

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



TESIS DOCTORAL

**LOS LÍMITES DE LA SOBERANÍA
Y DEL PODER CONSTITUYENTE EN EL ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

M. Sc. EDGAR ALBERTO PÉREZ CIFUENTES

GUATEMALA, JULIO DE 2019

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

**LOS LÍMITES DE LA SOBERANÍA Y DEL PODER CONSTITUYENTE
EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

TESIS DOCTORAL

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

M. Sc. EDGAR ALBERTO PÉREZ CIFUENTES

previo a conferírsele el Grado Académico de:

DOCTOR EN DERECHO

Guatemala, julio de 2019

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III: M. Sc. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTE: Dr. Jorge Roberto Taracena Samayoa
VOCAL: Dr. Víctor Manuel Valverth Morales
SECRETARIO: Dr. Saúl González Cabrera

RAZÓN: "El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada". (Artículo 5 del Normativo de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado)

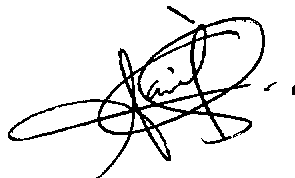
Guatemala, 13 de junio del año 2019

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director
Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Dr. Cáceres Rodríguez:

Respetuosamente me permito manifestarle que he revisado la realización de las recomendaciones manifestadas por el Tribunal examinador de la Tesis de Doctorado en Derecho del Maestro **EDGAR ALBERTO PÉREZ CIFUENTES**, con número de carné 100016083, titulada ***“LOS LÍMITES DE LA SOBERANÍA Y DEL PODER CONSTITUYENTE EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO”***, y después de dicha revisión, a mi juicio, satisface las recomendaciones realizadas por el Tribunal examinador y llena los requisitos que establece el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi **dictamen favorable** a la misma para que continúe el trámite correspondiente a la revisión de estilo y acto de graduación.

Me suscribo de usted respetuosamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Saúl', with a stylized flourish at the end.

Dr. Saúl González Cabrera

Guatemala, 24 de junio de 2019

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

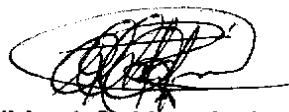
Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos gramaticales de la tesis:

**LOS LÍMITES DE LA SOBERANÍA Y DEL PODER CONSTITUYENTE EN EL
ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

Esta tesis fue presentada por el Mtro. Edgar Alberto Pérez Cifuentes, del Doctorado en Derecho de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, una vez realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Dra. Mildred C. Hernández Roldán
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 5456

Mildred Catalina Hernández Roldán
Colegiada 5456



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 27 de junio del dos mil diecinueve.-----

En vista de que el MSc. Edgar Alberto Pérez Cifuentes aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho** lo cual consta en el acta número 82-2019, suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LOS LÍMITES DE LA SOBERANÍA Y DEL PODER CONSTITUYENTE EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

DEDICATORIA

- A DIOS TODO PODEROSO:** Por la bendición de alcanzar una meta más.
- A MI MADRE:** Ludovina Esperanza Cifuentes Alvarado, por darme la vida, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, pero más que nada, por su amor incondicional y creer en mí.
- A MI PADRE:** Edgar Alberto Pérez González, quien me ha enseñado que en la vida para triunfar es necesario ser honesto y esforzarse.
- A MI HERMANA:** Dina Isabel Pérez Cifuentes, por alentarme a conseguir esta meta.
- A MI ESPOSA:** Wendy Yaneth Coloma Alburez, por su amor, su apoyo incondicional y comprensión en todo momento, gracias amada esposa. Te amo.
- A MIS HIJOS:** Mario Alberto y Edgar Alejandro, a quienes adoro con todo mi corazón pidiéndole a Dios que tomen el presente acto de graduación como ejemplo a seguir.
- A MI HIJO:** Edgar Alberto, Dios te tenga en sus brazos.

A MI SUEGRA: Rosa Lidia Alburez, quien cuidó de mis hijos en el transcurso de esta meta.

A: La tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por brindarme la oportunidad de cumplir uno de mis sueños anhelados.

A: La Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, que con la ayuda de sus maestros quienes con su instrucción y colaboración, me permitieron adquirir conocimientos necesarios para la culminación de mis estudios de doctorado.

CONTENIDO



	Página
Introducción	i
Capítulo I: La soberanía, concepto y problemas subyacentes	1
1. Acerca de la idea de soberanía	1
2. Evolución del concepto de soberanía	3
3. Bodino y la idea de soberanía	6
4. La titularidad de la soberanía	9
5. Rousseau y la idea de la voluntad general	11
6. Soberanía interna y soberanía externa	15
7. La idea de soberanía en la estimativa de la teoría del Estado	16
8. Heller y la defensa de la soberanía	19
9. La soberanía y el Derecho internacional	21
10. Valoración del concepto de soberanía	26
11. La idea de soberanía en el neoconstitucionalismo	31
Capítulo II: Poder constituyente y soberanía	47
1. Tipología del poder constituyente	47
2. Poder constituyente interno y externo	48
3. Poder constituyente originario	51
3.1 Poder constituyente originario y poder constituyente derivado	51
4. Génesis del poder constituyente originario. Los ciclos o eras constitucionales	53
5. El factor tiempo	56
6. Competencias -o potencia- del poder constituyente originario	58



7. Titularidad y ejercicio del poder constituyente originario	61
8. Crítica de la distinción anterior	63
9. Operadores del poder constituyente. Clasificación. Sistemas monocráticos y policráticos	64
10. Sistemas simples y complejos	69
11. Legitimidad de origen y de ejercicio	72
12. Responsabilidad jurídica interna del Estado por el ejercicio del Poder constituyente originario	76
13. Responsabilidad jurídica internacional	79
14. Poder constituyente derivado	82
14.1 Enmienda, reforma, revisión y sustitución constitucional	82
14.2 Formas de expresión	83
14.3 La reforma inconstitucional de la Constitución	85
14.4 Prohibición del ejercicio del poder constituyente derivado	88
Capítulo III: El ejercicio del poder constituyente y soberanía	91
1. La soberanía como fundamento del poder constituyente	91
2. Poder constituyente y poderes constituidos	102
Capítulo IV: Los límites a la soberanía del poder constituyente	104
1. Límites	104
2. Topes normativos	112
2.1 Límites de tiempo. Cláusulas explícitas transitorias prohibitivas del Poder constituyente	112
2.2 Límites de lugar	122
2.3 Límites de contenido	124
2.4 Límites procesales (de órgano y de trámite). Constituciones	

“flexibles” y “rígidas”

3. ¿Debe existir control de constitucionalidad sobre la reforma constitucional?	142
4. Límites fácticos del poder constituyente derivado	176
5. Límites axiológicos	179
6. Legitimidad del poder constituyente derivado	180
7. Responsabilidad jurídica del Estado por los actos del poder constituyente derivado	182
	184
Conclusión	190
Bibliografía	192







INTRODUCCIÓN

El presente informe de investigación contiene una serie de cuestiones y respuestas a problemas actuales de la soberanía y del poder constituyente en el ámbito de un Estado constitucional de Derecho.

Mucho se ha discutido y criticado sobre el concepto de soberanía y su significación pasada y presente; algunas posiciones en contra de la idea de soberanía van desde relativizarla hasta negarla completamente, mientras que los defensores del concepto van desde limitarlo levemente hasta absolutizarlo.

Lo cierto es que como todo concepto jurídico (sin perjuicio de su irradiación a otros ámbitos) su significación debe ubicarse en su contexto correcto, tratando de evitar interpretaciones tendenciosas o influidas por ideologías distorsionantes. Así, con la presente investigación, se pretende dar una respuesta científica al problema.

El problema a investigar se formuló de la manera siguiente: ¿Cuáles son los límites de la soberanía y del poder constituyente en un Estado constitucional de derecho?. La hipótesis correspondiente se planteó de la siguiente forma: Los límites a la soberanía y al poder constituyente en un

Estado constitucional de derecho son normativos, fácticos y axiológicos, siendo los normativos o jurídicos los verdaderos límites en sentido fuerte.



El presente informe de investigación consta de cuatro capítulos, en el primer capítulo se trata sobre el concepto de soberanía y los problemas subyacentes a tal concepción; en el segundo capítulo se desarrolla el tema del poder constituyente y la soberanía; en el tercer capítulo se analiza el tema del ejercicio del poder constituyente y la soberanía; y en el cuarto capítulo se trata el problema de los límites a la soberanía del poder constituyente. Finalmente, se arriba a una conclusión objetiva y verosímil

CAPÍTULO I

LA SOBERANÍA, CONCEPTO Y PROBLEMAS SUBYACENTES



1. ACERCA DE LA IDEA DE SOBERANÍA

En este capítulo se pretende analizar los problemas principales que plantea el concepto o la idea de soberanía en el contexto contemporáneo del Estado constitucional de derecho y la consideración crítica de tales problemas con la finalidad de establecer la validez o invalidez de los mismos a la luz de la teoría de derecho contemporánea.

Carpizo manifiesta que “la palabra soberanía proviene de los vocablos *super-omnia*; luego, etimológicamente, significa *sobre todo poder*. El soberano es quien decide, en última instancia, sin que nadie le pueda decir o indicar en qué sentido tiene que decidir. Soberanía es la facultad exclusiva de un pueblo para dictar, aplicar y hacer cumplir las leyes que el mismo se ha dado”¹.

En sentido indicado, puede decirse que *la soberanía es a los pueblos lo que la libertad a los hombres*. La soberanía, entonces, constituye la base de todas las

¹ Carpizo, Jorge. ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. Editorial Porrúa. México. 2012. Pp. 299.



instituciones jurídico-políticas de un Estado. En el desarrollo histórico de la teoría de la democracia, la soberanía radica en el pueblo.

Rousseau manifestó que: “La soberanía es el ejercicio de la voluntad general y esta nunca es enajenable, prescriptible o divisible. La soberanía no es enajenable porque de serlo se destruiría el cuerpo político, no es divisible porque la voluntad es general y al declararse hace la ley, y no prescribe porque a la libertad se le puede atar pero no suprimir”².

En el sentido manifestado por Rousseau, la soberanía radica por antonomasia en el pueblo, esta es la génesis y la finalidad de cualquier organización política. Bajo esta concepción, el pueblo sería su propio legislador y su propio juez; crea, modifica y deroga las leyes, toma la decisión política fundamental y su voluntad convierte las costumbres en leyes que son las guías de la conducta social.

Casi todas las Constituciones contemporáneas consagran en su texto la disposición explícita de que la soberanía radica en el pueblo.

² Rousseau, Jean Jacques. Citado por Carpizo, Jorge. *Op. cit.* Pp. 299.



No obstante ello, los Estados no subsisten aislados de la comunidad internacional de Estados, es por eso que la idea de soberanía tiene, además, un ámbito externo, que es el principio de la igualdad de los Estados en el contexto internacional; todos los Estados son libres e iguales y por lo tanto, “ningún Estado tiene el derecho de agredir o imponer una decisión a otro Estado”³.

2. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE SOBERANÍA

En la doctrina del derecho constitucional se ha mantenido, por parte de algunos autores, que el significado del término *soberanía* es equívoco y polisémico, y se le señala como la causa o factor principal de muchas de las guerras que se han suscitado en la historia de la humanidad.

Los autores de derecho internacional Kaplan y Katzenbach, manifiestan que el término *soberanía* es vago e inconsistente, que es un símbolo altamente emotivo y que “no es una idea que resulte muy útil ni a efectos de análisis ni de descripción”⁴.

³ Carpizo, Jorge. *Op cit.* Pp. 299.

⁴ Kaplan, Morton A. & Katzenbach, Nicolás. FUNDAMENTOS POLÍTICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL. Editorial Limusa-Wiley. México. 1965. Pp. 159.



Los grupos humanos, en su desarrollo histórico, han construido diversas formas de organización política, para culminar con el Estado nacional y soberano; la organización estatal actual conserva como notas características las de Estado *nacional y soberano*.

Así, la idea de *Estado nacional* surgió con la natural adhesión del adjetivo *soberano*. La soberanía constituye, entonces, el resultado de las luchas sostenidas por el monarca francés contra el Imperio romano, contra la Iglesia y contra los señores feudales, en las cuales el primero logró imponerse. Este hecho histórico constituye el surgimiento del *Estado soberano* a finales de la alta Edad Media.

La Iglesia romana tenía la pretensión, en la Edad Media, de conseguir una unidad religiosa regida por ella. Dentro de estas agrupaciones humanas se establecieron reinos cuyos líderes recibían títulos de reyes por parte del emperador; la base organizativa política en tales reinos eran los señores feudales, quienes competían en poder y patrimonio con los reyes.

La Iglesia romana, desde principios del siglo XI, intentó independizarse de las presiones políticas del Imperio y, consecuentemente, dominarlo. El acontecimiento histórico más importante en esta contienda fue el conocido hecho de Canossa,



Italia, en enero de 1077, en el cual el emperador Enrique IV del Sacro Imperio Romano Germánico, de rodillas y descalzo, pidió perdón al papa Gregorio VII, para obtener su liberación de la excomunión y la humillación o penitencia a la que tuvo que someterse para obtenerla.

Algunos años después, en julio de 1214, el rey francés Felipe II, apoyado por los barones y por los señores feudales de su reino, derrotó en la batalla de Bouvines al emperador Otón IV, quien había integrado una fuerza aliada; ocho décadas después de ese triunfo del rey francés, otro rey también de Francia, Felipe el Hermoso, derrotó al papa Bonifacio VIII.

Los señores feudales franceses, después de una serie de batallas, se habían sometido a la autoridad del rey al vencer Francia al Imperio y a la Iglesia en la batalla de Avignon; se fundó como un Estado nacional, como una unidad que reconoció un único poder, el del rey que había destruido los estamentos feudales y construido una nación. Se haría posible la idea que tiempo después Renán expondría: “Francia se constituía por el plebiscito cotidiano de todos los franceses. Así nació el Estado nacional y soberano”⁵.

⁵ Renán, Ernest. Citado por: Carpizo, Jorge. LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917. UNAM. México. 1980. Pp. 163.



