

PLÉYADE

REVISTA DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES

número 20 | julio-diciembre 2017

online ISSN 0719-3696 / ISSN 0718-655x

INTRODUCCIÓN

- Gonzalo Bustamante-Kuschel Republicanismo y democracia agonal: una presentación genealógica.
Introducción
Republicanism and Agonal Democracy: A Genealogical Presentation.
Introduction

ARTÍCULOS

- Andreas Kalyvas La sublime dignidad del dictador:
republicanismo y el retorno de la dictadura en la modernidad política
The Sublime Dignity of the Dictator: Republicanism and the Return of Dictatorship
in Political Modernity
- Adriana Luna-Fabritius Limits of Power: Gaetano Filangieri's Liberal Legacy
Limites del poder: el legado liberal de Gaetano Filangieri
- Ricardo Laleff Ilieff La deuda y el deber: Carl Schmitt y el individuo
Debt and Duty. Carl Schmitt and the Individual
- Sofia Näsström La representación democrática más allá de la elección
Democratic Representation beyond Election
- Miguel Vatter Poder constituyente, autoridad de la constitución y nuevos inicios
Constitutional Power, Constitution's Authority and New Beginnings
- Fernando Atria Extremismo de centro en la cuestión constitucional
Center Extremism in the Constitutional Question

RESEÑAS

- Ignacio Moretti Andrés Rosler. *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la república.*
Buenos Aires: Katz editores, primera edición, 2016.
316 pp. ISBN 9789874001023
- Cristóbal Belloio Cécile Laborde. *Liberalism's Religion.* Cambridge MA: Harvard
University Press, 2017. 350 pp. ISBN 9780674976269

Poder constituyente, autoridad de la constitución y nuevos inicios¹

*Miguel Vatter*²

UNIVERSIDAD DE FLINDERS

Recibido: 1 de mayo de 2017

Aceptado: 5 de junio de 2017

Resumen

En este ensayo, doy cuenta y discuto con aquellos teóricos de la democracia radical que emplean el concepto de poder constituyente de Schmitt para argumentar que la democracia constitucional requiere un “comienzo” extralegal, directamente democrático, si es que pretende ser legítima. Sostengo que la concepción de Schmitt está plagada de dualismos metafísicos y teológicos que tienden a producir una concepción de la soberanía del estado que se posiciona por sobre el “pueblo” y el sistema legal, y por lo tanto, no es compatible con las concepciones de la democracia radical. El ensayo propone un enfoque “monista” o spinozista del concepto de poder constituyente, el cual ofrece mejores recursos para comprender la relación interna entre el constitucionalismo y la política democrática revolucionaria. El ensayo defiende su punto de vista en relación con el debate en curso sobre el proceso constituyente en Chile.

Palabras clave

Democracia radical, Kelsen, Schmitt, Poder Constituyente, Republicanismo, Spinoza.

¹ Las ideas en este ensayo han sido presentadas en conferencias y artículos de prensa. Las conferencias son: Universidad de Deakin, Melbourne, mayo 6, 2016; Australian Political Theory Association Annual Meeting, Melbourne, febrero 17-18, 2017; Universidad Católica de Lovaina, “International Conference on Sovereignty and Constituent Power”, junio 6-8, 2017. En el texto se hace referencia también a una serie de intercambios publicados en el diario *El Mostrador* por Fernando Atria, Renato Cristi y el autor.

² Profesor titular de Ciencia Política en el College of Business, Government and Law de la Universidad de Flinders (Adelaida, Australia). Correo electrónico: miguel.vatter@flinders.edu.au.

Constitutional Power, Constitution's Authority and New Beginnings

Abstract

In this essay I engage those theorists of radical democracy who employ Schmitt's concept of constituent power in order to argue that constitutional democracy requires an extra-legal, directly democratic "beginning" if it is going to be legitimate. I argue that Schmitt's conception is riddled with metaphysical and theological dualisms that tend to support a conception of the sovereignty of the state as standing above both the "people" and the legal system, and is thus not compatible with conceptions of radical democracy. The essay proposes a "monistic" or Spinozist approach to the concept of constituent power which offers better resources to understand the internal relationship between constitutionalism and revolutionary democratic politics. The essay defends its standpoint in relation to the ongoing debate on the constituent process in Chile.

Keywords

Radical Democracy, Kelsen, Schmitt, Constituent Power, Republicanism, Spinoza.

Introducción

Por lo menos desde finales de la década de los ochenta del siglo pasado, el debate sobre el poder constituyente ha tomado la forma de cómo pensar, si no la posibilidad de una “revolución en permanencia”, entonces como mínimo la posibilidad de repetir el espíritu revolucionario *dentro* de un marco constitucional³. Esta idea tiene su raíz en la interpretación republicana de la revolución dada por Hannah Arendt en *On Revolution*. Como bien dice Hauke Brunkhorst:

En la teoría final del poder de Arendt, la alternativa al constitucionalismo “contrarrevolucionario” consiste en la idea de una revolución permanente que es constitucional. La idea de una revolución que es permanente es la idea correcta, argumenta Arendt de acuerdo con Jefferson y Trotsky, pero el problema es que uno puede evitar la tendencia a la autodestrucción totalitaria de la revolución, solo si es posible constitucionalizar la permanencia de la revolución (e incluir la operación reflexiva de una revolución permanente de la constitución misma)⁴.

En el fondo, desde que Emmanuel Sieyès puso mano a la distinción entre poder constituyente y poder constituido para pensar la soberanía del pueblo y su representación en una asamblea nacional, se han buscado maneras de trascender este dualismo. La fórmula de Marx, según la cual la democracia es “la solución al enigma de toda constitución” no significa otra cosa⁵. Pero una vez que Antonio Negri trata de rescatar para el pos-marxismo la teoría del poder constituyente

³ Para esta formulación, véase Miguel Vatter, *Between Form and Event: Machiavelli's Theory of Political Freedom* (Boston: Kluwer Academic Publishers, 2000); y los ensayos en Miguel Vatter, *Constitución y resistencia. Ensayos de teoría democrática radical* (Santiago de Chile: LOM, 2012). El problema se hace explícito en la jurisprudencia norteamericana con Bruce Ackerman y está presente en el debate Rawls-Habermas. Para la historia de la idea de poder constituyente, véase ahora Joel Colón-Ríos, “Five Conceptions of Constituent Power”, *Legal Quarterly Review* 130 (2014).

⁴ Hauke Brunkhorst, “Power and the Rule of Law in Arendt's Thought”, en *Hannah Arendt and the Law (Law and Practical Reason)*, ed. Christopher McCorkindale y Marco Goldoni (Portland OR: Hart Publishing, 2012), 225. En inglés en original: “In Arendt's final theory of power, the alternative to ‘counterrevolutionary’ constitutionalism consists in the idea of a permanent revolution that is constitutional. The idea of a revolution that is permanent is the right idea, Arendt argues in accordance with Jefferson and Trotsky, but the problem is that one can avoid the tendency of totalitarian self-destruction of the revolution then and only then, if it is possible to constitutionalize the permanence of the revolution (and to include the reflexive operation of a permanent revolution of the constitution itself).” [Traducción del editor].

⁵ Susan Marks, *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy, and the Critique of Ideology* (Oxford: Oxford University Press, 2000).

para así pensar la democracia “absoluta”⁶, podríamos también, y con toda justicia, dar vuelta la fórmula y decir que, hoy por hoy, es el concepto mismo de poder constituyente que se ha vuelto para muchos la solución del “acertijo” de la democracia liberal⁷. Por lo menos, creo, estarían de acuerdo sobre esta afirmación todos aquellos que han trabajado este concepto a partir de Negri, entre los cuales se encuentran Andreas Kalyvas, Martin Loughlin, Hans Lindahl, Sofia Näsström, Joel Colón-Ríos, y también Fernando Atria.

Ahora, como impecablemente ha demostrado Renato Cristi en muchos trabajos sobre Schmitt y el poder constituyente⁸, no es solamente la izquierda la que ha asociado el poder constituyente con el cambio revolucionario. A partir del bonapartismo, pasando por el carlismo, hasta nuestros tiempos con Pinochet y Guzmán⁹, para no mencionar ejemplos más recientes aún desde Hungría y Polonia hasta Turquía y Venezuela, el concepto de poder constituyente ha sido empleado también por las “revoluciones conservadoras”, es decir, por fuerzas que intentan asentar cambios (contra-)revolucionarios¹⁰.

Las raíces de la posibilidad de hacer un doble uso de la teoría del poder constituyente se encuentran en el pensamiento medieval. En el siglo XII, el poder constituyente se volvió, primero, un atributo de los emperadores y monarcas: ellos fueron los primeros en usar el constitucionalismo en una lucha por establecer su Estado por encima de los estamentos de los nobles y los sacerdotes, y con este fin buscaron constituir un “pueblo” por sí mismos¹¹. Esta lucha fue retomada por Jean Bodin y Thomas Hobbes, y fue revivida nuevamente por Schmitt en el último siglo.

