

Bandieri, Luis María

Breve asedio al poder constituyente irregular

Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional N° 1, 2013

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Bandieri, L. M. (2013). Breve asedio al poder constituyente irregular [en línea], *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 1. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/breve-asedio-poder-constituyente.pdf> [Fecha de consulta:.....]

BREVE ASEDIO AL PODER CONSTITUYENTE IRREGULAR

LUIS MARÍA BANDIERI¹

Emulando un comienzo famoso, podríamos decir que el poder constituyente ha nacido libre y por todas partes se encuentra encadenado. El que ha puesto el cerrojo a sus cadenas es el constitucionalismo² que, a su vez y paradójicamente, lo mantiene aún como una piedra angular de su edificio teórico. Un distinguido jurista argentino lo ha llamado “concepto grandilocuente y ensoberbecido”, que debe ser objeto de “vaciamiento”³. Y Bruce Ackerman, por su lado, en su planteo sobre las transformaciones constitucionales por medio del “gerenciamiento judicial”, tiene especial cuidado de separarlo del poder constituyente, cuyos actos, a su juicio, poseen “carácter arbitra-

1. Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular Ordinario, Facultad de Derecho, UCA.

2. “Constitución” se refiere actualmente a un concepto descriptivo, aunque en su acepción moderna, a partir de fines del siglo XVIII, haya nacido como término polémico frente al Antiguo Régimen (ver DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962, pág. 2). El vocablo “constitucionalismo”, en cambio, viene teñido inexorablemente de una constelación de valores que corresponden a una etapa histórica y cultural que llamamos “modernidad” y, dentro de ella, a un momento que arranca a finales del siglo XVIII, prefigurado a su vez desde un siglo atrás, y que se extiende hasta nuestros días. Ya no nos servimos de expresiones neutras y descriptivas, sino de giros valorativos y prescriptivos, correspondientes a una filosofía política determinada. No deben confundirse ambos conceptos.

3. VANOSI, Jorge Reinaldo, “Los límites del poder constituyente”, en *Teoría constitucional*, T. I, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2000, pág. 237.

rio", por transcurrir fuera de la ley, en el ámbito de la "política pura"⁴. En este contexto, situar un poder constituyente "irregular" no resulta tarea, en principio, fácil. Porque "irregular", en sus dos corrientes acepciones –la primera, aquello que va contra la regla; la segunda, aquello que no sucede habitualmente–, el poder constituyente lo ha sido desde su inicio. Ha sido irregular porque, desde su primera irrupción, fue una ruptura con la "lógica de los antecedentes", para decirlo con el giro mediante el cual Carlos Cossio caracterizaba las revoluciones. Y ha sido también irregular porque surge –o insurge– esporádicamente y sin plazo fijo en la historia constitucional.

En la búsqueda de la irregularidad del poder constituyente y, obviamente, de su eventual contracara regular, no parece posible el acercamiento en línea recta. Los grandes problemas del conocer, decía Ortega, requieren una aproximación en círculos concéntricos cada vez más estrechos: "[...] una táctica similar a la que los hebreos emplearon para tomar a Jericó y sus rosas íntimas". La "táctica de Jericó" nos exige, pues, una aproximación progresiva, circular y de tanteo. Un asedio abreviado, por lo tanto, dentro de los límites de esta contribución. Comencemos por la cuna de nuestro poder constituyente.

FRENTE A DIOS

En verdad, nuestra criatura comenzó su existencia en el mundo político-jurídico compitiendo nada menos que contra Dios. La idea de poder constituyente, según el constitucionalismo clásico, resulta contemporánea del complejo proceso de secularización⁵ que acompañó al desenvolvimiento revolucionario de 1789, extendido por las bayonetas napoleónicas al resto de Europa continental, que funda hasta los tiempos actuales la legitimidad y la concepción misma del

4. En *We the people II, Transformations*, Harvard University Press, 1998, pág. 11.

5. SCHMITT, Carl, en su "Glossarium" dice: "[...] el derecho al error religioso se transformó en fundamento del derecho constitucional". Cit. por GRASSO, Pietro Giuseppe, *El problema del constitucionalismo después del Estado Moderno*, Barcelona, Marcial Pons, 2005, pág. 30.

mundo político. El problema nuclear, entonces, era dar un fundamento objetivo al orden jurídico sin recurrir a la fe en un Dios creador y ordenador del Universo. Hasta allí, el poder constituyente pertenecía solo a Dios⁶. La secularización de la idea, muchas veces implícita, de *potestas constituens* divina, fue el empeño principal del constitucionalismo clásico, provisto para ello de los instrumentos intelectuales suministrados por la Ilustración. Recordando aquella clásica afirmación de Schmitt acerca de que los conceptos políticos básicos son conceptos teológicos secularizados⁷, vemos inmediatamente aquí que el pueblo, o su manifestación que es la Nación, asume el papel de un Dios creador y todopoderoso, que permite el paso del caos informe a la forma constitucional. El *pouvoir constituant* teorizado de inicio por Sieyès resulta un legislador omnipotente que actúa *legibus solutus*, sin constreñimientos previos. “El poder constituyente lo puede todo en ese aspecto, puesto que no se encuentra sometido a una constitución previa. La Nación, que ejerce así el más grande y más importante de sus poderes, debe hallarse, en el ejercicio de esa función, libre de toda atadura y de toda forma, que no sea la que le plazca adoptar”, expresa un párrafo de nuestro abate⁸. Y lo puede desde la nada, porque nada puede limitarlo de inicio. Böckenförde⁹, que califica al poder constituyente de “concepto límite” del derecho constitucional, se ha entretenido en señalar sus correspondencias teológicas: opera como

6. Ver SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, traducción de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 1992, pág. 92 y sigs.

7. Ver SCHMITT, Carl, *Teología política –cuatro ensayos sobre la soberanía–* trad. de Francisco Javier Conde, introducción de Luis María Bandieri, Buenos Aires, Ed. Struhart, 1998, pág. 54.

8. SIEYÈS solo utiliza en una ocasión, en su famoso folleto “¿Qué es el Tercer Estado?”, cap. V, la expresión “poder constituyente”, aunque el concepto esté implícito. La cita pertenece a su *Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l’homme et du citoyen*, del 20 de julio de 1789, ante el Comité de la Constitución. Me sirvo para *Qu’est-ce que le Tiers État?* de la versión en www.leboucher.com/pdf/sieyes/tiers.pdf y para la *Reconnaissance...* del texto en www.unice.fr/ILF-CNRS/politext/Sieyes/sieyestextes/hml#54.

9. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, “El poder constituyente de un pueblo. Un concepto límite del derecho constitucional”, en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pág. 159 y sigs.

un legislador omnipotente, principio y no causa de sí mismo, *principium sui* y no *causa sui*, que viene de la nada –*ex nihilo*– y desmiente aquello de que de la nada, nada resulta –*ex nihilo, nihil*– porque aquí, de la nada, resulta creado un ente, la constitución (*ex nihilo fit ens creatum*). Para reemplazar a Dios en la creación constitucional, había que copiar sus atributos, y nada mejor para ello que el abate de Fréjus, educado por los jesuitas.

El poder constituyente, sin embargo, es una divinidad que acaba produciendo más temor que apego. La sacralización se desvía, así, del creador a la creatura, a la constitución misma, *sacred instrument*, como la llamaban en su tiempo comentaristas norteamericanos. El texto escrito va más allá de su función obvia de fijar, precisar y volver accesible a todo ciudadano sus derechos y el mecanismo de su gobierno. Adquiere una dimensión religiosa y funge de tabla de la ley, como las que Moisés bajó del Sinaí –hasta el punto de que Karl Loewenstein sostuvo que el caudillo hebreo fue el primer practicante del constitucionalismo¹⁰. ¿Quién no recuerda la comparación de nuestra constitución con un “arca sagrada” en el caso Sojo? Incluso los autores del texto reciben por extensión un nimbo de sacralidad. Padres fundadores y diseñadores, *founding fathers* y *framers*, consiguen algo así como un culto de dulía por parte de los especialistas del ramo. Tan intenso puede ser, que Harold Laski llegó a celebrar cierta lectura crítica que le había producido el “alivio de poder deshacerse de la revelación otorgada por Dios a Alexander Hamilton a principios de 1787”¹¹.