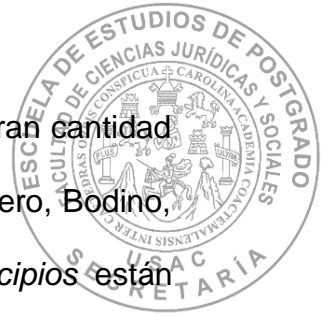
3. BODINO Y LA IDEA DE SOBERANÍA

“La soberanía no se concibió en una doctrina o en una teoría, sino que fue producto de la realidad y, como se ha expresado, la doctrina se puso al servicio de los acontecimientos”⁶. El Estado nacional y soberano tenía existencia real, y entonces se trató de explicar esta nueva forma de organización política, en ese sentido, los hechos precedieron a la teoría.

La primera sistematización del concepto de soberanía se encuentra en *Los seis libros de la república* de Juan Bodino. Este teórico francés estudió la realidad del Estado nacional y soberano e hizo el intento de teorizarla. Bodino plantea esta definición: *República es el gobierno justo de muchas familias y de lo que es común, con suprema autoridad*. En el concepto de *suprema autoridad* formulado por Bodino, se encuentra inserta la idea de *soberanía*.

Se tiene entonces que para Juan Bodino, *soberanía es un poder absoluto y perpetuo*; él entendió por *absoluto* la *potestad de dictar y derogar las leyes*.

⁶ Tena Ramírez, Felipe. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO. Editorial Porrúa. México. 1980. Pp. 5.



La idea de *soberanía* desarrollada por Bodino ha sido objeto de una gran cantidad de críticas, se ha dicho que tal idea es el camino al totalitarismo; empero, Bodino, en su obra *Los seis libros de la república* establece que los *principios* están sujetos a las leyes comunes de todos los pueblos. El príncipe tiene el poder de dictar leyes civiles, nunca las divinas; o sea, la actuación real está limitada por márgenes precisos, los cuales no puede traspasar.

Víctor Flores Olea, refiriéndose al pensamiento de Bodino manifiesta que: “La expresión *legibus solutus* no significa arbitrariedad del soberano, porque *los principios de la tierra están sujetos a las leyes de Dios, de la naturaleza y al derecho de gentes*. Bodino distingue, nítidamente, entre *derecho y ley*, entre *principio y precept*, y *el soberano, a quien le compete dar las leyes a los hombres*, no está sujeto, precisamente, a la ley, aunque sí *al derecho divino, natural y de gentes*”⁷.

Bodino entendía por *perpetuo* el poder irrevocable e ilimitado. Pero este pensamiento no se puede separar del carácter de *absoluto*, ya que si el príncipe viola las leyes que no puede tocar, incurre en el delito de *lesa majestad divina*, y se abren las puertas a un movimiento para destruir al legislador arbitrario.

⁷ Flores Olea, Víctor. ENSAYO SOBRE LA SOBERANÍA DEL ESTADO. UNAM. México. 1969. Pp. 64-65.

“La soberanía es la facultad de dar leyes a todos los ciudadanos, pero nunca recibirlas de estos”⁸.



Bodino afirmó, también, que el príncipe tenía que respetar las leyes comunes a todos los pueblos, es decir, que tenía que respetar el derecho internacional (*Ius Gentium*).

Como consecuencia de la tesis de Bodino surge la pregunta: ¿quién es titular de la soberanía en la idea de Bodino? Esta pregunta ha obtenido diversas respuestas, las cuales han sido objeto de intensos debates. No obstante ello, en Bodino, el término definido es *república*, y esta es el *justo gobierno de muchas familias con suprema autoridad*. ¿En quién deposita Bodino la suprema autoridad?, esta pregunta puede esclarecerse si se afirma que *hay mucha diferencia del Estado al gobierno civil*. Bodino efectivamente distinguió entre Estado y gobierno, entre la estructura y la manera en la cual se manda en esta estructura.

“Se puede concluir que para Bodino el *soberano* es quien efectivamente gobierna, ya sea el príncipe, un grupo o el pueblo. Pero dada la época histórica en que vivió Bodino y el espíritu nacionalista que inundaba a la sociedad francesa, no es de extrañarse que la obra de Bodino va encaminada a la idea de que el soberano

⁸ Heller, Herman. LA SOBERANÍA. UNAM. México. 1965. Pp. 81.

fuera el rey, en el siglo XVI, en Europa, el poder supremo lo poseía el rey, pues se estaba viviendo un régimen absolutista⁹.



4. LA TITULARIDAD DE LA SOBERANÍA

La titularidad de la soberanía ha sido uno de los tópicos sobre los cuales ha debatido la ciencia política y el derecho constitucional. La doctrina se ha pronunciado en las formas más diversas y contradictorias.

Según Carpizo, los siguientes autores se han manifestado sobre la titularidad de la soberanía de la forma siguiente:

- a) Para Grocio, el titular de la soberanía es el derecho natural, el cual no cambia y permanece inmutable.
- b) Para Hobbes, el titular es quien detenta el poder.
- c) Para Hegel, Jellinek, Heller y Flores Olea el titular es el Estado. Aquí la dificultad se encuentra en las diversas e incluso antagónicas acepciones respecto a la noción de Estado que tiene cada uno de esos autores.

⁹ De la Cueva, Mario. TEORÍA GENERAL DEL ESTADO. Edición mimeográfica de sus apuntes de clase. Tomo II. México. 1961. Pp. 409-410.



- d) Para Loyscau la soberanía reside en el territorio.
- e) Para Krabbe, el titular es el orden jurídico.
- f)
- g) Para Rehm, el soberano es el derecho público, y para Haenel es la función suprema de la legislación.
- h) Para Lasing, la soberanía reside en el mundo.
- i) Para Gioberti, José Manuel Estrada y Mauricio Hauriou, la soberanía radica en Dios.
- j) Para Felipe Tena Ramírez la soberanía se encuentra en la Constitución.
- k) Para Rousseau, el pueblo es el soberano.

“El problema de la titularidad de la soberanía es que el sujeto de ella debe ser un sujeto de voluntad real con autoridad para expedir las normas jurídicas sin que nadie le indique cómo debe hacerlo”¹⁰.

En opinión de Carpizo, “las teorías que despersonalizan al titular de la soberanía solo pretenden disimular u ocultar el hecho de que se tiene oprimido al pueblo”¹¹.

¹⁰ Heller, Hermann. *Op cit.* Pp. 145.

¹¹ Carpizo, Jorge. LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917. UNAM. MÉXICO. 1980. Pp. 168.

En apoyo argumentativo a la titularidad de la soberanía en el pueblo, puede decirse que si la soberanía es la facultad de darse un orden jurídico, entonces es necesario que alguien cree ese orden jurídico y ese alguien solo puede ser el pueblo.



Por lo tanto, en una teoría democrática, tal como ha sido enunciada en su esencia, el titular de la soberanía es el pueblo, ya que, es *su esencia misma*, y en este aserto se encuentra el mérito del pensamiento de Juan Jacobo Rousseau.

5. ROUSSEAU Y LA IDEA DE LA VOLUNTAD GENERAL

Según Rousseau, el ser humano vivió una etapa de naturaleza donde fue totalmente libre, por supuesto, esta etapa de *naturaleza* debe entenderse como *hipotética*, para explicar un *comienzo o inicio*. En ese sentido, el pensamiento de Rousseau es una propuesta para regresar al *estado* en que el ser humano es libre.

Rousseau nunca creyó, como Hobbes, en la existencia real y verdadera de *un contrato*, sino que fue la idea explicativa de la necesidad de cierto orden, en el cual no se sacrificara en nada la libertad humana, por esta razón escribió:



“Hay que encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado y por lo cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes”¹².

Esta es la idea central del *Contrato social*: que los hombres se asocien para que hagan su historia y su orden jurídico, que les permita realizar su esencia de igualdad, sin sacrificar ninguna de sus libertades.

Una idea sumamente discutida de Rousseau es la idea de la *voluntad general*: se ha dicho que es la voluntad de todos los asociados. Hay, con frecuencia, bastante diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general; esta no tiene en cuenta sino el interés común; la otra se refiere al interés privado y no es más que una suma de voluntades particulares.

¹² Rousseau, Jean Jacques. EL CONTRATO SOCIAL. Editorial Aguilar. Buenos Aires. 1965. Pp. 64.

La voluntad general es la sociedad, cuya finalidad es que todos los hombres puedan vivir como hombres. De la Cueva afirmó que: “La voluntad general no es más que la suma de todas las voluntades identificadas en la idea de la libertad”¹³.



Según Rousseau: “La soberanía es el ejercicio de la voluntad general, y esta soberanía nunca es enajenable, prescriptible o divisible. De estas características se deducen otras, pero la soberanía no es enajenable porque de serlo se destruiría el cuerpo político, no es divisible porque la voluntad es general y al declararse hace la ley, y no prescribe porque a la libertad se le puede ahogar, pero no suprimir”¹⁴.

Manifiesta Carpizo que: “La soberanía radica *por esencia en el pueblo*, este es el principio y fin de toda organización política. En esta concepción, el pueblo es su propio legislador y juez. El pueblo crea y destruye las leyes, es quien decide y su voluntad convierte las simples conductas en leyes que son las guías de la voluntad creadora”¹⁵.

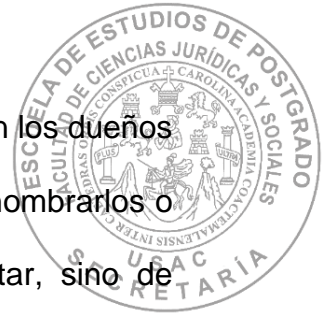
Bajo este orden de ideas y en consecuencia con Rousseau, el pueblo es el amo y señor, los que gobiernan son sus servidores. El acto que instituye el gobierno no

¹³ De la Cueva, Mario. LA IDEA DE LA SOBERANÍA. En: ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE APATZIGÁN. UNAM. México. 1964. Pp. 281.

¹⁴ Rousseau, Jean Jacques. *Op. cit.* Pp. 77.

¹⁵ Carpizo, Jorge. ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. *Op. cit.* Pp. 498.

es un contrato, sino una ley; los depositarios del poder ejecutivo no son los dueños del pueblo, sino sus servidores y, en consecuencia, el pueblo puede nombrarlos o destituirlos cuando le plazca; no es cuestión para ellos de contratar, sino de obedecer, y encargándose de las funciones que el Estado les impone no hacen sino cumplir con su deber de ciudadanos, sin tener en modo alguno el derecho de discutir las condiciones.

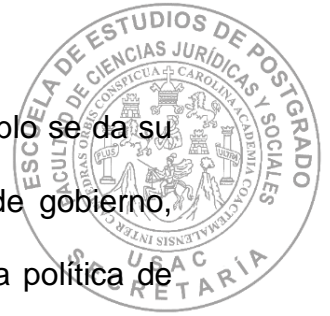


Después de la obra de Rousseau quedó claro que la única forma de gobierno aceptable a la dignidad humana es la democracia: el pueblo soberano, que crea su orden jurídico para realizar la libertad, la igualdad y la justicia. En esta parte, el pensamiento de Rousseau está vigente pues coloca la libertad y la dignidad del hombre como base de toda la estructura política; el pueblo soberano actualizando su libertad y su independencia.

6. SOBERANÍA INTERNA Y SOBERANÍA EXTERNA

La soberanía, en su concepción de una e indivisible, puede ser contemplada desde dos ángulos o aspectos: el interno y el externo; en ese sentido, Rousseau, Hegel y Jellineck se pronunciaron al respecto.

En cuanto al aspecto interno de la soberanía, este implica que el pueblo se da su propio orden jurídico; que los ciudadanos libres deciden su forma de gobierno, eligen y nombran a quienes van a dirigir los órganos de la estructura política de acuerdo con las leyes, que son la expresión de *la voluntad popular*.



Entonces, el aspecto interno de la soberanía consiste en la facultad exclusiva de un pueblo de dictar, aplicar y hacer cumplir las leyes.

El aspecto externo de la soberanía implica la igualdad y la libertad de todos los Estados en el ámbito de la comunidad internacional.

En tal sentido, el aspecto externo de la soberanía significa que un Estado independiente y soberano se presenta en el conjunto de la comunidad internacional de Estados como igual; con los mismos derechos y obligaciones; y en tal calidad de igualdad, entabla relaciones con el resto de Estados. Es el mismo principio que rige la vida interna del Estado, solo que proyectado hacia afuera del mismo.



Tena Ramírez señala que “la noción de supremacía es la nota característica de la soberanía interior; es entonces un superlativo; en cambio, la soberanía exterior es un comparativo de igualdad”¹⁶.

7. LA IDEA DE SOBERANÍA EN LA ESTIMATIVA DE LA TEORÍA DEL ESTADO

La idea de la soberanía ha sido bastante criticada por algunos autores. Al concepto de soberanía le señalan haber propiciado guerras y constituir un serio obstáculo para el desarrollo del derecho y de las relaciones internacionales; especialmente fuertes fueron las críticas después de la Primera Guerra Mundial.

Hugo Preus sostuvo que “la idea del Estado de derecho extirparía y subsistiría no solamente el concepto romántico de la soberanía, sino incluso el término mismo”¹⁷.

El norteamericano James W. Garner, citado por Carpizo, manifiesta: “Aunque atribuyó la soberanía al Estado, decididamente se manifestó en contra de ella, ya que expresó su opinión en el sentido de que el concepto de soberanía es el

¹⁶ Tena Ramírez, Felipe. *Op. cit.* Pp. 6.

¹⁷ Preus, Hugo. Citado por: Heller, Hermann. *Op. cit.* Pp. 93.

obstáculo principal a una organización mundial y una gran traba para mantener la paz y el progreso de los intereses comunes de los Estados”¹⁸.



El teórico griego N. Politis, citado por Carpizo¹⁹ creyó que la idea de la soberanía se encontraba en su etapa de desaparición, virtualmente abolida y que era necesario borrar del lenguaje jurídico esa palabra. Como este autor pensó que la soberanía ya estaba casi abolida, indicó que el Estado estaba cerca de ser una federación para la administración de los servicios públicos. Los pensamientos anteriormente señalados de Politis están atemperados en la parte final de su obra, de donde se deduce que ni Politis está convencido de que la soberanía sea un concepto superado, sino que, según él, se estaba logrando eliminar su carácter peligroso. En esta forma, la doctrina de Politis resulta confusa. Más que párrafos concretos hay que analizar su concepción general: anhela que desaparezca la idea de la soberanía.

