

Los presupuestos democráticos del Poder Constituyente

Por Mauro Arturo Rivera León*

SUMARIO: I. *Constitución y democracia* .II. *Reflexiones sobre el Poder Constituyente* III. *Poder Constituyente y Democracia* IV. *Bibliografía*

A mi padre, quien es, en verdad, un humanista.

I. CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

Es válido sostener que el moderno estado constitucional, es sin duda alguna, una de las grandes ideas de nuestros tiempos. Más concretamente, nos referimos al estado constitucional democrático de derecho, una idea, que si bien actualmente puede parecer una absurda tautología, es el producto de años de pugnas constitucionales. Sin embargo, todavía resulta ardua y laboriosa la tarea de intentar determinar el sentido, la esencia o la definición de constitución.

La constitución ha dejado de ser aquél primer documento de control normativo del poder¹, o de ser, kelsenianamente, la simple norma fundante del ordenamiento jurídico libre de toda valoración axiológica, para erigirse como el centro del debate en la teoría del estado. Ahora bien, aún cuando la evolución constitucional nos brinda una perspectiva cualitativamente distinta de la constitución, no podemos negar que existe cierto equivocismo en su empleo. La constitución no refleja en si un concepto abstracto, sino que puede ser entendida de diversas maneras.

• Estudiante de la Licenciatura en Derecho. Universidad de Sonora

¹ Fix-Zamudio, Héctor, Valencia Carmona, Salvador, “Derecho Constitucional Mexicano y Comparado”, Editorial Porrúa, México, 2001.

Paolo Comanducci distingue cuatro modelos conceptuales básicos² de la constitución, a saber: a) Modelo axiológico de la constitución como orden³, b) Modelo descriptivo de la constitución como orden, c) Modelo descriptivo de la constitución como norma y d) Modelo axiológico de la constitución como norma.

Aquí, Comanducci aborda el cuarto concepto, pronunciándose a favor de un modelo axiológico-normativo de la constitución⁴. En este modelo, debemos concebir a la constitución como un documento normativo de jerarquía mayor a la ley, y de cierta forma –como lo han señalado reiteradamente Zagrebelsky, Bobbio y Dworkin-, democrática.

Esta distinción (democracia y constitución) es uno de los pilares del estado constitucional moderno que se dispone como un estado social, plural, con una constitución jerárquicamente superior a la ley ordinaria – y efectiva- en donde la ampliación de la *materia* constitucional fortalezca su carácter democrático⁵ y soberano⁶.

No existe pues, para la concepción del moderno estado constitucional, una constitución sin democracia, así como no existe democracia sin constitución.

En este tenor, podemos identificar los tres presupuestos del moderno estado constitucional democrático de derecho, que en nuestra opinión son: 1) La existencia de una constitución con las características de

² Comanducci, Paolo, “Modelos e Interpretación de la Constitución”, en “Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos, (coord.) Miguel Carbonell Sánchez, Editorial Porrúa, México, 2005. (p. 127-136)

³ Este tipo de modelos sociológico-descriptivos de la constitución no son ajenos a la definición propuesta por Lasalle y sus “factores reales de “poder”, así como la conocida distinción lasallista entre constitución escrita (hoja de papel) y constitución “real y efectiva”; véase Lasalle, Ferdinand, “¿Qué es una Constitución?”, Editorial Ariel Derecho, España, 2002. (p. 92)

⁴ Ibidem.

⁵ “*Si hubiera un pueblo de dioses se gobernaría democráticamente. Un gobierno tan perfecto no conviene a los hombres*”. Obviamente la doctrina Rousseana contravenía este concepto que es ahora común, véase Rousseau, Juan Jacobo, “El Contrato Social”, Trad. Rafael Rutiaga, México, 2003. (p. 86-88).

⁶ Así se pronuncia también Eliseo Aja sobre las características del constitucionalismo actual: en Lasalle, Ferdinand, Op. Cit., “Introducción al concepto de Constitución de Ferdinand Lasalle” (p.27-40).

supremacía y suprallegalidad⁷, 2) El establecimiento de los derechos fundamentales en la constitución y 3) El sostener, constitucionalmente, el pluralismo democrático.