Al mismo tiempo, pero por razones completamente opuestas, el poder constituyente también estaba siendo redescubierto por los juristas de las ciudades-

⁶ Antonio Negri, *Insurgencies: Constituent Power and the Modern State*, trad. Maurizia Boscagli (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999).

⁷ Me parece que esa es la ambición de la famosa colección de ensayos editados por Martin Loughlin y Neil Walker, *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* (Nueva York: Oxford University Press, 2007). Antes de eso, véase Ingeborg Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluss an Kant* (Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1994).

⁸ Véase, entre otros: Renato Cristi, “The Metaphysics of Constituent Power: Carl Schmitt and the Genesis of Chile’s 1980 Constitution”, *Cardozo Law Review* 21 (2000); “Schmitt on Constituent Power and the Monarchical Principle”, *Constellations* 18, no. 3 (2011); “Precisiones en torno a la noción de poder constituyente”, en *El constitucionalismo del miedo. Propiedad, bien común y poder constituyente*, ed. Renato Cristi y Pablo Ruiz-Tagle (Santiago de Chile: LOM, 2014).

⁹ Renato Cristi, *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y libertad* (Santiago de Chile: LOM, 2000).

¹⁰ Véase William Partlett, “The Dangers of Popular Constitution-Making”, *Brooklyn Journal of International Law* 38, no. 1 (2012).

¹¹ Ver Ernst H. Kantorowicz, *The King’s Two Bodies. A Study in Medieval Political Theology* [1957] (Princeton: Princeton University Press, 1997) y Harold Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge MA y Londres: Harvard University Press, 1983).

estado y las federaciones del Renacimiento, en orden a defender la independencia de sus repúblicas de la jurisdicción de los emperadores y reyes. La demanda básica aquí era que un pueblo, y sus representantes escogidos, era príncipe en sí mismo (a saber, soberano), y de esta forma no necesitaba de rey para constituirse como un pueblo¹². Para estos juristas era una cuestión de retroceder el reloj sobre la supuesta transferencia de jurisdicción desde el pueblo al emperador en el final de la República romana: ellos buscaban traer de vuelta los principios originales del republicanismo romano, y posteriormente el proyecto fue tomado y radicalizado por autores como Marsiglio de Padua, Nicolás Maquiavelo, Baruch Spinoza y James Harrington¹³.

Desde esa época el poder constituyente ha sido un objeto de disputa entre repúblicas y monarquías. Como dice Schmitt en su *Teoría de la constitución*, príncipe y pueblo son los dos “sujetos de Poder constituyente que históricamente hay que considerar. Donde prepondera el punto de vista de *autoridad* es predominante, será reconocido el poder constituyente del Rey; donde el punto de vista de la *maiestas populi* domina, la validez de la Constitución descansará en la voluntad del pueblo”¹⁴. Esta frase de Schmitt es algo más complicada de lo que parece a primera vista: no reconoce simplemente que existen dos “sujetos” del poder constituyente (pueblo y rey) –como ha insistido Cristi contra Atria (ya volveremos sobre este punto)– sino que también admite de que existen dos *maneras diferentes* de concebir al poder constituyente. La primera se basa sobre la idea de autoridad, y la segunda sobre la idea de una *maiestas populi*: la primera es filo-monárquica, la otra es filo-republicana. Ahora bien, en mi opinión no existe razón alguna para pensar que Schmitt, aparte de reconocer la existencia de una concepción republicana del poder constituyente, haya también formulado correctamente tal concepción. Sería como afirmar que Hobbes (el pensador clave para la primera concepción del poder constituyente, aquella monárquica) es un pensador republicano. Por eso me parece curiosa la tentativa de emplear la concepción schmittiana de poder constituyente para desarrollar una concepción “democrática” o “republicana” del poder constituyente, como han tratado de hacer autores tan diferentes entre ellos como Kalyvas, Loughlin, y Lindahl. Más abajo abordaré la adopción de Schmitt en la postura de Atria sobre el poder constituyente.

¹² Véase la discusión en Joseph Canning, *The Political Thought of Baldus de Ubaldis* (Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press, 1987).

¹³ Quentin Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought. Vol. II. The Age of Reformation* (Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press, 1978). Para otra genealogía, que apunta a la contribución del pensamiento sobre la Monarquía, véase Andreas Kalyvas, “Popular Sovereignty, Democracy, Constituent Power”, *Constellations* 12, no. 2 (2005): 223-244.

¹⁴ Carl Schmitt, *Teoría de la constitución*, trad. Francisco Ayala (Madrid: Alianza Editorial, 1996), 104.

Hay varias razones sobre el por qué estos teóricos democráticos adoptan los teoremas de Schmitt, pero una de las razones que sale a la luz repetida veces es que todos ellos asumen que el gran contrincante de Schmitt y defensor de la democracia parlamentaria, Hans Kelsen, no tenía un concepto de poder constituyente. Siguiendo la lectura de manual de Kelsen, se asume que Kelsen simplemente identifica la legitimidad con la legalidad, el Estado con el orden legal positivo, y de esa manera elimina o reprime el problema del poder constituyente¹⁵. “Es inconcebible para el universo de ideas kelseniano, una ruptura revolucionaria de la legitimidad democrática”¹⁶: los seguidores de Kelsen no captarían la magnitud revolucionaria de estos eventos (por ejemplo, “el pronunciamiento carlista del 73 destruye el Poder constituyente del pueblo”) pues subordinan la legitimidad a la legalidad, y estiman que es una cadena cuyos eslabones no pueden romperse”¹⁷. En mi primer artículo¹⁸ quise objetar a esta manera de entender el debate entre Kelsen y Schmitt, y mostrar que Kelsen puede ser un aliado importante en la tarea, a mi parecer todavía incumplida, de desarrollar una adecuada concepción republicana de poder constituyente.

En su conocida obra sobre la Constitución del 1980 de Pinochet¹⁹, Atria asume la validez de la concepción schmittiana del poder constituyente del pueblo basado sobre la idea de que “la validez de la constitución descansa en la voluntad del pueblo”. Su argumento es muy simple: la Constitución del ‘80 no fue elaborada de manera democrática, no corresponde a la voluntad del pueblo chileno, y por eso carece de legitimidad:

El “nuevo inicio” es un acto de afirmación política, no filosófico, y quiere decir: ahora nosotros somos dueños de nuestro destino. Por eso no hubo un “inicio” en 1988 o 1989 o 1990: no porque en 1810 o 1818 nos habíamos independizado ya de España, sino porque no puede decirse que lo que se mantuvo en 1989 de la Constitución de 1980 se mantuvo porque nosotros libremente decidimos mantenerlo. Las instituciones neutralizadoras de la Constitución de 1980 continuaron no porque *Nosotros*, los chilenos, hayamos decidido que convenía mantenerlas. La transición no fue ni se entendió libre de las trampas de la Constitución de 1980, que continuaron rigiendo como

¹⁵ Esta es la crítica de Kelsen que se encuentra en Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, trad. George Schwab (Cambridge MA: MIT Press, 1988) y *Legality and Legitimacy*, trad. Jeffrey Seitzer (Durham NC y Londres: Duke University Press, 2004).

¹⁶ Renato Cristi, “Legalidad, legitimidad y poder constituyente”, *El Mostrador*, 2 de diciembre de 2015, consultado el 15 de enero de 2018, <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/12/02/legalidad-legitimidad-y-poder-constituyente/>.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Miguel Vatter, “La otra ‘trampa’: dos conceptos de poder constituyente”, *El Mostrador*, 27 de noviembre de 2015, consultado el 15 de enero de 2018, <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/11/27/la-otra-trampa-dos-conceptos-de-poder-constituyente/>.

¹⁹ Fernando Atria, *La Constitución tramposa* (Santiago: LOM ediciones, 2013).

una imposición. Si fueron una imposición no pueden haber descansado en el poder constituyente del pueblo²⁰.

No voy argumentar, en este contexto, que antes de poder decir si algo corresponde o no a la “voluntad del pueblo” hay que representar tal voluntad, y por ende entramos en la cuestión de la paradoja de la representación, que he tratado en otros escritos²¹. Acá se trata de otros dos problemas.

El primero trata de la cuestión si el poder constituyente es algo “transcendente” o “inmanente” en una constitución. ¿Es verdad de que la “legitimidad” de una constitución se debe a que nace de un evento revolucionario que acontece “afuera” del ordenamiento jurídico? En relación a esta pregunta, es de importancia secundaria debatir si el único evento legitimador es una “decisión” del pueblo (tesis de Atria) o si puede tener tal función también una “decisión” del tirano (tesis de Cristi). Ambos asumen la existencia de una “persona” con poderes constituyentes “originarios” que existe antes y por arriba del sistema de normas jurídicas. Asumir esta idea es caer en la paradoja del constitucionalismo, es decir, en la paradoja de que la legitimidad de un orden legal no es algo de suyo legal. Como veremos, Atria cree en este punto fuertemente: para él, la legitimidad de una constitución es sólo “política”, y eso significa, al final del día, que es una cuestión que no se decide “por la razón” sino “por la fuerza”.

