

## V. TEORÍA DEL PODER CONSTITUYENTE\*

SUMARIO: 1. *Poder Constituyente y facultad para reformar la Constitución.* 2. *Establecimiento de las Constituciones.* 3. *La reforma de las Constituciones.*

### 1. PODER CONSTITUYENTE Y FACULTAD PARA REFORMAR LA CONSTITUCIÓN

Es inherente a toda comunidad de hombres darse organización que asegure sus intereses. Esa capacidad de autoorganizarse, de darse el ser, esa energía y voluntad eficiente que configura o da forma a un ente colectivo de carácter político, es el Poder Constituyente.

Nótese que no se trata de la agregación o gregarismo espontáneo, o natural, si se quiere, que origina una sociedad. Aquí no nos referimos al hombre animal social, que está forzado por su naturaleza a coexistir con sus semejantes para sobrevivir, sociabilidad a la que sólo escapan los dioses y las bestias, sino del hombre animal político. Esto es, sujeto de una convivencia consciente, racional, asumida como correspondencia, reciprocidad y comunicación entre hombres que son personas, abiertas al otro, solidarias con los otros, y que quieren compartir y correr la misma suerte, igual destino. Es la asociación política lo que nos interesa, no la comunidad natural, originaria e inorgánica, objeto de la sociología y de otras ciencias.

Hombre político que convive intencional y deliberadamente para realizarse como persona y que, por eso, dispone de una cier-

\* Tomado de *Derecho constitucional general*, 4a. ed., Bogotá, Temis, 1999.

ta manera de los demás hombres de su comunidad para poder obtener esos fines. Ingeniero, arquitecto, político, que escoge la manera de estar en convivencia, de hacer comunidad, de interrelacionarse para que lo comunitario se cumpla. Convivencia en relaciones duraderas que hacen Estado.

Esto es, animal político que no obra por instinto de supervivencia, de conservación, mecánicamente, sino capaz de dirigir el proceso orgánico de su comunidad, según su propia planificación y normación, es decir, una organización con sentido.

A partir de la solidaridad impuesta por el necesario intercambio de bienes y servicios que asegura la vida en común, el hombre es generador de orden, que es acción conjunta y dirigida en el sentido de la historia que, a su vez, retroalimenta la comunidad.

Los hombres que constituyen un Estado político, que lo fundan o sustituyen el existente por otro, ejercitan Poder Constituyente. Quienes tienen esa capacidad, dentro de cada comunidad, son los titulares del Poder Constituyente. Los “padres fundadores”, los patricios, los padres de la patria. De manera que no hay titulares innatos ni gratuitos de ese poder, ni titulares abstractos y anónimos, ficticios, como el pueblo, la nación, el soberano.

El Poder Constituyente se manifiesta de manera inmediata y eficaz en el acto constituyente del Estado y, luego, en la normación constitucional del mismo y sus reformas. Por eso se habla de Poder Constituyente originario y Poder Constituyente derivado. Aunque, si se es riguroso, sólo puede haber un Constituyente.

A quien decide la Constitución de un Estado o su cambio se le califica de constituyente originario.

Esta clasificación responde bien a los caracteres de ese poder, que son:

A. Es un poder no recibido, no deriva de otro, nace de sí mismo, es su propia fuente; porque, precisamente, es del que nacen los demás poderes —los poderes constituidos que conforman el Estado— y del que se deriva su legitimidad: es, pues, un poder autogenerado.

B. Es un poder táctico, político. La decisión constituyente es un hecho, un suceso o un proceso histórico. Es un acto de creación, anterior al Estado y su derecho. Casi siempre es el resultado, en su expresión inicial, de una revolución o de una secesión, de una separación, independencia o descolonización política, por desintegración de una federación o de un imperio.

C. Por lo mismo, el ejercicio del Poder Constituyente es prejurídico; no está condicionado por normas, ya que es previo al orden jurídico y a la Constitución del Estado. En razón de lo cual no puede discutirse su validez jurídica, su legalidad, pues él la crea.

D. El Constituyente justifica política e históricamente su decisión; no tiene que legitimarla, porque en él se origina la legitimidad y, a veces, es el fundador de una nueva legitimidad, si obra por vía revolucionaria.

