

FERNANDO ATRIA

LA FORMA DEL DERECHO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

CAPÍTULO 9

LA IDENTIFICACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL PUEBLO Y SU IMPROBABILIDAD

1. LA LEY COMO VOLUNTAD DEL PUEBLO

Volvamos ahora al art. 1 del Código Civil:

La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la constitución, manda, prohíbe o permite.

Una manera de continuar nuestro análisis es preguntarse por la relación entre las dos propiedades que el art. 1 usa para caracterizar la ley: es *a*) una declaración de la voluntad soberana, y *b*) manifestada en la forma prescrita por la constitución.

La idea de que la ley es una declaración de voluntad del soberano, junto a la tesis adicional de que la soberanía la detenta el pueblo, está en el centro de la teoría democrática. Desde el punto de vista de esta tradición, el primer elemento de la definición del art. 1 entiende que es una declaración de voluntad del pueblo. Nótese que el paso de una comprensión de la ley como voluntad del soberano a una comprensión de ella como voluntad del pueblo (es decir, la idea democrática de la soberanía popular) no es arbitrario: por la misma razón que el derecho pre-moderno no podía entenderse como dar a cada uno lo suyo de acuerdo a la voluntad del que decidía el caso, una vez que el derecho es entendido como voluntad, esa voluntad no puede ser sino la de todos.

Por eso la idea moderna de que la ley es voluntad y la idea democrática de que es la voluntad del pueblo no son dos ideas independientes entre sí: la

segunda es la consumación de la primera¹. Pero pareciera que entender que el derecho es la voluntad de alguien no necesariamente prejuzga quién es ese alguien. Pero esto asume que «el pueblo» es un agente más, a la misma altura que, digamos, el monarca o «la oligarquía», etc. En su momento veremos que esto es una comprensión inaceptable de la idea de pueblo. Por ahora podemos observar que la idea de MARX ya mencionada («la democracia es la verdad de la monarquía») implica que aquello que hay de verdadero en la monarquía (que la ley es la voluntad del soberano), pero que en la monarquía aparece en segundo plano, es lo que en la democracia es realizado. Y la manera de entender esto es ilustrada por un difícil pasaje de HOBBS en *De Cive*:

Es un gran obstáculo al gobierno civil especialmente monárquico, que los hombres no distinguen entre un pueblo [*a People*] y una multitud [*a Multitude*]. El pueblo gobierna en todos los gobiernos, porque incluso en la monarquía el pueblo manda; porque el pueblo quiere a través del querer de un hombre, pero la multitud son ciudadanos, esto es, súbditos. En una democracia, y en una aristocracia, los ciudadanos son la multitud, pero la Corte es el pueblo. Y en una monarquía, los súbditos son la multitud y (aunque parezca una paradoja) el rey es el pueblo (HOBBS: 12.8).

Como veremos en detalle en la tercera parte, es un error (aunque un error cuya identificación es extraordinariamente instructiva) pensar que la proposición «la ley es la voluntad del pueblo» puede ser analizada del mismo modo que las adscripciones de voluntad que hacemos habitualmente en el habla corriente. En este último sentido, tener una voluntad es algo, por así decir, que