El pensamiento de León Duguit lo sintetiza Carpizo diciendo que: “Para él la noción de soberanía es una idea metafísica, totalmente extraña a la realidad y que se halla en camino de desaparecer. Para Duguit el problema se encuentra en que determinados hombres imponen su voluntad por la fuerza a los demás. Afirmó que este problema era irresoluble, puesto que resolverlo equivaldría a admitir que

¹⁸ Garner, W. Citado por: Carpizo, Jorge. LA CONSTITUCIÓN MÉXICANA DE 1917. *Op. cit.* Pp. 182.

¹⁹ Politis, N. Citado por: Carpizo, Jorge. LA CONSTITUCIÓN MÉXICANA DE 1917. *Op. cit.* Pp. 183.

ciertos hombres son por esencia superiores a otros, o bien habría que admitir que el superior es un Dios. Ante su imposibilidad de explicar científicamente la existencia de una voluntad soberana, se pronunció en contra de la soberanía²⁰



En *El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional*, Kelsen manifiesta que: “El mundo llegaría a tener un orden jurídico universal y justo, cuya validez no dependería del reconocimiento de los Estados y para alcanzar lo anterior había que abolir el dogma de la soberanía de cada Estado. La noción de soberanía debía ser radicalmente extirpada y que debía desaparecer del diccionario del derecho internacional”²¹.

Laski externó que no puede existir paz sin una organización internacional que derogue la soberanía de los Estados. Este autor creyó que la idea de la soberanía del Estado pasaría de la misma forma en que pasó el derecho divino de los reyes, ya que el concepto de soberanía solo fue “la espada victoriosa, forjada en uno de lo más terribles conflictos políticos. Hay que reemplazar esta espada por otras armas más nuevas”²².

²⁰ Duguit, León. Citado por: Carpizo, Jorge. LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917. *Op. cit.* Pp. 186.

²¹ Kelsen, Hans. EL PROBLEMA DE LA SOBERANÍA Y LA TEORÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1978. Pp. 149.

²² Laski, Harold J. EL PROBLEMA DE LA SOBERANÍA. Editorial Dévalo. Buenos Aires. 1960. Pp. 132.

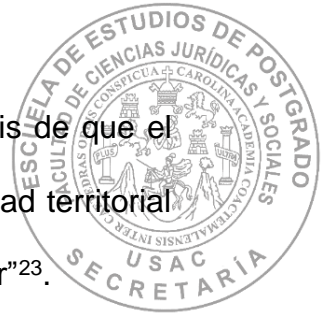


8. HELLER Y LA DEFENSA DE LA SOBERANÍA

Dentro del anterior panorama surge el pensamiento de Hermann Heller, cuya idea central es que no existe contradicción entre los conceptos de soberanía y derecho internacional, ya que el Estado soberano es presupuesto para la existencia del segundo.

Heller afirma que:

“La concepción del derecho internacional que no tome como punto de partida la existencia de una pluralidad de unidades de voluntad soberanas, está de antemano y necesariamente destinada al fracaso. El derecho internacional existe únicamente en la medida en que por lo menos están presentes dos unidades territoriales decisorias universales y efectivas. Desde este punto de vista, la idea del Estado soberano es un presupuesto necesario del pensamiento internacional; por el contrario, la idea del derecho internacional no es presupuesto indispensable para el pensamiento estatal. (...) La *civitas maxima* o el Estado que pudiera aislarse dentro de la muralla china, serían unidades decisorias soberanas y existirían sin necesidad de la existencia o vigencia de un derecho internacional; en cambio, un derecho internacional sin Estados soberanos es impensable. Una unidad decisoria planetaria, universal y efectiva, transformaría al derecho internacional en derecho estatal y sería soberana en el más eminente sentido de



la palabra. Adoptamos como principio de nuestra investigación la tesis de que el Estado es soberano; esta fórmula significa que el Estado es una unidad territorial decisoria universal y efectiva, tanto en su interior como hacia el exterior”²³.

Bajo esta concepción, soberano es quien tiene el poder necesario para asegurar el derecho, pero el derecho no es soberano porque necesita del legislador para su misma existencia o positividad y porque *necesita también de un sostén para su garantía total*.

La propia Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso ruso-finlandés de Carelia declaró que *el principio que se encuentra en la base misma del derecho internacional es el de la independencia de los Estados*.

La conclusión de Heller se encuentra en que: “Mientras no exista un Estado mundial como unidad territorial universal de la decisión, de acción, es decir, un Estado mundial soberano, la soberanía de cada Estado particular debe ser *legibus soluta potestas*”²⁴.

²³ Heller, Hermann. *Op. cit.* Pp. 225.

²⁴ *Ibidem.* Pp. 304.



De tal forma, las características de *nacional* y *soberano* aún siguen conformando al Estado de nuestros días y continuarán constituyendo sus elementos esenciales mientras no se modifiquen las actuales estructuras de la organización política de los Estados.

9. LA SOBERANÍA Y EL DERECHO INTERNACIONAL

Tópico aparentemente difícil es la concordancia entre los conceptos de soberanía y derecho internacional, pero realmente no hay tal dificultad si se tiene presente que la idea de *soberanía* no implica arbitrariedad ni es sinónimo de absolutismo.

César Sepúlveda sostiene que el derecho internacional es un orden jurídico de entes soberanos a los que obliga, y que la soberanía del Estado consiste en la “capacidad de crear y de actualizar el derecho, tanto el interno como el internacional, pero obligación de actuar conforme al derecho y responsabilidad por esa conducta”²⁵.

²⁵ Sepúlveda, César. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Porrúa. México. 1964. Pp. 82.

El Estado soberano coexiste con otros Estados soberanos y ninguno puede tener supremacía sobre los otros, pero ellos están dispuestos a reconocer la soberanía de los otros sobre el supuesto de una cierta reciprocidad, y de aquí nacen los *principios fundamentales* que explican la convivencia de Estados independientes y soberanos.



Schwarzenberger, describe esos principios fundamentales:

1. “Aun sin su consentimiento, los sujetos del derecho internacional están obligados por las normas del derecho de gentes consuetudinario que les resulten aplicables y por los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.
2. Pueden imponerse a un sujeto del orden legal internacional obligaciones internacionales adicionales solo con su consentimiento.
3. El ejercicio de la jurisdicción territorial es exclusivo para cada Estado, a menos de que estuviere limitado o exceptuado por normas de derecho internacional.
4. En ciertos y especiales casos, los sujetos de derecho internacional pueden *pretender* jurisdicción sobre cosas y personas fuera de su jurisdicción territorial.



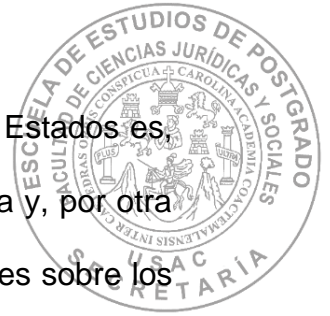
5. A menos que existan reglas que le permitan la intervención de un sujeto de derecho internacional en la esfera de la exclusiva jurisdicción doméstica de otro sujeto, constituye una ruptura del orden jurídico internacional”²⁶.

Del pensamiento de Sepúlveda y de Schwarzenberg, puede inferirse que no existe contradicción ni antagonismo entre el Estado soberano y el derecho internacional, y la base de este último es la existencia de Estados soberanos que al no vivir aislados entran en relación sobre la base de ciertos principios como *el de reciprocidad*.

Flores Olea manifiesta que: “La condición misma de la existencia del derecho internacional es la presencia de unidades de voluntad soberanas. Así, el derecho internacional es la manifestación de una pluralidad de voluntades unitarias y soberanas. En las relaciones internacionales, la soberanía del Estado se presenta como la independencia del mismo, para tomar todas las decisiones sobre su orden jurídico e incluso para cambiarlo totalmente sin la intervención de ningún otro ente soberano”²⁷.

²⁶ Schwarzenberger, Georg. MANUAL DE DERECHO INTERNACIONAL. Citado por: Sepúlveda, César. *Op. cit.* Pp. 82-83.

²⁷ Flores Olea, Víctor. *Op. cit.* Pp. 120.



Deni Tourent afirma que: “El principio de la igualdad soberana de los Estados es, por una parte, una norma a la cual no se le permite derogación alguna y, por otra parte, constituye la idea más importante de los principios fundamentales sobre los cuales se construye el derecho internacional”²⁸.

Carrillo Salcedo sostiene que: “El Estado soberano expresa una *realidad básica* del orden internacional, ya que cada Estado es a la vez sujeto del derecho internacional y órgano mismo, así como intérprete, razonable y de buena fe, del alcance de sus obligaciones jurídicas. Desde luego, la soberanía no es concebible como poder arbitrario no sujeto a norma jurídica alguna”²⁹.

El Estado no tiene sobre sí ninguna otra autoridad salvo la del derecho internacional; existe igualdad soberana entre los Estados y ninguno debe tratar de intervenir en los asuntos internos del otro. El Estado soberano continúa siendo *una pieza esencial en la organización social y política de la humanidad* y del derecho internacional.

²⁸ Tourent, Deni. Citado por: Gómez-Robledo. Alonso. SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA PERMANENTE SOBRE LOS RECURSOS NATURALES. En: LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS SOBRE SUS RECURSOS NATURALES. UNAM. México. 1980. Pp. 50.

²⁹ Carrillo Salcedo, Juan Antonio. SOBERANÍA DEL ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL. Editorial Tecnos. Madrid. 1969. Pp. 30.

Sin derecho internacional no existe respeto para la soberanía de los Estados, por lo cual debe entenderse que la expresión que los Estados están sometidos al derecho internacional está ligada estrechamente al principio de la igualdad soberana de los Estados.



Por todo lo anterior, Carrillo Salcedo concluye diciendo que: “La soberanía del Estado no es, pues, un principio destructor del derecho internacional, sino el punto de partida en la comprensión de este peculiar ordenamiento jurídico. Simboliza la relevancia de la voluntad y del consentimiento del Estado en el proceso de creación, desarrollo progresivo y aplicación del derecho internacional”³⁰.

Del análisis del pensamiento de los autores citados, puede concluirse que no existe antagonismo entre los conceptos de Estado soberano y derecho internacional, ya que la base y punto de partida del segundo es precisamente el Estado soberano.

³⁰ *Ibidem*. Pp. 58.



10. VALORACIÓN DEL CONCEPTO DE SOBERANÍA

A continuación se realiza un comentario breve a manera de síntesis, sobre la idea crítica del concepto de *soberanía*. La idea de la soberanía no nació de una teoría, sino de la realidad; nació como la potestad última de acción y decisión sobre el orden jurídico; como la facultad de promulgar y derogar las leyes sin la intervención de ningún agente externo al Estado. Soberanía es entonces, en ese sentido, sinónimo de libertad, independencia, poder constituyente del pueblo, autodeterminación y del principio de no intervención.

La titularidad de la soberanía se le ha atribuido al pueblo, bajo la idea de democracia, porque es reflejo de la realidad política. En la teoría, el pueblo construye su Estado y su orden jurídico como instrumentos a su servicio, como auxiliares en su finalidad de vivir con libertad, dignidad y justicia.

Como correlato objetivo de la idea de soberanía, entonces, tratar de despersonalizar el concepto de soberanía es negar la realidad y tratar de ocultar alguna forma de dominación y de fuerza. Un sistema democrático es solo aquel en el cual el poder viene del pueblo, que decide sus estructuras; la soberanía solo puede estar en la voluntad decisoria del pueblo. La soberanía es sinónimo de libertad.



La idea de soberanía no debe identificarse como *arbitrariedad*, sino que se encuentra limitada por sus principios mismos; que es *indivisible*, que es *inalienable*, que es *imprescriptible* y porque persigue asegurar su propia libertad y dignidad. De esa forma, no es concebible que la noción de soberanía pueda prestarse a la violación de los derechos fundamentales o al desconocimiento de que los gobernantes son solo los representantes de la voluntad del pueblo. De esta forma, la misma idea de soberanía contiene sus propios límites para no autodestruirse y poder libremente decidir su Estado y su orden jurídico que son instrumentos a su servicio para poder vivir con libertad y con justicia.

El pueblo es una comunidad política soberana que construye su Estado, el cual convive con otros Estados. De aquí que la idea de que la soberanía, única e indivisible, tenga un aspecto interno: la decisión de sus normas y un aspecto externo: la igualdad con los otros Estados soberanos. El aspecto externo de la soberanía es la independencia, la igualdad y la autodeterminación de los Estados en el conjunto de Estados regido por el derecho internacional.

Las ideas de soberanía y derecho internacional no son antagónicas, sino complementarias. El Estado soberano no subsiste solo, por lo tanto, se necesitan ciertas reglas para normar las relaciones entre los Estados soberanos. La base misma del derecho internacional es la idea de los Estados soberanos, si estos no existieran, entonces el derecho internacional sería superfluo.



Si la noción de soberanía no significa arbitrariedad, el Estado soberano tiene que respetar ciertas reglas de convivencia para con los otros Estados; debe respetar la soberanía de los otros Estados. En la misma forma en que un hombre libre no debe imponer su voluntad a otro, un Estado no debe intervenir en los asuntos internos de otro.

En opinión de Carpizo: “La idea de la *voluntad general* de Rousseau se puede aplicar al derecho internacional: que los Estados soberanos en sus relaciones lleven como principio el respeto a la soberanía de los otros y que la fuerza común de todos impida que alguno trate de impedir a otro el ejercicio libre de la soberanía. En efecto, en el derecho internacional se encuentra la mejor garantía a la soberanía de cada Estado: en la realización de la igualdad de cada Estado se encuentra el fundamento de su independencia y su autodeterminación. Todo Estado está obligado a respetar estos principios, está identificado con su soberanía que no es arbitrariedad y se encuentra vinculado al derecho internacional”³¹.