No cabe, entonces, hacer una distinción real entre constitucionalismo formal y constitucionalismo democrático, pues la propia idea de constitución, actualmente, conlleva implícito la infranqueable barrera democrática; pues es cierto, que suponer un concepto de democracia en la actualidad, *pero aislado del fundamento garantista y normativo de la constitución, es un anacronismo histórico*⁸.

II. REFLEXIONES SOBRE EL PODER CONSTITUYENTE

Al hablar de teoría de la constitución, sobre democracia o sobre el estado, nos es imposible ignorar al Poder Constituyente.

El poder constituyente es aquel que establece una constitución a partir de la nada jurídica⁹ o bien, en opinión de Burgoa, aquel poder supremo e independiente encaminado a establecer un orden constitucional¹⁰.

Claro, que la noción de poder constituyente y orden jurídico no están tan intrínsecamente vinculados como pareciera. Ante esta perspectiva, Carl Schmitt plantea un poder constituyente homologado a la voluntad política -fuerza- cuya autoridad es capaz de concretar una decisión sobre el conjunto de la propia existencia política del nuevo estado¹¹. En esta determinación política de factores materialmente sociales, el

⁷ Un término que erróneamente se utiliza de forma indistinta. Supremacía constitucionalidad parece enfocarse a una terminología política que puede -y debe- transformarse en una garantía jurídica de suprallegalidad.

⁸ Balaguer Callejón, Francisco, "Constitución y ordenamiento jurídico", en "Teoría de la Constitución", Op. Cit. (p. 198-201)

⁹ O bien, desconociendo el orden jurídico. La validez del establecimiento de un nuevo orden constitucional en base a sistemas democráticos es una polémica actual.

¹⁰ Burgoa Orihuela, Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, Editorial Porrúa, décimo tercera edición, México DF, 2000.

¹¹ Schmitt, Carl, "Teoría de la Constitución", Editorial Nacional, (trad) Francisco Ayala, México, 1952, (p.86)

pensamiento de Schmitt concuerda con Lassalle en tanto ambos detectan el carácter metajurídico del poder constituyente¹².

El poder constituyente, como un poder originario¹³, surge según Iván Escobar¹⁴, en cualquiera de las siguientes situaciones 1) La constitución de un nuevo estado, 2) mediante el rompimiento del orden constitucional anterior, 3) después de la independencia de un país, 4) después de la separación de un estado de la federación, 5) después de un golpe de estado o 6) después de una guerra o una revolución.

En cualquiera de las situaciones anteriormente descritas, encontraremos un poder constituyente que configurará –y justificará- políticamente un orden jurídico. Esto es claro, dado que el constituyente no justifica o valida el orden jurídico de acuerdo al contenido constitucional¹⁵ sino en base a una decisión política¹⁶.

Es entonces esta voluntad política o *fuera fáctica* la que –en la teoría clásica del derecho- de una u otra forma impone el orden jurídico. Una constitución no se valida entonces por su justicia o contenido normativo, *sino por la fuerza¹⁷ de la voluntad política que ha impuesto la constitución¹⁸*.

¹² Kelsen, lejos de estudiar a fondo al poder constituyente lo relegó, calificándolo como un hecho “*natural*” o más bien un *hecho constitucional* en tanto el poder constituyente no es jurídicamente justificable. El kelsenismo se preocupó más por la pureza metodológica de la ciencia jurídica –en particular de la *grundnorm*- y no de la pre-validación del ordenamiento jurídico.

¹³ No pienso entrar en debate acerca del dilema entre el llamado “constituyente constituido” o “constituyente derivado” en contraposición con el constituyente “originario”. en la literatura jurídica se han pronunciado sobre ello algunos autores como Vanossi, Carpizo, Carbonell entre otros. Véase también mi artículo “El órgano reformador de la Constitución: ¿Debe ser susceptible de control jurisdiccional?”, Revista Jurídica “El Siete”, año 2, número 11. (p. 17-23)

¹⁴ Escobar Fornos, Ivan, Apuntes sobre derecho constitucional en Nicaragua, Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional Procesal, México, 2006.

¹⁵ Pensamiento que puede ser fuertemente criticado si presuponemos al estado constitucional como un estado constitucional democrático y validado entonces democráticamente.

¹⁶ Schmitt, Carl, Op. Cit.

¹⁷ En el mismo sentido se expresa Requejo Pagés al definir a la constitución como una “decisión adoptada por quien en ese momento tenía la fuerza para imponer un orden jurídico”.