La segunda cuestión tiene que ver con los “nuevos inicios”. Atria y Cristi argumentan que para que haya un “nuevo inicio” es necesaria la destrucción de un orden jurídico previo: el golpe militar

destruye el Poder constituyente del pueblo (...). Pero a partir del 1988, el pueblo reconquista su Poder constituyente, y con ello se restaura la continuidad de nuestra Constitución histórica, que es inicialmente republicana y se va democratizando con el paso del tiempo. Este “nuevo inicio” no parte de un cero existencial; parte de la Constitución de 1980 que ahora ya no es la Constitución de Pinochet, sino que ha pasado a ser la Constitución del pueblo de Chile²².

²⁰ Fernando Atria, “Sobre el problema constitucional y el extremismo de centro II”, *El Mostrador*, 28 de diciembre de 2015, consultado el 15 de enero de 2018, <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/12/28/sobre-el-problema-constitucional-y-el-extremismo-de-centro-ii/>.

²¹ Miguel Vatter, “Poder constituyente y representación”, en *Democracia y poder constituyente*, eds. Gonzalo Bustamante y Diego Sazo (Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, 2016). Véase también Hans Lindahl, “Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood”, en *The Paradox of Constitutionalism*, eds. Marting Loughlin y Neil Walker (Nueva York: Oxford University Press, 2007).

²² Cristi, citado por Atria, en “Sobre el problema constitucional”.

Mientras el “nuevo inicio” para Cristi se refiere al cambio entre una legitimidad “fascista” y una legitimidad “democrática”²³ de la *misma* Constitución, cambio que pasa por el plebiscito de 1988, para Atria el “nuevo inicio” puede ser solamente la destrucción de la *vieja* Constitución “tramposa” y la creación de una *nueva* Constitución en un acto constituyente democrático que le otorgue legitimidad. En ambos casos la legitimidad de la Constitución está dada de manera externa a la misma Constitución, por una autoridad previamente constituida. En el caso de Cristi, a través del plebiscito de 1988 tal autoridad fue devuelta por Pinochet al Pueblo chileno, y esto hace que la Constitución de 1980 se haya vuelto *ipso facto* “su” Constitución (es decir, una Constitución democrática aunque imperfecta, con algunos “cerrojos”), y ya no es aquella de Pinochet. En el caso de Atria, vemos la misma identidad entre legitimidad de la Constitución y autoridad, pero en este caso, Atria argumenta que, dado que la Constitución de 1980 se mantuvo igual después del plebiscito de 1988 (porque no todos los “cerrojos” se cambiaron), *esto debe significar ipso facto que no hubo decisión del Pueblo, que el Pueblo todavía no está autorizado a decidir*. Al final, ambos –Atria y Cristi– adoptan la postura de Hobbes, en el sentido de que aceptan la máxima *auctoritas non veritas facit legem* (la autoridad, no la verdad, hace las leyes). Yo creo con Kelsen que solamente la ley (es decir, un orden legal) puede otorgar “autoridad”, y toda autoridad legal está sujeta a una lógica de la verdad. Esto tiene implicaciones por la cuestión en debate, entre Atria y yo, sobre el rol de la filosofía en lo político y en lo jurídico. Y tiene también implicaciones sobre la cuestión de los “nuevos inicios”, porque mi postura significa que las revoluciones republicanas son revoluciones constitucionales, y esto en dos sentidos: primero, son revoluciones que se hacen *dentro y gracias a* un continuum constitucional; segundo, que si el marco constitucional no permite tales revoluciones o “nuevos inicios”, entonces tal marco deja de tener relación con continuum constitucional, y ya no funciona más como una constitución republicana.

Kelsen, Spinoza y la paradoja del constitucionalismo

Arendt se refería a la paradoja del constitucionalismo como el “círculo vicioso” de Sieyès²⁴. Esta paradoja establece que el comienzo de un nuevo orden legal no está en sí mismo obligado por la ley, o que el absolutismo es condición de un gobierno limitado. Como decía Sieyès, “una nación es independiente de todas las formas y, sin embargo puede desear, es suficiente para su voluntad hacerse conocida para que toda la ley positiva caiga silente en su presencia, porque esta es la fuente y

²³ Cristi, “Legalidad, legitimidad y poder constituyente”.

²⁴ Hannah Arendt, *On Revolution* (Nueva York: Penguin Books, 1990), 162-188.

el *maestro supremo* de toda ley positiva”²⁵. La paradoja del constitucionalismo fue utilizada por Schmitt para rechazar la definición de una constitución como una norma superior, y reemplazarla por su definición de una constitución como “la decisión concreta, comprensiva, sobre el tipo y la forma de su propia existencia política”²⁶. Esta definición es apropiada por Atria, quien fundamenta su tesis en que el establecimiento de una constitución es un acto político, no jurídico, y que por ende cualquier cuestión que tenga que ver con el poder constituyente no puede sino ser decidida políticamente (volveremos sobre este punto en la segunda parte de este ensayo).

La paradoja de constitucionalismo encuentra su origen en la teología medieval. Los teólogos medievales fueron confrontados con el problema de reconciliar la idea de Dios como trascendente y omnipotente (una concepción bíblica) con la idea de la Naturaleza como un orden estable y causal (una concepción aristotélica de la Naturaleza). Una de las soluciones influyentes era argumentar que la voluntad de Dios era caracterizada por dos poderes distintos: un poder *absoluto* (*potestas absolutas*) y un poder *legal* (*potestas ordinaria*)²⁷. Según su poder “ordinario”, Dios quiere su Creación como un orden legal, estable y perfecto. Pero según su poder “absoluto”, Dios puede siempre decidir intervenir en tal orden y ser causa de un estado de excepción que lleva el nombre de “milagro”. Tal dualismo fue rápidamente adoptado por la jurisprudencia medieval y lo encontramos de nuevo en la teoría constitucional de Schmitt, según la cual una Constitución se define como la “decisión” extra-legal de un soberano, es decir, de la Persona del Estado cuyo poder absoluto es “constituyente” del orden legal²⁸.

Según argumenta Schmitt en *Teología política*, en tiempos normales la Persona del Estado se pone al servicio del Estado de Derecho. Pero cuando estamos en tiempos de emergencia, cuando la sociedad se enfrenta a conflictos irreconciliables, entonces

²⁵ Emmanuel Joseph Sieyès, “What is the Third Estate?”, en *Political Writings*, ed. M. Sonnenscher (Indianápolis: Hackett Publishing Co., 2003), 138, énfasis añadido.

²⁶ Schmitt, *Constitutional Theory*, Sección 8, 125.

²⁷ Ver Francis Oakley, “The Absolute and Ordained Power of God in Sixteenth- and Seventeenth-Century Theology”, *The Journal of the History of Ideas* 59, no. 3 (1998); y Mika Ojakangas, “*Potentia absoluta et potentia ordinata Dei*: On the Theological Origins of Carl Schmitt’s Theory of Constitution”, *Continental Philosophy Review* 45 (2012).

²⁸ Véase Schmitt, *Political Theory*; Raphael Gross, *Carl Schmitt und die Juden: eine deutsche Rechtslehre* (Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 2005) ha argumentado que a través de su teología política, Schmitt estaba reaccionando a la lectura “relativista” del episodio entre Jesús y Poncio Pilatos ofrecida por Kelsen en su teoría de la democracia. Según Kelsen, Pilatos no puede responder a su pregunta “¿qué es la verdad?” a propósito de si Jesús es el Cristo (mesías) y, por ende, deja decidir “democráticamente” a los judíos si salvar a Jesús o Barrabás, mientras que para Schmitt la soberanía presupone la verdad de la afirmación que “Jesús es el Cristo”. Sobre el significado de esta fórmula, véase Miguel Vatter, “Strauss and Schmitt as Readers of Hobbes and Spinoza. On the Relation between Liberalism and Political Theory”, *The New Centennial Review* 4, no. 3 (2004), 161-214. Sobre la cuestión de Pilato, véase ahora Giorgio Agamben, *Pilato y Jesús*, trad. María T. D’Meza (Madrid: Adriana Hidalgo Editora, 2014).

la Persona del Estado debe tomar excepción de algunas normas constitucionales, o de toda la Constitución, y ponerse por encima de la ley para “crear” un nuevo orden²⁹. En este modelo la soberanía se encuentra, por definición, *siempre tanto por sobre como por debajo de la ley*. El poder constituyente y el poder constituido no son sino las dos caras de una misma concepción de soberanía, actuando de forma absoluta en el primer caso, o actuando de forma ordenada en el segundo. Schmitt recurrió a estas invenciones de la jurisprudencia medieval (y al *Staatslehre* alemán del siglo diecinueve que las había adoptado) para responder a los intentos previos de Kelsen por refutar la “doctrina del Estado” recién mencionada. Desde el principio, la jurisprudencia de Kelsen está motivada por su negación de la Personalidad dual del Estado: no existe esta Persona dual, una parándose por sobre el orden legal; la otra estando compuesta de los cargos que este mismo orden legal permite o empodera para hacer y aplicar las leyes positivas³⁰.