¹ Esto puede resultar implausible porque parece en principio posible separar la cuestión («conceptual») de si el derecho es o no voluntad de la cuestión («política») de quién es aquel cuya voluntad es el derecho. Del mismo modo (es el mismo problema), parece razonable distinguir entre la cuestión («conceptual») de qué es el poder constituyente de la pregunta («política») de quién es el que lo tiene. Esta apariencia llevó, en 1815, a la afirmación de un principio contrario al principio democrático (conforme al cual el poder constituyente es del pueblo), denominado «principio monárquico». La afirmación del principio monárquico en 1814 (y después) demostraría que es posible distinguir la cuestión del poder constituyente de la cuestión de su titularidad. Así lo interpreta, de hecho, R. CRISTI, en la discusión sobre el proceso constituyente chileno (véase R. CRISTI *et al.*, 2014: 170). Quizás esto es en parte porque CRISTI no discute a SCHMITT buscando entender en su mejor versión la teoría de la constitución de SCHMITT, sino encontrar resabios del «pacto con el diablo» que SCHMITT habría firmado en su *Teoría de la Constitución* (*ibid.*: 148). En todo caso, es un error entender que la afirmación en 1815 del «principio monárquico» implica que el poder constituyente puede ser detentado por el pueblo tanto como por el rey. La razón la ha explicado perceptivamente BÖCKENFÖRDE: «[El concepto de poder constituyente] era algo incompatible con el poder que correspondía a los monarcas, ya que su posición de dominio, incluso al sostener su soberanía hacia el exterior, se movía en un nexo de fundamentación completamente distinto. No obstante, en la época que sigue a 1815, en la confrontación entre monarquía y soberanía del pueblo como dos principios políticos formales, también los monarcas pretendieron asumir el poder constituyente. Ahora bien, este hecho solo da fe de hasta qué punto los nuevos principios de ordenación que surgieron en la Revolución francesa se habían convertido ya en algo indiscutible. La posición del monarca ya no se podía defender de forma plausible más que adoptando los conceptos y las posiciones jurídicas fundamentales desarrolladas a partir del principio de la soberanía del pueblo e intentando reclamarlas para el monarca. Y objetivamente esto no podía resultar [...]. De acuerdo con todo ello, a la hora de señalar quién es el titular (sujeto) del poder constituyente, solo puede entrar en consideración el pueblo. El poder constituyente es conceptualmente poder constituyente del pueblo» (BÖCKENFÖRDE, 2000a: 164-165).

solo puede predicarse de un agente en un segundo momento: el sujeto debe primero existir. Pero para el pueblo existir y expresar su voluntad, actuar, son el mismo momento, porque, como dice HOBBS, lo que hace al pueblo *pueblo* es el hecho de que tenga una voluntad². Esta idea solo podrá ser entendida en sus radicales consecuencias habiendo dado el paso a la teología política (lo que haremos en la tercera parte), porque solo el lenguaje de la teología política (su «modo de significación») nos permitirá hablar del pueblo evitando toda naturalización. Pero, por ahora, basta ver que si el derecho es la voluntad del soberano (el pueblo) y el pueblo es tal por tener voluntad, la pregunta obvia es cómo puede atribuirse al soberano (al pueblo) una voluntad.

La primera objeción a la idea de que el soberano (el pueblo) puede tener una voluntad es bastante obvia: en términos estrictamente naturalistas, es claro que el pueblo no es el tipo de entidad susceptible de tener estados mentales. Quizás, podría uno pensar, el problema no surge en la monarquía, en que el rey es un individuo, y por eso el recurso a «Rex» [como el de HART, 1994: 52-61 (65-77)] es una simplificación exagerada, que distorsiona el *explanandum*, como lo ha notado Jeremy WALDRON [WALDRON, 1999b: 33-42 (43-54)]. Esto no es correcto. Es interna a la idea de monarquía la idea de «los dos cuerpos del rey» (KANTOROWICZ, 1957), y habiendo hecho esta distinción la pregunta será cómo y cuándo del hecho de que un cuerpo exprese una voluntad —hablando, por ejemplo— puede imputarse esa voluntad al otro cuerpo³.

Ahora bien, este no es un problema demasiado grave, aunque es grave en sus consecuencias ignorarlo. No es grave porque para el derecho, después de todo, imputar voluntades a entidades que en sentido natural son incapaces de tener estados mentales es bastante trivial: basta con lo que podríamos llamar «reglas (secundarias) de imputación», que precisamente especifican las condiciones bajo las cuales puede imputarse un estado mental (una intención, o creencia, o deseo, etc.) a una entidad incapaz de tener, en sentido «natural», estados mentales. Qué es lo que una corporación o una sociedad «quiere» es algo que se resuelve mediante la aplicación de reglas de imputación a determinados hechos⁴.

² Por eso Eric VOEGELIN nota, refiriéndose al surgimiento de los pueblos de Europa occidental, que «desde el siglo V hasta el siglo VIII la existencia histórica de una sociedad política era consistentemente descrita en términos de la adquisición, posesión o pérdida del *rex*, del representante real. Estar articulado para actuar significaba tener un rey; perder el rey significaba perder la capacidad de actuar» (VOEGELIN, 1952: 47).

