

El significado del poder constituyente

*Jaime Cárdenas Gracia**

Introducción

Determinar qué es el poder constituyente no es una tarea fácil, es aún un problema no resuelto en el Derecho Constitucional. No hay explicaciones homogéneas sobre su significado y existe una gran variedad de teorías que lo explican basadas en modelos históricos dispares de poder constituyente.

El poder constituyente es en principio, aunque no sólo, un poder político existencial y fáctico, que brota de la comunidad, la que decide darse una Constitución, constituir un Estado o que asume transformar o sustituir el *status quo* imperante. Tal como lo señala Vanossi, todo poder constituyente cumple cualquiera de las dos siguientes funciones: ya sea expresando un poder fundacional (creando el Estado) o a través del poder de revolución (el cambio de formas del Estado).¹

Los autores clásicos señalan que la validez jurídica del poder constituyente no deriva del ordenamiento previo, sino que se trata de una “ruptura” ideológica e institucional con las normas previas si es que éstas existen. No es en sus inicios un acontecimiento jurídico sino político (algunos estudiosos afirman que en él hay una conciencia ética orientadora y legitimadora) que termina expresándose jurídicamente.

* Jaime Cárdenas Gracia es Diputado Federal en la LXI Legislatura. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, y por la Universidad Complutense de Madrid. Tiene especialidad en Derechos Humanos y Ciencias Políticas. Es Investigador del CONACYT, y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de tiempo completo. Fue Consejero Electoral del Instituto Federal Electoral en el período 1996-2003, en donde participó y promovió las investigaciones en los casos Pemexgate y Amigos de Fox.

¹ Jorge Reinaldo Vanossi, *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 241.

Explicaciones del poder constituyente

La teoría del poder constituyente ha tendido diversas vertientes. Una de las primeras de carácter moderno fue la contractualista. El origen del Estado y del Derecho es un pacto: la comunidad decide organizarse institucional y jurídicamente desde la libertad, sin vínculos sacramentales o derivados del poder de un sólo hombre. Claro ejemplo es el de los Estados Unidos, donde el poder constituyente fue el resultado de acuerdos y negociaciones para distribuir el poder al interior de la comunidad.

John Wise ha explicado que en todo proceso constituyente han de distinguirse tres etapas: el momento de la libertad, el del pacto social y el acto constitucional². En el momento de la libertad se determina la “libertad civil” que corresponde a los ciudadanos. Es decir, aquella parte de la libertad natural que permanece en poder de los individuos una vez que éstos han abandonado el estado de naturaleza para entrar en la sociedad civil; se refiere obviamente a lo que hoy conocemos como los derechos fundamentales.

En la segunda etapa, los distintos individuos de la comunidad ceden su soberanía o parte de ella a una entidad superior a cada uno de ellos y englobadora de todos, se constituye lo que llamamos pueblo o nación; mismo que se afirma como el único sujeto titular de la soberanía en el Estado. En este contexto surge el concepto de “poder constituyente” cuya naturaleza inicial es de *res facti, non iuris*. Es decir, un poder político, existencial y fáctico que surge de la comunidad que decide darse una Constitución, cuya actuación no está constreñida por los límites del derecho previo, lo que no significa necesariamente la derogación total o absoluta de ese derecho, sino sólo de aquellas partes que se oponen materialmente al mismo.

En la tercera etapa, una vez creada o refundada la comunidad, habiendo surgido el soberano, da comienzo la última fase del proceso constituyente: el momento constitucional. La finalidad de la Constitución es evidente: reconocer los derechos fundamentales, establecer la organización política del Estado pero como un sistema de garantías de la libertad frente al poder político.

² John Wise, *A Vindication for the Government of the New England Churches. A Drawn from Antiquity; the Light of Nature; Holy Scripture; its Noble Nature; and from the Dignity divine Providence has put upon it*, Boston, 1717.