³¹ Carpizo, Jorge. ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. *Op. cit.* Pp. 504.



En esta forma, soberanía y derecho internacional son términos correspondientes. En consecuencia, el titular de la soberanía en el derecho internacional solo puede ser también el pueblo, que es la realidad, solo que se suele hablar de Estados soberanos, pero en esta alocución se está identificando Estado y pueblo, entendido este último como comunidad política. En el derecho internacional no se puede despersonalizar el concepto de soberanía sin exponerse a confusiones, como la de atribuirle la causa de las guerras al concepto de soberanía.

El concepto de Estado soberano es el requisito *sine qua non* de las organizaciones políticas actuales y la base del derecho internacional. Esto podrá cambiar quizá algún día si la instancia última de decisión se desplaza del Estado soberano a una instancia mundial de decisión y acción, entonces habrán fenecido el Estado soberano y el derecho internacional para dar lugar a una nueva organización política: todo el derecho del mundo será decidido en una única y última instancia, pero mientras ello no acontezca, si es que algún día llega a pasar, cada Estado es *legibus soluta potestas*. El Estado soberano es su última instancia de decisión y ello es la base del derecho internacional, y esos conceptos no implican ninguna noción de arbitrariedad.

Ahora bien, la idea de soberanía no es solo un concepto político y jurídico, sino también, e igualmente importante, de índole económica y cultural. Soberanía *política* es la facultad de autodeterminación, de independencia y de igualdad de los Estados. Soberanía *jurídica* es la creación de una Constitución y de todas las normas que derivan de ella. Soberanía *económica* es la atribución de determinar un sistema económico y de disponer de sus recursos naturales. Soberanía *cultural* es la preservación del modo de ser y de pensar de la comunidad política. Queda claro que la soberanía es completamente antagónica a cualquier forma o modalidad de imperialismo o colonialismo. Soberanía es libertad interna y externa del pueblo constituido en Estado.

La soberanía es el concepto que constituye la defensa de los Estados pequeños y débiles frente a los Estados grandes y fuertes. La soberanía es el escudo de los Estados débiles frente a los Estados que representan superpotencias y potencias que desean dominar e imponerse en el mundo. La soberanía no debería admitir condiciones, tutelajes, ni limitaciones; debería ser la defensa emanada del derecho y la razón contra la fuerza o presión ejercida a veces por los Estados poderosos sobre los débiles.

11. LA IDEA DE SOBERANÍA EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO



El neoconstitucionalismo es una de las corrientes ideológicas que se oponen a las características clásicas de la soberanía, pretendiendo que el concepto ha evolucionado y que ya no puede considerarse a la soberanía en su aspecto absoluto, sino parcial. A continuación examinaremos las razones expuestas por el neoconstitucionalismo en favor de la relativización y parcialidad de la idea de soberanía.

Según el neoconstitucionalismo, “la soberanía constituye uno de los conceptos más complejos de la teoría del Estado y la Constitución, dado que en su contenido se mezclan aspectos morales, legales y políticos. Por ello, la idea de soberanía se manifiesta de formas muy diversas: como aspiración, como ideología, como mito, incluso como una pura ficción”³².

Sea cual fuere su naturaleza real, lo cierto es que, desde el punto de vista formal, la concepción clásica de la soberanía se ha definido por tres grandes características: *a)* poder supremo, por encima de cualquier otro poder (religioso, económico, etcétera); *b)* poder originario no derivado de ningún otro, en la medida

³² Jáuregui, Gurutz. ESTADO, SOBERANÍA Y CONSTITUCIÓN: ALGUNOS RETOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ANTE EL SIGLO XXI. En: Revista de Derecho Político. No. 44. España. 1998. Pp. 47.



en que le ha sido otorgado por el pueblo, y c) poder independiente de cualquier otro. A partir de esos parámetros, la soberanía ha actuado como un factor de identidad fundamental del orden político clásico basado en la división del mundo en Estados nacionales independientes.

Según el neoconstitucionalismo, es evidente que el proceso de transnacionalización ya aludido ha abierto profundas brechas en esa concepción formal clásica de la soberanía, entendida como poder supremo, originario e independiente. Entre tales brechas cabe destacar la existente entre el ámbito formal (estatal-nacional) de la autoridad política y el sistema económico de producción, distribución y cambio estructurado a niveles no solo estatales, sino también globales y regionales. O también la brecha entre la idea del Estado como actor independiente y el cada vez más amplio arraigo de organizaciones e instituciones internacionales o, en su caso, transnacionales.

Asimismo, la brecha abierta entre la pertenencia a una comunidad política nacional manifestada en una ciudadanía, una titularidad de derechos, etcétera, y el desarrollo de un derecho internacional, transnacional, por un lado, y un derecho regional, por el otro. Tales órdenes jurídicos se aplican a sujetos individuales, organizaciones no gubernamentales y gobiernos e, incluso, a un número cada vez más amplio de organizaciones intergubernamentales especializadas en materias muy concretas (servicios postales, transportes, ferrocarriles, tráfico aéreo o

marítimo, radiodifusión, etcétera) dando así lugar a nuevos sistemas de regulación.



A la vista de estos datos, según el constitucionalismo, resulta difícilmente sostenible la defensa del principio de la soberanía; al menos, en el sentido en que se ha entendido hasta ahora. En un mundo tan multilateralizado, ¿es posible mantener la idea de que los únicos depositarios de la autoridad soberana son los Estados?, ¿puede seguir hablándose todavía de soberanías indivisibles?, ¿a qué otras instituciones hay que otorgarles, además o en lugar del Estado, el depósito de la soberanía?, ¿qué tipo de soberanía a unos y otros? Llegando más allá, ¿tiene sentido en el mundo actual mantener el propio concepto de soberanía? Son preguntas muy complejas a las que no es posible dar respuesta pacífica, ni tan siquiera de manera especulativa.

Como recuerda F. Rubio Llorente, “la noción de soberanía no es un concepto sociológico, sino una categoría normativa”³³. Es cierto que la soberanía hace referencia, en palabras de Kelsen, a la “cualidad de un orden normativo”³⁴, pero no lo es menos que los cambios en la estructura del poder condicionan y limitan, y lo

³³ Rubio Llorente, Francisco. EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS ESTADOS INTEGRADOS DE EUROPA. Revista Española de Derecho Constitucional. No. 48. España. 1996. Pp. 19.

³⁴ Kelsen, Hans. PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 1965. Pp. 376.



harán mucho más en el futuro, tanto el contenido como la propia naturaleza de la soberanía.

Este condicionamiento y limitación afecta, además, al doble ámbito en el que se expresa o manifiesta tal principio: el del poder constituido y el del propio poder constituyente. Por ejemplo, “la progresiva integración europea no solo produce desplazamiento en el ordenamiento constitucional, sino que, en la medida en que se da una renuncia estatal a su exclusividad soberanía, la Constitución pierde una parte de su entidad original”³⁵.

En relación con la naturaleza de tales cambios con el poder constituido, son varias las importantes consecuencias derivadas del proceso de internacionalización, y particularmente en el caso de Europa, de *europaización*, en el ámbito del poder de los Estados. Son numerosas y muy importantes las materias ya transferidas por parte de los Estados en favor de la Unión Europea.

La sola transferencia de tales materias ha provocado ya una alteración y limitación importante del poder soberano de los Estados, los cuales, en gráfica expresión de Javier Pérez Royo, “han pasado de mantener una soberanía limitable a ejercer

³⁵ Hesse, Konrad. CONSTITUCIÓN Y DERECHO. En: MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Marcial Pons. Argentina. 1996. Pp. 14.



una soberanía realmente limitada”³⁶. El contenido de los tratados constitutivos europeos permite comprobar que las materias transferidas hasta el momento constituyen tan solo una parte de los asuntos susceptibles de ser asumidos por la Unión Europea en un futuro próximo.

Así, en opinión de Jáuregui: “La Unión Europea puede asumir numerosas competencias en materias tan importantes como, por ejemplo, enseñanza (artículo 126 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea), cultura (artículo 128 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea), política sanitaria (artículo 129 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea), política social, política industrial, etcétera”³⁷.

Sin embargo, el proceso de internacionalización no solo está incidiendo en la distribución material de las diversas esferas de poder, sino que también ha comenzado a afectar, y de forma sustancial, al ámbito de los derechos y libertades. La doble condición que juegan los tratados internacionales de derechos humanos, de instrumento de interpretación y garantía de los derechos fundamentales, convierte a estos y a otros preceptos similares de las diversas Constituciones en un elemento de integración de primera magnitud en orden a la consecución de un espacio común de derechos y libertades.

³⁶ Pérez Royo, Javier. LAS FUENTES DE DERECHO. Editorial Tecnos. Madrid. 1988. Pp. 148.

³⁷ Jáuregui, Gurutz. *Op. cit.* Pp. 52.

En segundo lugar, se encuentra la importante labor integradora de ciertos órganos creados al amparo de tratados suscritos en las diversas regiones de protección. Entre tales órganos cabe mencionar la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete de la Convención Americana, que ha permitido que su abundante y rica jurisprudencia sea frecuentemente invocada y utilizada de hecho en el ámbito interno por los tribunales locales, incluyendo los Tribunales Constitucionales.

Asimismo, conviene mencionar, en el ámbito específico de la Unión Europea, el creciente protagonismo adquirido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea no ya en las materias estrictamente comunitarias, sino, en la progresiva protección de los derechos fundamentales. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea viene manteniendo, sobre todo, a partir de la sentencia *Stauder/ulm* (12 de noviembre de 1969), la tesis de que los derechos fundamentales, patrimonio jurídico de todos los Estados Miembros, forman parte del ordenamiento jurídico comunitario como principios generales que deben respetarse.



“Este conjunto de antecedentes no hace sino confirmar la idea de una progresiva uniformización del valor de los derechos fundamentales en todo el ámbito jurídico de las Américas y de la Europa comunitaria, tanto en el nivel de las instituciones como de los propios Estados”³⁸.

La realidad está exigiendo ya una aplicación en muchas regiones, de ciertos derechos, tales como inmigración, asilo, libre circulación, etcétera. Vemos, a modo de ejemplo, el problema causado por las grandes migraciones que aqueja a varios países en este momento.

Los derechos fundamentales afectados por ese fenómeno (libre circulación, asilo, ciudadanía, etcétera) solo pueden ser satisfechos mediante una acción política y mediante una normativa jurídica, de carácter internacional o comunitario. En opinión de las corrientes neoconstitucionalistas, resulta materialmente imposible el mantenimiento de una autonomía constitucional por parte de los Estados en este tipo de asuntos.

Esa progresiva regulación de los derechos fundamentales por parte de los sistemas internacionales de protección y otras organizaciones internacionales viene determinada no solo por la necesidad de universalizar esos derechos, sino

³⁸ *Ibidem*. Pp. 62.

también por la exigencia de otorgarles un contenido radicalmente distinto del hasta ahora vigente. Basta con lanzar una mirada a un derecho, y al mismo tiempo un concepto, tan fundamental para el derecho clásico, como es el de la ciudadanía, para cerciorarse de ello.



Tradicionalmente, los conceptos de ciudadanía y nacionalidad han ido unidos en el marco de los Estados nacionales. En el derecho clásico, la condición de ciudadano de un Estado ha venido directamente ligada a la posesión de su nacionalidad. En el actual mundo de la complejidad, según el neoconstitucionalismo, ya no es posible mantener esta ligazón, salvo que quiera mantenerse lo que Ferrajoli calificaba como “la mayor antinomia que aflige a los derechos fundamentales, a saber, la dicotomía entre derechos humanos y derechos fundamentales a partir de la categoría de ciudadanía”³⁹.

El mantenimiento del concepto clásico de ciudadanía bien en el nivel de cada Estado o bien en el nivel europeo, supone, como bien señala E. Balibar, “la necesidad de *formular una regla de exclusión* que esté fundada por derecho y por principio”⁴⁰.

³⁹ Ferrajoli, Luigi. DERECHO Y RAZÓN: TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL. Editorial Trotta. España. 2011. Pp. 950.

⁴⁰ Balibar, Etienne. ¿ES POSIBLE UNA CIUDADANÍA EUROPEA? En: Revista de Filosofía Política. N.º 4. Madrid. 1994. Pp. 27.



Por ello resulta imprescindible establecer un concepto de ciudadanía totalmente diferente y nuevo, un concepto que permita compatibilizar la titularidad y el ejercicio simultáneo de varias y diversas ciudadanías por parte de una misma persona. Pero, para que ello suceda, es necesario modificar de forma profunda muchos de los esquemas constitucionales clásicos e, incluso, la noción misma de orden constitucional.

La era de la globalización mundial está provocando no solo el fenómeno de la transnacionalización económica, política, etcétera, sino también el de la propia transnacionalización humana a través de los flujos migratorios. En tal sentido, la idea de los Estados contemporáneos asentados en sociedades perfectamente homogéneas se ha convertido en una mera ficción. Las sociedades actuales constituyen, de hecho, un complejo abigarrado humano donde pugnan por convivir razas, religiones, lenguas, culturas, costumbres y tradiciones jurídicas extraordinariamente variadas.

Estos cambios no solo están afectando al ámbito político-institucional, sino a todos los ámbitos: social, cultural, familiar, etcétera, de la vida del ser humano considerado tanto individual como colectivamente. Nos enfrentamos ante una profunda crisis de modelo estatal, tal como ha sido concebido hasta ahora. Junto a los conceptos de etnia, nacionalidad, ciudadanía, etcétera, cada vez nos resultan

más comunes conceptos y realidades nuevas tales como integración, asimilación, sincretismo, pluralismo, intercambio cultural, aculturación, entre otros.



“Dada la estrecha conexión existente entre los conceptos de ciudadanía y nacionalidad, la existencia de cualquier identidad cultural diferente ha supuesto siempre un obstáculo, un cuerpo extraño, en el Estado nacional. Sin embargo, a partir de ahora, la diversidad de identidades culturales va a convertirse en una condición indispensable para el desarrollo e institucionalización de la integración en distintos sentidos, que hace a los Estados enfrentar un espacio económico, político y cultural nuevo y cada vez más vasto. Mantener y reforzar las identidades preexistentes ya no va a ser un obstáculo, sino una condición para la aceptación del nuevo espacio político”⁴¹.