En su famoso artículo “Dios y el Estado”, publicado el mismo año que *Teología política*, Kelsen negaba la existencia de esta Persona soberana porque rechazaba completamente la distinción entre un Dios trascendente y una Naturaleza immanente. Este dualismo, y una idea así de soberanía, era literalmente anti-científica para Kelsen, y de este modo bloqueaba el camino a una aproximación científica al derecho, a una “teoría pura” del derecho. El creer en esta Persona era como si uno creyera que detrás del fenómeno del rayo hubiese un Zeus barbudo lanzando sus dardos sobre la tierra. La idea de que existe un poder que puede “decidir”, ya sea, expresarse a sí mismo en una cadena de causas efectos, o expresarse a sí mismo quebrando esta cadena, es completamente absurda, una contradicción en los términos. En realidad, para Kelsen solo existe una Naturaleza como un sistema de leyes. Al tomar este punto de vista, Kelsen hace explícitamente uso de Spinoza y su principio *Deus sive Natura* para romper con la tradición de la teología medieval y su aplicación a la jurisprudencia. Al hacerlo, estaba contestando la afirmación de Schmitt, que se encuentra tanto en su *La dictadura* como en su *Teoría de la constitución*, a saber: que la *natura naturans* de Spinoza es una continuación de la idea medieval de Dios como *potestas constituens*³¹. Mientras que para Schmitt el Dios de Spinoza es

²⁹ Véase también el debate entre Schmitt y Kelsen sobre quien debiera ser el “guardián” de la constitución, Carl Schmitt y Hans Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, ed. G. Lombardi (Madrid: Editorial Tecnos, 2009).

³⁰ Véase la lúcida discusión de este punto en Hauke Brunkhorst, “Critique of Dualism: Hans Kelsen and the Twentieth Century Revolution in International Law”, *Constellations* 18, no. 4 (2011). Sobre la crítica de Kelsen a la doble personalidad del Estado, véase ahora Miguel Vatter, “The Political Theology of Carl Schmitt”, en *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, eds. J. Meierhenrich y O. Simons (Oxford: Oxford University Press, 2017).

³¹ Schmitt, *Constitutional Theory*, Sección 8, 128.

“parte de la teoría de la teología política”³², para Kelsen el *Deus sive Natura* presagia el fin de tal teología política.

¿Cómo nos ayuda el uso que Kelsen hace del *Deus sive Natura* de Spinoza para articular un entendimiento republicano y constitucional del poder absoluto? Spinoza plantea que la Naturaleza puede ser entendida desde dos perspectivas: como *natura naturata* y como *natura naturans*, como pasiva y como activa. Considerada pasivamente, la Naturaleza es la concatenación necesaria de efecto y causa, donde cada efecto es tanto condición de otro efecto (es decir, es su causa) y, a su vez, está condicionado por otro efecto (es decir, es también su efecto). Todo manual de filosofía legal explica de este modo la idea de Kelsen de la autorización de una norma legal por otra norma en y a través de la jerarquía de las normas legales, excepto, por supuesto, que en el sistema jurídico estamos hablando de una fuerza normativa, de un “deber ser” de la norma, y no de fuerzas físicas³³. Mi punto es que la idea de la autonomía legal de Kelsen no es meramente pasiva sino que también dinámica: debiera ser leída no solo como *natura naturata*, sino que también como *natura naturans*.

Entonces ¿qué sucede si la interpretación del “comienzo” de un orden legal de Kelsen se modela sobre la *natura naturans* de Spinoza, a partir de su idea activa de naturaleza? Cuando pensamos la naturaleza de manera activa, entonces cada efecto debe de ser entendido no solamente como condición *condicionada* de otro efecto, sino que también como condición *incondicionada*, dado que es la expresión directa de una y la misma causa, es decir, la naturaleza en tanto *causa sui* o Dios. En tal sentido, cada cosa en la naturaleza es enteramente necesaria (porque es causada o condicionada) y al mismo tiempo libre (porque tal cadena de causas es auto-generada, o causada por si misma). En último término, este es el sentido de la doctrina del *conatus* de Spinoza, pero aquí no puedo detenerme más allá en su explicación. De este modo, el actuar de acuerdo al derecho de la naturaleza como un sistema de leyes es ser libre, ya que significa estar sujeto a una ley que, en cierta forma, uno mismo ha contribuido a hacer. No es coincidencia que tal concepción del Estado de derecho como condición para la libertad, también sea un principio fundamental de la teoría

³² *Ibidem*. Incidentalmente, esto contradice la afirmación de Cristi, según la cual Schmitt, en su “*Teoría de la Constitución* presenta un discurso claramente moderno y secularizado” (Cristi, “Legalidad, legitimidad y Poder constituyente”). Hay que recordar, además, que hacia el final de su vida en 1969 Schmitt escribe *Political Theology II. The Myth of the Closure of any Political Theology*, trad. M. Hoelzl y G. Ward (Cambridge: Polity Press, 2008).

³³ Según Lindahl, esta idea imposibilita postular una “primera constitución”, y por ende, una idea de poder constituyente “originario”. Hans Lindahl, “Possibility, Actuality, Rupture: Constituent Power and the Ontology of Change”, *Constellations* 22, no. 2 (2015). Esto significa que el “nosotros” del pueblo constituyente, al cual apela Atria, es posible solamente una vez que la constitución esta dada, como efecto retroactivo de legitimación de una fundación ilegítima.

republicana. Yo creo que es también una de las fuentes de la idea de Kelsen de la autonomía legal como un sistema de leyes que es autogenerativo.

¿Qué pasa cuando aplicamos este modelo de la *natura naturans* al problema planteado por el carácter “absoluto” de poder constituyente? El resultado es que el poder constituyente no es ni “trascendente” a un orden constitucional, como su estado de excepción, ni es una proyección retroactiva de una institución del Estado, sino que, más bien, el poder constituyente es la causa *inmanente* del orden legal. Aquí, el poder constituyente corresponde a la *causa sui*, la que es necesariamente expresada en y a través del *orden constitucional mismo cuando este orden es visto como activo o autocreativo o, en los términos de Kelsen, cuando el sistema legal es entendido como un sistema dinámico.*

Esto significa, en primer lugar, que toda Constitución dada tiene dos lados: un aspecto pasivo y uno activo o creativo. Hoy en día, esta idea spinozista ha sido recibida dentro de los ámbitos jurídicos cada vez que los juristas distinguen entre un constitucionalismo “negativo” y uno “positivo” o “afirmativo”. El constitucionalismo negativo, o liberal, comprende de manera pasiva a la Constitución: en última instancia, se trata de un instrumento para separar a los poderes del Estado y para establecer y salvaguardar los derechos individuales en contra de la interferencia del gobierno. No obstante, si entendemos la Constitución a partir de su aspecto creativo o constituyente, entonces cada eslabón del orden legal puede expresar la Idea de una Constitución republicana, según la cual cada ley debiera poder ser juzgada “como si” un pueblo libre se la hubiera dado a sí mismo. Una Constitución se vuelve activa o constituyente cuando empodera ciudadanos, es decir, cuando aporta a *constituir el poder mismo del pueblo, o la democracia.*

De este modo, cualquier Constitución que solo salvaguarda derechos individuales sin establecer, al mismo tiempo, mecanismos que puedan empoderar al pueblo, a sus ciudadanos, queda corta respecto de la Idea de una Constitución, o, dicho en los términos de Kelsen, respecto de la “norma básica” que debe ser presupuesta por todo documento Constitucional de facto, si esta Constitución habrá de fundar un sistema de normas o un orden legal.

Estrictamente hablando, entonces, una constitución es legitimada democráticamente no porque un evento democrático y revolucionario se encuentra al “principio” de un orden legal, como lo plantearían Kalyvas o Atria, sino que toda vez que hay un movimiento de *retorno a los principios dentro del orden legal*, entendido como un movimiento en donde toda norma dada es “traída de vuelta” y “testeadá” por medio de los principios constitucionales hipotéticos o “norma básica”, desde la cual se supone que emerge y dentro de la que puede ser disuelta o cambiada. En este retorno a los principios, la democracia es el poder constituyente y el poder constituyente es democrático.