E. En la respectiva coyuntura política, sólo los factores y circunstancias de la realidad determinan el obrar revolucionario. De modo que libre, arbitrariamente, crea el Estado necesario, el que convenga, el que responda al interés del Constituyente.

Es, entonces, un poder original, incondicional, táctico, antijurídico del que nacen los Estados. Pura voluntad política y de organización, el Constituyente decide a su modo, teniendo por testigo a la historia.

Por todo lo cual, es el poder, valga la expresión, que llena cualquier vacío de poder, el que hace lo que hay que hacer cuando nada hay prescrito.

Si es así, toda teoría del Constituyente es absolutista, cualquiera que sea su titular: el pueblo, la nación, una elite, un hombre.

La decisión constituyente se traduce y concreta en voluntad de organización y de regulación del Estado que genera.

Esto significa que, producido el acto constituyente que revela la capacidad de organización política autónoma de un grupo humano, o sea, su posibilidad real de ser Estado, la secuencia obvia es la de dar organización a ese Estado y continuidad en el tiempo a la voluntad constituyente, lo que se realiza adoptando una Constitución que regularice su funcionamiento.

Organizar es dar forma y regularizar es dictar las normas que conserven esa forma en el futuro, por lo que se prolonga la decisión constituyente, al estabilizarla.

Acto constituyente que, como en Iberoamérica, puede coincidir, ser simultáneo, como fue en el acto de emancipación de España. Estado y Constitución jurídica son el proceso constituyente original.

Como las soluciones políticas, las fórmulas de reparto de poder contenidas en las disposiciones jurídicas de la Constitución son transitorias (ya que, tratándose del poder, nada es definitivo, y la realidad a que se aplica es cambiante, lo cual exige su adecuación y actualización), es necesario que exista una facultad reformadora de la Constitución, impropriamente designada Constituyente secundario o derivado.

Porque, es evidente, éste es un poder distinto al Constituyente. Así es por estas razones:

A. Es una atribución radicada en un poder constituido, uno de los creados por el Constituyente. Luego, mal puede tener carácter de Constituyente el que nada constituye por sí mismo; puesto que, por el contrario, ha sido constituido para conservar lo que decidió el auténtico Constituyente.

B. El poder reformador es una simple competencia jurídica reglada y limitada por la Constitución: no es incondicional; no es potestad de creación ni de cambio; está restringida a mantener la Constitución adecuándola, sin poder cambiarla.

C. Por consiguiente, el poder de reforma es, ante todo, un poder conservador, por no ser originario, ni táctico, ni incondicional. El concepto de competencia implica, de suyo, limitación, como también está envuelta en la idea de reforma, porque los reformadores transforman sin cambiar lo reformado, de manera que sus principios y estructuras son permanentes.

En síntesis, facultad, competencia de reforma, no originaria, jurídica, limitada y conservadora, no constituyente, sino constituida.

Sin olvidar que el Poder Constituyente es permanente, no se agota en el acto constituyente, no aparece al fundar el Estado, al

darle Constitución y continuidad. Porque es un poder inherente a su titular, de su esencia, intransferible, inalienable y soberano. Que no puede delegarse. Porque, si fuera traspasable, su titular dejaría de ser el soberano. Y porque el soberano es único. Si hubiera un constituyente y otro derivado o secundario habría dos soberanos. Y esto no es lógico. Además, ¿cómo puede concebirse un Constituyente constituido? Esto es una contradicción en los términos.

No hay más que un Constituyente, como no hay más que una fuente de poder y un solo soberano.

El poder de reforma incide, recae, sobre materia constitucional, pero no es la causa de la Constitución: es apenas uno de sus efectos.

Por tal carácter, el Poder Constituyente, después de constituir el Estado, subyace, permanece latente en la normatividad constitucional vigente, que es su voluntad política, bajo forma política. Los poderes en ella constituidos son los instrumentos mantenedores de sus decisiones, y, ¿cómo negarlo?, puede revivir en cualquier momento, manifestarse de nuevo en otra coyuntura propicia, y rehacer el Estado, destruyendo el antiguo. En tal momento, se retrotrae el proceso a la etapa fundacional y, con igual poder, el Constituyente obra, otra vez, con su plenipotencia.