Vistas algunas de las consecuencias de la integración económica, cultural, religiosa, etc., sobre la capacidad de actuación del Estado, sobre el poder constituido, conviene preguntarse ahora sobre los posibles efectos de tal integración sobre el propio poder constituyente.

El actual proceso de integración en diversas regiones del mundo no ha logrado anular, todavía, la validez de la Constitución como norma creadora o constituyente del Estado. Es de todos sabido que la legitimidad de los tratados internacionales

⁴¹ Habermas, Jürgen. MÁS ALLÁ DEL ESTADO NACIONAL. Editorial Trotta. Madrid. 1997. Pp. 180.



emana o se deriva de las Constituciones de los Estados Miembros. Por lo tanto, “mientras no se dé una Constitución regional o comunitaria, la soberanía seguirá radicando en las Constituciones de los diversos Estados”⁴².

Sin embargo, la Unión Europea está configurándose de forma cada vez más decisiva como una unidad efectiva desde el punto de vista político y económico, aunque no se halle regida por una Constitución común. Quiérase o no, la Unión Europea comienza a verse desde fuera como una unidad con la que se cuenta, y a la que se llama a concurrir en los escenarios políticos mundiales. “De esta forma acrecienta su competencia no ya por la autorización de los Estados Miembros, sino por razón de una situación política que le obliga a ejercerla”⁴³.

Por eso, la relación entre orden constitucional e integración deviene de la cuestión decisiva de la situación constitucional en los próximos años. El Estado no puede llevar a cabo, por más tiempo, con plena autonomía, algunas de las funciones clásicas que a él se le asignaban. Ello trae como consecuencia la necesidad de dejar de actuar como una entidad independiente, autoconstituida, para integrarse en una colectividad más amplia, bajo una Constitución común, que comprenda a varios Estados.

⁴² Balibar, Etienne. *Op. cit.* Pp. 28.

⁴³ Von Simon, W. & SchwarzE, J. INTEGRACIÓN EUROPEA Y LEY FUNDAMENTAL. En: MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL. *Op. cit.*, p. 20.



Basta con analizar las últimas modificaciones constitucionales operadas en algunos de los Estados Miembros de la Unión Europea para comprobar la progresiva integración constitucional de los mismos en el seno de la Unión.

Tal como señala F. Rubio Llorente: “El proceso de integración se apoyó inicialmente en cláusulas genéricas que habilitaban a los Estados para concertar limitaciones de soberanía. Esta técnica de habilitación genérica comienza a ser abandonada para ser sustituida por otras que articulan de manera distinta y más fuerte la vinculación del respectivo Estado con la comunidad, las cuales estén provocando una *nacionalización* del Derecho comunitario. Es cierto que esta intensificación del proceso de integración se debate entre dos lógicas distintas: la lógica de la integración, que supondría la prevalencia del derecho europeo sobre los derechos nacionales, y la lógica de la soberanía que fundamentaría en cada Constitución nacional el poder de los órganos y la validez del derecho”⁴⁴.

Todo parece apuntar, manifiestan los neoconstitucionalistas, salvo acontecimientos imprevisibles, a una prevalencia de la lógica de la integración sobre la lógica de la soberanía, y ello por varias razones.

⁴⁴ Rubio Llorente, Francisco. *Op. cit.* Pp. 21.



La primera razón la constituye el manifiesto desequilibrio existente entre el grado de transnacionalización económico-social, e incluso política, y la permanencia de una vieja estructura jurídico-institucional. Tal como ha señalado Habermas: “En el momento actual existe un riesgo real de capitulación del Estado de derecho ante la complejidad social”⁴⁵.

Los Estados y las instituciones internacionales cada vez van a tener más problemas para mantener su legitimidad, si no son capaces de mantener una cierta autonomía respecto a las fuerzas surgidas o, en su caso, protagonistas de la globalización, a la hora de atender a los que vienen planteándose. En la conciencia de los ciudadanos europeos, cada vez viene arraigando con más fuerza la idea o el sentimiento de que tratados como el de Maastricht, o más recientemente el de Ámsterdam, constituyen más un acto de despotismo ilustrado que una decisión democrática.

Por ello, y al menos en lo que a la Unión Europea se refiere, tanto los cambios ya realizados como los que vayan a producirse en un futuro inmediato harán imprescindible, en no poco tiempo, la necesidad de una Constitución europea común.

⁴⁵ Habermas, Jürgen. *Op. cit.* Pp. 146.



Una segunda razón viene determinada por el progresivo desequilibrio manifestado entre las atribuciones formales otorgadas a los Estados por sus respectivas Constituciones y la cada vez mayor limitación de sus competencias reales por parte de las organizaciones supraestatales y, particularmente, en regiones en las que la integración tiene un alto grado de desarrollo como la Unión Europea.

“La superación de este desequilibrio implica la necesidad de construir un mito-sentimiento europeo junto al mito-sentimiento constitucional de los Estados. La Unión Europea aparece hasta el momento como una formación racional, que no está por ahora en condiciones de apelar a un consenso de sentimientos que excluya la controversia”⁴⁶.

Sin embargo, la sedimentación de ese sentimiento europeo va a resultar totalmente imprescindible en el futuro. La que mantiene unido un Estado abarca no solo el proyecto común, lo conscientemente decidido, tal como lo encontramos en una Constitución, sino la existencia de certezas indefinidas, del espíritu, que traen causa de la historia común y de la experiencia interior. Pues bien, de la misma forma en que cabe hablar de un mito del Estado, de un sentimiento constitucional, lo mismo cabe decir de la necesidad de un mito o un sentimiento europeo.

⁴⁶ Von Simon, W. & SchwarzE, J. *Op. cit.* Pp. 25.

Un sentimiento europeo que se forjará necesariamente en la diversidad social, cultural, lingüística, etcétera, dado que la identidad no puede tener el mismo *status* en una sociedad estatal-nacional cerrada que en una sociedad europea abierta.



Se han analizado dos concepciones de la soberanía, la del *Estado nacional soberano* y la del *neoconstitucionalismo*. La primera afirma las características clásicas de la soberanía, la segunda las contradice. ¿Cuál de las dos tiene razón?

En principio, y por una razón meramente lógica, no cabe hablar de *soberanía relativa*, pues no es posible que la soberanía sea tal para algunos actos y no lo sea para otros. Es decir, no es posible que un Estado sea soberano hoy, mañana no lo sea y pasado mañana lo vuelva a ser. Además, no existen al día de hoy, Estados no soberanos.

Por otro lado, la soberanía es una *conditio sine qua non* para la existencia del derecho internacional, sin soberanía no puede haber ni derecho internacional ni derecho comunitario, porque para constituir cualquier instrumento normativo, sea internacional o comunitario, los Estados deben actuar en ejercicio de su soberanía, lo que da por tierra con la pretensión neoconstitucionalista de relativizar la soberanía.

Por último, resulta paradójico que la denominada *Constitución europea*, (que no es tal, porque su naturaleza jurídica es la de un tratado), haya sido rechazada vía *referéndum* por los dos Estados en cuyo seno se inventó el constitucionalismo: Francia e Inglaterra, cuyos ciudadanos dijeron rotundamente “no” a una Constitución que atentaba contra su soberanía.

A manera de conclusión, puede afirmarse que la relativización del concepto de soberanía no está basada en una concepción jurídica sino en concepciones puramente fácticas basadas en restricciones o limitaciones que la soberanía ha sufrido debido a decisiones políticas o de presiones internacionales, sin que esto menoscabe jurídicamente su significación original.





CAPÍTULO II

PODER CONSTITUYENTE Y SOBERANÍA

En este capítulo se pretende analizar la relación entre poder constituyente y soberanía, y plantear algunos de los problemas contingentes que se infieren de tal relación; sobre todo el cuestionamiento de si el poder constituyente es efectivamente soberano en el sentido absoluto y si pudiese existir algún control constitucional sobre sus funciones.

1. TIPOLOGÍA DEL PODER CONSTITUYENTE

El establecimiento de una Constitución formal es un acto jurídico-político complejo, por el cual un texto constitucional es sancionado y promulgado, esto es, elaborado, aprobado, como Constitución formal, publicado y puesto en vigor.

“El establecimiento de la Constitución formal es realizado por quien ejerce el *poder constituyente*”⁴⁷.

⁴⁷ Alexy, Robert. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. Pp. 101.



“La expresión *poder constituyente* alude tanto a la facultad o aptitud jurídico-política para establecer una Constitución (*poder-función*), como al órgano que ejerce esa facultad (*poder-persona*)”⁴⁸.

Por eso, en la práctica, se habla tanto de *tener* poder constituyente, como *ser* poder constituyente. Así, por ejemplo, de una convención o asamblea puede afirmarse que *ejerce* el poder constituyente, como que ella misma es el poder constituyente.

Es tradicional clasificar al poder constituyente en dos categorías: a) interno y externo, y b) originario y derivado.

2. PODER CONSTITUYENTE INTERNO Y EXTERNO

Normalmente el poder constituyente es aplicado por autoridades del propio Estado que se dicta su Constitución. Se trata, entonces, de un *poder constituyente interno*.

⁴⁸ Burdeau, Georges. MÉTODO DE LA CIENCIA POLÍTICA. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1964. Pp. 187.



No obstante, de vez en cuando las autoridades de un Estado extranjero, o de un organismo internacional, influyen en el proceso de elaboración de la Constitución de un Estado concreto. Esa interferencia, cuando ocurre, se ejerce comúnmente de hecho, pero en otros supuestos está contemplada por normas jurídicas.

Por ejemplo, el Tratado Internacional sobre el Restablecimiento de una Austria Independiente, celebrado en 1955, entre las potencias aliadas en la Segunda Guerra Mundial (Unión Soviética, Reino Unido, Estados Unidos de América y Francia) y Austria, “tiene cláusulas con *significación virtualmente constitucional* para esta última nación (neutralidad permanente, prohibición de anexarse a Alemania)”⁴⁹.

Otro caso digno de interés son las Constituciones de diversas excolonias británicas, dictadas por el Parlamento británico (Canadá en 1867, Australia en 1901, Unión Sudafricana en 1909) o por actos gubernativos (*Orders in Council*, referentes, por ejemplo, a Nigeria en 1946 y Jamaica en 1962).

⁴⁹ Daranas Peláez, Mariano. LAS CONSTITUCIONES EUROPEAS. Editorial Nacional. Madrid. Tomo I. 1979. Pp. 341.



Esto ha permitido a De Vergottini diferenciar las Constituciones *en dadas* (provenientes del poder constituyente *externo*), y *autóctonas* (las elaboradas por los poderes locales). De todos modos, puede ocurrir que una Constitución *dada* sea después retocada o sustituida por un poder constituyente *autóctono*, como ha ocurrido recientemente en Sudáfrica. El caso de la Constitución japonesa de 1947 es el de una *Constitución impuesta* (pero de hecho), en el sentido de que su borrador habría sido escrito por los asesores del Comando Supremo de las Fuerzas Aliadas de Ocupación en el Japón”⁵⁰.

Interesa apuntar que el condicionamiento del poder constituyente *interno* al *externo* ha sido muy evidente en varios casos del siglo XX.

“La Constitución irlandesa de 1921, por ejemplo, fue sancionada por el Parlamento irlandés en calidad de asamblea constituyente. El documento respectivo, sin embargo, aclara que dicha Constitución estará subordinada a lo que disponga el Convenio celebrado con la Gran Bretaña e Irlanda, que figura como segundo anexo a la presente ley y que recibe por ello fuerza de ley. En caso de incompatibilidad de una disposición de la Constitución, de una enmienda a la Constitución o de una ley dictada para su ejecución, con una disposición del Convenio, serán nulas en la medida de esta incompatibilidad y sin ningún efecto.

⁵⁰ De Vergottini, Giuseppe. DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO. Editorial Espasa-Calpe. Madrid. 1983. Pp. 146-147.

Poco después, en 1922, la Constitución de la Ciudad Libre de Dantzig establecida con la garantía de la Sociedad de las Naciones, fue aprobada el 11 de mayo de ese año por el Alto Comisionado y el 13 por el Consejo de la Sociedad de las Naciones”⁵¹.



3. PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

3.1 PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO Y PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

En la literatura corriente se distingue al poder constituyente *originario* (no limitado por normas de derecho), de otro *derivado*, que sí estaría condicionado (en el tiempo, en las materias que puede tratar, etc.), por normas jurídicas preexistentes.

- a) El poder constituyente *originario* (en cuanto su poder ilimitado) puede ser de dos tipos: “*fundacional*, cuando dicta la primera Constitución de un Estado, al crearse este, y siempre que opere sin topes normativos, o *post-fundacional*, si actúa después de creado un Estado, libre de ataduras

⁵¹ Mirkin-Guetzévich, Boris. LAS NUEVAS CONSTITUCIONES DEL MUNDO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1931. Pp. 207.



normativas”⁵². En cualquiera de estos supuestos, el poder constituyente originario se comporta *legibus solutus* (desligado de la ley) por su naturaleza y comportamiento, tiende a ser revolucionario.

- b) El poder constituyente *derivado* (“también llamado *derivativo*, *instituido* o *constituido*”⁵³) está sometido a las reglas jurídicas impuestas por una Constitución en vigor y por las reglas infraconstitucionales dictadas como consecuencia de aquella Constitución. Es, entonces, un poder constituyente condicionado.

Casi siempre el poder constituyente derivado es un poder de *reforma* o de *revisión* de la Constitución. Pero nada impide que al poder constituyente derivado se le otorguen por la Constitución competencias para cambiarla totalmente, vale decir, para producir la derogación de la Constitución (anterior) y su sustitución por otra nueva. En tal caso, el poder constituyente derivado cuenta con un *poder de reemplazo* y no un mero *poder de reforma* o de enmienda.

En la doctrina se discute si el poder constituyente derivado es o no efectivamente *poder constituyente*. La tesis negativa dice que “es un simple *poder legislativo*

⁵² Vanossi, Jorge R. TEORÍA CONSTITUCIONAL. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1976. Pp. 96.