NACIÓN Y PUEBLO

“Vista después de que se hubo terminado, la Revolución [Francesa] parece haber tenido por objeto el establecimiento del culto a la

10. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Ed. Ariel, 1983, pág. 40.

11. La lectura fue de la obra, siempre actual, de BEARD, Charles, *An economic interpretation of the Constitution* y la frase está contenida en una carta a Oliver Wendell Holmes, feroz crítico de aquélla. Ver HOFSTADTER, Richard, *Los historiadores progresistas*, Buenos Aires, Paidós, 1970, pág. 203.

Nación”¹². Esta frase de Jouvenel ilustra sobre la magnitud de la tarea que emprendió nuestro abate: transformar el concepto de nación –una referencia neutra a los nacidos en un país– en una formulación mística y política, es decir, polémica, destinada a derribar un orden secular y sustituirlo por otro nuevo, que le daría consagración jurídica¹³.

Esta nación soberana, una e indivisible, de la que emana el *pouvoir constituant*, es anterior y superior al poder político instituido y al derecho. Es previa a la constitución y dueña de ella –poder constituyente, deconstituyente y reconstituyente a voluntad. Un pueblo –esto es, los individuos asociados– toma conciencia política de sí mismo en forma de nación y lo demás –gobierno, constitución, instituciones– resulta su añadidura. La fórmula se inscribe en la Constitución de 1791: “La soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenecce a la Nación; ninguna porción del pueblo, ni ningún individuo, puede atribuirse su ejercicio” (Tít. III, Art. 1º). Antes, la ha consagrado la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “[...] el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer una autoridad que no emane expresamente de aquélla” (Art. 3º).

Para llegar a ese resultado, el abate de Fréjus debió proceder a unas previas y radicales discriminaciones y exclusiones, notoriamente irregulares, sobre los órdenes convocados originariamente por el monarca a los Estados Generales. La nación reside exclusivamente en el estado llano, el Tercer Estado social. De aquélla están de inicio excluidos la nobleza y el clero. Como señala Alessandro Campi, “[...] la parte se hace todo y se autoproclama *la* nación”¹⁴. La nación, que hasta ese momento hacía referencia al lugar de nacimiento, se convierte así en un concepto político que pivotea sobre enemistades internas (aris-

12. JOUVENEL, Bertrand de, *Los orígenes del Estado Moderno –Historia de las ideas políticas en el siglo XIX*, Madrid, Ed. Magisterio Español, 1977, pág. 157.

13. Sobre la evolución del concepto de “nación” ver BANDIERI, Luis María, “Patria, Nación, Estado *et de quibusdam aliis*”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N° 106, Medellín, Colombia, Universidad Pontificia Bolivariana, enero-junio 2007, págs. 13/51.

14. CAMPI, Alessandro, *Nación*, Buenos Aires, Ed. Nueva Visión, 2004, pág. 123.

tócratas y traidores) y externas (la *sang impur* de los ejércitos monárquicos, que debía empapar los surcos, según la Marsellesa).

También se observa un traspaso de la noción ya conocida de “soberanía del pueblo” –que podía reconducirse hasta Marsilio de Padua, p. ej., y aún a los jurisconsultos romanos– a la inédita de “soberanía de la nación”. Como está diseñando un nuevo vocabulario político, nuestro abate echa mano con bastante imprecisión a los términos “pueblo” y “nación”. Sin embargo, el que prevalece es este último. “Pueblo” no tiene ninguna connotación orgánica, ni se refiere al cuerpo político, al *populus* de los romanos o la *universitas civium* de los medievales. Pueblo vale como la suma de individuos libres e iguales asociados. Políticamente, ese colectivo se llama “nación” y de aquél resultará, más tarde, la concepción romántica del “espíritu del pueblo”. El traspaso de “pueblo” a “nación” encierra la enorme minucia de que este pueblo/nación, principio y causa de sí mismo, y además omnipotente, puede otorgar su confianza a representantes, lo cual lo convierte en una divinidad delegante y, por lo tanto, reducida en sus poderes al acto propio de la delegación, en el que instantáneamente los pierde¹⁵. Sieyès se aparta aquí ostensiblemente de Rousseau, para quien la voluntad general no puede transmitirse, ya que transmitirla es perderla. Transcribamos al abate de Frèjus: “[...] un cuerpo de representantes extraordinarios reemplaza a la asamblea de la nación. Sin duda, no hay necesidad de estar encargados de la plenitud de la voluntad nacional; no será necesario más que un poder especial, y esto en algunos casos. Este cuerpo reemplaza a la nación en la independencia de todas las formas constitucionales”¹⁶.

Se nota la urgencia política del momento: la asamblea debe actuar sobre la marcha. Lo importante es pasar de una representación medieval, fundada sobre el mandato imperativo, que reproducía una imagen fiel de los representados, a una representación global de la

15. “Con la doctrina democrática del Poder Constituyente del pueblo [...] ligó Sieyès la doctrina antidemocrática de la representación de la voluntad popular mediante la Asamblea Nacional Constituyente”, dice SCHMITT, Carl, ob. cit. en nota 5, pág. 97.

16. Ob. cit. en nota. 7, pág. 57.

idealidad “nación”, que permitiría decidir a los representantes sin ataduras. Pero el pueblo soberano, *pouvoir constituant*, sufría así el primer recorte a su poder teóricamente ilimitado. Lo seguirán muchos otros, a medida que el constitucionalismo se vaya desenvolviendo.

De todos modos, el mensaje es claro: el orden político no se determina ya según una previa organización divina de la naturaleza y de un señorío celeste sobre la historia. Los hombres que conforman el pueblo/nación constituyente han pasado de creaturas a creadores. Por un instante, el momento previo a su delegación, todo lo pueden. Son como dioses, pero al estilo del Dios relojero de Voltaire, que pone en marcha el mecanismo institucional para retirarse inmediatamente luego. No en vano un abate fue quien concibiera de ese modo el poder constituyente, y no en vano la correspondencia teológica asoma en el caso tan prontamente: “[...] los rastros de las ideas teológico-cristianas del poder constituyente de Dios eran todavía demasiado fuertes y vivos en el siglo XVIII, a pesar de toda la Ilustración”¹⁷.

Este fue el notable aporte de Sieyès: el *pouvoir constituant*. Ciertamente, luego la Revolución a la que él, entre otros, le había abierto las puertas, como toda revolución, exigió sacrificios de sangre sobre lo que un poeta decapitado, Andrea Chénier, llamó los “altares del miedo”. Años después, cuando le preguntaron a nuestro abate cómo la había pasado bajo el Terror, contestó lacónicamente: “sobreviví”. También más tarde –fue un incesante pergeñador de proyectos constitucionales–, en mente conservadora, calificó a su criatura como un factor de inestabilidad, una suerte de insurrección permanente, y manifestó preferir modestas y cautas revisiones. Los que tenemos algunos años como para haber transcurrido guerras y revoluciones, sabemos bien de tales volteretas, arrepentimientos y recapacitaciones. Humano, demasiado humano, y no estamos aquí para prorratar culpas ni pronunciar condenas. También Rouget de Lisle, el autor de “La Marsellesa”, ya viejo, en 1830, llega preocupado a la tertulia de sus amigos: “¡La situación es gravísima! El populacho se ha largado a la calle y canta *Allons enfants!*”.