Que existe una correlación cercana entre la norma básica y el poder constituyente resulta obvio a partir de la función de la norma básica: “Toda la función de esta norma básica es la de conferir el poder creador de la ley (*law-creating power*) sobre el acto del primer legislador y sobre todos los otros actos basados en el primer acto”³⁴. Kalyvas ha interpretado correctamente a la norma básica como la respuesta de Kelsen a la paradoja del constitucionalismo, pero creo que ha comprendido equivocadamente el punto de la respuesta. Kalyvas plantea que la norma básica resuelve la paradoja del constitucionalismo porque “solo una norma externa, hipotética, confiere validez objetiva sobre innovaciones constitucionales extra-legales, las que de otro modo, como revolucionarias, como arbitrarias manifestaciones de fuerza, no están prescritas o sancionadas por todo orden jurídico positivo”³⁵. El error es interpretar a la norma básica como si solo fuera algo “externo e hipotético”, ya que esto es lo que lleva a Kalyvas a acusar a Kelsen de replicar “clásicos mitos fundacionales que dotan a los orígenes extra-legales de un orden político de legalidad y encubren sus inicios fácticos y arbitrarios”³⁶. Bajo tal interpretación, la norma básica se vuelve una pieza de sofistería, la reiteración del principio de que “el poder determina lo que es justo”³⁷.

Me parece que no es este el sentido en que la famosa equivalencia de Spinoza entre *jus* (derecho) y *potentia* (potencia)³⁸ se encuentra en Kelsen. Incluso reputados especialistas de la obra de Kelsen, como Geert Edelman, quien ha ofrecido uno de los más cuidadosos estudios del sentido en que la “norma básica” es una “hipótesis”, caen en esta malinterpretación cuando, por ejemplo, él afirma que la norma básica conecta “la idea del derecho con la idea de la más alta autoridad [por ejemplo, con el soberano], con el propósito de crear la ley”, de modo que el derecho positivo

³⁴ Hans Kelsen, *Théorie générale des normes* (París: Presses Universitaires de France, 1996), 116, 436. O, en otra formulación: “This fundamental norm authorizes the individual or individuals who have established the historically first constitution to posit norms that represent the historically first constitution” (*Ibid.*, 343). Ver también la siguiente formulación: “the basic norm confines itself to delegating power to a norm-issuing authority –that is, it sets out a rule– according to which the norms of the legal system are to be created”, en *Pure Theory of Law: Reine Rechtslehre*, trad. Max Knight (California CA: University of California Press, 1967), 218.

³⁵ Andreas Kalyvas, “The basic norm and democracy in Hans Kelsen’s legal and political theory”, *Philosophy and Social Criticism* 32, no. 5 (2006): 578.

³⁶ *Ibid.*, 579.

³⁷ Es cierto que no es siempre fácil distinguir el sentido de las formulaciones de la norma básica de Kelsen de la interpretación sofista dada al *nomos basileus*, en particular porque Kelsen siempre rechaza cualquier lectura de la norma básica en tanto “ley natural” en el sentido tomista. Pero esta es una cuestión demasiado compleja para tratar en este contexto. Sobre las lecturas platónicas versus las sofistas de la fórmula, véase Giorgio Agamben, *Homo Sacer. Sovereign Power and Bare Life*, trad. Daniel Heller-Roazen (Stanford CA: Stanford University Press, 1998).

³⁸ Baruch Spinoza, *Political Treatise*, ed. Jonathan Israel (Nueva York: Hackett Publishing, 2000), Cap. 2.

“solo es válido si su demanda de validez también puede ser hecha cumplir”³⁹. En mi opinión, el sentido de la norma básica es exactamente el opuesto: la función de la norma básica no es la de dignificar a una *potestas* (poder) fáctica al garantizarle atributos legislativos. Al contrario, el rol de la norma básica (como requerimiento para una Constitución) es el de establecer el principio que solo la autojustificación del derecho, la construcción de una descripción de sí mismo en términos legales, es lo que “establece los fundamentos” para el ejercicio del poder político de manera legítima. Esta intuición es platónica, en el sentido de que para Platón solo el conocimiento de lo que es correcto (por ejemplo una ciencia legal) entrega acceso legítimo al ejercicio del poder. Pero es también profundamente spinozista, si es cierto que “la mancomunidad cuyas leyes se basan sobre buenas razones es la más libre, ya que ahí cada uno puede ser libre en tanto lo desee, es decir, que puede vivir con entusiasmo bajo la guía de la razón”⁴⁰.

Así, la norma básica como hipótesis muestra que el carácter necesariamente coercitivo del derecho positivo (la necesidad de una ley de aplicarse por una *potestas* debidamente constituida) solo es el lado pasivo del derecho. Su lado activo, en cambio, está orientado hacia el aumento de la *potentia* de aquellos que se someten a la ley, es decir, el aumentar el poder del pueblo. Es por esto que un sentido de la norma básica como hipótesis es obligar (por medio del poder del argumento) a la *potestas*, o la autoridad legislativa misma, a cambiar o hacer nuevas leyes cada vez que la justificación de las viejas leyes ha cedido el paso en las mentes de aquellos afectados por ellas: este es el carácter dinámico o constituyente, es decir democrático, de la autonomía del derecho en Kelsen.

Autoridad de la Constitución, nuevos inicios y el rol de la filosofía⁴¹

Toda constitución republicana conlleva la posibilidad de legalizar la revolución, es decir, de entender el poder constituyente como inmanente a la constitución. Tanto para la teoría como para la historia republicana, la constitución es justamente lo que une de manera indisoluble revolución y legalidad. En el momento en que estos dos se escinden, asumiendo que pueda existir revolución sin legalidad, o que la legalidad niegue la posibilidad de la revolución, estamos fuera del marco republicano: hemos

³⁹ Geert Edelman, “The Hypothesis of the Basic Norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen”, en *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, ed. Stanley Paulson y Bonnie L. Paulson (Oxford: Oxford University Press), 219.

⁴⁰ Baruch Spinoza, *Tratatus Theologico-Politicus. Gebhardt Edition* [1925], trad. Samuel Shirley (Leiden y Boston: Brill Academic Publishers, 1991), Cap. 16.

⁴¹ En lo que sigue retomo, con algunos cambios, las formulaciones que se encuentran en mis respuestas a Cristi y Atria en *El Mostrador*.

devenido en conservadores o liberales, dependiendo de cuál de las dos opciones se escoja.

Precisamente, separar revolución (que apoda “legitimidad”) y legalidad es el propósito de la teoría constitucional de Schmitt, y de esta manera abre la posibilidad de justificar a dos maneras de hacer la revolución (es decir, de cambiar el orden legal): una monárquica y otra democrática. En realidad ambas posibilidades presuponen que los cambios revolucionarios se pueden lograr solamente a través de un gobierno de las Personas, sean estas individuales o colectivas, que pongan a un lado el gobierno de la Ley, y cuya legitimidad o autoridad esté dada de manera puramente extra-legal. Al final, esta autoridad es una función de la *potestas*, de la capacidad de liderar “las tropas,” de recoger la aclamación de los “comicios”.

Renato Cristi, en su magistral reconstrucción de los fundamentos teóricos de la dictadura de Pinochet, permanece dentro de este modelo schmittiano de la autoridad, o legitimidad, y lo aplica al ideario republicano. Para Cristi el gobierno de la Persona=Pueblo es democráticamente legítimo, mientras el gobierno de la Persona=Pinochet es legítimo en sentido “fascista” o “carlista”. Es así que Cristi parece explicar las continuidades y las discontinuidades en la historia republicana de Chile: en 1973 Pinochet llevo a cabo una “revolución” monárquica, usurpando el poder constituyente en su persona física; en 1989 el Pueblo chileno hizo una “revolución” democrática, haciendo transitar la Persona del Estado desde el cuerpo de Pinochet al “cuerpo místico” del Pueblo chileno⁴². Este tránsito de la Persona del Estado de un cuerpo a otro es lo que la ciencia política (y todos) hemos conocido como la “transición democrática”. Ya va a ser casi una década en la cual los problemas de esta hipótesis están a la vista general.

El origen de esto se debe, justamente, a la creencia mitológica en la Persona del Estado y a eso que tal mitología permite, es decir, el dominio de una forma de gobierno en las cuales (algunas) clases de personas están por arriba de las leyes. La permanencia de tal dualismo entre una fuente transcendente de legitimidad en relación a la legalidad es justamente lo que conduce los argumentos “históricos” de Atria y Cristi detallados arriba, que muestran que cada uno, de manera diferente, busca el “nuevo inicio” cuya presencia o ausencia legitima o quita legitimidad a un orden jurídico dado. El “pathos” de la discusión “histórica” entre Cristi y Atria es síntoma de una (bien fundamentada) ansiedad de que, bajo este modelo de entender

⁴² Esta transición del cuerpo del Rey al cuerpo del Pueblo es un topos analizado a partir de Kantorowicz, *The King's Two Bodies*. Se encuentra igualmente en Q. Skinner, “A Genealogy of the Modern State”, *Proceedings of the British Academy* 162 (2009); en Claude Lefort, *Democracy and Political Theory*, trad. David Macey (Cambridge: Polity Press, 1988) y en Pierre Rosanvallon, *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France* (Paris: Gallimard, 1998). Por último, véase Sofia Näsström, “The Legitimacy of the People”, *Political Theory* 35, no. 5 (2007), así como su contribución en este número; y Eric L. Santner, *The Royal Remains. The People's Two Bodies and the Endgames of Sovereignty* (Chicago: The University of Chicago Press, 2011).

la relación entre fuerza, política y legalidad, el péndulo pueda volver hacia atrás y la Persona del Estado transite, una vez más, desde el cuerpo del Pueblo al cuerpo del próximo dictador. La única manera de evitar tales confusiones es ir a la raíz del problema y admitir que un gobierno de la Persona no puede ser ni legal ni revolucionario, es decir, no puede ser republicano, sino meramente despótico. Ya es hora de dejar de creer en tales espectros, como aquellos que conjuraron Schmitt y Guzmán, es decir, una legitimidad extra-legal: ellos sirven solo para justificar golpes de estado y estados de excepción.