⁵³ Sánchez Agesta, Luis. PRINCIPIOS DE TEORÍA POLÍTICA. Editorial Nacional. Madrid. 1970. Pp. 333.

extraordinario, limitado por el orden jurídico preexistente; y que ese condicionamiento le priva de la categoría de poder constituyente propiamente dicho, que solo sería el poder constituyente originario”⁵⁴.



No obstante ello, se debe entender que en tanto pueda cambiar de algún modo a la Constitución formal, el poder constituyente derivado importa el ejercicio de competencias constituyentes, y por eso es *poder constituyente*, aunque carezca de las atribuciones ilimitadas del poder constituyente originario.

Es que el llamado *poder constituyente constituido*, en cuanto pueda alterar o cambiar algún tramo de la Constitución del Estado, resulta inexcusablemente poder con facultades constituyentes, aunque no pueda operar *legibus solutus*.

4. GÉNESIS DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO. LOS CICLOS O ERAS CONSTITUCIONALES

Cabe advertir que la actuación del poder constituyente originario es rara, porque lo normal es que el poder constituyente sea ejercido según ciertas normas jurídicas previas que condicionan su desempeño. No obstante, si esas reglas son mínimas

⁵⁴ Pérez Serrano, Nicolás. TRATADO DE DERECHO POLÍTICO. Editorial Civitas. Madrid. 1976. Pp. 465.

(por ejemplo, si el poder constituyente puede dictar un texto constitucional nuevo como quiera, sin sometimiento a revisión, plazos o contenidos) puede hablarse también allí de poder constituyente originario.



En concreto, habrá poder constituyente originario cuando quien lo ejerza abra una nueva *era* o *ciclo constitucional*. Se denomina *era constitucional* al período inaugurado por una Constitución que sustancialmente se basa en sí misma, sin depender su validez normativa de otra Constitución previa. En tal caso, la fuente de autoridad jurídica del nuevo documento es independiente. Si estuviera sometida la validez de tal Constitución al cumplimiento de reglas de otra Constitución anterior, el poder constituyente del caso sería derivado, y no originario.

Las eras constitucionales se inauguran a menudo con la creación de un nuevo Estado y por vía revolucionaria. Por eso, el poder constituyente originario es paralelo, con frecuencia, a la fundación del Estado. Pero hay muchas excepciones a esa situación.

También se abren *eras* o *ciclos constitucionales*, pero posfundacionales al nacimiento del Estado, en los supuestos de revoluciones y golpes de Estado que

extinguen una Constitución anterior e imponen otra o convocan a un órgano que la sanciona.

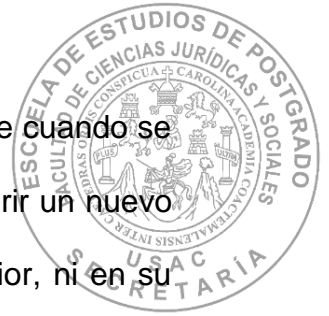


La distinción entre *revolución* y *golpe de Estado*, si bien es importante resulta aquí secundaria, ya que lo que importa saber es si esas autoridades *de facto* han logrado imponer o no una nueva Constitución. Se cita aquí la tesis tradicional que asigna a la revolución *un cambio profundo de estructuras* y al golpe de Estado *una sustitución irregular de gobernantes*.

Otro supuesto, no habitual en la actualidad, es el ejercicio del poder constituyente originario, posfundacional, por un poder constituido ya existente en el Estado, dotado de atribuciones ilimitadas.

“Si un régimen unipersonal o colegiado carece de topes normativos a sus poderes, estaría habilitado también para iniciar una nueva era constitucional, ya que en tal hipotético sistema el elenco gobernante puede cambiar totalmente a la Constitución. Esa ilimitación de competencias es lo que caracteriza al *despotismo*, donde puede detectarse un poder constituyente potencialmente originario y permanente”⁵⁵.

⁵⁵ Sagués, Néstor P. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE DESPOTISMO. En: ANALES. Tomo IX. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Argentina. 1980. Pp. 340.



El poder constituyente originario, fundacional o posfundacional, emerge cuando se dan estos supuestos: a) la *voluntad* de ejercerlo, esto es, el *querer* abrir un nuevo ciclo constitucional, no sometido al ordenamiento constitucional anterior, ni en su trámite ni en su contenido, y b) la *fuerza* para imponerlo, hecho que se da o no en el ámbito existencial o fáctico, y que dependerá de la aptitud para lograr obediencia (sea por miedo, indolencia, interés, acatamiento racional, etc.) que tenga ese poder constituyente.

Por tanto, el ejercicio del poder constituyente originario no tiene su base en normas anteriores, sino “solo porque de hecho a los hombres les da por atenerse a sus prescripciones y comienzan a comportarse como estas dicen que deben hacerlo; es decir, que lo que vale, vale solo porque se lo vive como tal, sabiéndose lo que se hace”⁵⁶.

5. EL FACTOR TIEMPO

Interesa preguntarse cuánto tiempo es necesario ejercer un poder constituyente para tenerlo por efectivo. La duda se presenta en períodos donde los cuartelazos han hecho morir Constituciones y surgir otras, prontamente reemplazadas por

⁵⁶ Cueto Rúa, J. Citado por: Vanossi, Jorge R. *Op. cit.* Pp. 160.

nuevos textos, algunos de ellos resucitados después de ser (o intentar ser) derogados.

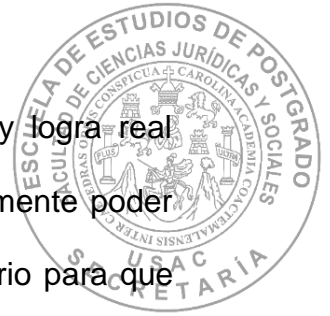


En ese orden de ideas, Spota ha escrito que “si quien ejerce un poder constituyente no logra implantar su Constitución durante una generación (treinta años, aproximadamente), en rigor de verdad, no ejercitó poder constituyente. El caso de Cromwell, recuerda, sería ejemplificador: al durar su *Instrument of Government* menos de diez años, no habría consumado su poder político como poder constituyente (cosa que en cambio pasó con Franco, quien actuó como caudillo de España desde 1936 a 1975)”⁵⁷.

Al respecto, cabe entender que el ejercicio real del poder constituyente originario demanda una *vigencia* del orden constitucional respectivo, al menos durante cierto lapso. Si quien elimina a una Constitución e implanta otra, dura en ese propósito pocos días, más que ejercer el poder constituyente originario ha realizado un simple acto de subversión constitucional, que en la terminología de Schmitt “se reduciría a una *suspensión* o, en su caso, *quebrantamiento*, de la Constitución preexistente”⁵⁸.

⁵⁷ Spota, Alberto. LO POLÍTICO, LO JURÍDICO, EL DERECHO Y EL PODER CONSTITUYENTE. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1975. Pp. 152.

⁵⁸ Schmitt, Carl. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1934. Pp. 115.



Pero si tal sujeto consigue su objetivo durante un término mayor y logra real eficacia mediante la obediencia comunitaria, habría ejercido efectivamente poder constituyente. El problema es averiguar *cuánto* de tiempo es necesario para que eso ocurra. Desde luego, no hay aquí ninguna regla o dogma, aunque el período que sugiere Spota resulta, al parecer, demasiado largo.

En definitiva, si una nueva Constitución ha sido efectivamente cumplida durante – por ejemplo– el tiempo necesario para consolidar al régimen que ella origina, parece que allí se ejerció (bien o mal es otra cosa) poder constituyente, por más que a poco tal Constitución sea abolida, de acuerdo a sus cláusulas o contra ellas, y restaurada la anterior, o sancionada una nueva.

6. COMPETENCIAS -O POTENCIA- DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

La doctrina ha terminado por comprobar que quien ejerce el poder constituyente originario opera con todo tipo de facultades. Donoso Cortés, recurriendo a parábolas meteorológicas, dice que “parece como el rayo que rasga el seno de la nube, inflama la atmósfera, hiere a la víctima y se extingue”⁵⁹.

⁵⁹ Donoso Cortés, Juan. LECCIONES DE DERECHO POLÍTICO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1986. Pp. 237.



En términos más jurídicos, Eisenmann lo presenta así: “Ninguna regla limita su poder; ninguna obligación jurídica, positiva ni negativa, pero sobre él; puede incluir o no en la Constitución toda regla que le plazca. Porque es jurídicamente todopoderoso, él funda un orden radicalmente nuevo en su principio; porque crea las primeras reglas, su ausencia de toda regla de derecho, es decir, de derecho positivo anterior, dispone de un poder jurídico absoluto”⁶⁰.

Los elogios al poder constituyente originario son reiterados: Burdeau lo presenta como “*extra-estatal, inicial, autónomo e incondicionado*. Incluso, afirma, es algo más que un *poder* porque la idea de *poder* está ligada a la de competencia, la que, a su vez, está determinada por una regla de derecho, y nada de eso pasa con el poder constituyente originario, no regulado por normas jurídicas”⁶¹.

En posición parecida, Sánchez Agesta dirá que “el fundamento del poder constituyente originario *trasciende al orden jurídico positivo*”⁶². A su turno, Sánchez Viamonte lo define como “la soberanía originaria extraordinaria, suprema y directa”⁶³. No es extraño que también se descubra en él la *dictadura constituyente*, con poderes cuasi despóticos.

⁶⁰ Eisenmann, C. Citado por Linares Quintana, Segundo V. TRATADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO Y COMPARADO. Tomo III. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1977. Pp. 215.

⁶¹ Burdeau, Georges. TRATADO DE CIENCIA POLÍTICA. UNAM. México. 1982. Pp. 173.

⁶² Sánchez Agesta, Luis. *Op. cit.* Pp. 330.

⁶³ Sánchez Viamonte, Carlos. MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Kapelusz. Buenos Aires. 1959. Pp. 92



“Las cualidades de súper poder ilimitado, incondicionado, soberano, supremo y hasta extraestatal, han llevado a concebirlo por algunos como poder *político*, más que jurídico”⁶⁴. La nota de *extrajuridicidad*, o de *prejuridicidad* que matiza al poder constituyente originario es, para Carrió, “buena muestra de una violación de los límites del lenguaje normativo, ya que el poder constituyente originario parecería más que un *poder*, una suerte de *potencia* fuera de las competencias propias del derecho”⁶⁵.

En rigor de verdad, si la Constitución es la fuente del derecho positivo nacional, y si quien ejerce el poder constituyente llamado *originario* no estuviese sometido a valla normativa alguna para dictar a aquella, sus decisiones serían siempre *lícitas*.

Por esto último, el poder constituyente originario *no significaría en verdad un suceso extrajurídico*, aunque también forme parte del mundo político, integrando el área de la *macropolítica* (que se ocupa de los fenómenos de poder que impactan en todos los ámbitos de la sociedad).

⁶⁴ Spota, Alberto. *Op. cit.* Pp. 112.

⁶⁵ Carrió, Genaro. *SOBRE LOS LÍMITES DEL LENGUAJE NORMATIVO*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1973. Pp. 36.

Su naturaleza, entonces, es necesariamente mixta: “*jurídico-política*, y siempre *estatal*, ya que se plasma dentro de la forma política *Estado*, a la que –en sus aspectos principales– estructura y asigna funciones”⁶⁶.



7. TITULARIDAD Y EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Es frecuente que en la doctrina se distinga entre quien es el titular de tal potestad, por un lado, y su *operador* por el otro, esto es, quien lo ejercita.

Según esta tesis diferenciadora, el *titular* del poder constituyente (por lo común, el pueblo o la *nación*), es el sujeto en quien se hace formal y teóricamente residir al poder constituyente, conceptuándose entonces como su propietario o dueño, y a quien se le atribuye o jurídicamente se le *imputa* la operación constituyente y el texto constitucional que se dicte.

Esa imputación puede ser simplemente *normativa*, en el sentido de que el acto constituyente y la Constitución *valen* jurídicamente como si fueran realizadas por el pueblo, o también *existencial*, si se afirma que es el pueblo mismo quien está

⁶⁶ Sagués, Néstor P. MUNDO JURÍDICO Y MUNDO POLÍTICO. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1978. Pp. 142.



actuando como sujeto constituyente, o que él desea y quiere de hecho aquello que ha decidido quien actuó como elaborador de la Constitución.

Como caso de la primera posibilidad, cabe mencionar la Constitución guatemalteca, cuyo Preámbulo dice: *“Nosotros, los representantes del pueblo de Guatemala... solemnemente decretamos, sancionamos y promulgamos la siguiente Constitución Política de la República de Guatemala”*.

Como ejemplo de la segunda alternativa puede leerse el Preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de América cuando indica:

“Nos, el pueblo de los Estados Unidos... ordenamos y establecemos esta Constitución”, o el preámbulo constitucional de la extinguida República Democrática Alemana, cuando puntualizaba: *“Animado de la voluntad de decidir libremente su destino y de proseguir sin desvío el camino del socialismo y del comunismo, de la paz, de la democracia y de la amistad entre los pueblos, el pueblo de la República Democrática Alemana se ha dado la siguiente Constitución socialista”*.

Finalmente, el *ejercitador* del poder constituyente (en este caso, originario) es el protagonista efectivo de la operación constituyente, vale decir, quien redacta y



aprueba la Constitución: la asamblea o convención, un monarca absoluto, etc.

También es factible que exista no un único *ejercitador*, sino varios, cuando el acto

sancionatorio de la Constitución es complejo.

8. CRÍTICA DE LA DISTINCIÓN ANTERIOR

La diferenciación entre *titular* y *ejercitador* del poder constituyente tiene sentido en la medida en que el primero intervenga de algún modo decisivo en el proceso de elaboración de la Constitución. De lo contrario, aquella distinción puede ser una suerte de mentira piadosa, creando la ilusión –para el *titular*– de ser una pieza vital en el proceso constituyente, cuando en realidad solo el *ejercitador* cumplió tal papel.