17. SCHMITT, Carl, ob. cit. en nota 5, pág. 95.

LA GRAN IRREGULARIDAD: ¿FUERA DEL DERECHO?

La criatura que Sieyès echó al mundo en una encrucijada histórica especial sigue ahí, creando quebraderos de cabeza a los juristas. Cuando Böckenförde, como hemos visto, llama al poder constituyente “concepto límite” de nuestra disciplina, lo que está diciendo es que resulta impensable como categoría jurídica. Resultaría un puro *factum* fuera del derecho. Vanossi es del mismo parecer. Una cosa es el poder constituyente originario, en “estado de primigeneidad”, y otra el poder constituyente derivado, en “estado de continuidad”. “Del primero –afirma– hemos dicho que pertenece su estudio a la ciencia política, a la filosofía y a la sociología; creemos que se trata de una noción o idea metajurídica o extrajurídica, pues está más allá de toda y cualquier competencia, y por eso mismo no es una figura creada por el derecho, aunque sea un objeto de consideración circunstancial por el derecho”. Según nuestro autor, corresponde separar la fuerza de la competencia, para delimitar lo extrajurídico de lo jurídico. El poder constituyente originario alude a “la potestad en cuanto fuerza”: está fuera del mundo del derecho.

Desde el punto de vista de las irregularidades, ésta sería la mayor, la más intensa. Tan grande, que el *pouvoir constituant*, versión fuerte, termina desterrado a perpetuidad del universo jurídico. Se estaría por coincidir con esta posición, ya que el poder constituyente primigenio –y solo si se coloca en esa situación de comienzo absoluto parece que pueda llamarse “constituyente”– al aparecer como venido de la nada y situarse antes y por encima de todo no parece pueda encajarse en el derecho, que siempre presupone lo dado. Pero surgen las preguntas: ¿no será esta drástica exclusión como tirar al bebé con el agua del baño? Y ¿no nos retornará a los juristas por la ventana el problema que echamos por la puerta?

Ante todo, el campo de lo político y el campo de lo jurídico nacen de conflictos. La conflictualidad es fontal en uno y otro caso, aunque difiera en su enfoque. Por lo tanto, en cuanto presupuesto para la puesta en acto del instrumental propio del derecho, el jurista no puede desconocer el conflicto que resulta de la insurgencia de un poder constituyente en sentido fuerte. En primer lugar, porque su planteo invoca el derecho a la autodeterminación o autoorganización de una comu-

nidad política, principio proclamado en el derecho internacional, si queremos movernos en el plano de la positividad. Más aún, existe una Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos, establecida por las delegaciones de varias organizaciones internacionales en Argel el 4 de julio de 1976, a doscientos años de la declaración de independencia norteamericana, que lo recoge¹⁸. En segundo lugar, porque si bien el poder constituyente en sentido fuerte no es un poder jurídicamente regulado –si lo fuera, perdería su carácter de *constituens* para convertirse en *constituto*–, no constituye un acto de mera fuerza bruta, un acto de pura *potentia*, sino el ejercicio de una *potestas* que nos plantea inmediatamente el problema de la legitimidad y la legalidad.

Por otra parte, la invocación de un poder constituyente en sentido fuerte está asociada, ineludiblemente, a una situación de excepción. Las normas, sean las que imponen obligaciones o las que adjudican competencias, rigen en las situaciones “normales”, como el propio vocablo indica. De la excepción, que es irregularidad, se sale por una decisión que permite establecer otra vez la normalidad. Y esta decisión política basal, en el caso de ser formulada por un poder constituyente en sentido fuerte, originario, forma parte inmediata del derecho surgente, salvo que identifiquemos derecho con norma. Por eso, la famosa definición de Carl Schmitt de la constitución como un acto del poder constituyente originario sobre el modo y la forma de la unidad política, parte de una distinción entre la constitución como un todo y la ley constitucional. El tránsito de la decisión política a la decisión jurídica, en ese caso, se presenta de un modo fluido que no permite una tajante separación entre el momento en que se sale de un campo y se entra en otro, pero el tránsito existe y la decisión es, cuando menos, *conditio per quam*, el nuevo orden jurídico, indisolublemente vinculado a aquélla, puede afirmarse y llegar a su legitimación. Ya no podemos evacuar una parte de tal dinámica expulsándola del mundo del mundo del derecho.

18. Art. 5º: “Todo pueblo tiene el derecho imprescriptible e inalienable a la autodeterminación. Determina su estatus político con toda libertad y sin injerencia exterior”. Texto en www.filosofia.org/cod/c1976pue.htm.

EL RECURSO A “WE, THE PEOPLE”

En el caso norteamericano no existe una teorización inicial sobre el poder constituyente. No hay una reflexión explícita sobre él; directamente, se lo ejerce, con una impostación distinta de la que tendrá lugar en Francia, subyacente en la fórmula “*We, the people*” con la que arranca el preámbulo del texto. La teología política que está en la base del modelo constitucional norteamericano de 1787 no reside en el culto a la nación –como vimos en el caso francés– sino en el culto a la predestinación de un pueblo.

La Convención de Filadelfia, que la produjo, se colocó irregularmente como poder constituyente, por medio de una suplantación, ya que fue originariamente convocada no para dictar una constitución sino para revisar el pacto confederal de los Artículos de Confederación y Perpetua Unión de 1777¹⁹. Un hábil y subterráneo cabildeo condujo a constituir la república federativa²⁰. El conflicto quedaría en sordina hasta estallar en 1861 con la guerra civil entre confederados y unionistas.

Los *framers*, asumiéndose como el “pueblo” de los Estados Unidos, se colocaron en un tiempo mítico y fundacional, en un comienzo abso-

19. La convocatoria del Congreso confederal fue “con el objeto único y expreso de revisar los Artículos de Confederación y de presentar dictamen al Congreso y a las distintas legislaturas sobre las alteraciones y adiciones a los mismos que sean necesarias a fin de adecuar la Constitución confederal a las exigencias del gobierno y al mantenimiento de la unión”. La ratificación de los Estados debía ser, de acuerdo con los “Artículos de Confederación y Perpetua Unión”, por unanimidad. El golpe maestro del proyecto de Filadelfia fue considerar suficiente la ratificación por los dos tercios (nueve sobre trece).

20. “El movimiento se hizo con gran habilidad. No tomó la forma de una agitación, sino la de una conspiración, o si se quiere, la de un hábil cabildeo. Jorge Washington habló con algunos amigos suyos en Mount Vernon, su hermosa casa a orillas del Potomac, y esta conversación dio por resultado la reunión de la Convención Comercial de Annapolis, en septiembre de 1786. La Convención, un pretexto. Pidió al congreso que convocase una reunión semejante. Ya estaba todo preparado, y el congreso votó la célebre resolución de febrero de 1787, convocando delegaciones de los Estados para que, reunidas en Filadelfia, revisaran los Artículos de la Confederación, y diesen un informe al congreso. Nada se decía de adoptar una nueva Constitución”. PEREYA, Carlos, *La Constitución de los Estados Unidos como instrumento de dominación plutocrática*, Madrid, Ed. América, s/f, pág. 60.

luto y en un estado de inocencia originaria, a partir del cual desarrollar la historia de una elección de ese mismo pueblo. Las fuentes no están principalmente en las ideas de la Ilustración –como en el caso francés– sino en la noción bíblica de pueblo elegido, recibida, de modo especial, pero no exclusivo, de la herencia puritana de los *pilgrim fathers*. Lo que están diseñando los fundadores es una Nueva Jerusalén y el texto que elaboran es una biblia política, en una suerte de revelación constituyente. El pueblo –los convencionales de Filadelfia– está respondiendo a “la importante cuestión relativa a si las sociedades humanas son capaces o no de establecer un buen gobierno”. Y en eso se juega la predestinación “de un imperio que es en muchos aspectos el más interesante del mundo”²¹. En estas palabras liminares de Hamilton para presentar el texto a la ratificación se transparenta la conciencia, en los *framers*, de un destino imperial ya fijado para un pueblo elegido a ese efecto –vale la pena reiterarlas en su idioma original: “[...] *the fate of an empire in many respects the most interesting in the world*”.