Cristi y Atria piensan, por un lado, que mi argumentación es demasiado abstracta o “pura teoría”. Y, por el otro, piensan que si abandono la idea schmittiana de autoridad no puedo hablar de “nuevos inicios”: ni de la manera que la entiende Cristi (tránsito de la autoridad de dictador a pueblo con la misma Constitución), ni de la manera que la entiende Atria (creación democrática de una nueva Constitución como prueba de la efectividad de la transición a la democracia). Voy a contestar primero el punto de los nuevos inicios, para concluir con el rol de la filosofía en la concepción republicana de poder constituyente.

Por el principio enunciado arriba, es decir, que en una constitución republicana no se puede separar el aspecto revolucionario del aspecto legal, se sigue necesariamente el que una verdadera constitución republicana debe permitir que cada nueva generación se inicie en la vida política o democrática a su manera. Este es el sentido profundo de la idea republicana de un “constitucionalismo a dos rieles” (*double track constitutionalism*)⁴³. Por un riel (*track*), las normas se producen a partir de otras normas por personas empoderadas a través de elecciones democráticas: aquí no hay rupturas en los eslabones de la cadena. Por otro riel (*track*), el significado de los principios constitucionales deben quedar siempre abierto a ser discutido por parte de la ciudadanía, a través de contestación y resistencia a la interpretación ofrecida de tales principios por cualquier *potestas* constituida, por cualquier funcionario del Estado. Este segundo riel “constituyente” es immanente al orden constitucional, pero no pasa por las instancias electorales; más bien, debe ser recogido por otras instancias, ya sea una “asamblea constituyente” o un “tribunal constitucional” que amerite este nombre por cuando da lugar a fallos que motiven la necesidad de cambiar la constitución, como en el modelo republicano norteamericano. Nadie podría negar que la Enmienda 14 de la Constitución americana, que abolió la esclavitud legalmente, cuenta como un “nuevo inicio”: revolucionario y legal al mismo tiempo.

Cuando Atria pregunta, de manera retórica: “Si [la Enmienda 14] se trata de un ‘nuevo inicio’ que supone la victoria en una guerra civil ¿por qué es tan importante que sea a través de mecanismos institucionales?”, me entra la duda si haya entendido

⁴³ Sobre esta concepción, que tiene origen en Arendt pero se encuentra, en diferentes variantes, igualmente en Ackerman, Rawls, Habermas y Pettit, me he referido en los ensayos de *Constitución y revolución*.

la idea de una revolución legal. Una revolución legal no debe de ser necesariamente no-violenta. Los principios republicanos y constitucionales son los únicos que merecen ser establecidos a través de la guerra y la violencia, en caso que no fuese posible hacerlo de otra manera. Ese fue el caso de la guerra civil norteamericana que dio lugar a la Enmienda 14. El punto acá no es el uso de la violencia, sino más bien el hecho de que una constitución basada sobre principios republicanos tuvo la posibilidad de extirpar el cáncer esclavista, incluso de manera violenta, sin tener que negar sus propios principios –ese es el sentido en el cual una constitución republicana da lugar a nuevos inicios y por ende permite una revolución legal.

Atria me atribuye la idea de que cualquier “constitución” permite tales revoluciones legales y piensa que esta es una idea vacía. Esto es correcto en un sentido, pero no en otro. Tomemos el ejemplo de la actual Constitución de la República Popular de China. Comparada incluso con la Constitución de 1980, creo que muchos estarían de acuerdo en decir que es una “constitución tramposa”. Pero si alguien se toma el tiempo de leerla, se da cuenta que en realidad esa Constitución contiene elementos republicanos, como por ejemplo el Artículo 33 que reza: “El Estado respeta y defiende los derechos humanos. Cada ciudadano tiene el derecho a reclamar los derechos y al mismo tiempo observar los deberes prescritos en la Constitución”. Este y otros artículos son aquellos a los cuales apelan quienes en China se oponen a la dictadura del Partido Comunista en nombre del derecho a no ser dominados, sustentándose sobre la misma Constitución de la “República Popular” china. Para el gobierno de ese país, aparentemente, apelar a que un gobierno respete la propia Constitución es un acto “(contra-)revolucionario” y debe ser reprimido. Los funcionarios del Partido Comunista chino entienden que cualquier “Constitución de la República” puede ser interpretada según dos rieles: por uno se mueve el poder constituido del Estado, por el otro, se articula el poder constituyente del pueblo. Estoy seguro que si la opción de una revolución legal existe en China, se puede dar también para Chile.

Atria menciona algunas leyes actuales en Chile que él considera como ejemplos de leyes que “empoderan” a los ciudadanos pero no constituyen “nuevo inicios”, como la ley de divorcio, la modificación del sistema binominal, etc. Acá se puede ver una diferencia entre la manera de entender el poder de parte de un jurista y de parte de un filósofo político: el jurista parece identificar la obtención de un derecho jurídico con lo que yo llamo la aumentación de la *potentia* del pueblo, del poder de los ciudadanos. Esta es una manera muy liberal de entender la equivalencia entre *jus* y *potentia*, pero no es la manera en que yo entiendo esta equivalencia. La interpretación liberal, de nuevo, asume los derechos como algo pasivo, como una protección contra la interferencia del Estado en las preferencias de los individuos, pero no transforman a estos individuos en un pueblo que tiene poder. Todos tenemos derechos a la propiedad, muchos tienen también las oportunidades para ejercerlos, pero muy pocos tienen poder sobre los medios de producción de la propiedad y sobre su distribución en Chile (esto se mide

también a través de la desigualdad y la corrupción). Es que los derechos modernos tienen la forma de derechos subjetivos, es decir, pertenecen a personas jurídicas, son derechos “personales”.

Ahora bien, el poder como lo entienden los republicanos no es nunca “personal” sino colectivo, o, como se dice hoy en día, el poder es “relacional” –no pertenece a ninguna “persona”–. De allí que a los juristas a veces les cueste entender el poder. Las leyes que podrían constituir “nuevos inicios” son leyes que permiten la diferente organización del pueblo en miras de obtener más poder; no sólo leyes que otorgan más derechos a los ciudadanos.

Yo no sé si las leyes mencionadas por Atria van a llegar a constituir, o no, más poder en los ciudadanos. Conuerdo con Atria que esto sería más probable si se cambiara la Constitución en una dirección republicana. Pero cuando yo hablo de “nuevos inicios” dentro de la legalidad, en realidad estoy pensando en una frase importante de Marx, autor que algunos aman citar cuando quieren criticar los derechos burgueses pero se olvidan de citar en este otro contexto. Hablando de la lucha de los trabajadores en Inglaterra por una ley que limitara el número de horas al día en los cuales se podía trabajar, Marx los incita a “confederar sus cabezas e imponer *como clase* una ley estatal, una *barrera social* infranqueable que les impida a ellos mismos venderse junto a su descendencia, *por medio de un contrato libre con el capital*, para la muerte y la esclavitud”⁴⁴. Me parece un pensamiento importante para la situación chilena y en línea con las reformas legales que hoy apuntan a la gratuidad y, ojalá, mañana apuntarán a otros pilares de la desigualdad.

Vuelvo ahora a la cuestión final, es decir, el rol de la teoría (de la filosofía) en la vida política de un país en relación a cuestiones constitucionales fundamentales. Atria me hace notar que “no es la teoría la que hace posible o imposible el golpe de Estado”. Y cita el bando no. 5 del 11 septiembre de 1973, en el cual se lee que el gobierno de Allende “inicialmente legítimo ha caído en la ilegitimidad flagrante”. A mí me parece que estas palabras no tienen otro significado sino justamente el de apelar a una *teoría* perniciosa de legitimidad, cuyo solo uso es justificar el tipo de acción que es un “golpe de Estado”. Atria le da demasiado crédito a las armas del Ejército, como si un golpe de Estado pudiera venir de la nada, o como si el régimen violento de Pinochet pudiera haberse sostenido, durante el largo periodo en que lo hizo, si no se hubiera sustentado sobre unas ideas o principios. Le debemos mucho a Cristi por haber durante años tratado de reconstruir el “pensamiento conservador” detrás de la “Declaración de Principios” [sic] de la Dictadura, dejando de lado nuestra diferencia sobre si acaso tales “principios” realmente pueden dar una “legitimidad [sic] fascista” a la Constitución de 1980. Para mí este no puede ser el caso, porque los “principios” que permiten justificar la prioridad del gobierno de las Personas por sobre el gobierno

⁴⁴ Karl Marx, *El capital. Crítica de la economía política. Libro Primero: El proceso de producción del capital*, ed. P. Scaron (Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores, 2010), 364.

de las Leyes no pueden ser principios que legitiman una constitución según la idea republicana del constitucionalismo.