¹⁸ Quiroga interpreta a Schmitt en: Quiroga Lavié, Humberto, “El Poder Constituyente en acción”, Editorial Ábaco, Buenos Aires, Argentina, 1996.

Claro que la distinción kelseniana del constituyente identificada por Negri, intenta constituir al constituyente más como un hecho sociológico que inclusive uno político; aún cuando finalmente, ambos se reduzcan a factores reales de poder.

Ahora bien, contrario a la ya clásica distinción de Sieyés, Negri identifica al posible titular del poder constituyente como a) la nación, b) El pueblo o c) Multiplicidad de poderes jurídicos y fácticos¹⁹. Esta distinción es útil cuando el proceso de constitución se realiza a través de una ruptura con el orden jurídico anterior.

Finalmente, siguiendo a Luis Carlos SÁCHICA²⁰, podemos decir que las características del poder constituyente son que 1) Es un poder no recibido ni derivado de otro, sino que es fuente de los poderes constituidos; 2) Es un poder político derivado de un hecho histórico y no jurídico, un factor material; 3) El ejercicio del poder constituyente es prejurídico y no está condicionado a normas 4) El poder constituyente justifica la nueva constitución política e históricamente, puesto que él mismo es fuente de legitimidad en el nuevo orden constitucional y 5) Solamente los factores materiales y las circunstancias de la realidad determinan el obrar del constituyente puesto que él crea al estado del modo que considera conveniente.

Sin embargo, a pesar de la denominación del poder constituyente como un poder jurídicamente ilimitado, podemos encontrar ciertas limitantes o *límites* al poder constituyente²¹: 1) Tendrá que restringirse al territorio del estado internacionalmente reconocido 2) No podrá desconocer los tratados internacionales hechos bajo el régimen anterior 3) No podrá desconocer las facultades o derechos de los extranjeros

¹⁹ Negri, Antonio, “El Poder Constituyente: Ensayo sobre las alternativas de la modernidad”, editorial Libertarias/Prodhufl, España, 1994.

²⁰ SÁCHICA, Luis Carlos, “Constitucionalismo Mestizo”, IJ-UNAM (p. 65-68).

²¹ Carpizo, Jorge, “Algunas reflexiones sobre el Poder Constituyente”, en “Teoría de la Constitución”, Op. Cit. (p. 215 y 216)

internacionalmente estatuidos, 4) Estará influenciado histórico-políticamente por el desarrollo nacional, 5) deberá instaurar una constitución y 6) de una u otra forma estará influenciado por los *factores reales de poder* sostenidos por Lassalle²².

III. PODER CONSTITUYENTE Y DEMOCRACIA: EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ

Uno de los grandes problemas de la teoría jurídica contemporánea, es el de la validez del ordenamiento jurídico, y en concreto, de la constitución. ¿Qué valida una constitución? ¿Qué hace que determinado orden normativo haya sido impuesto de forma *válida*? ¿Qué justifica la acción del poder constituyente?

La teoría jurídica en el pensamiento kelseniano parecía haber respondido a esta pregunta, mediante la presuposición del cambio fortuito de la norma básica ajena a toda validez metajurídica, es decir que fuera de ser un fenómeno, es un *hecho* el que la norma básica – *grundnorm*- cambie y por tanto ajeno al derecho positivo²³. Claro, que esta distinción kelseniana, si bien aparenta ser una solución sencilla al problema, equivaldría a hacer depender el sistema normativo del poder originario o del hecho sociológico –político en el sentido de Schmitt- lo que en pocas palabras pretende reducir el derecho a fuerza²⁴. Y claro, que la democracia²⁵ funda su existencia con el predominio del consenso sobre la coerción, el pluripartidismo, la igualdad y valores garantistas de la pluralidad²⁶.

²² Claro, que las primeras tres limitaciones son limitaciones internacionales en tanto se conceptualiza al constituyente como dentro de un orden global y las últimas tres, como el propio Carpizo señala, son metajurídicas. El derecho internacional parece ser el factor decisivo en las limitaciones de un poder constituyente.

²³ Kelsen, Hans, “Teoría General del Derecho y del Estado”, (trad) Eduardo García Manfés, Universidad Autónoma de México, México, 1988. (p. 137).