Una segunda explicación dominante sobre el poder constituyente es la francesa, surgida a partir de 1789. En ésta las ideas relevantes no son las del pacto o contrato sino las de creación del Estado por un acto revolucionario y de ruptura con el poder establecido. Al mismo tiempo que insiste en el carácter ilimitado y absoluto del poder de transformación. El titular de la soberanía y por consiguiente del poder constituyente es el pueblo, que tiene el derecho inalienable de modificar y alterar la estructura del Estado "...como quiera, sin restricciones, libre de todo respeto a organizaciones pretéritas, con una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político a implantar..."³

El poder del constituyente surge de una fuerza revolucionaria que se impone a un poder establecido, misma que es absoluta e ilimitada, "...el poder constituyente todo lo puede...no se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución... y para ejercer su función ha de verse libre de toda forma y de control, salvo los que el mismo le pluguiera adoptar"⁴

El poder constituyente es "absolutización de los valores políticos, es un puro deber ser, es empezar de nuevo, es elisión del pasado y reducción de un futuro al presente, es inicialmente aceleración histórica imprevista y sucesivamente retención del movimiento, es expresión de un solo sujeto político, individualizado e incondicionado y por esto soberano"⁵

Sin embargo, a diferencia de los Estados Unidos donde los ciudadanos y quienes ocupasen el poder político estaban obligados a la observación y al cumplimiento de lo ordenado por el *pouvoir Constituant* a través del principio de supremacía constitucional, en Francia, como lo atestigua la historia, los monarcas de la restauración se resistieron a abandonar el *status quo*, lo que explicará la confrontación entre el principio democrático y el principio monárquico.⁶ La realidad que conoció la vida política europea en el siglo XIX fue la negación de la teoría democrática del poder constituyente, así sucedió desde el periodo revolucionario, pues al hacer del Parlamento el soberano mismo, éste absolutizó prerrogativas y facultades, en demérito de los derechos de los ciudadanos.

³ Vanossi, *op. cit.* p. 243.

⁴ Emmanuel Sieyès. *¿Qué es el Tercer Estado?*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.

⁵ Gustavo Zagrebelsky. "Storia e Costituzione", en *Il Futuro Della Costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, p. 42.

⁶ Pedro de Vega. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 99 y 100.

En la etapa de la restauración decimonónica en Europa, las Constituciones se entienden como cartas otorgadas cuya aprobación se debe a la graciosa aceptación del monarca, que es un ente previo y superior a la Constitución, y a través de él se crean todos los órganos del Estado, que se presentan como poderes sometidos. Además, el liberalismo doctrinario europeo del siglo XIX elaboró la teoría de la soberanía compartida, gracias a la cual el rey junto con los representantes de la burguesía en el Parlamento se convierten en los únicos depositarios de la soberanía del Estado. Ello significó la casi inexistencia de una teoría democrática del constituyente y la sustitución de la idea de soberanía democrática por la soberanía del monarca o, la afirmación de que no existe poder constituyente sino sólo poderes constituidos y en donde el protector supremo de la Constitución era el rey.

El poder constituyente revolucionario quedó diluido y subordinado al monarca y a las fuerzas conservadoras de las sociedades europeas del siglo XIX. No será sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial que en Europa la Constitución volvió a ser entendida como la expresión de la voluntad de un *Pouvoir Constituant* democrático, entre otras razones teóricas, gracias a la distinción entre “poder constituyente” y “poderes constituidos”. Diferenciación que introduce el principio de rigidez en la Constitución, los mecanismos de control constitucional, el carácter de norma jurídica suprema de la Constitución y la recuperación del sentido democrático del poder constituyente.

La lógica de la democracia que es la de ser un régimen sin enemigos, permite a los distintos individuos y sectores de la sociedad modificar o sustituir democráticamente la Constitución sin que soberanos, estamentos o poderes fácticos impongan exclusivamente su visión o pensamiento único.

