

V. La problemática del Poder Constituyente	24
1. Naturaleza del Poder Constituyente	25
2. Titularidad del Poder Constituyente	29
3. Proceso constituyente	32
4. Poder Constituyente, poderes constituidos y poder revisor de la Constitución	35

## V. LA PROBLEMÁTICA DEL PODER CONSTITUYENTE

Una Constitución supone ante todo un Poder Constituyente, sin Poder Constituyente no puede haber Constitución. El concepto de Poder Constituyente está, pues, unido al concepto de Constitución como el creador a su criatura. Tanto desde un punto de vista lógico como histórico el Poder Constituyente es una necesidad para la *constitutio scripta*. La Constitución no puede ser pensada *racionalmente* sino es a partir del Poder Constituyente. La Constitución no hubiera podido imponerse históricamente sin la afirmación práctica, a finales del siglo XVIII, del Poder Constituyente.

Allí donde la razón y la historia pudieron ir juntas en el proceso de construcción del Estado como ocurrió en los Estados Unidos de América, en donde no hubo que vencer un régimen anterior sino que se pudo empezar prácticamente de nada, la afirmación teórica y práctica del Poder Constituyente se produjo de manera espontánea, como algo que cae por su propio peso. El Poder Constituyente reside

en el pueblo, el ejercicio práctico de ese Poder Constituyente se traduce en la Constitución, baste recordar el preámbulo de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 que a la letra señala: “*Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos ordenamos y establecemos esta Constitución*”.

En el Continente Europeo, por el contrario, el Poder Constituyente ha sido un concepto problemático desde sus orígenes. No por razones teóricas, sino por motivos exclusivamente históricos y porque de manera inexorable se encuentran vinculados los conceptos de Poder Constituyente y soberanía popular, por tanto, mientras dicho principio no fue abiertamente reconocido en Europa el ejercicio del Poder Constituyente fue atribuido a los poderes constituidos, como el parlamento o el rey.

### 1. *Naturaleza del Poder Constituyente*

El primer cuestionamiento al que la teoría constitucional tuvo que hacerle frente fue el relativo a delimitar la naturaleza jurídica del Poder Constituyente. La pretensión de la Constitución era la de ordenar jurídicamente el ejercicio del poder estatal pero ésta no podía ser explicada jurídicamente, y no podía hacerlo porque en el origen de la Constitución no

había ninguna norma que le sirviera de punto de referencia ya que aquélla era la primera de todas. En consecuencia, el Poder Constituyente no podía encontrar fundamento en ninguna otra norma y no podía tener naturaleza jurídica.<sup>13</sup> Como acertadamente señala Manuel Aragón la tarea del Poder Constituyente originario no es jurídica sino política.<sup>14</sup>

En este contexto se evidencia una de las diferencias entre el Poder Constituyente y los poderes constituidos. Mientras que éstos son poderes de naturaleza jurídica, en la medida en que su formación y competencia están definidos en la Constitución, el Poder Constituyente, por ser el origen del derecho no puede tener tal naturaleza; éste es previo al derecho, opera en una suerte de vacío jurídico y, en consecuencia, no puede ser interpretado jurídicamente.

Dos son las características que Sieyés atribuía al Poder Constituyente en su famoso libro *¿Qué es el tercer Estado?: a) Es un poder originario y único, que no puede encontrar su fundamento fuera de sí mismo, porque más allá de él no hay nada, b) es un*

13 Sobre el tema véase, Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 24-37.

14 Aragón Reyes, Manuel, “La democracia constitucional”, *La experiencia constitucional (1978-2000)*, en Trujillo, Gumersindo *et al.* (dirs), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 30.