El culto del pueblo predestinado en el caso norteamericano, el culto de la Nación sacralizada en el caso francés: he aquí las dos fuentes distintas del poder constituyente, que se bifurcan en dos senderos históricos también distintos.

La senda norteamericana acentúa el punto de llegada: la constitución escrita que consagra el fruto de las deliberaciones constituyentes.

La senda francesa acentúa el punto de partida: subraya la presencia constante de un poder situado por encima de la constitución que puede, en todo momento, transformarla.

Carl Schmitt señala con agudeza que, en el caso norteamericano, junto con la constitución surgían una serie de nuevos Estados unidos en una federación: la formación de una unidad política nueva y el darse una constitución fueron actos prácticamente simultáneos. En Francia, al contrario, no surgió un nuevo Estado, porque éste ya existía. “Se trataba –dice este autor– tan solo de que los hombres mismos fijaban, por virtud de una decisión consciente, el modo y la forma de su propia existencia política. Cuando se suscitó ahí conscientemente,

21. HAMILTON, Alexander, *El Federalista*, I, México, Ed. FCE, trad. de Gustavo R. Velasco, 1998, pág. 3.

y fue contestada, la cuestión del poder constituyente, aparecía mucho más clara la fundamental novedad de tal fenómeno”²².

Es interesante observar la especificidad, respecto de los dos modelos antedichos, que asume la experiencia hispanoamericana. Aquí, del proceso de la Independencia –llamado de la “emancipación”, lo que señala la huella ideológica de la Ilustración– surgieron varias unidades políticas a partir de los virreinos borbónicos. A partir de una única nacionalidad, la española, expresada en la constitución del Estado borbónico ilustrado, se fueron diseñando trabajosamente varias nuevas nacionalidades, siempre conscientes, en mayor o menor grado, de su tronco común. En ningún caso este proceso pudo efectuarse simultáneamente con la sanción de una constitución, esto es, con la institucionalización de nuevos Estados a partir de esas nacionalidades en ciernes. Más bien, la independencia dio lugar a una serie de intentos constitucionales generalmente fallidos. Los sucesivos titulares del poder no pudieron fundar su ejercicio ni en una tradición constante –habían roto con ella– ni en un inicio determinado por un acto soberano de racionalidad constituyente. En todos los países de la ecúmene latinoamericana, la independencia precedió a la nacionalidad y la nacionalidad precedió a la institucionalización estatal. En los EE. UU. la independencia se dio casi simultáneamente con la constitución del Estado por ejercicio del poder constituyente. En Francia el Estado ya existía, pero se le dio un nuevo principio a través del cambio revolucionario del sujeto de la soberanía, por medio del poder constituyente. En nuestra ecúmene, españoles americanos independientes van conformando un mosaico de nacionalidades al tiempo que intentan diseñar –sobre las ruinas del Estado borbónico ilustrado– diversas estatalidades por medio de la adopción de esquemas constitucionales trasplantados, lo que explica en buena parte la crónica inestabilidad política regional y el sentimiento difuso de ficción y hasta de mentira vital o, con la expresión de Andrés Bótero Bernal, “eficacia simbólica”²³, que descalifica nuestras instituciones.

22. SCHMITT, Carl, ob. cit. en nota 5, pág. 96.

23. Ver BÓTERO BERNAL, Andrés, “La eficacia jurídica, la seguridad jurídica y la Corte Constitucional colombiana”, en MOLINA BETANCUR, Carlos Mario, *La*

En la *tradición norteamericana*²⁴ la constitución es la expresión de la voluntad soberana del pueblo –“we, the people”–, pero es una voluntad petrificada en un texto establecido y adoptado luego de un procedimiento complejo y escalonado entre la Convención Constituyente originaria de Filadelfia y las ratificaciones de los Estados²⁵. En ella, el poder constituyente ha sido el instrumento para fijar, hasta hoy, lo que Marshall calificó “the fundamental and paramount law”, que establece las reglas de juego entre los poderes constituidos y la sociedad. La constitución, pese al enfático “we, the people”, sirve como ley fundamental y suprema para oponer a los representantes legislativos del pueblo y evitar la tiranía de las mayorías, esto es, establecer una versión débil, representativa, de la democracia, que Madison llamó “república”, en lugar de la democracia pura, rousseauniana²⁶. A ese efecto, surge un triple cerrojo con la presidencia, el Senado y la Corte. Más la notable invención del “federalismo”, que procuraba concordar un centro unitario de poder con las tendencias autonómicas de los

Corte Constitucional colombiana: ¿garante de seguridad jurídica y orden público?, Medellín, Universidad de Medellín, 2008, págs. 203-224.

24. Por cierto que al hablar de “tradición norteamericana” nos referimos a la del sector ideológico que triunfó en la Convención de Filadelfia y la historia subsiguiente, inspirada principalmente por Alexander Hamilton y el partido Federalista. Resulta muy interesante, aunque ajeno a los límites de este trabajo, examinar el pensamiento “antifederalista”, opuesto al centralismo hamiltoniano, defensor de las autonomías estatales y crítico del principio de supremacía de la Constitución federal y al derecho absoluto y supremo de la Corte Suprema de interpretar la Constitución. Ver BENEGAS LYNCH, Alberto (h) y JACKISCH, Carlota, *Límites al poder: los papeles antifederalistas*, Buenos Aires, Ed. Lumiere, 2004. Téngase en cuenta que en los orígenes norteamericanos, los “federalistas”, antecesores de los republicanos actuales, eran los que defendían aumentar y concentrar las prerrogativas en el poder central –“federal”– mientras los “antifederalistas” afirmaban y pretendían ampliar las autonomías originarias de los Estados federados.

25. Se estableció que bastaba la ratificación de nueve de los trece Estados originarios. Con las enmiendas que incorporaron los derechos y las garantías se logró, finalmente, la ratificación de Carolina del Norte, en 1789, y de Rhode Island en 1790. Sobre los antecedentes del caso “Marbury”, ver BOTERO BERNAL, Andrés, *Haciendo memoria de la defensa judicial de la Constitución*, Medellín, Universidad de Medellín, 2008.

26. HAMILTON, Alexander, *El Federalista*, ob. cit., X.

Estados federados, a quienes se defería la ratificación del texto constitucional. De allí la insistencia de Madison –para salvar la radical irregularidad de derogar la confederación sin mandato– de que se trataba de una constitución “federal” antes que “nacional”²⁷ y, agregaríamos, como se ha hecho notar, antes federativa que democrática.

De allí derivan dos consecuencias:

La primera es que toda disposición constitucional resulta explícitamente superior a la voluntad expresada por cualquier órgano constituido, comprendido el Congreso de los EE. UU. (especialmente luego de “*Marbury vs. Madison*”, de 1803, impulsado por el *Chief Justice* Marshall, aunque el control de constitucionalidad por parte de los jueces ya había sido planteado por Hamilton en *El Federalista*²⁸). En consecuencia, la voluntad expresada por los representantes del pueblo no puede prevalecer jamás sobre lo que se supone es la expresión constitucional de la voluntad del pueblo mismo, declarada de una vez para siempre: aquella es tan solo la voluntad de un órgano constituido. Podría decirse que al “pueblo”, en cuanto tal, se le otorgó desde 1787 un descanso sabático indeterminado. Luego, habiendo sido la constitución adoptada tras un proceso largo y complejo, el poder constituyente rara vez es requerido –en todo caso, a título de poder constituyente delegado, conforme el Art. 5º y por agregado de enmiendas al *sacred text*– y le cabe al juez y, en particular, a la Corte Suprema de Justicia de los EE. UU. proceder a la interpretación de la constitución. A medida que se aleja del momento histórico de su fundación y ante el cambio de las condiciones sociales, la Corte ha elaborado métodos de interpretación que la constituyen, objetivamente, en un segundo *poder constituyente contramayoritario*, que yugula la voluntad popular. La Constitución es lo que la Corte Suprema dice que es²⁹.