²⁴ Bobbio, Norberto, “Teoría General del Derecho”, (trad) Jorge Guerrero, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999. (p. 171).

²⁵ Que actualmente se ha conceptualizado quizás más como un fin que como el inicio procedimental de la consecución de los fines del estado.

²⁶ Vanossi, Jorge Reinaldo, “Estudios de Teoría Constitucional”, Universidad Nacional Autónoma de México”, 2002. (p. 163).

La fuerza o el poder fáctico, es necesario para ejercer o imponer el poder, pero no para justificarlo²⁷. El problema de la *justificación o validez* se convierten entonces en los problemas centrales del poder constituyente.

Ahora bien, la adición de la palabra democracia al estado constitucional, la ha convertido en un requisito *sine qua non* del moderno estado de derecho, y de alguna manera, en una posibilidad de justificación.

Por ello he aquí mi tesis: *Si hemos de concebir al estado constitucional como un estado democrático²⁸ La acción del poder constituyente sólo será válida –justificable por así decirlo- en tanto ésta sea democrática²⁹ o, una vez instaurada la constitución, se prevean mecanismos para su democratización.*

El propio Schmitt sostiene que el poder constituyente *legitima* la constitución³⁰. Sin embargo, este pensamiento puede resultar peligroso si el poder constituyente legitima *per se* el texto constitucional y no mediante un procedimiento democrático.

La democracia puede legitimar el uso del poder y el ejercicio del poder constituyente, es decir, el gobierno o la constitución –o el ejercicio del P.C- serán legítimos siempre que emanen de la voluntad popular³¹.

Cuando afirmamos entonces que existe un gobierno democrático no sólo hablamos de fuentes del poder sino de legitimidad del poder³².

El principio de la autonomía y en particular el principio de la democracia, pretende entonces –quizás como factores metajurídicos- justificar el poder público³³.

Esta postura, ha sido abiertamente defendida por Negri, quien, de forma más radical aún, señala que *hablar de poder constituyente es*

²⁷ Ibidem. (p.174).

²⁸ Especialmente si asumimos la idea de que la ausencia de democracia es ausencia de constitución.

²⁹ Al respecto se ha pronunciado Carl Schmitt al sostener que existe formas de democratizar una asamblea o convención constituyente.

³⁰ Schmitt, Carl, Op. Cit. (p. 101)

³¹ Sartori, Giovanni, “¿Qué es la democracia?”, (Trad) Miguel Ángel Rodríguez, México, 2000. (p. 23)

³² Ibidem.

³³ Held, David, “La democracia y el orden global”, España, 1997. (p. 190)

*hablar de democracia*³⁴. Bajo esta óptica, el constituyente no sólo está obligado a crear una constitución, sino –idóneamente- crear una constitución democrática y *democráticamente*³⁵.

La constitución entonces no es validada por la simple decisión del poder constituyente, sino que es necesario el principio de la legitimación democrática para validar el orden jurídico³⁶.

De esta forma el constituyente no se observa como un poder ilimitado, sino un poder consensual y elementalmente democrático³⁷.

Debemos reconocer sin embargo, que la mayoría de las situaciones en las que tiene ocasión de actuar el constituyente “originario”, son situaciones en las que es difícil realizar un verdadero consenso democrático. Los conflictos suscitados en cambios de régimen constitucional, ocasionan por lo regular que los grupos disidentes sean segregados o que la constitución refleje las aspiraciones –que se presumen válidas- del grupo que ha logrado el poder. Por ello, en un verdadero estado de derecho, en un verdadero régimen constitucional-democrático, la constitución debe inicialmente suavizar los límites de la reforma constitucional e incluir a los grupos disidentes dentro de la representación democrática. Gran parte de la fuerza de la constitución –ajeno a la fuerza del aparato estatal- es la vinculación que ésta tiene sobre sus ciudadanos, y más fuerza tendrá mientras éstos sientan un mayor efecto vinculante. Un proceso post-democratizador (y un proceso tal debe ser verdaderamente inclusivo) ayuda a establecer las *reglas del juego*, los consensos axiológicos, el entendimiento de la terminología social y vincula, finalmente, la concepción constitucional

³⁴ Negri, Antonio, Op. Cit. (p. 17)

³⁵ En el caso –hipotético- de la implementación por la fuerza de una constitución democrática, ¿no estaríamos ante la presencia de una democracia implementada antidemocráticamente?