poder sin condiciones (incondicionado) frente al cual no existen límites ni de tipo formal ni de carácter material. En principio, el Poder Constituyente lo puede querer todo y quererlo de la forma en que le parezca oportuno.<sup>15</sup> Se trata, como puede observarse, de dos características que no encuentran lugar en el mundo del derecho, que exige justamente lo contrario, esto es: 1) la existencia de una norma que califique como jurídica una conducta o el ejercicio de una competencia y 2) la limitación que la norma establece de dicha conducta o del poder en el ejercicio de su competencia. El Poder Constituyente se ha conceptualizado como una capacidad de ejercicio de la soberanía o como “la suprema capacidad y dominio del pueblo sobre sí mismo al darse, por su propia voluntad, una organización política y un ordenamiento jurídico”.<sup>16</sup>

Lo cierto es que si el Poder Constituyente no puede ser definido jurídicamente en términos de constitucionalidad o inconstitucionalidad, o de legalidad o ilegalidad, sí puede y debe ser definido políticamente en términos de *legitimidad*. Esto es, el Poder Constituyente tiene que ser un poder legítimo, un poder susceptible de ser explicado en términos ra-

15 Sieyés, Emmanuel, *¿Qué es el tercer Estado?*, México, UNAM, 1983, pp. 108 y ss.

16 Sánchez Viamonte, Carlos, *El Poder Constituyente*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957, p. 564.

cionales y debe ser aceptado por la sociedad y tiene que ser así porque, como hemos señalado, la Constitución no es la expresión de cualquier orden, sino del orden de una sociedad igualitaria y libre, a fin de continuar siéndolo.

La idea de legitimidad ha sido una constante en la teoría del Poder Constituyente. No todo poder que produce un ordenamiento jurídico estable para un Estado es un Poder Constituyente, únicamente lo es aquel que está en el origen de una Constitución digna de tal nombre y para ello el Poder Constituyente tiene que ser legítimo. El Poder Constituyente actúa, pues, en un vacío de legalidad, pero no de legitimidad. Ahora bien, no escapa a nuestro entendimiento que el término legitimidad es un concepto muy difícil de definir. La línea que separa a un poder constituyente legítimo de otro ilegítimo es, necesariamente, imprecisa. Por eso la teoría del Poder Constituyente se ha centrado en identificar lo que podríamos definir como señales características de la legitimidad, que nos permitan decidir con una cierta seguridad cuándo un Poder Constituyente puede ser calificado como legítimo y cuándo no. Tales señales características de la legitimidad hacen referencia a dos elementos importantes: *a)* a la titularidad del Poder Constituyente y *b)* al proceso a través del cual dicho poder debe expresarse. Además de estos aspectos importantes, nosotros añadiremos la diferen-

ciación entre Poder Constituyente, constituidos y revisor de la Constitución, diferencias sin las cuales no puede ser comprendida en toda su extensión la teoría del Poder Constituyente.

## 2. *Titularidad del Poder Constituyente*

La titularidad del Poder Constituyente es una característica decisiva de la legitimidad del mismo. Si la Constitución es un orden de igualdad y de libertad, es porque son los propios individuos los que tienen que decir en qué va a consistir dicho orden. Sin consentimiento expreso de los ciudadanos no hay Constitución sino gobierno de hecho. La Constitución —dirá Hesse— debe su legitimidad al acuerdo en torno a su contenido, o al menos al respeto del mismo.<sup>17</sup>

Por consiguiente, el Poder Constituyente está indisolublemente unido a una determinada concepción de soberanía, sin la cual no puede existir. En su origen la teoría y la práctica del Poder Constituyente aparece conectada con la afirmación de la soberanía nacional. Como hemos señalado, sin Poder Constituyente no hay Constitución, pero sin soberanía no hay Poder Constituyente. Estos son los tres factores de una ecuación que dará como resultado

17 Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 11, pp. 22 y 23.

una Constitución legítima. En suma, el Poder Constituyente es el instrumento a través del cual se hace realidad una determinada concepción de la soberanía. Porque la nación es soberana es por lo que dispone del Poder Constituyente y no a la inversa.