27. Ídem, XXXIX.

28. Ídem, LXXVIII.

29. Woodrow Wilson, cuando fue presidente de los EE. UU., comentó que la Corte Suprema funcionaba como “una convención constituyente en sesión permanente”. Este comentario crítico, que debe tomarse *cum grano salis*, ha sido extrañamente interpretado como una afirmación seria y dogmática por gran parte de nuestra doctrina, que repite el aserto sin considerar, cuando menos, su colisión con la doctrina de la soberanía popular afirmada en la propia Constitución (Art. 33). Un jurista perspicuo,

En la tradición francesa, por el contrario, el poder constituyente está por encima de la constitución, planeando sobre ella con facultad de modificarla en cualquier momento. Como la ley es la expresión de la voluntad del pueblo, de la voluntad general, el legislador tiende a ocupar el lugar de poder constituyente. De modo tal que se borra la distinción entre la constitución y la ley y el poder constituyente se manifiesta siempre activo, en la forma de un Poder Legislativo que encauza la voluntad revolucionaria del pueblo.

Mientras que en la tradición norteamericana el poder constituyente tiende a diluirse detrás de la constitución rediseñada por la Corte Suprema, en la tradición francesa la omnipresencia del poder constituyente está siempre dispuesta a borrar la constitución a medida que la escribe. El legislador surgido de la soberanía popular es la figura nuclear del poder constituyente.

La tradición norteamericana funda el constitucionalismo clásico o concepción normativa de la constitución. La tradición francesa da lugar a una verdadera tradición revolucionaria que puede pervertirse como soberanía de la Asamblea Legislativa. La tradición norteamericana mantiene una sola república. La francesa ha visto sucederse cinco (con sobresaltos imperiales y monárquicos intermedios).

La norteamericana justifica la extensión del poder del juez, que se convierte en juez de la ley –juzga a la ley– cuando la considera contraria a la constitución: el juez dice, contramayoritariamente, el derecho constitucional³⁰.

y ministro de la Corte, como Carlos S. FAYT, llega a parafrasear: “La Argentina tiene en su Corte Suprema una convención constituyente en sesión permanente” (prólogo a *La Corte Suprema y la evolución de su Jurisprudencia: leadings cases y holdings*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004).

30. En el capítulo XIII, secc. 168, de su Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, John LOCKE se pregunta quién juzgará si el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo tiranizan al pueblo. No hay juez en la tierra que lo haga, contesta el autor: *there can be no judge on earth*. Solo queda el camino de la rebelión, de la “apelación al cielo”, *appeal to heaven*. Los *framers* intentaron contestar a ese quis judicabit? de Locke, referido a las eventuales demasías legislativas, con la respuesta: la Corte Suprema, en última instancia. Ese “Estado judicialista”, como lo llama Carl Schmitt, tiene su andamio en la tradición de independencia del poder político que otorga un derecho jurispru-

La francesa subordina la función de juzgar a la aplicación y ejecución de la ley. El juez es mera boca de la ley (como quería Montesquieu).

La concepción francesa decae a partir de la Constitución de 1958 cuando se establece un Consejo Constitucional, que puede pronunciarse sobre la constitucionalidad incluso de proyectos de ley, pero donde no tuvieron legitimación activa los particulares hasta 2008, aunque solo con respecto a leyes ya promulgadas³¹. Actualmente, cualquier juez puede declarar un acto de gobierno o una norma violatoria de la Carta Europea de los Derechos Humanos, incorporada al Tratado de Roma, o a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y los preámbulos de las Constituciones de 1946 y 1958. La concepción francesa ha terminado por asimilarse a la norteamericana.

DANZAS Y CONTRADANZAS –IRREGULARES– DEL PODER CONSTITUYENTE

En nuestra ecúmene latinoamericana se vive una onda expansiva “fundacional” de poderes constituyentes que asumen o quieren asumir la potestad originaria. El punto de partida fue la Asamblea Nacional Constituyente venezolana electa en julio de 1999, que estableció la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Convocada para reformar la Constitución de 1961, se declaró “poder constituyente originario” y dictó un “decreto de reorganización de todos los órganos del poder público”³² antes de proceder a sancionar la nueva constitución. Ella fue ratificada luego por un referéndum popular. En agosto de 2007 el presidente reelecto de Venezuela, Hugo Chávez,

dencial, elaborado por la razón práctica de los jueces. Su exportación a Estados legislativos, establecidos sobre un derecho administrativo, no ha resultado del todo feliz.

31. La reforma constitucional del 23 de julio de 2008 introdujo un Art. 61-1 que permite a los ciudadanos impugnar la constitucionalidad de una ley ya promulgada en el curso de un proceso judicial.

32. Para una visión crítica de este proceso ver BREWER-CARÍAS, Allan R., *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, México, UNAM, 2002 y HERNÁNDEZ CAMARGO, Lolymer, *La teoría del poder constituyente. Un caso de estudio: el proceso constituyente venezolano de 1999*, San Cristóbal, UCAT, 2000.

presentó ante la Asamblea Nacional un proyecto de reforma de 33 de los 350 artículos de la Constitución de la República Bolivariana. Ellos incluían, entre otros, la reelección presidencial indefinida³³. Aprobada la reforma en dos sesiones por la Asamblea (donde solo había representantes oficialistas, ya que los opositores no concurrieron a las elecciones), fue sometida a referéndum popular el 2 de diciembre de 2007, que resultó desfavorable a la propuesta (la “victoria de mierda”, según las palabras del propio Chávez). Con ello, habría sido irregular volver a plantear la reforma ante la Asamblea Nacional hasta la finalización del mandato presidencial, en 2013. El Poder Ejecutivo recurrió a una presentación ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, esto es, un poder constituido, para nulificar aquella manifestación referendaria en ejercicio del poder preconstituyente³⁴, en consonancia con manifestaciones del entonces Presidente, posteriores al referéndum, acerca de que la reforma se haría de todos modos. En febrero de 2009, un nuevo referéndum autorizó la reforma constitucional y la posibilidad de un cuarto mandato presidencial, para el cual fue Hugo Chávez elegido en 2012, pero que su muerte le impidió asumir.

En Bolivia, el presidente Evo Morales asumió en enero de 2006 con la promesa de “refundar” el país, para lo cual convocó a la Asamblea Constituyente, instalada en agosto y que tendría un año para sancionar una constitución, en reforma total de la anterior. Debe tenerse en cuenta que en Bolivia regía la Constitución de 1967, reformada en 1994 y luego, por segunda vez, en 2004, ocasión en la que se introdujo institucionalmente la Asamblea Constituyente, entre cuyas facultades estaba la de “reforma total” de la constitución. Incumplido aquel plazo anual, durante el cual no se pudo redactar ni un solo artículo, se estableció por la Asamblea una prórroga hasta diciembre de 2006. La constitución no pudo ser aprobada en Sucre por los disturbios popu-

33. La presidencia perpetua tiene su debut constitucional en la ecúmene latinoamericana en 1801, con la primera Constitución de Haití (y primera latinoamericana). Bolívar toma la idea y la incorpora a la Constitución de Bolivia de 1825, que redactara. Esta propuesta tendrá larga y caudalosa descendencia.