Una tercera explicación sobre el poder constituyente entiende éste, no sólo como el pacto o el contrato o, exclusivamente, como el acto revolucionario de transformación, sino como un proceso de legitimación democrática⁷ Teorías contemporáneas alemanas como la de Häberle o Ernest Wolfgang Böckenförde así lo comprenden.⁸

⁷ En una posición similar se encuentra el profesor portugués Gomes Canotilho que afirma que una de las características que tiene el pueblo como titular del poder constituyente es la de entenderlo desde su grandeza pluralista formada por individuos, asociaciones, grupos, iglesias, comunidades, personalidades, instituciones, vehículos de intereses, ideas, creencias y valores plurales convergentes y conflictuales. Sólo ese pueblo concebido como comunidad abierta de sujetos constituyentes que pactan y consienten, tiene el poder de disponer y de conformar el orden político-social. Jose Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituicao*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 71 y 72.

⁸ Peter Häberle, *El Estado Constitucional*, México, UNAM, 2001, pp. 129-139; Ernst Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 159-180. y José Antonio Estévez Araujo, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994, pp. 41-89.

Las Constituciones no derivan del mero *factum* de su nacimiento, sino de la magnitud que las precede y que aparece como un poder o autoridad especial que no es otra cosa que el poder constituyente. El poder constituyente rebasa el ámbito del Derecho y tiene que ver sobre todo con el fundamento y legitimidad de su poder, aunque para ellos es obvio que el problema pertenece también al Derecho.

El Derecho está vinculado a datos prejurídicos que lo fundamentan y lo legitiman. Dice Böckenförde que "...como cuestión límite del Derecho constitucional, la pregunta por el poder constituyente puede plantearse desde distintas perspectivas. Si se atiende a un punto de vista genético, la cuestión gira en torno al origen histórico-político de la Constitución, a su aparición y a las fuerzas que participaron en ella.

Desde el punto de vista de la teoría del Derecho lo que se plantea es la pregunta por el fundamento normativo de la validez de la Constitución, del que deriva la pretensión de tal validez. Si esta pregunta va más allá del terreno formal, entonces se pasa a una perspectiva propia de la filosofía del Derecho, la cual se interesa por el fundamento de la validez normativa de la Constitución. Y si la Constitución se entiende, como ocurre hoy en día, como el orden jurídico fundamental de la comunidad, la pregunta se amplía hasta cuestionar el fundamento jurídico (material) del derecho en general"⁹

A partir de la última perspectiva, el poder constituyente está referido a la legitimación, a la justificación de la validez normativa de la Constitución. No basta apelar al normativismo kelseniano que formula la pregunta por la legitimación y la deja sin respuesta. Tampoco es suficiente ver en el poder constituyente un fundamento normativo ideal de carácter iusnaturalista, pues deja a un lado la conexión entre lo fáctico y la legitimación normativa.

Es preciso aceptar que la fuerza que hace surgir y que legitima a la Constitución tiene que representarse como una magnitud política. Es decir, las ideas de justicia y de lo recto, cobran fuerza legitimadora para la vida en común de los hombres cuando son mantenidas por hombres o grupos de hombres como una convicción viva y se integran en una fuerza o en una magnitud política que las sostiene.

⁹ Ernst Wolfgang Böckenförde, *op. cit.* p. 161.

El poder constituyente no puede ser definido como una norma fundamental hipotética o como una norma ideal de Derecho natural. Tiene que entenderse como una magnitud política real que fundamenta la validez normativa de la Constitución. De esta suerte el poder constituyente es aquella fuerza y autoridad política capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez, no es igual al poder establecido del Estado, sino que lo precede, pero cuando se manifiesta, influye sobre él y opera dentro de él según la forma que le corresponda.¹⁰

Significado actual

Si entendemos la teoría de la Constitución como una ciencia de la cultura en donde las perspectivas evolutivas de tiempo y espacio son fundamentales para comprender lo que es el Derecho Constitucional de nuestros días y, asumimos que existe para la interpretación de la Constitución, una suerte de “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución”¹¹, el poder constituyente no puede por nuestro nivel de desarrollo humano más que ser un concepto democrático y revolucionario, en donde el pueblo es el sujeto titular del mismo.