³ Y la cuestión es más complicada, porque esto asume algo que, aunque parezca plausible, no es correcto: que la noción de identidad personal es trivial tratándose de miembros de la especie humana y problemática tratándose de agentes colectivos. Esto tiene considerables consecuencias para lo político, en la medida en que implica que la agencia política debe explicarse por referencia a la agencia individual. Cuando es examinada con cuidado, sin embargo, la cuestión se invierte: es la identidad colectiva la que permite explicar la identidad individual, y la individual no es menos problemática que la colectiva. Al respecto, véase RUBENFELD, 2001.

⁴ En la (útil) terminología introducida por Joseph RAZ, entonces, la imputación de voluntad a una entidad naturalmente incapaz de tener estados mentales es un enunciado jurídico aplicado (es decir, un

Esa es la función de la segunda parte del art. 1 del Código Civil: cuenta como declaración de la voluntad del pueblo lo que sea manifestado en la forma prescrita por la Constitución. Las reglas constitucionales que fijan el procedimiento legislativo, entonces, cumplen esa función: son el equivalente de las reglas que permiten imputar una voluntad a una corporación o fundación; son *reglas de imputación de una voluntad al pueblo*.

Ahora bien, tratándose de una corporación o fundación, podemos detenernos aquí, porque *esas* reglas de imputación no valen porque sean voluntad de la corporación o fundación. Es al contrario: la corporación o fundación puede tener una voluntad solo porque las reglas de imputación existen antes de la corporación o fundación y valen con independencia de la voluntad de esta. Pero tratándose del pueblo, esto no es el caso. Las reglas (constitucionales) de imputación son también voluntad del pueblo. Y esto nos deja enfrentados a un problema, lo que puede llamarse «la paradoja fundamental del derecho constitucional» (CHRISTODOULIDIS): ¿cómo imputar al pueblo las reglas de imputación? ¿Cómo se manifiesta —y en consecuencia se identifica— la voluntad del pueblo cuando se trata de imputar las reglas de imputación?

Nótese el camino que hemos seguido y el punto en el que nos encontramos: habiendo identificado una determinada estructura (la ley como el resultado de un determinado procedimiento, «la forma prevista por la Constitución»), hemos identificado su función (imputar una voluntad al pueblo). Hacer inteligible la estructura es entender que ella hace probable el desempeño de esa función, lo que nos obliga a preguntarnos por qué la mediación de la estructura es necesaria, es decir, por qué el desempeño de la función sin mediación institucional es improbable. Como nos estamos ahora preguntando por la ley, nuestra pregunta debe ser: ¿por qué es problemático (= improbable) imputar una voluntad al pueblo sin mediación institucional? O, lo que es lo mismo, ¿cómo imputar las reglas de imputación al pueblo?

2. LA IDENTIFICACIÓN NO MEDIADA DE LA VOLUNTAD DEL PUEBLO

Esta pregunta irrumpe en el momento de excepción, que se caracteriza por la interrupción del derecho⁵. La interrupción del derecho significa que no hay

enunciado cuya verdad depende de la validez de ciertas reglas jurídicas y la ocurrencia de ciertos hechos). RAZ distingue enunciados jurídicos aplicados de enunciados jurídicos puros, cuya verdad depende de la validez de ciertas reglas solamente: véase el «Postscriptum» a RAZ, 1980: 216-219 (259-262). Nótese que lo anterior no prejuzga respecto de la caracterización de los enunciados que imputan estados mentales a entidades naturalmente capaces de tener estados mentales.

⁵ Sobre la idea de «interrupción» del derecho, una expresión que pretende no prejuzgar entre «suspensión» (= dictadura) y «destrucción» (= tiranía) del derecho, véase ATRIA, 2007c.

reglas de imputación. Por eso discutir el momento de la excepción es discutir la respuesta a la pregunta con la que terminaba la sección anterior⁶.