Una conclusión que fluye del contraste hecho entre el Poder Constituyente y la competencia para reformar la Constitución, es la de que el primero es el que decide del ser y del modo de ser de la comunidad política respectiva en un gesto histórico indiscutible, mientras el segundo únicamente opera sobre la Constitución jurídica, por procedimientos jurídicos prescritos, bajo control de su legalidad, siendo inválidas las enmiendas que afecten las decisiones directamente adoptadas por el Constituyente, único que puede variarlas y aun estatuir una nueva legitimidad, pues su capacidad tiene horizonte revolucionario y llega a la decisión política fundamental.

La diferenciación entre aquel poder y esa competencia ha llevado a aceptar que la segunda, la de reformar, es susceptible de

control jurisdiccional de constitucionalidad, cuando no acata los procedimientos, cuando pretende delegar su función y, con mayor razón, pues es inaceptable, cuando pretende cambiar el principio de legitimidad en que se funda.

Ahora corresponde identificar al Constituyente. Responder a la pregunta ¿quién es el titular de ese poder?

Las respuestas más aceptadas apuntan a señalar como sujetos de la capacidad constituyente y de paso atribuirles, como es lógico, la soberanía, unos al pueblo y otros a la nación. Sustituidos en la teoría marxista, por el partido comunista, avanzada de la clase proletaria, cuya misión es la revolución socialista.

Con esto lo que se quiere, es clara esa intención, es poner un piso democrático, popular, a los regímenes políticos. Pues, en uno y otro caso, se trata de sujetos colectivos, impersonales, y lo que se piensa es en fundamentar el derecho a gobernar, y legitimarlo, mediante el consenso, la voluntad general, la de todos o la del todo. La de todos los individuos, porque son iguales, en la versión del pueblo constituyente; y la voluntad del todo, es decir, de la comunidad como algo superior a sus partes y como concepto orgánico, en la tesis de la nación constituyente. Fue ésta la forma bajo la que se nació la teoría del Poder Constituyente, ya que su padre, el abate Siéyès, fue quien hizo del tercer Estado —la burguesía—, el todo nación omnipotente en el orden político, en el cual basta que la nación quiera algo para que así sea.

Estas ideologías, con mucho de mítico, nacidas al calor de las revoluciones burguesas y proletarias, fueron primordialmente un rechazo del providencialismo teocrático —el que deriva de Dios toda autoridad— y del historicismo tradicionalista, que consideraba que las Constituciones iban haciéndose con el paso del tiempo, pragmáticamente, en las costumbres que se institucionalizan, en los prejuicios, en los derechos que se adquieren por prescripción, en las soluciones del sentido común.

Pero la verdad es que deben descartarse todos los mitos. El pueblo no es una entidad orgánica, no tiene presencia propia. Y, ¿qué es una nación?, ¿tierra, raza, religión, lengua, cultura, em-

presa histórica? Y, ¿qué hacer donde el Estado no es un Estado-nación o en los Estados multinacionales? Y, ¿cómo resolver el caso donde el pueblo aún no es nación o donde aún no es consciente políticamente? Y, ¿cuántas clases proletarias hay en cada sociedad?

Seamos realistas. Constituyente es el grupo que está en condiciones de adoptar la Constitución del Estado y llenar los vacíos de poder que no tienen solución prevista en la Constitución vigente, según la sabia respuesta de Carl Schmidt a lo largo de toda su admirable construcción teórica.

Esto es, que cualquier grupo está en potencia de ser Constituyente, según el momento y la circunstancia. Puede serlo, y ya lo ha sido, una clase social o sus dirigentes. Una casta, como la sacerdotal o la militar, y los ejemplos abundan ayer y hoy en todos los países. La inteligencia, los intelectuales, capaces de promover un cambio de mentalidad. Y, en general, cualquiera de los factores de poder de una sociedad que puedan real y eficazmente cambiar los usos —no tan sólo corregir los abusos— como en la fórmula de Ortega y Gasset, de un pueblo aceleradamente, en transición, en revolución genuina, de modo irregular, o sea, en contra del régimen vigente.