Debe advertirse que el concepto de “pueblo” no se agota en la representación política, en la que sólo algunos toman decisiones por otros; tampoco se identifica el pueblo con su sentido natural o étnico. La idea de pueblo tiene un sentido político es decir, un grupo de hombres que es consciente del mismo como magnitud política y que entra en la historia actuando como tal sin importar si pertenecen o no a la misma etnia.

En la historia política, el pueblo ha sido, por ejemplo, el tercer estado o la burguesía –durante la Revolución francesa– el proletariado en la teoría política del marxismo, los hombres de la Reforma en la elaboración de la Constitución mexicana de 1857, o los caudillos, sus seguidores y simpatizantes activos en la redacción de la Constitución mexicana de 1917. En nuestra época y desde una perspectiva democrática y revolucionaria, el pueblo debe comprender a la mayoría de los individuos que representan los diversos sectores sociales e ideológicos de una sociedad y que están comprometidos con una idea de transformación e inauguración de un nuevo régimen político, económico y social.

¹⁰ Ernst Wolfgang Böckenförde, *op. cit.* p. 163.

¹¹ Peter, Häberle, *op. cit.* pp. 58 y ss.

Muchas preguntas son generadas por la actuación del poder constituyente, por ejemplo, si esa magnitud política puede sustraerse a procedimientos y formas de encauzamiento o, si una vez desempeñado su papel desaparece.¹² En cuanto a la primera se señala que el poder constituyente no está obligado a seguir formas previas previstas en la Constitución o en el orden que pretende destruir o sustituir, puede buscar y crear sus propias formas de manifestarse, aunque la conciencia de nuestra época exigiría formas y procedimientos de expresión democráticos y abiertos. Sobre si el poder constituyente desaparece una vez concluida su función, debe indicarse que si atendemos a lo que es (una magnitud política consciente de su fuerza política real), no puede ser reducido jurídicamente a la nada una vez que ha actuado; es y sigue actuando como magnitud y fuerza.

Si a la Constitución elaborada por ese poder constituyente le faltan las convicciones jurídicas y políticas vivas de la comunidad, esta entraría en un proceso de erosión. Por ello, el poder constituyente no puede desaparecer, es atemporal y puede manifestarse para eliminar la Constitución o para vaciarla de contenidos. Es adecuado por tanto, establecer en la Constitución procedimientos democráticos de actuación del poder constituyente, al igual y obvio es decirlo, que procedimientos y competencias democráticas de los poderes constituidos, aunque se advierte que como magnitud y fuerza política puede no atenderlos.

Una vía para que el poder constituyente no se manifieste en su radicalidad revolucionaria y sin atentar al poder constituido consiste en que éste último tenga las formas y los procedimientos más abiertos y democráticos de actuación. Esto es, las instituciones constituidas están obligadas a profundizar en los procedimientos democráticos a fin de que éstos sean más participativos y deliberativos; se debe lograr también que la transparencia y la rendición de cuentas sean una realidad al igual que los mecanismos de supremacía y de control de constitucionalidad.