Atria dice no entender por qué yo insisto tanto sobre el problema de la Persona dual del Estado, que Kelsen tanto desdénaba. Es extraño que un conocedor tan fino del Código Civil, cuyo libro primero está dedicado a la idea de persona, no le de importancia alguna a esta noción cuando se trata de entender el derecho público. En realidad, un golpe de Estado no es un acto de violencia cualquiera, no es “pura facticidad” como dice Atria, sino es una violencia que el Estado, y sólo el Estado, puede hacer, y además se lo hace a sí mismo. Ahora bien, ¿quién ejerce esa violencia en el Estado y a quién se hace violencia en el Estado? El que violenta es la Persona del Estado; se hace violencia a sí mismo a través de la destrucción del Estado en tanto Ley, para después pasar a liquidar a sus “enemigos políticos”, como se vivió en Chile a partir de 1973. No cualquier uso de violencia por parte de militares y policías es un golpe de Estado: puede existir un “golpe de Estado”, si y solo si, porque algunos miembros de los poderes constituidos creen, siguiendo la formulación de Schmitt, que “cuando la Ley desaparece, permanece el Estado”.

La fórmula de Schmitt es falsa, por supuesto, pero no significa que no tenga efectos: le sirvió a Hitler para llegar al gobierno y seguir gobernando en un permanente estado de excepción, y le sirvió también a Pinochet, como le ha servido a muchos otros. Atria se equivoca si piensa que un golpe de Estado se reduce a bombardear La Moneda, aterrorizar a los ciudadanos y matar a los opositores del régimen militar. Es necesario ver lo que está detrás de la posibilidad del Estado de darse a sí mismo este golpe, y veremos que en cada ocasión se encuentra una concepción de la Persona del Estado que se entiende a sí misma como si fuese necesario estar por encima de la ley.

Llegamos así al punto central de la crítica que me hace Atria: ¿cuál es la relación entre política y teoría constitucional? Según Atria yo estaría discutiendo en un plano puramente filosófico que no toca nunca la realidad política. A Atria, a su vez, como “jurista responsable”, le gusta partir de la facticidad del derecho en vez que de la filosofía para pensar conceptos como el poder constituyente. En este caso, Atria parte de la idea afirmada por el Artículo primero del Código Civil: la ley es una declaración de la voluntad soberana, no un mandato de la razón. Por consiguiente, el derecho es artificial, creado por alguien. Y entonces la pregunta es de quién es la voluntad que es el derecho, y llegando a ese punto, solo hay una respuesta posible: del pueblo. De la idea de que el derecho es artificial, entonces, se deduce (políticamente) el poder constituyente del pueblo⁴⁵.

El problema de fondo en el argumento esgrimido arriba por Atria está en el concepto de derecho en tanto “voluntad”. Si derecho es voluntad, y la voluntad pertenece al pueblo, dice Atria, se sigue que la solución al dilema constitucional pasa por tener voluntad política, no por tener buenas razones. “Vatter y Cristi

⁴⁵ Atria, “Sobre el problema constitucional...”.

ignoran el hecho de que no se trata de una discusión teórica sobre el ‘concepto’ de reforma constitucional o poder constituyente, sino de una discusión política (...) la teoría constitucional solo tiene sentido cuando articula correctamente o ayuda a entender lo político, no al revés”⁴⁶.

El problema es que la frase “voluntad del pueblo” no significa nada a menos que el pueblo no esté representado por una Persona (soberana) cuya “voluntad” es reconocida por cada uno (a través de un acto de voluntad, tipo elección o aclamación) como la voluntad de todos⁴⁷. Tal reconocimiento otorga autoridad a tal Persona. Por ende la tesis de Atria, en apariencia democrática, es la misma de Hobbes y de Schmitt: la autoridad, no la verdad, hace la ley⁴⁸. Atria puede pensar que está repitiendo a Rousseau, pero en realidad sus formulaciones son más cercanas a la lectura de Rousseau que ofrece Robespierre: para Rousseau la voluntad del pueblo es soberana solamente porque adopta una forma de ley (una constitución), mientras que según Robespierre es la constitución la que es legítima solo porque la voluntad soberana decide (o no) adoptarla⁴⁹. Creo que Arendt tenía razón en su crítica al desarrollo de la revolución republicana francesa en dirección voluntarista y moralista, en el sentido que no dio lugar a una República estable, sino al Imperio de Napoleón. Por eso, son preferibles pensadores democráticos como Spinoza y Kelsen, quienes creen que la ley debe ser algo racional y no voluntad, porque tiene su raíz en la verdad entendida como idea o hipótesis. La verdad, al contrario de la autoridad, no es propiedad de ninguna persona, y es por eso que le corresponde en la práctica la idea de constitución que establece el gobierno de la ley y no de las personas.

Además de voluntarista, el argumento de Atria requiere una concepción del derecho como algo “artificial” en vez de “natural”. No hay lugar a dudas en que el derecho producido a través del derecho (es decir, la idea de autonomía legal en Kelsen) es “artificial”. En reconocer eso, ambos rechazamos la tradición cristiana de una “ley natural” que debe servir de fundamento a la ley positiva. Pero Atria cree que esto nos deja ante la siguiente disyuntiva: o el decisionismo de Schmitt (en su versión hoy de moda: “la constitución es una decisión del pueblo”) o el positivismo de Kelsen (es decir, de un Kelsen mal interpretado). Tal disyuntiva, me parece, es falsa: olvida que la tradición revolucionaria republicana tiene su propia concepción del derecho natural. En general, lo que Kant llama “derecho innato”, lo que Arendt

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Véase la discusión del rol clave de la idea de Persona en el concepto de Estado moderno en Quentin Skinner, “Hobbes on Representation”, *European Journal of Philosophy* 13, no. 2 (2005).

⁴⁸ Para la discusión de esta fórmula, véase Schmitt, *Political Theology II*.

⁴⁹ Sobre Rousseau y el poder constituyente, ver ahora Joel Colón-Ríos, “Rousseau, Theorist of Constituent Power”, *Oxford Journal of Legal Studies* 36, no. 4 (2016). Para la propuesta voluntarista, ver Peter Hallward, “The Will of the People. Notes towards a dialectical voluntarism”, *Radical Philosophy* 155 (2009).

llama el “derecho a tener derechos” (*the right to have rights*), lo que Hart llama “el derecho a ser libre” (*the right to be free*), son todas fórmulas de tal derecho natural.

No hay nada en la teoría de la norma básica de Kelsen que justifique interpretarlo de manera de negar tal concepción republicana del derecho natural. Todas las constituciones republicanas están basadas sobre ideas o principios filosóficos de derecho natural, como es, por ejemplo, la idea de un derecho innato a no ser dominados. O el principio de que el poder del pueblo es anterior y superior al poder de sus representantes. O el principio de que la ley no es decisión de ninguna persona pues es la condición bajo la cual más individuos se unen para formar un pueblo libre y poderoso. O la idea de que el derecho democrático es más legítimo (es más cercano al derecho natural) porque genera más poder en aquellos que están sujetos a tal derecho, mientras el derecho generado en otros regímenes le resta poder a los sujetos de tales leyes, y por ende es menos legítimo. No me queda en claro a cuál política revolucionaria se refiere Atria que no tenga alguno o todos de estos principios filosóficos como sus presupuestos.

Es que una Constitución no es solamente un instrumento jurídico, es decir, algo cuya interpretación le compete solamente a juristas. La idea de Constitución no fue una idea que nació en el ámbito de los juristas o de la jurisprudencia, sino de la filosofía política, aquella que apela al sentido de justicia común a toda la especie humana. Una Constitución es cosa demasiado importante para dejarla en manos de juristas (o de políticos), y por las razones que aduce Kant: cuando se trata de entender lo que puede ser una Constitución, los juristas siempre van a tomar el partido del Estado en vez que del pueblo, porque ellos “siguen el procedimiento usual (de un mecanismo en conformidad con leyes coactivas dadas despóticamente) incluso cuando los conceptos de la razón sólo admiten coacción por medio de leyes conformes a principios de la libertad”⁵⁰.

⁵⁰ Immanuel Kant, *El conflicto de las facultades*, trad. Elsa Taberning (Madrid: Editorial Losada, 2004), par. 8, 374.