No es invariable la titularidad de este poder. Cambia de sujeto, de residencia. Y es impredecible en quién está latente esa capacidad. A veces desciende a un hombre. Moisés, Solón, Licurgo, los grandes legisladores de la historia. El pueblo, en la calle, se amotina y destruye, pero no decide, ni crea, ni organiza.

A veces, el Poder Constituyente se toma restaurador, reconstituye un régimen abolido. O toma la fisonomía y los métodos de la contrarrevolución. Eso fue Bonaparte y también Gorbachev.

Cambia o recrea el Estado. Es el *fac totum* de la política. Pero no puede trabajar contra el tiempo, sin cuya colaboración lo prematuro es un fracaso, ni puede obrar por fuera de la historia y a partir de cero.

El pueblo no es un convidado de piedra en los procesos constituyentes. Pero, ni es el principio generador, con raras excepcio-

nes, ni es el actor principal. Puede ser un promotor que propicia el ambiente de cambio, como animador del estallido, revolucionario y destructor del orden viejo. Pero, casi siempre, su papel es de apoyo, de ratificación y legitimación del cambio y de la nueva dirigencia.

Está claro: no puede ejercerse el Poder Constituyente en el vacío; no puede ejercerse el Poder Constituyente sin el pueblo. Pero no es el pueblo el factor decisorio, sino el condicionante del proceso, al impulsarlo o consolidarlo.

En nuestro tiempo cuentan, cada vez más, la presión de la opinión internacional, así como de las instituciones de tal naturaleza en los grandes cambios institucionales.

## 2. ESTABLECIMIENTO DE LAS CONSTITUCIONES

El Constituyente, cuya función es el establecimiento del Estado, la proclamación de la legitimidad y la expresión del estatuto contentivo del ordenamiento constitucional de aquél, se manifiesta bajo variadas modalidades. Las principales son:

A. El otorgamiento, modalidad utilizada por los reyes, en ejercicio de su soberanía de derecho divino que, de forma graciosa y unilateral, o bajo la presión de inevitables circunstancias políticas, conceden a sus súbditos una Constitución. Con esto se establece una monarquía constitucional, esto es, limitada o, mejor, autolimitada, como si el soberano accediera voluntariamente a ceder parte de sus poderes y concediera privilegios, libertades y derechos en provecho de sus súbditos. Éste fue el proceso de constitucionalización de las monarquías europeas en el siglo XIX, y ésa la doctrina que lo justificó, para sostener todavía la apariencia de la independencia de este régimen ante los gobernados. En realidad, muchas de tales Constituciones otorgadas fueron impuestas al rey por levantamientos populares que las exigieron, o por la presión de los grupos sociales dominantes o cogobernantes. Eso fue la Constitución española de 1812, la de Cádiz, otorgada por Fernando VII por presión del levantamiento militar de Riego.



También tuvo este carácter el decreto orgánico de la dictadura, dado por Bolívar el 28 de octubre de 1828.

B. En la actualidad, ha habido manifestaciones de este tipo de decisión constituyente en el caso en que una dictadura, personal o colegiada, generalmente militar y originada en un golpe de Estado, formula, mediante un “acto constitucional”, las metas de su acción inmediata, los poderes que se atribuye y las garantías que dice conceder a los gobernados. Sin piso democrático, como toda Constitución otorgada, y revocable, pues está dada graciosa y unilateralmente, esta clase de decisión constituyente carece del carácter de garante de un proceso político dentro del derecho. Es una típica decisión de poder, un acto político con fuerza constituyente, impuesto, que dura lo que quiera su autor, y que parece intentar una autolegitimación.

En modalidades constituyentes como éstas, no tiene presencia ni participación el destinatario de la Constitución, el pueblo. Es como si se le redujera a la simple obediencia, o que su función política en los procesos constituyentes fuera la de legitimar lo decidido, por su asentamiento tácito o su consenso explícito, cuando aclama y respalda la acción de quienes otorgaron la Constitución.