34. La Constitución de California establece el principio de que una decisión tomada por vía referendaria no puede ser derogada o modificada sino por otro referéndum. La misma doctrina ha sido establecida por la Corte Constitucional italiana.

lares (Sucre era, hasta entonces, capital judicial y La Paz sede del Ejecutivo y el Legislativo: el desconocimiento de la capitalidad plena de Sucre en el nuevo texto produjo un levantamiento que expulsó a los constituyentes, a riesgo de su vida) y fue finalmente sancionada en Oruro. En enero de 2009 la constitución fue aprobada por referéndum, lo que posibilitó la reelección de Morales en 2010. Un reciente fallo del Tribunal Constitucional autoriza al actual Presidente a presentarse a una tercera reelección.

En el caso ecuatoriano, durante el primer mandato de Rafael Correa se convocó a una consulta popular para reformar la constitución vigente, de 1998, por medio de una Asamblea Constituyente, donde triunfó la propuesta. La Asamblea sancionó una nueva constitución en septiembre de 2008, que fue aprobada por referéndum popular.

El caso de la Unión Europea (UE) reviste mucho interés, con respecto a un proceso inverso, esto es, de cancelación del poder constituyente. En la Conferencia Intergubernamental de 2002 se estableció una “Convención sobre el Futuro de Europa”, formada por ciento cinco miembros (cada uno de los entonces quince Estados miembros y de los trece países candidatos estaban representados por un miembro de su gobierno y dos miembros de su parlamento). Su misión, según la “Declaración de Laeken”, emitida por la Conferencia Intergubernamental citada, era “estudiar líneas de acción e investigar procedimientos en la relación con las reformas políticas que serían necesarias para lograr diferentes grados de unidad política en la UE”. Sus trabajos deberían extenderse hasta la próxima Conferencia Intergubernamental. La “Convención”, presidida por Valéry Giscard d’Estaing, se dio, sin mandato alguno y en uno de los mayores desprecios históricos a la noción de poder constituyente, nacida precisamente en Europa, y más concretamente en Francia, a confeccionar una “constitución europea”, en puridad, un tratado con valor constitucional. En un *ranking* de irregularidades de un seudopoder constituyente, éste se lleva la palma consagratoria. El proyecto, como para alejar toda mirada que no fuese de superexpertos (y aún así no era fácil) alcanzaba las 800 páginas. Se lo sometió a la ratificación de los parlamentos nacionales y, opcionalmente, los cuerpos electorales por vía referendaria, como ocurrió en el caso español –donde prevaleció la abstención– y en los casos francés y holandés, donde triunfó el “no”. En la UE, la noción de poder cons-

tituyente fue sepultada por la actividad de un comité tecnoburocrático³⁵. Y si podemos criticar a Hugo Chávez porque no quiso aceptar el rechazo referendario a su proyecto, y procuró reiterarlo oblicuamente a través de una declaración de poderes constituidos, debemos criticar igualmente (aunque esto no despertó protesta en la doctrina constitucionalista europea) a los gobiernos de la UE y a los eurócratas en general, porque, después del rechazo, que –como el venezolano– no aceptaron, en octubre de 2007 se reiteró el engendro de tratado con alcance constitucional con el nombre de “tratado modificativo”³⁶, aprobado el 13 de diciembre en Lisboa. No se previó ninguna ratificación referendaria, salvo en Irlanda y Dinamarca, bastando a ese efecto la vía parlamentaria domesticada. Si comparamos este procedimiento con el de la constitución bolivariana, las conclusiones serían netamente desfavorables al intento europeo.

¿QUIÉNES PUEDEN HACER UNA CONSTITUCIÓN?³⁷

La respuesta obvia es quienes tienen el poder constituyente, en sentido fuerte, es decir, el o los que pueden ejercerlo en plenitud.

Y así resulta, a modo de elenco enunciativo:

- a) El “pueblo”, esto es, la mayoría del cuerpo electoral, en la forma y calificación que fuese exigida, directamente por referéndum preconstituyente vinculante para la iniciativa de convocatoria, o para la ratificación de la convocatoria propuesta por un órgano constituido; convocatoria de una asamblea al efecto y referéndum posterior ratificatorio del texto aprobado en aquella.

35. Ver BANDIERI, Luis María, “¿Una Constitución para Europa? A propósito del ‘no’ francés”, *ElDial.com*, 31-5-2005.

36. Son 256 páginas acompañadas de 12 protocolos anexos y 25 declaraciones diversas que suman en total 3.000 páginas (!!).

37. Para mayores desarrollos, me permito remitir a BANDIERI, Luis María, “El Poder Constituyente: su sentido y alcance actual”, *ED* 22-2-2007, n° 11.704, año XLIV. Una versión ampliada en *Revista del Centro de Investigaciones Sociojurídicas* de la Universidad de Manizales, N° 9, Colombia, octubre 2007.

- b) El “pueblo”, esto es, la mayoría del cuerpo electoral, previa iniciativa de un órgano constituido en el modo y la forma exigidos por la normación vigente, mediante la designación de representantes a una convención, con posterior ratificación del texto aprobado sea por el cuerpo electoral, órganos constituidos o Estados que componen una federación, de haberla.
- c) El “pueblo”, esto es, la mayoría del cuerpo electoral, previa iniciativa de un órgano constituido en el modo y la forma exigidos por la normación vigente, mediante la designación de representantes a una convención, sin necesidad de proceso ratificatorio posterior.
- d) El “pueblo”, esto es, la mayoría del cuerpo electoral, mediante referéndum o plebiscito sobre una carta constitucional propuesta de modo cualquiera por quien gobierna. Éste fue el modelo de los plebiscitos napoleónicos de 1799, 1802, 1804 (por parte de Napoleón Bonaparte) y de 1851 y 1852 (por parte de Luis Napoleón), así como de septiembre de 1980 para Chile por Pinochet. En estos plebiscitos, la decisión está en quien plantea la pregunta alternativa por sí o por no. El proponente es el dueño de la decisión y el “pueblo” formula un asentimiento o refrendo con una cuota mínima de voluntad. Como dice Schmitt³⁸, se hace sospechosa la experiencia democrática y los resultados suelen ser manipulados. Agrega este autor que en estas fórmulas plebiscitarias se asiente con facilidad como allanamiento a un hecho consumado, para salvaguardar el orden y la paz, con más resignación que entusiasmo.
- e) El “pueblo”, encarnado en los representantes de una asamblea convocada originariamente para una finalidad ajena a la *potes-tas constituens* y que se constituye, ella o una parte de ella, por sí y ante sí, en poder constituyente. Es el caso de la Asamblea nacional francesa que sancionó la Constitución de 1791, producto –como vimos– de la segregación de una parte –el Estado llano, junto con algunos elementos transfugados de la nobleza y el clero– que asume la representación del todo ideal, la “na-

38. SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, ob. cit., págs. 102/3.

ción". Frente a esta irregularidad manifiesta, resulta interesante transcribir el comentario de Schmitt: "[...] sería un formalismo especialmente extraviado, en estas cuestiones, negar a esa primera Asamblea nacional el carácter de encargada por el poder constituyente del pueblo. Sin duda ninguna, se puso en vigor ahí la voluntad de la nación francesa; frente a esto, tiene una significación solo relativa el procedimiento de una elección o votación especial"³⁹. El mismo caso lo vimos respecto de los *framers* reunidos en Filadelfia en 1787: convocados para reformar aspectos parciales de una confederación, sancionaron sin mandato una constitución que Story llamó "federonacional"; cabría aquí la misma observación schmittiana referida al caso francés. Sarmiento, en 1860, siendo convencional constituyente del Estado de Buenos Aires, no fue muy piadoso con el texto aprobado en Santa Fe siete años antes: "[...] ella [la Constitución] no fue examinada por los pueblos; fue mandada a obedecer desde un campamento, en el cuartel general de un ejército, por los mismos que la habían confeccionado". Estaríamos, en estos tres casos y en muchos otros invocables, ante el remisible pecado original de haber tomado en el origen el nombre del pueblo, quizás no tan en vano, suponiendo su consentimiento tácito.

