- Huntington, S. P. (2011). *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order [El choque de civilizaciones y la reorganización del orden global]*. Simon & Schuster.
- Jefferson, T. (1979). To James Madison from Thomas Jefferson, 6 September 1789. En *The Papers of James Madison, vol. 12, 2 March 1789–20 January 1790 and supplement 24 October 1775–24 January 1789* (pp. 382–388). University Press of Virginia.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho* (R. Vernengo, Ed.; Segunda Edición). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Koselleck, R., & Gómez Ramos, A. (2004). *historia/Historia*. Trotta.
- Koselleck, R., & Oncina Coves, F. (1997). Histórica y Hermenéutica. En *Historia y hermenéutica* (pp. 65–94). Ediciones Paidós.
- Koselleck, R., Pardos, J. A., De la Vega, R., & Pérez de la Tudela, J. (2007). *Crítica y crisis: Un estudio sobre la patogénesis del mundo burgués*. Trotta.
- Loewenstein, K. (1979). *Teoría de la Constitución* (A. Gallego Anabitartem, Ed.; Segunda). Editorial Ariel.
- Mouffe, C. (1999). Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism. *Social Research*, 66(3), 745–758.
- Mouffe, C. (2000). *The Democratic Paradox*. Verso.
- National Constitution Center. (s/f). *The Constitution of the United States: En Español*. <https://constitutioncenter.org/education/classroom-resource-library/classroom/the-constitution-of-the-united-states-html-en-espanol>
- Olaya, V. G. (2023, noviembre 7). *George Santayana, el filósofo casi desconocido autor de la frase: "Aquellos que no pueden recordar el pasado están condenados a repetirlo"*. El País. <https://elpais.com/cultura/2023-11-08/george-santayana-el-filosofa-casi-desconocido-autor-de-la-frase-aquellos-que-no-pueden-recordar-el-pasado-estan-condenados-a-repetirlo.html>
- Pardo Alvarez, D. (2023). The limits of the constitutional amending power in Chilean constitutional law. *Revista de Derecho*, 36(1), 113–135. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502023000100113>
- Peter, F. (2009). *Democratic Legitimacy* (First). Routledge.
- Peter, F. (2023). Political Legitimacy. En E. Zalta & U. Nodelman (Eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
- Real Academia Española. (s/f). *Diccionario de la lengua española*. Ed. 23 [versión 23.7 en línea].
- Rodríguez-Aristizábal, A. (2019). *La legitimidad y la legalidad en épocas de crisis : entre Carl Schmitt y la necesidad de una nueva explicación*. <http://hdl.handle.net/20.500.11912/9466>
- Roobeek, A. (1987). The Crisis In Fordism And The Rise Of A New Technological Paradigm. *Futures*, 19(2), 129–154. [https://doi.org/10.1016/0016-3287\(87\)90047-4](https://doi.org/10.1016/0016-3287(87)90047-4).
- Roznai, Y. (2020). *Reformas constitucionales institucionales: Los límites al poder de reforma* (S. G. J. J. G. E. M. L. G. L. F. V. P. R. A. Á. Vicente F. Benítez R., Ed.; 2020a ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Santayana, G. (2014). *Life of reason: or the phases of human progress*. Mit Press. <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=815365>
- Sassen, S. (2015). *Expulsiones : Brutalidad y complejidad en la economía global* (S. Trad. Mastrangelo, Ed.; Primera Edición). Katz Editores.

- Schmitt, C. (1982). *Teoría de la Constitución* (Primera Edición). Alianza.
- Schmitt, C. (1985). *La dictadura* (J. (Trad.) Diaz García, Ed.). Alianza.
- Schmitt, C. (2014). *El concepto de lo político : Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios* (Segunda Edición). Alianza.
- Schmitt, C., & Conde, F. J. (2009). *Teología Política*. Trotta.
- Schwartzberg, M. (2014). *Counting the Many: The Origins and Limits of Supermajority Rule* (First Edition). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo0000000000>
- Sörensen, J., & Olsson, E. J. (2020). Shadow management: Neoliberalism and the erosion of democratic legitimacy through ombudsmen with case studies from swedish higher education. *Societies*, 10(2:30). <https://doi.org/10.3390/soc10020030>
- Susen, S. (2018). Jürgen Habermas: Between democratic deliberation and deliberative democracy. En R. & F. B. Wodak (Ed.), *The Routledge Handbook of Language and Politics*. (First Edition, pp. 43–66). Routledge. <http://openaccess.city.ac.uk/>
- Suteu, S. (2021). Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism. En *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism*. Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198858867.001.0001>
- Versteeg, M., & Zackin, E. (2016). Constitutions unentrenched: Toward an alternative theory of constitutional design. En *American Political Science Review* (Vol. 110, Número 4, pp. 657–674). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/S0003055416000447>
- Villacañas Berlanga, J. (2020). *Neoliberalismo como teología política*. Ned Ediciones.
- Weber, M. (2002). *Economía y Sociedad* (Segunda). Fondo de Cultura Económica.
- Zeballos Cuathin, A. (2018). Supremacía constitucional y bloque de constitucionalidad: el ejercicio de armonización de dos sistemas de derecho en Colombia. *Pensamiento Jurídico*, 47, 13–42.
- Zhao, X. (2021). A Ciceronian Defense of Democratic Participation. *Política & Sociedade*, 20(47), 103–129. <https://doi.org/10.5007/2175-7984.2021.e78929>