C. No es frecuente, pero con una base de clara democracia, el caso de las Constituciones que resultan de un pacto, de una negociación política, de la concertación entre grupos dominantes en pugna, o entre el poder establecido y sus opositores. Así se han conformado sistemas constitucionales de colaboración, de integración nacional suprapartidaria, antihegemónicas. Las viejas cartas constitucionales, como la famosa Carta Magna de 1815, fue eso: un acuerdo entre un rey débil y una nobleza poderosa que le arrancó derechos y garantías. Y eso fueron las cartas-pueblas del derecho foral español en la Edad Media, pues así las ciudades consiguieron estatutos locales privilegiados. Hoy día, más que en la teoría, en la praxis política hay entendimiento entre los más extremos contendientes y, de hecho, más que en los textos constitucionales, se estructuran modos de gobierno que son verdaderos pactos constitucionales. Eso fue, entre nosotros, el cogo-

bierno pactado entre liberales y conservadores, ratificado por un plebiscito en 1957, y mucho de tregua y pacto tiene también la Constitución de 1991.

D. La participación popular en el proceso constituyente se ha institucionalizado de varias maneras entre las cuales destaca la iniciativa, que no es otra cosa que la facultad para que los ciudadanos puedan, como un derecho político más, dirigir peticiones colectivas, masivas, a los organismos competentes, en el sentido de reformas constitucionales concretas, inclusive, derogatorias. Aquí sí puede hablarse con propiedad de democracia de participación, porque, aunque no sea el pueblo mismo el que toma la decisión, el peso de su solicitud obliga a considerar las propuestas y a formalizarlas en la dirección indicada por los peticionarios. Los representantes elegidos por el pueblo reciben una comisión ineludible de sus electores, que aplican un mecanismo de democracia semidirecta que crea una relación de dependencia entre aquéllos y éstos en un esquema de demanda popular —respuesta política— favorable que acerca el poder a sus fuentes.

E. Otra manera más usual de participación popular en el área del Poder Constituyente es el referéndum, mecanismo inverso a la iniciativa. En este procedimiento, el organismo competente adopta la decisión constitucional respectiva, la que no entra en vigencia hasta tanto no sea refrendada por una votación mayoritaria. O sea, que la decisión es condicional. No goza el pueblo de iniciativa, pero sí de poder de veto, lo cual le hace partícipe efectivo de poder.

F. Igualmente, en el mismo ámbito democrático, cada vez se utiliza más el método plebiscitario para el establecimiento de una Constitución nueva o para reformar la existente. En este caso, se somete a la votación popular, para que resuelva por mayoría positiva o negativa, el texto jurídico de una modificación constitucional. La aprobación o rechazo implica que el pueblo mismo es quien decide con efecto directo e inmediato.

G. La manera más corriente de adoptar una Constitución o de reformarla es la convocatoria y elección popular de una conven-

ción, Asamblea o Congreso Constituyente, cuerpo que tiene esa función exclusiva, dentro del término prefijado, de forma incondicional o restringida, según la convocatoria.

H. Finalmente, es posible que el propio cuerpo legislativo, el Congreso ordinario, tal es el caso de Colombia, cumpla la doble función de legislar y decidir las reformas de la Constitución, fórmula que envuelve una inconveniente confusión entre dos poderes de distinta naturaleza y alcances.

Como se ve, hay procedimientos autocráticos y democráticos. Sin que sea posible descartar los primeros, la tendencia va en estos tiempos en favor de los segundos y, en especial, en el sentido de la prevalencia de aquéllos en los que participa el pueblo en el proceso, como iniciador, instancia de aprobación o con capacidad decisoria sobre materias constitucionales, y ya no como mero elector de corporaciones constituyentes.

Un proceso constituyente supone: *a)* Una clara decisión política de cambio, adoptada por quienes tienen capacidad real para realizar la opción que se proponen; *b)* Un procedimiento definido, cierto y conducente; *c)* Metas determinadas y viables, y *d)* Legitimación popular que apoye la voluntad política de cambio. Así las cosas, cuenta en ello tanto lo político —voluntad de los factores reales de poder y pueblo— como los medios jurídicos: las formas y la legitimidad del proceso.