³⁶ Requejo Pages, Juan Luis, “Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente”, Colección Estudios Constitucionales, Madrid, 1988. (p.44)

³⁷ Quizás bajo esta perspectiva, la democracia podría ser un límite a la reforma constitucional. Creo firmemente que si partimos del supuesto de que el pluralismo democrático de la constitución es su justificación y validez, una reforma al régimen democrático –pilar del cuerpo normativo- equivaldría a invalidar todo el régimen constitucional, cuyo objetivo es, entre otros, el de persistir.

Lassallista, Schmittiana, Kelseniana, con un concepto constitucionalista y consensual.

La democratización de la constitución no debe ser impositiva, la representación de todos los valores dentro de una nación³⁸ son la base para el respeto de la constitución misma; una constitución pluralista, una constitución social y una verdadera constitución democrática, que es base para el moderno estado de derecho.

Por ello, aún cuando parezca utópico, no podremos dejar de propugnar por un proceso constituyente en donde la constitución se erija como basamento jurídico, y en cuyo proceso edificador sean escuchados todos: desde el más férreo constitucionalista, hasta el último anarquista radical.

³⁸ Sin embargo, siempre es necesario respetar los derechos de las minorías. La peligrosidad de una democracia “absolutista” nos puede llevar a la tiranía de las mayorías, que pone en grave riesgo la propia democracia. Véase de Tocqueville, Alexis, “La democracia en América”, Editorial Valle de México, 1997. (p. 161-166). *Los derechos de las minorías son condición necesaria para el proceso democrático mismo*, en Sartori, Giovanni, “Teoría de la democracia: El debate contemporáneo”, España 1992. (p.58), así como también la idea de “la mayoría limitada” en Sartori, Giovanni, “Aspectos de la democracia”, Editorial Limusa-Wiley, México, 1962. Rawls maneja también la idea del simple principio de mayorías como una “decadencia procesal” frente al respeto de los derechos de las minorías, en Rawls, John, “Teoría de la Justicia”, Fondo de Cultura Económica, México, 1997. (p. 315-330)

IV. BIBLIOGRAFÍA

Bobbio, Norberto, "Teoría General del Derecho", (trad) Jorge Guerrero, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999.

Burgoa Orihuela, Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, Editorial Porrúa, décimo tercera edición, México DF, 2000.

Carbonell, Miguel (compilador), "Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos", Editorial Porrúa, México, 2005.

De Tocqueville, Alexis , "La democracia en América", Editorial Valle de México, 1997

Escobar Fornos, Ivan, Apuntes sobre derecho constitucional en Nicaragua, Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional Procesal, México, 2006.

Fix-Zamudio, Héctor, Valencia Carmona, Salvador, "Derecho Constitucional Mexicano y Comparado", Editorial Porrúa, México, 2001.

Held, David, "La democracia y el orden global", España, 1997

Kelsen, Hans, "Teoría General del Derecho y del Estado", (trad) Eduardo García Maníes, Universidad Autónoma de México, México, 1988

Lasalle, Ferdinand, "¿Qué es una Constitución?", Editorial Ariel Derecho, España, 2002.

Negri, Antonio, "El Poder Constituyente: Ensayo sobre las alternativas de la modernidad", editorial Libertarias/Prodhufi, España, 1994.

Quiroga Lavié, Humberto, "El Poder Constituyente en acción", Editorial Ábaco, Buenos Aires, Argentina, 1996.

Rawls, John, "Teoría de la Justicia", Fondo de Cultura Económica, México, 1997

Requejo Pages, Juan Luis, "Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente", Colección Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

Rousseau, Juan Jacobo, "El Contrato Social", Trad. Rafael Rutiaga, México, 2003.

Sáchica, Luis Carlos, "Constitucionalismo Mestizo", IJ-UNAM.

Sartori, Giovanni, "¿Qué es la democracia?", (Trad) Miguel Ángel Rodríguez, México, 2000

Sartori, Giovanni, "Teoría de la democracia: El debate contemporáneo", España 1992.

Schmitt, Carl, "Teoría de la Constitución", Editorial Nacional, (trad) Francisco Ayala, México, 1952.

Vanossi, Jorge Reinaldo, "Estudios de Teoría Constitucional", Universidad Nacional Autónoma de México", 2002