Pero esa indisoluble asociación entre el pueblo y la soberanía o, dicho de otra manera, la idea de que la soberanía reside en el pueblo, no será la concepción de soberanía en la práctica del constitucionalismo continental europeo a lo largo del siglo XIX, sino que la soberanía se expresaría fundamentalmente a través del principio monárquico-constitucional. La soberanía no reside ni en la corona ni en la nación, sino que reside conjuntamente en ambos, o mejor dicho, reside en la persona que ocupa el trono y en el órgano del Estado a través del cual se expresa la nación, este es, el parlamento. En tal sentido, el Poder Constituyente deja de existir para el constitucionalismo monárquico del siglo XIX. No es sino hasta finales de la Primera Guerra Mundial que se vuelve a plantear, de manera expresa, el problema de la soberanía en términos de *soberanía popular*. Empero, durante el proceso de iniciación del Estado democrático, en el periodo de entre guerras, la afirmación de la soberanía popular, como fundamento del Estado, va a tener que competir con proyectos autoritarios de legitimación del poder en la forma de dictaduras de tipo fascista o del proletariado.

Tras el final de la Segunda Guerra Mundial la consideración del Poder Constituyente como una consecuencia de la afirmación teórica y práctica de la soberanía popular ya no se discute más. Hoy sólo se considera legítimo el poder que descansa expresamente en la soberanía popular. Si no hay decisión expresa de los ciudadanos sobre la Constitución del Estado, dicho Estado no está democráticamente constituido, lo que en la práctica equivale a decir que no está constituido, que no tiene Constitución. El Estado que no está democráticamente constituido carece de legitimidad, no es un Estado de derecho, pues el Estado de derecho del siglo XX o es democrático o simplemente no es Estado de derecho.

Ahora bien, no basta con que el poder afirme nominalmente el principio de soberanía popular para que el Estado se considere democráticamente legitimado. La titularidad del Poder Constituyente es decisiva para su legitimidad, pero también lo es que se exprese sin manipulación de ningún tipo. De ahí la necesidad de tomar en consideración, también, el proceso constituyente y ésta es la segunda señal característica que hemos advertido más arriba.

### 3. *Proceso constituyente*

Lo primero que hay que señalar es que si el proceso constituyente no es un proceso democrático, difícilmente puede serlo su resultado final, esto es, la Constitución.<sup>18</sup> Para que la Constitución sea democrática debe originarse en procedimientos que hagan intervenir al pueblo, titular, como hemos dicho, del Poder Constituyente.

Al intentar calificar al proceso constituyente como democrático o no, enfrentamos nuevamente un problema en el que no existe una respuesta “única”; porque no ha habido sólo “un” proceso constituyente sino múltiples procesos constituyentes calificados inequívocamente de democráticos, de tal suerte que no hay una serie de criterios o fases que una vez satisfechos nos hagan afirmar que nos encontramos ante un proceso constituyente democrático. Sin embargo, sí podemos señalar algunos *estándares* por los que han pasado diversos procesos constituyentes que han recibido la certificación de auténticos procesos constituyentes legítimos<sup>19</sup> y que son los siguientes:

18 Especial importancia dedica Manuel Aragón al proceso constituyente como un pilar fundamental de su teoría que vincula la Constitución con la democracia. Véase *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989.

19 Sobre el particular véase Pérez Royo, Javier, *Derecho constitucional*, *cit.*, nota 10, p.119.

Primero. *Afirmación inequívoca del nuevo principio de legitimidad.* Si el Poder Constituyente tiene que ser ejercido es porque el antiguo orden político y jurídico de la comunidad ha dejado de ser legítimo y bajo él resulta imposible la convivencia pacífica de los ciudadanos. Es esencial que en el proceso se indique con claridad hacia dónde se quiere ir.

Segundo. Establecimiento de *un sistema de libertades públicas* que permita la participación política de todos los ciudadanos así como la confrontación entre los diferentes proyectos de ordenación futura del Estado que puedan existir en la sociedad, de tal manera que los ciudadanos puedan conocerlos ampliamente y optar libremente por unos u otros.

Tercero. *Promulgación de una legislación electoral que permita la formación de una asamblea constituyente libremente elegida.* Dicha legislación, obviamente, tiene que garantizar que las elecciones serán libres, competidas y, por supuesto, limpias, es decir, que no se producirá una alteración, falsificación o manipulación de la voluntad manifestada por los electores.