Respecto de la declaración de la interrupción del derecho, entonces, se puede plantear nuestra pregunta sobre la identificación inmediata de la voluntad del pueblo. ¿Fue el golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, en el que las fuerzas armadas derrocaron al gobierno constitucional de Salvador Allende, voluntad del pueblo chileno? ¿Puede imputarse al pueblo esa decisión?⁷

Lo que interesa aquí es destacar que toda respuesta a esta pregunta es partisana. Los militares golpistas la respondieron en el bando núm. 5, dictado el mismo 11 de septiembre:

Las Fuerzas Armadas han asumido el deber moral que la Patria les impone de destruir al gobierno que aunque inicialmente legítimo ha caído en la ilegitimidad flagrante, asumiendo el poder por el solo lapso en que las circunstancias lo exijan, apoyado en la evidencia del sentir de la gran mayoría nacional (núm. 13).

Es decir, aunque conforme a las reglas institucionales de imputación existentes en 1970 había sido la voluntad del pueblo chileno que Salvador Allende fuera presidente (= estaba orgánico-personalmente legitimado para eso, por haber ganado las elecciones de septiembre de 1970 y haber sido ratificado por el Congreso Nacional en conformidad al art. 64 de la Constitución de 1925), su ejercicio del cargo lo había hecho incurrir en «ilegitimidad flagrante», por lo que la voluntad institucionalmente imputada al pueblo ya no era, en septiembre de 1973, la *verdadera* voluntad del pueblo. La pretensión de los militares (al menos la pretensión original) fue que las circunstancias exigían una *dictadura comisaria*. Lo que define a una dictadura comisaria es la suspensión transitoria del derecho, cuando la sujeción al derecho constituye, en las circunstancias, un riesgo para la ciudad. El paradigma de dictadura comisaria es la dictadura romana que, desde luego, suponía que la agresión externa o la conmoción interna exigía suspender el derecho. En la justificación del golpe contenida en el bando núm. 5, el derecho debía ser suspendido porque mantener su vigencia ponía en riesgo a la nación: la aplicación normal de las reglas de imputación (el hecho de que el gobierno de Allende haya sido «inicialmente legítimo») negaba su función, porque el gobierno las había subvertido, de modo que lo que de acuerdo a ellas era la voluntad del pueblo no era sino la voluntad de facciones, de «comités y directivas y grupos políticos» (núm. 8) de modo que el gobierno era ya «ilegítimo, inmoral, y no representativo del

⁶ Por eso SCHMITT afirmó que «soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción» (SCHMITT, 1998c: 13). Pero, como veremos, el problema es precisamente *quién* es el que interrumpe el derecho.

⁷ Para una discusión monográfica de este asunto, véase ATRIA, 2007c.

gran sentir nacional» (núm. 12). Como las reglas de imputación de voluntad habían sido de este modo subvertidas, las Fuerzas Armadas se vieron en la obligación de «asumir su deber moral» y actuar en representación directa e inmediata del pueblo (o, en sus términos, «apoyado en la evidencia del sentir de la gran mayoría nacional»).

Esta es, por supuesto, solo la manera en que los golpistas interpretaron su acción. La interpretación de Salvador Allende fue distinta:

Tienen la fuerza, podrán avasallarnos, pero no se detienen los procesos sociales ni con el crimen ni con la fuerza. La historia es nuestra y la hacen los pueblos. Trabajadores de mi Patria: quiero agradecerles la lealtad que siempre tuvieron, la confianza que depositaron en un hombre que solo fue intérprete de grandes anhelos de justicia, que empeñó su palabra en que respetaría la Constitución y la ley, y así lo hizo. En este momento definitivo, el último en que yo pueda dirigirme a ustedes, quiero que aprovechen la lección: el capital foráneo, el imperialismo, unidos a la reacción, creó el clima para que las Fuerzas Armadas rompieran su tradición, la que les enseñara el general Schneider y reafirmara el comandante Araya, víctimas del mismo sector social que hoy estará en sus casa esperando con mano ajena reconquistar el poder para seguir defendiendo sus granjerías y sus privilegios⁸.