Si la Constitución creada por el poder constituyente y los aplicadores de la misma, no profundizan contenidos democráticos y garantes de los derechos fundamentales, ésta no tardará en ser sustituida por otra, mediante la presencia de un poder constituyente que vulnerará cualquier forma de actuación y procedimiento previamente establecido. En otras palabras, la contención revolucionaria del poder

¹² Estas preguntas han preocupado desde siempre a la teoría del poder constituyente. Por ejemplo, Carl Schmitt sostenía el carácter "inconstituible" del poder constituyente del pueblo, esto es, a la imposibilidad de que el poder constituyente esté determinado por formas jurídicas y por procedimientos, además consideraba que el poder constituyente del pueblo reaparece cuando se cuestiona el sistema político existente y se instaura uno nuevo, aunque podría el poder constituyente presentarse sin necesidad de que el régimen sea puesto en cuestión. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza editorial, 1982, pp. 94-99.

constituyente se logra manteniendo en los poderes constituidos la radicalidad democrática: si la legitimidad democrática es mantenida socialmente puede limitar las expresiones revolucionarias y radicales del poder constituyente, aunque otra forma de ver lo expuesto, implicaría decir, que una legitimidad democrática viva y real no es más que una manifestación permanente del poder constituyente.

No obstante, el poder constituyente no puede ser una magnitud arbitraria porque por un lado, la voluntad y fin del constituyente es la de expresarse en una nueva organización jurídica del poder político, lo que entraña la idea de realización para el orden, esto es, una delimitación del ejercicio arbitrario del poder. Y por otro, porque el pueblo o la nación sujeto del poder constituyente no es sólo la adición de voluntades particulares arbitrarias sino es una voluntad común que pretende configurar de una nueva manera la dirección de la vida pública.

El propio poder constituyente debe atender a los principios jurídicos supra-positivos que preceden a todo derecho escrito porque en ellos reside su fundamento de legitimidad. Si se prescindiera de estos principios éticos o extrajurídicos, el fundamento de la obligación jurídica posterior sería inexistente.

Los principios extrajurídicos están vinculados al contexto cultural y al desarrollo de cada sociedad en lo particular, forman parte de la conciencia ética y moral de los ciudadanos, son lo que éstos estiman como valioso y como justo y es capaz de movilizarlos como magnitud política¹³ o, como dice Häberle: "...la vinculación a un determinado estadio de desarrollo cultural crea 'realidades' e 'idealidades' para las que no resulta adecuada la teoría de la mera 'autoobligación' subjetiva y la 'autolimitación' voluntarista. La 'internalización' intensiva de determinados valores fundamentales como los 'derechos humanos', la 'paz', etc., que se revela en los elementos textuales de los preámbulos como el 'propósito', la 'conciencia', 'animados por la voluntad', se convierte en algo objetivo, en determinantes culturales"¹⁴

¹³ En teorías previas como la de Smend se establece que estos principios o valores constituyen el sustrato material de la comunidad y son de naturaleza dinámica. Los principios deben ser vividos por los miembros de la comunidad, lo que implica que pueden ser actualizados y adaptados. Rudolf Smend, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 93-99.

¹⁴ Peter Häberle, *op. cit.* p. 135.

La “conciencia ética” de carácter cultural o social nada es por sí misma si no se convierte en algo concreto, si ninguna fuerza política la hace suya, la defiende y la mantiene como concepción y convicción propias y la traslada a la realidad política e histórica. A fin de cuentas, lo que importa es que el pueblo actué políticamente como magnitud o fuerza y sea portador de un “espíritu” o “conciencia” capaz de articular el nuevo orden mediante el desmantelamiento del anterior. Si esta fuerza política del pueblo no actúa y, asume sus roles como mantenedora y sustentadora del poder constituyente, ninguna conciencia o principio ético puede fundar la legitimidad y posteriormente la validez y vigencia de ninguna Constitución.

Además, el poder constituyente expresa no sólo una “conciencia ética” de la comunidad. También puede manifestar un mecanismo de protección de la libertad de los miembros de la sociedad, una serie de procedimientos que hagan posible la participación en condiciones de igualdad de todos los interesados en los procesos en que se adopten decisiones que les afectarían!¹⁵ La Constitución debe garantizar la participación, deliberación y representación y el poder constituyente debe orientarse hacia esos fines para tener un carácter democrático y respetuoso de minorías y mayorías.

¹⁵ J. H. ELY, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, 1981, pp. 100-101.