“Según las actuales pautas del legitimismo democrático, en verdad, lo más correcto es que el pueblo no solamente elija a quienes van a elaborar el texto constitucional, sino que además lo apruebe, una vez redactado, mediante un referéndum o plebiscito. Solamente así podría afirmarse, con bastante exactitud, que la Constitución es imputable al pueblo, y producto de su voluntad”⁶⁷.

⁶⁷ *Ibidem*. Pp. 197.



El hecho de atribuir teóricamente al pueblo una Constitución es a menudo un recurso ideológico destinado a darle legitimidad al documento, haciendo creer a la comunidad que ella ha sido autora de la Constitución, cuando esta, en cambio, fue el producto de los partidos actuantes en una asamblea, o de quienes de hecho han influido en esa convención. De ahí la notoria conveniencia de convalidar lo hecho mediante una ratificación popular –referéndum– del texto constitucional.

9. OPERADORES DEL PODER CONSTITUYENTE. CLASIFICACIÓN. SISTEMAS MONOCRÁTICOS Y POLICRÁTICOS

La doctrina ha recurrido a diferentes tipologías para sistematizar las clases de *ejercitadores* del poder constituyente. Desde un punto de vista *cuantitativo*, ese poder puede ser *monocrático* o *policrático*.

- a) El operador constituyente *monocrático* es, obviamente, único. Un caso reciente ejemplifica esta situación, en la fórmula de promulgación de la Constitución de Mónaco de 1962: *“Rainiero III, por la Gracia de Dios, Príncipe Soberano de Mónaco. Considerando que las instituciones del Principado deben ser perfeccionadas, tanto para responder a las necesidades de una buena administración del país como para satisfacer las nuevas necesidades suscitadas por la evolución social de su población.*

Hemos acordado dotar al Estado de una nueva Constitución, la cual, por ser esta Nuestra Voluntad Soberana, será considerada en lo sucesivo como Ley Fundamental del Estado y solo podrá ser modificada en las formas que Nos hemos decretado”.



“Propio de las monarquías absolutas, el mecanismo constituyente *monocrático* fue frecuente en el siglo XIX, por medio del sistema de la *octroi (concesión)* de la *Carta* constitucional. En el siglo XX puede citarse la Constitución de Lituania de 1928, que reemplazó a la de 1926, elaborada sin la participación de la Dieta (Asamblea), y *proclamada por el presidente de la República*”⁶⁸.

- b) El operador constituyente *policrático* (democrático o aristocrático) es el compuesto por un sujeto plural.

Lo más habitual es el ejercicio del poder constituyente por parte de una *asamblea* o *convención*. Conviene advertir, sin embargo, que por lo común de las asambleas de este tipo ejercen un poder constituyente derivado, planificado según la Constitución anterior.

⁶⁸ Biscaretti Di Ruffia, Paolo. DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Tecnos. Madrid. 1965. Pp. 263.



Pero bien puede ocurrir que una asamblea no llamada a dictar una Constitución, asuma el poder constituyente originario y la dicte. “Tal fue el caso, por ejemplo, de los *Estados generales* reunidos en París en mayo de 1789, que se transformaron en convención constituyente al mes siguiente; o la propia Convención de Filadelfia que elaboró la Constitución norteamericana de 1787”⁶⁹.

En otros casos, una convención constituyente que ejerce un poder constituyente derivado, puede emanciparse de los topes que condicionaban su convocatoria y adjudicarse un poder constituyente propio, sin más límites que los autoreconocidos por ella. Una situación próxima a la descrita fue el caso de la Asamblea Constituyente peruana de 1978, que traspasó los límites que le había fijado el gobierno militar.

Al concluir el texto de la Constitución del Perú de 1979, puede leerse el documento del presidente (entonces de facto) que considera que la Asamblea Constituyente se excedió de la función específica que le señaló el Decreto Ley 21.949 y observa varias de las disposiciones de la Constitución. Acto seguido consta el acuerdo de la Asamblea Constituyente que rechaza tales observaciones, ya que ella, dice, *ha cumplido con la tarea que le fue encomendada por el pueblo para sancionar y promulgar la nueva Constitución del Estado.*

⁶⁹ Prélot, Marcel & Boulouis, Jean. INSTITUCIONES POLÍTICAS EN DERECHO CONSTITUCIONAL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1980. Pp. 215.



Ocasionalmente, un partido político se ha atribuido el ejercicio del poder constituyente, y dictado una Constitución. De Vergottini menciona en tal sentido a “la de Camboya de 1976, aprobada por el Congreso del FUNK (Frente Unido Nacional de Kampuchea)”⁷⁰.

Más común, en países con frecuente inestabilidad institucional, ha sido el ejercicio del poder constituyente por gobiernos de facto, generalmente militares, con distintas variantes.

Una consiste en la abolición de la Constitución previa, y la implantación de otra anterior. Otra variable ocurre cuando el régimen impone una nueva estructura constitucional, ejercitando el poder constituyente, aunque aparentemente mantienen vigor por la *confirmación* del régimen de *facto*, y en la medida en que sean compatibles con las normas de nivel constitucional que este dicte.

“En tales casos, no se trata de una o más infracciones a la Constitución anterior, sino en el establecimiento de una nueva estructura constitucional, casi siempre dispersa, no codificada, al estilo de las *leyes fundamentales*. Generalmente, esa

⁷⁰ De Vergottini, Giuseppe. *Op. cit.* Pp. 154.



operación constituyente se ha limitado en el tiempo, a la duración del régimen de *facto* en cuestión”⁷¹.

Otra posibilidad de ejercicio del poder constituyente originario ocurre si un parlamento común asumiera el ejercicio del poder constituyente originario y pronunciara una nueva Constitución (lo haría *de derecho*, si no hubiera diferencia jurídica en ese país entre poder legislativo ordinario y poder constituyente; y *de hecho*, si existiendo esa distinción, el poder legislativo ordinario dictara de todos modos una Constitución). “Tal es el caso del Parlamento británico en la adaptación de normas fundamentales reputadas como constitucionales en ese país”⁷².

Algunas veces, el poder constituyente originario es desempeñado por un grupo, junta o comisión que asume el poder del Estado. La primera Constitución de Checoslovaquia, por ejemplo, tuvo el siguiente origen: proclamada la independencia de la República en París por el Consejo Nacional Checoslovaco (18 de octubre de 1918), tomó el poder el 28 de octubre, en Praga, el Comité Nacional Checoslovaco, quien dictó el 13 de noviembre una Constitución provisional.

⁷¹ Miqueo Ferrero, Ernesto. LEYES FUNDAMENTALES ARGENTINAS. En: LA REVOLUCIÓN ARGENTINA. ANÁLISIS Y PROSPECTIVA Editorial DePalma. Buenos Aires. 1966. Pp. 201.

⁷² Mirkine-Guetzévich, Boris. *Op. cit.* Pp. 325.

Posteriormente se erigió la Asamblea Nacional, que sancionó la Constitución 1920. Algo similar puede hallarse en la Constitución de Polonia de 1918, adoptada por un Consejo Nacional, o en la de Indonesia del 18 de agosto de 1945, implantada por la Comisión Preparatoria pro Independencia, sobre la base de un texto redactado por un *cuerpo de estudio*.



10. SISTEMAS SIMPLES Y COMPLEJOS

En los regímenes *simples* actúa un solo sujeto constituyente. En los *complejos*, dos o más. Estas posibilidades pueden darse incluso en un proceso constituyente originario. Existen algunas alternativas.

- a) El llamado *pactismo* entre el monarca y la representación popular fue utilizado en el siglo XIX. Una muestra puede encontrarse en la promulgación de la Constitución francesa de 1830: “Luis Felipe, rey de los franceses, a todos los presentes y por venir, salud. Nosotros hemos ordenado y ordenamos que la Carta Constitución de 1814, tal como fue reformada por las dos Cámaras el 7 de agosto y aceptada por Nosotros el 9, será de nuevo publicada en los términos siguientes”⁷³.

⁷³ De Vergottini, Giuseppe. *Op. cit.* Pp. 149.

- b) El *referéndum popular* ha servido para convalidar y dar legitimidad democrática a textos constitucionales preparados por una convención o un cuerpo electo democráticamente o no. En tales casos, es claro que el pueblo no ha podido redactar la Constitución, pero sí que la ha aceptado, mediante el veredicto del cuerpo electoral.



El procedimiento del referéndum varía. En raras ocasiones se ha hecho *antes* de elaborarse la Constitución. Así ocurrió con la francesa del 14 de enero de 1852. Tal texto fue elaborado por el entonces príncipe-presidente Luis Napoleón Bonaparte (futuro Napoleón III), quien obtuvo, por medio del referéndum del 20 y 21 de diciembre de 1851, la delegación *anticipada* de poderes constituyentes, redactada del siguiente modo:

“El pueblo francés quiere el mantenimiento de la autoridad de Luis Napoleón Bonaparte, y le da los poderes necesarios para hacer una Constitución, sobre la base de su proclamación del 2 de diciembre”.

Tales bases eran, entre otras, un Poder Ejecutivo responsable por diez años, ministros solamente dependientes de dicho Ejecutivo, un Consejo de Estado formado por los hombres *más distinguidos*, un cuerpo legislativo nombrado por sufragio universal, y una segunda asamblea nombrada por todos los ilustrados del

país, a título de *poder ponderador, guardián del pacto fundamental y de las libertades públicas*.



Pero habitualmente el referéndum se realiza *después* de elaborarse la Constitución, “sea por una comisión especial (Constitución francesa de 1958, primero el Parlamento delegó en el Gobierno del general De Gaulle la facultad – bajo ciertas bases– de redactar una nueva Constitución, confeccionada por un comité consultivo constitucional, donde había algunos parlamentarios, y resuelto en el Consejo de Ministros. Más tarde se sometió ese proyecto constitucional al voto popular, y fue aprobado); o por una convención constituyente elegida democráticamente (por ejemplo, el caso de la Constitución iraní de 1979)”⁷⁴.

En otros supuestos, la Constitución ha sido redactada por una Comisión de Reforma Constitucional, aprobada después por la Junta Militar de Gobierno y, finalmente, ratificada por plebiscito (chile, 1980). A su turno, “la Constitución cubana de 1975 fue preparada, por una comisión mixta del Gobierno y del Partido Comunista. Expuesta a discusión pública, el Primer Congreso del Partido Comunista la aprobó como proyecto de Constitución y, sometido a referéndum nacional, fue por último sancionada”⁷⁵.

⁷⁴ Vanossi, Jorge R. *Op. cit.* Pp. 308.

⁷⁵ De Vergottini, Giuseppe. *Op cit.* Pp. 155.



11. LEGITIMIDAD DE ORIGEN Y DE EJERCICIO

La justificación del poder constituyente originario debe ser doble: *legitimidad de origen* (también llamada *legitimidad de título*), que refiere al justo derecho de alguien para asumir la condición de sujeto constituyente originario, y *legitimidad de ejercicio*, que alude a la justicia intrínseca de la Constitución sancionada por aquel.

- a) “Sobre la legitimidad de título, el poder constituyente originario es usualmente producto de un acto revolucionario o de un golpe de Estado, por ende, su justificación dependerá de la legitimidad del acto insurgente, desde luego no en términos de derecho positivo, sino en derecho natural”⁷⁶. En principio, ese acto padece de una fuerte presunción de ilegitimidad, al atentar contra los valores de orden y legalidad, entre otros. No obstante, una revolución o un golpe de Estado pueden legitimarse *en virtud del justo ejercicio del derecho de resistencia a la opresión*.

Los supuestos mínimos del ejercicio de este derecho (en el pensamiento cristiano: Santo Tomás de Aquino, Suárez, Mariana, Balmes, etc.) requieren primero la existencia de una situación de tiranía (*tiranía de título*, que es el caso del usurpador; o *tiranía de ejercicio*, personificada en un régimen decidida e

⁷⁶ Sánchez Agesta, Luis. *Op. cit.* Pp. 330.

insoportablemente contrario al bien común), y el agotamiento de todos los recursos legales para enfrentarla.



En tal hipótesis, cabe inicialmente emplear los procedimientos propios de la *resistencia pasiva* (desobediencia), para después de fracasar ellos, ingresar en la *resistencia activa*, que en última instancia involucra el derecho a la revolución. “Uno de los recaudos indispensables para la legitimidad de la insurrección armada es la posibilidad real de reemplazar al tirano de ejercicio o de título, por un gobierno mejor que ese régimen tiránico”⁷⁷.

El ejercicio del derecho de resistencia a la opresión abre hoy nuevas perspectivas de análisis ante situaciones de *vacío de poder* en las que, si bien no hay *opresión por exceso*, sí la hay *por omisión*, desde el momento que un estado de cosas caótico y semianárquico, auspiciado por la ausencia de una autoridad efectiva, puede producir de hecho efectos parecidos a los de una tiranía por abuso de autoridad.

En cualquier caso, “sea por rebelión contra una tiranía de título o de ejercicio, quien protagonice el poder constituyente originario deberá contar con *consenso social* para legitimar a la postre su tarea constituyente, partiendo del supuesto de

⁷⁷ Bidart Campos, Germán. DERECHO POLÍTICO. Editorial Aguilar, Buenos aires. 1962. Pp. 513.

que el poder político reside en la comunidad y de que el derecho de resistencia no es un derecho individual, sino colectivo. Ese consenso social tiene manifestaciones expresas (un referéndum) o tácitas (el acatamiento colectivo)”⁷⁸



- b) La *legitimidad de ejercicio* alude, en concreto, al desenvolvimiento de la gestión del poder constituyente originario y a su producto final, vale decir, la Constitución que imponga.

Es posible que el desarrollo de la operación constituyente pueda perjudicarse, desde el punto de vista axiológico, por vicios en el trámite (como, por ejemplo, si se trata de una convención, de presión sobre sus miembros, violación del reglamento, falseamiento en el cómputo de los votos), o en el mismo texto constitucional que se apruebe (cláusulas absurdas, discriminatorias, violadoras de derechos humanos o demagógicas, etcétera).

En cuanto a las infracciones de trámite, es discutible si un poder constituyente originario que se define como exento de trabas jurídicas, no sujeto al derecho positivo, pueda ser cuestionado jurídicamente por violación a las normas de procedimiento que él, discrecionalmente, se haya autoimpuesto.