### 3. LA REFORMA DE LAS CONSTITUCIONES

La metodología para introducir modificaciones en la Constitución, aunque esta función es de distinta naturaleza a la Constituyente, es la misma que para establecerla.

Pero el ejercicio de esta facultad, por ser necesariamente reglado, tiene múltiples matices. Anotemos los principales:

A. Se establecen las llamadas cláusulas pétreas, esto es, se prohíbe la reforma de parte de la Constitución vigente, porque se estima que allí reside su esencia, el principio de legitimidad o los

derechos intocables. Es frecuente resguardar así de todo cambio los derechos individuales o el régimen de propiedad privada.

B. Se prohíbe cualquier reforma durante cierto tiempo, lo que procura estabilizar un nuevo régimen. Así lo prescribió la primera Constitución colombiana, la de 1821, por diez años.

C. Se distingue entre enmiendas parciales y globales, para exigir mayores requisitos en el último evento o para hacerlas propias de cuerpos constituyentes especiales.

D. Se diseñan complejos trámites que dificulten o dilaten la enmienda, en busca de estabilidad y resistencia a las innovaciones injustificadas o aventuradas. En 1863, la Constitución colombiana exigía, por ejemplo, que toda reforma fuera aprobada por la comunidad del Senado de plenipotenciarios de los Estados federados.

E. Se exigen mayorías especiales para la aprobación, o se añade la necesidad del referéndum o la convocatoria de una Constituyente.

En fin, puede multiplicarse esta enumeración. Hay que anotar que, en todo caso, en cada sistema se distingue siempre el procedimiento legislativo del constituyente, así como el órgano y la ocasión de ejercicio.

Desde el punto de vista de la mayor o menor dificultad para reformarlas, según el sistema sea conservador o abierto, se distinguen las Constituciones flexibles de las rígidas.

El reformismo constitucional degenera en una táctica para impedir los cambios de fondo. Reformas adjetivas, superficiales, de pura forma, o mecánicas, no orgánicas, son otra modalidad de conservadurismo.

Hay Constituciones de fórmulas tan amplias que no requieren casi enmiendas, porque permiten encontrar solución adecuada a situaciones inéditas. El ejemplo más conocido es el de la estadounidense que, en más de doscientos años de vigencia, apenas lleva veintiséis enmiendas, pues las mutaciones o cambios interpretativos hechos por vía jurisprudencial en la Suprema Corte van actualizándola.

En general, una Constitución debe ser estable, y lo será si responde a la realidad que pretende normalizar o si sabe actualizarse.

Fuera de los límites jurídicos o formales a la competencia reformadora de la Constitución, existen los de índole táctica o histórica, derivados del proceso político que encuadra la evolución constitucional.

La democratización y modernización del Estado, que son hoy los polos hacia los que apunta el constitucionalismo progresista, encuentran tropiezos insalvables en las tendencias hegemónicas de los partidos políticos gobernantes, en el desconocimiento de los derechos de las minorías, en el mantenimiento de privilegios tradicionales de ciertos grupos, en las rutinas burocráticas y en los intereses creados del establecimiento.

Pero las mayores dificultades para lograr avances modernizantes resultan del retraso económico, social y cultural. El presupuesto de la democracia es el desarrollo integral de la sociedad. Sin éste, faltan las condiciones para el desarrollo político. Países pobres que no tienen acceso a la ciencia, la tecnología, el capital; pueblos enfermos, desnutridos, analfabetos y sin ocupación no pueden ser los protagonistas de su destino político ni están en posibilidad de influir en el proceso histórico en que están inmersos.

El Estado burocratizado, tarado por el continuismo del grupo dirigente, la centralización del poder decisorio en las jefaturas de los partidos políticos, el monopolio de las funciones públicas por la clientela de los barones electorales frenan la democracia.

Han perdido importancia las reformas de corte ideológico, porque los modelos de Estado cristalizaron de forma que se han generalizado en el mundo. La tendencia es pragmática. Lo que importa es quién gobierna y para quiénes. En todas partes son los partidos políticos “el nuevo príncipe”, preocupado, como el de Maquiavelo, por la conquista y conservación del poder, no por los gobernados.