La apelación hecha por los golpistas a la «flagrante ilegitimidad», y su pretensión de interpretar directa e inmediatamente (es decir, sin mediación institucional) el «sentir de la gran mayoría nacional» no era sino una manera de ocultar lo que en realidad estaban haciendo. Ellos, los militares, estaban actuando no a nombre del pueblo, sino a nombre de la oligarquía, el mismo sector social que el 11 de septiembre estuvo en sus casas, esperando con mano ajena reconquistar el poder para seguir defendiendo sus granjerías y sus privilegios. El golpe no manifestó, entonces, la voluntad del pueblo, sino de una facción: la voluntad del capital foráneo y el imperialismo, unidos a la reacción.

En algún sentido, ambas pretensiones son perfectamente simétricas: ambas reclaman actuar a nombre del pueblo; que la pretensión propia es genuina, y la del otro una mera pantalla para voluntades facciosas.

Lo que esto muestra no es que no pueda decirse de una de ellas que sea falsa y que otra sea la verdadera. Aquí, de hecho, la verdad estaba con Allende. Pero políticamente hablando, con esto solo estoy diciendo que yo estoy con Allende. Este es el punto importante. El conflicto aquí es puramente sustantivo, y no puede ser solucionado por procedimiento alguno, porque aquí que el procedimiento lleve a la decisión correcta se ha transformado en criterio

⁸ El discurso de ALLENDE en La Moneda el 11 de septiembre de 1973 está disponible en diversas fuentes. Véase, entre tantas otras, ALLENDE, 2013: 161-162. Está también, por supuesto, disponible ampliamente en internet (por ejemplo, en *Marxists.org*).

de validez del procedimiento. Por consiguiente, aquí no hay diferencia entre expresar una opinión acerca de lo que el pueblo «verdaderamente» quiere y tomar partido. Sería estrictamente contradictorio pertenecer a la Unidad Popular y aceptar el reclamo de Pinochet de estar actuando a nombre del pueblo chileno. O apoyar el golpe de Estado pero reconocer como correcta la interpretación de Allende.

Al intentar entender el 11 de septiembre, entonces, aparece en su forma no institucionalmente mediada la función que las instituciones desempeñan en condiciones de normalidad, la de imputar una voluntad al pueblo. Decir «el pueblo quiere *x*» es lo mismo que decir «lo que conviene al pueblo es *x*», que a su vez es lo mismo que decir «*x* va en el interés de todos» lo que, por último, es decir «yo apoyo *x*». Ahora vemos por qué, tratándose de la ley, la función necesita ser estructuralmente mediada. Cuando no hay mediación institucional, y la voluntad del pueblo debe ser determinada por apelación a la pura sustancia, el conflicto político no tiene forma de resolverse sino alcanzando su grado máximo de intensidad, el de la distinción amigo/enemigo, distinción que «recibe su significado real precisamente porque hace referencia a la posibilidad real de matar físicamente» (SCHMITT, 1998a: 33). En esas condiciones, la deliberación es imposible porque no hay un lenguaje común:

Todos los conceptos, ideas y palabras [políticos] poseen un sentido polémico; se formulan con vistas a un antagonismo concreto, están vinculados a una situación concreta cuya consecuencia última es una agrupación según amigos y enemigos (que se manifiesta en guerra o revolución), y se convierten en abstracciones vacías y fantasmales en cuanto pierde vigencia esa situación (SCHMITT, 1998a: 60).

En otras palabras: *políticamente* hablando, la única manera de identificar la voluntad del pueblo si esta no es institucionalmente mediada es *partisana*, tomando partido. Y entonces lo que para uno es la voluntad del pueblo es para el otro la voluntad de una facción. La forma normal de resolución del conflicto político cuando este no es institucionalmente mediado, es y ha sido (y en esto la lección del siglo xx fue reiterada una y otra vez) la violencia, el terror.