Referencias Bibliográficas

- Agamben, Giorgio. *Homo Sacer. Sovereign Power and Bare Life*. Traducido por Daniel Heller-Roazen. Stanford CA: Stanford University Press, 1998.
- . *Pilato y Jesús*. Traducido por María T. D'Meza. Madrid: Adriana Hidalgo Editora, 2014.
- Arendt, Hannah. *On Revolution*. Nueva York: Penguin Books, 1990.
- Atria, Fernando. *La Constitución Tramposa*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2013.
- . “Sobre el problema constitucional y el extremismo de centro II”. *El Mostrador*, 28 de diciembre de 2015. Consultado en enero de 2018. <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/12/28/sobre-el-problema-constitucional-y-el-extremismo-de-centro-ii/>.
- Berman, Harold. *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge MA y Londres: Harvard University Press, 1983.
- Brunkhorst, Hauke. “Critique of Dualism: Hans Kelsen and the Twentieth Century Revolution in International Law”. *Constellations* 18, no. 4 (2011): 496-512.
- Brunkhorst, Hauke. “Power and the Rule of Law in Arendt’s Thought”. En *Hannah Arendt and the Law*. Editado por Christopher McCorkindale y Marco Goldoni, 215-228. Portland OR: Hart Publishing, 2012.
- Canning, Joseph. *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*. Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press, 1987.
- Colón-Ríos, Joel. “Five Conceptions of Constituent Power”. *Legal Quarterly Review* 130 (2014), 306-336.
- . “Rousseau, Theorist of Constituent Power”. *Oxford Journal of Legal Studies* 36, no. 4 (2016): 1-24.
- Cristi, Renato. *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y libertad*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2000.
- . “Legalidad, legitimidad y Poder constituyente”. *El Mostrador*, 2 de diciembre de 2015. Consultado en enero de 2018, <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/12/02/legalidad-legitimidad-y-poder-constituyente/>.
- . “Precisiones en torno a la noción de poder constituyente”. En *El constitucionalismo del miedo. Propiedad, bien común y poder constituyente*. Editado por Renato Cristi y Pablo Ruiz-Tagle. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2014.
- . “Schmitt on Constituent Power and the Monarchical Principle”. *Constellations* 18, no. 3 (2001): 352-364.
- . “The Metaphysics of Constituent Power: Carl Schmitt and the Genesis of Chile’s 1980 Constitution”. *Cardozo Law Review* 21 (2000) 1749-1775.

- Edel, Geert. "The Hypothesis of the Basic Norm: Hans Kelsen and Hermann Cohen". En *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Editado por Stanley Paulson y Bonnie L. Paulson, 195-219. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Gross, Raphael. *Carl Schmitt und die Juden: eine deutsche Rechtslehre*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 2005.
- Hallward, Peter. "The Will of the People. Notes towards a dialectical voluntarism". *Radical Philosophy* 155 (2009): 17-29.
- Kalyvas, Andreas. "Popular Sovereignty, Democracy, Constituent Power". *Constellations* 12, no. 2 (2005): 223-244.
- . "The basic norm and democracy in Hans Kelsen's legal and political theory". *Philosophy and Social Criticism* 32, no. 5 (2006): 573-599.
- Kant, Immanuel. *El conflicto de la facultades*. Traducido por Elsa Taberning. Buenos Aires: Editorial Losada, 2004.
- Kantorowicz, Ernst H. *The King's Two Bodies. A Study in Medieval Political Theology* [1957]. Princeton: Princeton University Press, 1997.
- Kelsen, Hans. *Pure Theory of Law: Reine Rechtslehre*. Traducido por Max Knight. California: University of California Press, 1967.
- . *Théorie générale des normes*. París: Presses Universitaires de France, 1996.
- Lefort, Claude. *Democracy and Political Theory*. Traducido por David Macey. Cambridge: Polity Press, 1988.
- Lindahl, Hans. "Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood". En *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Editado por Martin Loughlin y Neil Walker, 9-24. Nueva York: Oxford University Press, 2007.
- . "Possibility, Actuality, Rupture: Constituent Power and the Ontology of Change". *Constellations* 22, no. 2 (2015): 163-174.
- Loughlin, Martin y Neil Walker. *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Nueva York: Oxford University Press, 2008.
- Marks, Susan. *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy, and the Critique of Ideology*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- Marx, Karl. *El Capital. Crítica de la Economía Política. Libro Primero: El proceso de producción del capital*. Editado por Pedro Scaron. Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores, 2000.
- Maus, Ingeborg. *Zur Aufklärung der Demokratietheorie Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluss an Kant*. Fráncfort del Meno: Suhrkamp, 1994.

- Näsström, Sofia. "The Legitimacy of the People". *Political Theory* 35, no. 5 (2007): 624-658.
- Negri, Antonio. *Insurgencies: Constituent Power and the Modern State*. Traducido por Maurizia Boscagli. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999.
- Oakley, Francis. "The Absolute and Ordained Power of God in Sixteenth- and Seventeenth-Century Theology". *Journal of the History of Ideas* 59, no. 3 (1998): 437-461.
- Ojakangas, Mika. "Potentia absoluta et potentia ordinata Dei: On the Theological Origins of Carl Schmitt's Theory of Constitution". *Continental Philosophy Review* 45 (2012): 505-517.
- Partlett, William. "The Dangers of Popular Constitution-Making". *Brooklyn Journal of International Law* 38, no. 1 (2002): 193-238.
- Rosanvallon, Pierre. *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*. París: Gallimard, 1998.
- Santner, Eric L. *The Royal Remains. The People's Two Bodies and the Endgames of Sovereignty*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.
- Schmitt, Carl. *Teoría de la constitución*. Traducido y presentado por Francisco Ayala, epílogo por Manuel García-Pelayo. Madrid: Alianza Editorial, 1996.
- . *Legality and Legitimacy*. Traducido por Jeffrey Seitzer. Durham NC y Londres: Duke University Press, 2004.
- . *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Traducido por George Schwab. Cambridge MA: MIT Press, 1988.
- . *Political Theology II. The Myth of the Closure of any Political Theology*. Traducido e Introducción por Michael Hoelzl y Graham Ward. Cambridge: Polity Press, 2008.
- Schmitt, Carl y Hans Kelsen. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Editado y con estudio preliminar por Giorgio Lombardi; traducido por Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie. Madrid: Editorial Tecnos, 2009.
- Sieyès, Emmanuel Joseph. "What is the Third Estate?" In *Political Writings*. Edición, introducción y notas por Michael Sonenscher, 92-160. Indianapolis: Hackett Publishing, 2003.
- Skinner, Quentin. "A Genealogy of the Modern State". *Proceedings of the British Academy* 162 (2008): 325-370.
- . "Hobbes on Representation". *European Journal of Philosophy* 13, no. 2 (2005): 157-184.

- . *The Foundations of Modern Political Thought. Vol. II. The Age of Reformation.* Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press, 1978.
- Spinoza, Baruch. *Political Treatise.* Editado por Jonathan Israel. Nueva York: Hackett Publishing Co., 2000.
- . *Tractatus Theologico-Politicus (Gebhardt Edition, 1925).* Traducido por Samuel Shirley; introducción de Brad S. Gregory . Leiden y Boston: Brill Academic Publishing, 1991.
- Vatter, Miguel. *Between Form and Event: Machiavelli's Theory of Political Freedom.* Dordrecht y Boston MA: Kluwer Academic Publishers, 2000.
- . *Constitución y resistencia. Ensayos de teoría democrática radical.* Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2012.
- . “La otra ‘trampa’: dos conceptos de poder constituyente”. *El Mostrador*, 27 de noviembre de 2015. Consultado en enero de 2018, <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2015/11/27/la-otra-trampa-dos-conceptos-de-poder-constituyente/>.
- . “Poder constituyente y representación”. En *Democracia y poder constituyente.* Editado por Gonzalo Bustamante y Diego Sazo, 73-92. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, 2016.
- . “Strauss and Schmitt as Readers of Hobbes and Spinoza. On the Relation between Liberalism and Political Theology”. *The New Centennial Review* 4, no. 3 (2004): 161-214.
- . “The Political Theology of Carl Schmitt.” En *The Oxford Handbook of Carl Schmitt.* Editado por Jens Meierhenrich y Oliver Simons, 245-268. Oxford: Oxford University Press, 2017.

Miguel Vatter. Profesor titular de Ciencia Política en el College of Business, Government and Law de la Universidad de Flinders (Adelaida, Australia). Es Ph.D. en Filosofía por la New School for Social Research, y ha trabajado como académico en departamentos de Ciencia Política en Estados Unidos, Chile y Australia. También, ha sido profesor visitante en universidades en Alemania y China. Dentro de sus libros más recientes, destacan la *The Republic of the Living. Biopolitics and the Critique of Civil Society* (Nueva York: Fordham University Press, 2014), *Machiavelli's The Prince. A Reader's Guide* (Londres: Bloomsbury, 2014) y *Constitución y resistencia. Ensayos de teoría democrática radical* (Santiago de Chile: Universidad Diego Portales, 2012). Actualmente está finalizando un libro titulado *Divine Democracy. Political Theology After Carl Schmitt*. Sus áreas de especialización son la teoría política y la filosofía contemporánea. Correo electrónico: miguel.vatter@flinders.edu.au.