Hasta aquí, hemos tomado como sujeto titular del poder constituyente al "pueblo", porque, si bien le fue discernido la *potestas constituens* en los orígenes ideológicos del constitucionalismo, relativamente cercanos, su *maiestas* política arranca de más lejos aún, de los juristas romanos y de los filósofos políticos medievales. Desde un enfoque realista, tendremos que señalar que *sujeto titular del poder constituyente es toda potestas política que está en condiciones, en una situación concreta y casi siempre excepcional, de establecer, garantizar o abrogar la constitución de una unidad política*. Un individuo –el monarca absoluto que otorga una carta constitucional, para acudir a un ejemplo histórico–, una minoría, una facción, un partido político o una coalición de

39. Ob. cit. en nota 38, pág. 103.

ellos, un ocupante extranjero, pueden actuar como sujetos titulares del poder constituyente, si están en condiciones de sancionar y mantener su obra. Pero esa *potestas*, como vimos, no puede ser pura *potentia*, pues nada puede sostenerse y mantenerse exclusivamente sobre esta última. “El más fuerte no es nunca tan fuerte como para ser siempre el amo, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber”, dice Rousseau en una página tan famosa como permanente⁴⁰. La *potestas*, que no quiere ser sólo *potentia*, debe plantearse entonces la búsqueda de legitimidad, cuando menos en el grado de la aceptación de la mayoría de los consociados en la unidad política. Esto es, debe recurrir a la noción de soberanía del pueblo, aunque sea solo a título del homenaje hipócrita que el vicio rinde a la virtud. De donde, cualquiera sea el sujeto titular del poder constituyente –su detentador, a fuer de precisos–, para legitimarlo debe recurrir al pueblo. El pueblo que, a esos efectos, será normalmente la masa mayoritaria, en los términos medibles de un cuerpo electoral; teniendo en cuenta, por cierto, que la mayoría integra, pero no consume, el pueblo soberano, y que las minorías opositoras o abstinentes también forman parte de él.

¿QUÉ QUEDA DEL PODER CONSTITUYENTE?

Allá cuando surgió, el poder constituyente originario semejaba una fuerza de la naturaleza. Se lo consideraba originario, inicial, fundador, extraordinario y temporal, supremo y popular.

No se justifica, pues, la división entre un poder constituyente “original” (cuando se ejerce en la etapa fundacional de un Estado) y “delegado” o “derivado” (cuando se ejerce para reformar la constitución existente). El poder constituyente, en su versión primigenia, es siempre original y soberano. El poder constituyente delegado o derivado, en cuanto es una nueva formulación de un viejo orden o, si se quiere, donde lo viejo autoriza a lo nuevo, no reviste originalidad ni soberanía y deviene, como una contradicción en los términos, una *potestas constituens constituta*. La voluntad originaria del poder consti-

40. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, L^o I, cap. III.

tuyente primigenio se encuentra aquí regulada, y convertida, pues, en una competencia determinada por la constitución por reformar. *Surge de allí, para nuestra búsqueda de lo irregular, que el poder constituyente originario es irregular por esencia, mientras el poder constituyente delegado resulta irregular por accidente* (p. ej., si se excede en el plazo fijado a una convención para realizar la reforma).

Un largo proceso impulsado por el constitucionalismo clásico ha signado un tránsito de la *potestas constituens* pura y simple a la *potestas constituens constituta*, hasta el punto que puede decirse que la noción de poder constituyente originario ha ido perdiendo tanto autonomía conceptual como peso simbólico. El punto extremo de este desguace del poder constituyente originario se halla en el proceso de búsqueda de una “constitución” para la UE sobre el cual se ha hecho referencia más arriba: la constitución se convierte en un centón indigerible escrito por expertos para expertos. En el punto más bajo del prestigio y autoridad del otrora soberbio poder constituyente originario allí donde naciera, en la ecúmene latinoamericana se registra un renacimiento del poder constituyente invocado en toda su fuerza primigenia, con pretensiones fundantes. El jurista, que como el mochuelo de Minerva levanta vuelo cuando ya está oscuro, solo puede anotar por ahora esta importante circunstancia.

La noción de poder constituyente en sentido fuerte, originario, está ligada al *reconocimiento del principio de la soberanía del pueblo*. A la vez, su producto, la constitución, está ligada al *reconocimiento de los derechos fundamentales*, “derechos del hombre y del ciudadano” en su versión original⁴¹, denominados hoy, más genéricamente, *derechos humanos*. El poder constituyente crea una constitución, según el constitucionalismo clásico, con la finalidad de reconocer dogmáticamente aquellos derechos previos e imprescriptibles, conforme un principio de distribución, según el cual la libertad del individuo es ilimitada y la facultad estatal para invadirla, limitada. Ello se traduce en el principio básico de la interpretación *pro homine*: la interpretación más protectora de la persona, la más extensa en cuanto a sus derechos y la más restrictiva en cuanto a sus limitaciones. Junto a este principio de

41. Ver BANDIERI, Luis María, “Derechos del hombre y derechos humanos, ¿son lo mismo?”, *ED* 18-9-2000.

distribución, la constitución creada por el poder constituyente debe contemplar un principio de organización. Esto es, siguiendo la terminología de nuestro texto constitucional, junto a una parte “dogmática” debe haber una parte “orgánica”.

Los dos principios señalados, el de la soberanía del pueblo y el de los derechos humanos, están permanentemente en *tensión recíproca*. La modernidad, en cuanto a la comprensión de lo político, fue acunada por esta tensión.

El constitucionalismo clásico reconocía en sus textos canónicos los “derechos del hombre y del ciudadano”, hoy llamados derechos humanos de “primera generación”, para asegurar al individuo ciertos ámbitos de no injerencia estatal (libertad de conciencia, libertad personal, libertad de opinión, inviolabilidad de la propiedad, etc.), en textos constitucionales destinados a regir dentro del territorio de un Estado determinado. Los “derechos sociales”, de segunda generación, fueron considerados al principio como un catálogo programático sin eficacia jurídica inmediata, llamados a tener, en muchos casos, una “eficacia simbólica”, en el sentido que da a esta expresión Andrés Botero Bernal, según ya referimos.

La idea de otorgarles una plena, directa y operativa eficacia jurídica, de manera de frenar y refrenar al gobernante ejecutivo, al legislador y también al constituyente, es reciente, y se impuso lentamente, ante el auge de los derechos fundamentales de “tercera generación”, o según otros de “cuarta generación”, esto es, derechos a la autorrealización personal. Su expansión horizontal y su efecto irradiante resultan hoy inexorables⁴².

En consecuencia, el poder constituyente, destituido de sus caracteres de originario y supremo, debe subordinarse a la constelación de los derechos humanos extendidos, que ya no resultan solo derechos subjetivos fundamentales, sino que, como señala muy bien Miguel Ayuso⁴³,

42. La doctrina alemana ha acuñado las expresiones *drittwirkung der grundrechte* (tercer efecto –horizontal– de los derechos fundamentales) y *ausstrahlungswirkung* (efecto irradiante).

43. AYUSO, Miguel, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2005, pág. 104 y sigs.

se entienden como valores objetivos fundamentales del humanismo moderno. La tensión entre el poder soberano popular, que se expresa en el poder constituyente, y los derechos humanos universales, se ha hecho sentir en casi todos los debates políticos durante los dos últimos siglos y, en nuestro tiempo, se ha resuelto en favor de los derechos humanos, que ponen un límite infranqueable a aquella soberanía popular y, por consiguiente, a la expresión del poder constituyente.