Lo que es improbable, entonces, es que la controversia política se resuelva sin recurrir al tradicional recurso de matar al otro. Porque ese es el sentido de la forma, de la estructura legislativa: permitir la identificación no-partisana de la voluntad del pueblo. Cuando hay formas institucionales que operan normalmente, es posible identificar la voluntad del pueblo por referencia a lo que el art. 1 del Código Civil llama «la forma establecida en la Constitución». En los hechos, es todavía más fácil que eso. En Chile para saber cuál es la voluntad del pueblo basta con leer un ejemplar del *Diario Oficial*, donde ella es publicada cada día.

3. LA IMPLICACIÓN RECÍPROCA DE FUNCIÓN Y ESTRUCTURA

La conclusión más importante que se sigue de las consideraciones anteriores es que la distinción entre conceptos «materiales» y «formales» de entidades como «ley», «sentencia judicial», etc., es problemática. Problemática no porque carezca de sentido; al contrario, la distinción entre función y estructura permite al mismo tiempo hacer esta distinción y disolverla: una ley «en sentido material» es algo funcionalmente identificable como ley, y una «en sentido formal» es algo estructuralmente identificable como ley. El argumento hasta aquí permite hacer esta distinción, porque la opacidad operativa de la estructura implica que habrá siempre, en principio, espacio para algo que cuenta en sentido estructural (formal), pero no en sentido funcional (material). Pero al mismo tiempo la disuelve, porque la forma es la manera en que la sustancia se hace políticamente presente.

Una posición como la de MOORE, que entiende que si el concepto x es funcional la identificación de instancias de x debe ser igualmente funcional (porque la función, tratándose de conceptos funcionales, responde inmediatamente tanto la pregunta «ontológica» como la «de individuación»), mira solo a lo primero e ignora lo segundo; ignora, en otras palabras, el hecho de que la apelación no mediada a la sustancia, como criterio de individuación, no es sino apelación a la voluntad del que hace la apelación (porque es partisana, polémica). Lo que caracteriza en general a las posiciones (como la de MOORE) que devalúan los conceptos estructurales (formales) es que creen que la relación entre forma y sustancia es puramente arbitraria. Una vez corregido este supuesto resulta evidente que no puede oponerse estructura a función.

Aquí puede resultar clarificador expandir ligeramente este punto, porque es una de las formas más comunes pero objetables en que los autores neo-constitucionalistas devalúan los mecanismos democráticos de producción de normas. Luigi FERRAJOLI, por ejemplo, identifica la comprensión de la democracia en contra de la cual se alza el neo-constitucionalismo como una en la que

la fuente de legitimación democrática de los poderes públicos [consiste] en el hecho [...] de que las decisiones sean tomadas, directa o indirectamente, por los mismos destinatarios, o más exactamente, por la mayoría de ellos y sean, por eso, expresión de la «voluntad» y de la «soberanía popular». Podríamos llamar *formal* o *procedimental* a esta noción de democracia. En efecto, ella identifica a la democracia simplemente sobre la base de las *formas* y de los *procedimientos* dirigidos a garantizar que las decisiones resultantes sean expresión, directa o indirecta, de la voluntad popular. La identifica, en otras palabras, en base al *quién* (el pueblo y sus representantes) y al *cómo* (la regla de la mayoría) de las decisiones, independientemente de los contenidos, es decir, de *qué cosa* se decida, aun si tales contenidos son antiliberales, antisociales e incluso antidemocráticos (FERRAJOLI, 2006: 16-17).

FERRAJOLI cree que una comprensión como esta de la democracia, en tanto descansa en la imputación de una voluntad al pueblo, es «en último análisis, fascista» (FERRAJOLI, 2006: 19). La cuestión del sentido de la regla de mayoría y su relación con la verdad será discutida en la tercera parte. Ahora nos interesa solamente la idea de que lo que FERRAJOLI ha identificado en el pasaje transcrito es una concepción «formal» de la democracia, que es enteramente independiente del contenido de lo decidido. Pero la posibilidad de formular una noción unilateralmente «formal o procedimental» de democracia sugiere inmediatamente una posibilidad simétrica de formular una noción unilateralmente sustantiva o material. Y sin embargo, tal cosa resulta imposible:

Digo desde ya que es indudable que la dimensión formal de la democracia, como poder fundado sobre la voluntad popular, expresa un rasgo absolutamente necesario: una *conditio sine qua non*, en ausencia de la cual no se puede hablar de «democracia» en modo alguno (FERRAJOLI, 2006: 17).