Cuarto. *Integración de la asamblea constituyente.* La asamblea constituyente es el motivo por el cual se expide una legislación electoral. Producto de dicha legislación tal asamblea deberá ser suficientemente representativa, esto es, en ésta deben

encontrar cabida todas las corrientes que de manera legítima y conforme a derecho han participado en las campañas para elegir a los miembros que aprobarán la nueva Constitución.

Quinto. Elaboración parlamentaria del proyecto de Constitución. Los ciudadanos, la opinión pública y todos los actores políticos deben contar con la posibilidad de conocer todos y cada uno de los proyectos constitucionales que se ofertaron políticamente al país en las elecciones constituyentes, de ser posible a través de un procedimiento público y contradictorio (o de confrontación) que permita contrastar de manera sencilla los distintos proyectos constitucionales.

Sexto. *Referéndum constitucional*. El texto constitucional aprobado por la asamblea constituyente debe someterse a la aprobación popular, con el fin de que el titular del Poder Constituyente, esto es, el pueblo, se pronuncie, en las urnas, sobre la interpretación que de su voluntad a hecho el constituyente.

Estas son las fases típicas de un proceso constituyente democrático. No todas son imprescindibles para que un proceso de esta naturaleza sea reconocido como legítimo. Pero es obvio que cuanto más se consideren las mismas, más garantías habrá de su legitimidad.

#### 4. *Poder Constituyente, poderes constituidos y poder revisor de la Constitución*

Una vez que la Constitución ha nacido, se presenta el problema de distinguir entre Poder Constituyente, poderes constituidos y poder revisor de la Constitución; en otras palabras entre el poder que hizo la Constitución, la serie de poderes u órganos creados por ésta y el poder u órgano encargado de su actualización.

Por todo lo apuntado hasta aquí queda claro que es facultad del Poder Constituyente crear la norma fundamental en la que se establecen los poderes constituidos ordenados y limitados por la misma. En consecuencia, entre Poder Constituyente y poderes constituidos podemos apuntar —siguiendo a Fix Zamudio—<sup>20</sup> las siguientes diferencias:

20 Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 1999, pp. 95 y 96. Son también ya clásicas las diferencias señaladas por Carpizo, a saber: el *Poder Constituyente* es un poder originario en sí; es un poder creador de todo el orden jurídico; en principio, es un poder ilimitado; es un poder de una sola función; no gobierna. Por su parte los *poderes constituidos* son poderes derivados de la Constitución; son creados por el constituyente; son limitados, esto es, no pueden actuar más allá de sus competencias; tienen múltiples funciones; fueron precisamente creados para gobernar. *Estudios constitucionales*, UNAM, 1983, pp. 290 y 291.

a) *De naturaleza*, El Poder Constituyente es en cuanto a su naturaleza creador y los poderes constituidos son creados.

b) *Cronológicamente*, el Poder Constituyente es anterior y los constituidos posteriores.

c) *Funcional*, el Poder Constituyente tiene por tarea hacer la Constitución, mientras que los poderes constituidos gobernar.

Una última distinción hay que hacer con relación a este tema y es la diferencia entre Poder Constituyente y poder revisor de la Constitución.

El Poder Constituyente originario, también llamado fundacional, es el que crea la Constitución; una vez cumplido su objetivo desaparece, pero como su obra precisa continuidad, deja un órgano que se encargue de suplir sus deficiencias y de encarar los nuevos problemas que se presenten, a este órgano se le llama poder revisor o reformador de la Constitución, también se le atribuyen las denominaciones de Poder Constituyente derivado, instituido o permanente. Para clarificar esta idea hay que señalar que en el contexto de nuestra Constitución, el Poder Constituyente originario o fundacional, fue la asamblea de Querétaro, mientras que el poder revisor está regulado en el artículo 135 de nuestra Constitución, tópico al que regresaremos al momento de abordar el tema de la reforma constitucional.