Se trata de dos procesos simultáneos, a saber:

- a) El de *constitucionalización progresiva del poder constituyente*.
- b) El de globalización de los *human rights*.

El primer proceso, que se desenvuelve desde los orígenes, reposa, como vimos, sobre la idea de que la constitución no resulta solamente un instrumento para establecer los órganos donde se expresan las funciones del Estado. No es solo, o fundamentalmente, “parte orgánica”, sino que sirve, primordialmente, para proteger los derechos subjetivos individuales (el derecho a tener derechos, la autodeterminación del individuo, la “parte dogmática” de la constitución).

Viene acompañada de una adaptación y transformación de la función de juzgar. Esto es, el pase de la judicación, del decir el derecho en el caso particular, a la jurisdicción, el “poder” judicial⁴⁴ y del nacimiento de un control de constitucionalidad de los actos del poder público y de las leyes, sea ya un control “difuso” por los jueces, sea un control concentrado en un órgano especial, el tribunal constitucional que, en la práctica actual, se van asemejando cada vez más.

De donde, el ejercicio del poder constituyente se subordina a reglas de forma y de fondo y deviene *poder constituyente delegado o derivado*, cuya función no es instituir (*institúere*, mantener firme, es el verbo latino de donde derivan “institución” y “constitución”) sino revisar. Es un poder constituyente que no puede “constituir”, despojado –como vimos– de su omnipotencia creadora.

44. Recuérdese, de todos modos, la famosa frase de Montesquieu: “[...] *des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle*”: “[...] de los tres poderes de los que venimos de hablar, el de juzgar es, de alguna manera, nulo”. *L'esprit des Lois*, L. XI. El ejercicio efectivo del poder de un tribunal depende del brazo o función ejecutiva.

Este proceso lleva como cortejo otros fenómenos concomitantes:

- Globalización de los valores fundamentales occidentales modernos, entendidos como universales y atemporales, y consecuente subordinación de los ordenamientos jurídicos nacionales a un orden jurídico global, lo que Kant llamó “derecho cosmopolítico”, *weltbürgerrecht*⁴⁵.
- Transformación progresiva del derecho inter-nacional, o inter-estatal, destinado a regir los derechos y deberes de los Estados naciones en su mutua interrelación, en un derecho global, supranacional y supraestatal, cuyos sujetos activos son primordialmente los individuos y cuyos sujetos pasivos resultan los Estados, justificándose así el “derecho a la injerencia humanitaria” en los órdenes jurídicos nacionales y el establecimiento de una especie de jurisdicción universal (expansión global del Poder Judicial).

El corolario de estos procesos, como bien señala Eric Chauvin⁴⁶, resulta la disolución de lo nacional en lo universal, de lo local en lo global y de lo democrático en lo humanitario. Se plantea así un nuevo *Nómos* del planeta cuyo *centro de gravedad no resulta ya el derecho constitucional estatal sino el **derecho global humanitario***.

Hay, pues, una legitimidad supraconstitucional colocada por encima del mismo poder constituyente. Constituida, básicamente, a modo de derecho natural sustituto⁴⁷, por el derecho cosmopolítico donde se vuelcan los valores del humanismo moderno.

45. Ver KANT, *La paz perpetua*, sección 2ª, tercer artículo definitivo de la paz perpetua.

46. CHAUVIN, Eric, *La disparition du pouvoir constituant*, N° 26, Paris, Crisis, febrero 2005, pág. 18 y sigs.

47. Es notable, al respecto, que este derecho natural sustituto, encarnado actualmente en varias corrientes del neo-constitucionalismo, expresado en principios, postulados, proclamación de valores absolutos e intangibles, se abstrae de los textos constitucionales positivos, de los tratados internacionales o, al extremo, de la “costumbre internacional” (doctrina de la mayoría de la CSJN *in re* “Arancibia Clavel”, p. ej.) como cánones immanentes contenidos en el derecho positivo, conformándose así un

Estamos ante una constitución dogmática universal, sin Estado, en trabajosa construcción. Ella es, hoy, la máxima regla constitucionalizadora de cualquier poder constituyente. La constitución puede ser planetaria. El poder constituyente siempre estará localizado. Corresponde, en su más alto registro, a la expresión de la voluntad de un pueblo, con autoridad para tomar una decisión fundadora de conjunto sobre el modo y la forma de organizar su propia existencia política. Ocurre que la noción misma de “pueblo”, como concepto político, se nos ha escapado y nadie sabe bien dónde está. En nuestro tiempo, la democracia se encuentra oscilando entre dos extremos igualmente perversos: o su ficción representativa a través del “partido único de los políticos” que perpetúa sus privilegios y prebendas o su ficción populista, con un demagogo que se arroga la palabra del pueblo, por medio del apoyo de masas clientelísticas arrojadas a la miseria y mantenidas en ella, que solo pueden sobrevivir por planes asistenciales, reducidas servidumbres. Los trastornos unidos a ambas formas degeneradas de la vida democrática que, ante todo, reducen al ciudadano a dato estadístico o código fiscal y desconocen por igual la libertad de participación en la construcción política de la morada común, tienden a conducir a situaciones de excepcionalidad, guerra civil y conflicto social profundizado.

La noción del “pueblo” –confundido con la “sociedad civil”– como una pluralidad de partidos, grupos, asociaciones, ONGs, personalidades famosas, que influyen en la formación de opiniones, corrientes o sensibilidades ha terminado por pulverizar la noción del “pueblo” político, por ahora inhallable. En la teoría que hemos examinado aquí, el pueblo ejerce el poder constituyente como un soberano con un poder fundador, que crea la constitución. Es –o debiera ser– un soberano productivo, no un soberano represivo. Es un legislador fundador y no un gobernante absoluto. Ese acto soberano de creación está en tensión con el instrumento que crea y no queda determinado, sujeto o limitado por él. Simplemente, desaparece una vez creado el

híbrido que no entra claramente en la ideología del positivismo, pero tampoco alcanza la dimensión iusnaturalista. Ver al respecto GRASSO, Pietro Giuseppe, *El problema del constitucionalismo después del Estado Moderno*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 50.

poder constituido, hasta que una nueva excepcionalidad vuelva necesaria su reaparición. En la reaparición del “pueblo” o, más bien, de los “pueblos”, paralelo a la resurrección de la noción de poder constituyente en sentido fuerte en nuestra ecúmene latinoamericana, sobresale la reivindicación identitaria, muchas veces en sentido disgregante. La identidad es una de las reivindicaciones de nuestro tiempo que se yergue, válidamente, frente a la ola globalizadora y uniformizadora con que culminó la modernidad. Pero las identidades deben funcionar como “identificaciones” dentro de la noción política y abrazadora de “pueblo”. De otro modo se exagera la guerra intestina y se colocan los países al borde de la fragmentación.

Pese a todos los límites que desde los primeros desarrollos del constitucionalismo clásico se establecieron, un “pueblo” como sujeto político siempre podrá reivindicar la decisión constituyente de cómo organizarse. El gran problema es que el sujeto “pueblo” se nos ha extraviado y no logramos por ahora encontrarlo.

BREVES CONCLUSIONES

- El poder constituyente originario, en sentido fuerte, fue, es y será irregular por esencia.
- El poder constituyente derivado o delegado, en sentido débil, es irregular por accidente, y predominan las irregularidades en sentido formal antes que en lo sustancial.
- El ocaso del poder constituyente en sentido fuerte, como concepto autónomo y como portador de una constelación simbólica, tiene su origen en el oscurecimiento de la noción jurídico-política de “pueblo”.
- En nuestra ecúmene hispanoamericana se intenta un renuevo del poder constituyente en sentido fuerte a través de asambleas constituyentes que establecen una relación directa, con mediaciones institucionales meramente simbólicas, entre la masa y el líder, que encarnaría en sí la representación absoluta del pueblo.