Esta es una extraña asimetría: no hay un concepto *puramente sustantivo* de democracia, uno que no haga referencia a forma alguna, que sea anterior a toda forma, pero sí hay uno *puramente formal*, uno que no hace referencia a contenido alguno. FERRAJOLI, demasiado apurado por preguntar si esta dimensión formal es algo más que una condición necesaria, no se detiene a reflexionar sobre lo que esto significa⁹. Porque, en rigor, construir un concepto puramente sustantivo de democracia, a partir de su caracterización formal, parecería bastante sencillo: si el concepto formal mira solo «al *quién*» y «al *cómo*» de las decisiones políticas, un concepto sustantivo mirará solo «al *qué*». ¿Y cuál sería «el *qué*» que definiría sustantivamente a la democracia? La respuesta más obvia es: que las decisiones políticas sean las decisiones que el pueblo quiera. Pero esto todavía no es suficientemente sustantivo: ¿no podría acaso el pueblo querer contenidos anti-liberales o anti-sociales? (en la tercera parte, pero solo entonces, veremos que la respuesta a esta pregunta es negativa). Ya hemos visto cómo salir de este atolladero: «lo que el pueblo quiere» en sentido sustantivo se disuelve en «lo que conviene al pueblo» y esto a su vez en «lo que va en el interés de todos».

Pero si de lo que se trata es de identificar lo que va en el interés de todos, ¿qué justifica la concesión de FERRAJOLI, que ve en la dimensión formal de la democracia una *conditio sine qua non*? ¿Por qué reconocerle tamaña im-

⁹ Es difícil no recordar aquí la aguda observación de IHERING: «La ausencia de formas [...] aparece *a priori* como principio normal, porque responde a la relación natural que existe entre la forma y el contenido; y el formalismo, a causa de su separación de ese conjunto, representa la excepción [...]. El derecho positivo en el problema de la forma ve abrirse tres soluciones diferentes, que son: la combinación de ambos principios, la ausencia completa de formas y el reinado exclusivo del formalismo. Luego si se afirma que de esas tres soluciones hay dos que no se han realizado nunca, nadie dudará que las no cumplidas sean las dos primeras y grande será el asombro al conocer que la segunda no se encuentra aceptada en ninguna parte, mientras que la tercera está perfectamente realizada en la historia» (IHERING, 1998: 641).

portancia? El error fundamental de FERRAJOLI es creer que las dimensiones «materiales» (funcionales) y «formales» (estructurales) pueden ser separadas o unidas a voluntad: la separa cuando quiere fundar la insuficiencia de la democracia «formal», que queda entonces reducida a cuestiones aparentemente marginales (el «quién» y el «cómo», pero no el «qué»); pero después las une, y resulta que esta cuestión que antes era marginal deviene *conditio sine qua non*. Pero si aquí uno se pregunta qué justifica este estatus tan importante de la forma, el argumento de FERRAJOLI no puede sino descansar en una inesperada mitificación de la forma.

Es una paradójica «mitificación» de las formas, porque la idea de que la forma responde (solo) el «quién» y el «cómo», sin que eso implique nada acerca del «qué» implica que es posible preguntarse separadamente por cada una de estas cosas. Y si esto es posible, entonces FERRAJOLI deja radicalmente sin explicación su concesión anterior: que la forma es *conditio sine qua non* de la democracia. Irónicamente, las críticas de FERRAJOLI se le vuelven en contra: es ella (*i. e.* la crítica a la «democracia formal» que nota que ella intenta identificar el quién y el cómo, y no el qué), y no la noción de democracia «formal», la que es, «en último término», fascista, porque la pretensión de decidir por apelación inmediata a la sustancia tiene el sentido político de no ser sino una apelación a la voluntad del que lo hace. Como lo nota SCHMITT,

PUFENDORF cita aprobatoriamente la afirmación de BACON de que determinados pueblos «están proscritos por la propia naturaleza», por ejemplo los indios de América, porque comen carne humana. Y en efecto, los indios norteamericanos fueron aniquilados (SCHMITT, 1998a: 89, n. 19).

Incomprensiblemente, FERRAJOLI cree que lo que llama «democracia formal» descansa en una comprensión del pueblo como «una suerte de organismo, un macro-sujeto dotado de una propia voluntad homogénea» (FERRAJOLI, 2006: 19), pero esto carece de sentido: en la medida en que la democracia es auténticamente «formal», no hay espacio para hacer siquiera inteligible la pretensión de que hay una voluntad «orgánica» del pueblo, una que no sea la que corresponde conforme a las reglas de imputación aplicables (si el pueblo fuera un «organismo», un macro-sujeto, no serían necesarias reglas formales de imputación. Bastaría preguntarle qué quiere). Y en la excepción, cuando las reglas de imputación son cuestionadas, la cuestión, como está insinuado más arriba, no es de identificación de una voluntad «orgánica», sino de arrogación de la representación del pueblo.

Dejando de lado la mitificación formalista de FERRAJOLI, debe decirse: si las formas institucionales de la democracia son las condiciones en las cuales es probable que lo que se decide sea lo que va en el interés de todos, las dos formulaciones son co-extensivas: el *quién* y *cómo*, por un lado, y el *qué*, *por otro*, tienden a identificarse. Esto no quiere decir que se identifiquen, y por eso la formulación «hacer probable» y no «hacer necesario», que constituiría

una condición demasiado estricta. Por eso FERRAJOLI tiene desde luego razón al decir que los procedimientos formales de formación de la voluntad política pueden conducir a decisiones anti-liberales, anti-sociales o anti-democráticas. En el lenguaje utilizado más arriba, tendríamos que decir: el hecho de que la estructura no sea inmediatamente reducible a la función, por lo que la función carece de relevancia individuatoria, crea (necesariamente) espacio para decisiones estructuralmente legales pero funcionalmente facciosas. Si hoy esto no es solo posible, sino adicionalmente probable, entonces de lo que se trata es de modificar esas estructuras institucionales, de reemplazar un procedimiento por otro. Lo que no tiene sentido es la pretensión de que frente a los procedimientos (es decir, frente a instituciones) puede apelarse directamente a la sustancia, al «qué», sin que esa apelación tenga el significado político de una pura apelación a la voluntad políticamente arbitraria del que la hace.

Este argumento constituye, a mi juicio, la objeción más poderosa en contra del neo-constitucionalismo (su elaboración completa será el tema de los capítulos 12-18). No cabe duda de que el neo-con tiene razón cuando observa que nuestras formas legislativas realmente existentes no son completamente exitosas en filtrar intereses privados, facciosos, para distinguirlos del interés de todos. Habiendo hecho esta constatación, el neo-con desespera de esos procedimientos y, acusándolos de «formalistas», reclama... ¡otros procedimientos! (acciones de protección o amparo ante tribunales constitucionales, etc.) No nota que, como no hay sino procedimientos, los problemas que observa en los procedimientos de formación de voluntad política no tienen por qué no reproducirse en los nuevos procedimientos que propone (eso es, como observaremos en el capítulo 15, lo que efectivamente ha ocurrido). El problema es que el neo-constitucionalista no tiene paciencia para volver sobre los procedimientos legislativos y formular la pregunta propiamente institucional: ¿qué hay en ellos que no hacen (suficientemente) probable lo improbable? Al ignorar esta cuestión, el neo-constitucionalista no nos ofrece razón alguna en virtud de las cuales las patologías anti-liberales, anti-sociales y anti-democráticas que detecta en los procedimientos legislativos no vayan a reproducirse en los procedimientos que en su reemplazo nos invita a adoptar, con el agravante adicional de que ha hecho en primer lugar plausible su programa defendiendo una forma no formal de democracia (o al menos una cuya defensa incluye la devaluación de los procedimientos, que en definitiva serían ¡fascistas!), que no solo es estrictamente imposible, sino que además devalúa todas las instituciones, en la medida en que supone que la sustancia no es improbable.