⁷⁸ *Ibidem*. Pp. 247.



Cabe distinguir aquí distintas situaciones. Si quien ejercita el poder constituyente originario se ha autolimitado jurídicamente mediante normas procedimentales y luego las infringió, ha actuado contra su propio derecho, y lo decidido podría ser invalidado por los órganos de control que eventualmente existan y que él mismo haya creado. Si tales órganos no existen, o si existiendo no quieren actuar, los defectos de trámite quedarán jurídicamente impunes.

También puede ocurrir que el propio órgano constituyente originario purgue sus propios vicios procesales mediante algún mecanismo de convalidación, verbigracia, mediante una aprobación o ratificación final de lo actuado.

De cualquier manera, si un poder constituyente originario incurre en serios vicios de legitimidad de origen o de ejercicio, y si viola los topes axiológicos, tal gestión constituyente corre serios riesgos de transformarse en derecho constitucional impropio, moralmente no obligatorio o, incluso, moralmente incumplible; y que ello repercuta en la crisis futura de la Constitución así sancionada.

12. RESPONSABILIDAD JURÍDICA INTERNA DEL ESTADO POR EL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO



Este tema contiene facetas hondamente polémicas. En razón del principio de *continuidad jurídica* del Estado, este es responsable de sus cambios normativos, como puede ser la sustitución de una Constitución por otra, aunque ese cambio se haya operado en contravención a la Constitución anterior, por un poder constituyente originario posfundacional.

De tal modo, si la nueva Constitución afecta derechos tutelados por el anterior ordenamiento constitucional (si extingue la propiedad privada, si se suprimen magistraturas o funciones vigentes en la Constitución preexistente), los perjudicados tendrían derecho a la reparación por el perjuicio causado.

Desde otro punto de vista, sin embargo, puede sostenerse que si la Constitución es la fuente del derecho positivo de un Estado, y si alguien ejerce el poder constituyente originario reemplazando a la antigua ley suprema por otra, es esta última la nueva fuente de derechos; y que los anteriores, abolidos o disminuidos, han cambiado, con la desaparición del viejo texto constitucional que les servía de soporte.



La experiencia habida indica que el desempeño del poder constituyente originario ha arrasado con funciones o derechos preexistentes, generalmente sin reparaciones a sus antiguos titulares. Por ejemplo, la confiscación de bienes a la casa de Saboya, resuelta por el artículo XIII de las disposiciones transitorias de la Constitución italiana en vigor, o los derechos soviéticos sobre abolición de la propiedad de la tierra y de nacionalización de la banca (noviembre y diciembre de 1917, ratificados por la *Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado*, del 6 de enero de 1918, incorporada a la Constitución rusa del 10 de julio de 1918).

“En ciertas ocasiones, cuando el ejercicio del poder constituyente originario ha importado la sustitución del sujeto constituyente (por ejemplo, en el caso soviético de 1917, en lugar de la autocracia zarista, la dictadura del proletariado), se ha sostenido que no solo ha cambiado la Constitución del Estado por vía revolucionaria, sino también el Estado mismo, con lo que podría alegarse que el nuevo Estado no tiene por qué indemnizar a los desposeídos por la nueva Constitución”⁷⁹.

No obstante, cabe pensar que el reemplazo de un sujeto constituyente por otro, en el interior de un Estado, no significa de por sí cambio de Estado, sino de régimen o de sistema político de ese mismo Estado. De no aceptarse esta conclusión,

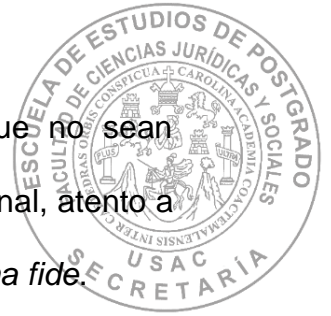
⁷⁹ Schmitt, Carl. *Op. cit.* Pp. 108.



bastaría que una democracia fuese alterada por un *cuartelazo* para concluir que al residir el poder constituyente, después del golpe, en, por ejemplo, las autoridades militares, hay ya un *nuevo* Estado, irresponsable de lo que había hecho el anterior; y que al retornar años después la democracia, se extinguiría el *Estado militar* y nacería (o renacería) de nuevo otro Estado, irresponsable a su vez de todo lo realizado por el gobierno castrense.

Lo cierto es que el desempeño del poder constituyente originario, al implantar un nuevo texto constitucional fuente de todo el derecho positivo, puede extinguir derechos positivos anteriores, acortar mandatos y suprimir cargos. Al ser *ley suprema*, regirá la nueva Constitución las relaciones jurídicas existentes, sin que los particulares puedan argumentar la vigencia de derechos positivos pasados, que la Constitución actual elimina, incluso con efectos retroactivos. Dicho en otras palabras, no hay –en principio– *derechos positivos adquiridos* contra la nueva Constitución.

Sin embargo, y puesto que el ejercicio del poder constituyente originario no puede ni debe ser despótico, al contar con topes axiológicos y también con ciertos topes normativos (además de los fácticos), el poder constituyente originario no está en condiciones de cercenar derechos naturales básicos que se refieran, por ejemplo, a la dignidad del hombre ni implantar soluciones opuestas al derecho natural.



Tampoco podría válidamente negar derechos humanos que aunque no sean necesariamente de derecho natural, provengan del derecho internacional, atento a los principios ius internacionalistas del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide*.

13. RESPONSABILIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL

En el plano internacional un cambio de Constitución por otra, aunque fuese operado por un poder constituyente originario, no exime al Estado del caso de cumplir con sus compromisos de derecho internacional. De incumplirlos, surgirían las responsabilidades jurídicas, políticas y económicas consecuentes.

El panorama es distinto si desaparece un Estado. Se reitera que no cabe confundir cambio de régimen político con cambio de Estado.

Aclarado ello, “el poder constituyente originario de un Estado nuevo no tiene por qué asumir los compromisos del Estado disuelto y, por tanto, en el plano del derecho positivo, estaría desligado y podría actuar libremente como poder constituyente originario. Pero el tema es controvertido”⁸⁰.

⁸⁰ Díaz Cisneros, César. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Tomo I. Editorial Tea. Buenos aires. 1955. Pp. 415.



En derecho internacional público se mencionan como ejemplos de ~~muerte o~~ *extinción* de Estados los casos de *fusión* (unión de Cerdeña-Piamonte, de los Estados pontificios, Toscana, Nápoles, etc., para formar Italia, con la correlativa desaparición de los Estados fusionados).

“Más complejos son los fenómenos de *yuxtaposición* de Estados (uniones reales de Austria y Hungría en 1967, de Suecia y noruega en 1805) y las de *superposición* de Estados (caso del Imperio alemán, en 1871, que se dictó una Constitución federal donde agrupó a la Confederación de Alemania del Norte con Baviera, Wurtemberg y Baden, bajo la primacía de Prusia). Algunas veces, estos fenómenos de *superposición* han sido equiparados a los de *fusión*”⁸¹.

Interesa diferenciar las situaciones antedichas con los casos de *transformaciones territoriales* de un Estado, sea que se amplíe o achique, porque allí subsiste la misma unidad jurídica, aunque con más o menos territorio.

“A su vez, los ejemplos de *separación* de Estados (cuando uno se fracciona en dos o más, como Panamá emancipado de Colombia; o de Suecia y Noruega, divididas en 1905) han dado lugar a alternativas diversas: en ciertas situaciones,

⁸¹ *Ibidem*. Pp. 403.



los nuevos Estados no han aceptado las obligaciones previas del Estado madre, mientras que en otras las han respetado”⁸².

“Si un Estado es extinguido por *absorción* de otro, su poder constituyente desaparece, y en el territorio del caso regirá el poder constituyente del Estado anexante, con sus propias limitaciones de derecho local (si las tiene) e internacional. Hay algunas excepciones, sin embargo, como por ejemplo los tratados de límites del país desaparecido, que debe respetar el Estado absorbente”⁸³.

El tema no es meramente académico, porque muchas Constituciones, como se sabe, contienen cláusulas descriptivas de su territorio (por ejemplo, artículo 1º, Holanda; artículo 1º, Malta; artículo 1º Suiza de 1998).

⁸² *Ibidem*. Pp. 415.

⁸³ Díez de Medina, Federico. NOCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO MODERNO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1966. Pp. 84.



14. PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

14.1 ENMIENDA, REFORMA, REVISIÓN Y SUSTITUCIÓN CONSTITUCIONAL

Se ha visto que en contraposición al poder constituyente originario, que se desenvuelve –básicamente– sin trabas normativas preexistentes de derecho positivo, el poder constituyente derivado (también llamado *de reforma*, *de revisión* o *poder constituyente constituido*), lo hace según la normatividad constitucional anterior y, también, conforme con la normatividad infraconstitucional previa dictada de acuerdo con aquella.

“El poder constituyente derivado actúa con distinta intensidad. Si las modificaciones que atañen al texto constitucional anterior son de gravitación menor (no tanto desde el punto de vista cuantitativo –número de artículos cambiados–, sino desde el ángulo cualitativo –esto es, de la trascendencia del cambio constituyente–), es usual hablar de *enmienda* de la Constitución; de *reforma* o *revisión* si el cambio es importante y de *sustitución*, cuando una Constitución es reemplazada constitucionalmente por otra”⁸⁴.

“La discusión en torno a si, en un caso concreto ha habido *reforma* o *sustitución* no es válido, ya que de existir lo primero, es natural que el texto se siga

⁸⁴ Schmitt, Carl. *Op. cit.* Pp. 115.

interpretando –en principio– dando preferencia a las pautas ideológicas globales del documento preexistente, mientras que si hubo sustitución, desde luego que la nueva Constitución tendrá que entenderse según su propia textura ideológica⁸⁵



14.2 FORMAS DE EXPRESIÓN

Por supuesto, si mediante este poder constituyente derivado se sanciona una nueva Constitución, el cambio de Constitución es jurídicamente *total*, sin perjuicio de que repita alguna de las normas del texto anterior. En tal caso, estas rigen por voluntad del último constituyente, y no por la del constituyente anterior.

Si la reforma constitucional es *parcial*, se siguen diversos procedimientos. Algunas veces las modificaciones del texto pueden incluir artículos derogados, otros corregidos, artículos nuevos y una remuneración del articulado anterior. En otras ocasiones, se añaden párrafos a los artículos del texto original, sea como *artículo nuevo*, o como artículos *bis*, *ter*, *quater*, *quinqüies*, *sexquies* o *septies* (caso del artículo 24, de la Constitución de Suiza de 1874, cuyos textos fueron incorporados en diferentes oportunidades). Este último sistema permite leer, a renglón seguido del artículo original, sus enmiendas.

⁸⁵ Sagués, Néstor P. CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. INTRODUCCIÓN. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2016. Pp. 25-26.



En la Constitución de los Estados Unidos de América, en cambio, las enmiendas se insertan sucesivamente después del texto original de toda la Constitución. Dichas enmiendas figuran como apéndices de la Constitución. Ello provoca dificultades en la comprensión clara de la vigencia de una norma constitucional, porque el lector puede estar consultando una cláusula de la Constitución primitiva sin advertir fácilmente si ha sido después afectada (lo mismo sin advertir fácilmente si ha sido posteriormente afecta, lo mismo pasa con el texto de una enmienda), salvo que tenga el cuidado de leer acto seguido todas las enmiendas, hasta la última aprobada.

Por otra parte, Loewenstein plantea otro problema, consistente en las llamadas reformas constitucionales *sin registrar*, o *tácitas*, que “ocurren cuando una Constitución fácil de enmendar (por decisión del Parlamento, y sin requerir para ello mayorías muy exigentes), es corregida con frecuencia y esas reformas no son insertadas en el texto constitucional, sino que quedan flotando en *leyes constitucionales* aparte, que incluso pueden no decir explícitamente si lo que hacen es modificar o solamente complementar a la Constitución inicial. En el caso de la Constitución alemana de Weimar (1919), el texto constitucional estaba en 1933 tan afectado por esa revisión, que no se sabía con exactitud cuál de sus tramos estaba en vigor y cuál no”⁸⁶.

⁸⁶ Loewenstein, Karl. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN. Editorial Ariel. Barcelona. 1976. Pp. 185.



Para subsanar esos abusos, la actual Constitución de Alemania establece que únicamente puede modificarse por una norma que “*expresamente* altere el tenor literal de la ley fundamental o la complemente” (artículo 79).

14.3 LA REFORMA INCONSTITUCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN

Un problema paralelo es el de una enmienda o reforma constitucional operada *contra constitutionem*, vale decir, por un órgano distinto o siguiendo un trámite opuesto al previsto por la Constitución. La duda es sí, en tal caso, el cambio ha sido realizado por un poder constituyente originario o por uno derivado.

Un caso llamativo, al respecto, fue la reforma constitucional argentina de 1860, por cierto, intensa tanto en el estatuto de los derechos como en la estructura del poder, pero sancionada en violación al art. 30 de la Constitución de 1853, que prohibía el cambio hasta 1863.



Esto, naturalmente, es referible a una reforma constitucional *contra constitutionem* que no ha sido declarada inconstitucional por los órganos de control de la supremacía de la Constitución (si así ocurriera, la reforma constitucional practicada inconstitucionalmente dejaría de integrar el orden jurídico). Por distintas razones, sea por autoabstención de esos órganos de control, sea por una situación de hecho consumado acatada por los operadores de la Constitución, sea por derecho consuetudinario constitucional, etc., bien puede acaecer que la reforma inconstitucional quede convalidada.

Con relación a la pregunta de si en tal hipótesis la reforma inconstitucional (pero consumada y vigente) fue practicada por un poder constituyente derivado o por uno originario, cabe distinguir, parece, entre la realizada por un órgano distinto al programado por la Constitución para hacerla, de la adoptada por el órgano constitucional pertinente, aunque violando el trámite del caso.

Si la reforma es realizada por quien carecería de competencia para ello, la única explicación posible es que asumió un poder constituyente originario, puesto que se ha arrogado (o invadido) una potestad constituyente que constitucionalmente no tenía. Tal ha sido el caso de Venezuela (1999), donde una convención constituyente no prevista por la Constitución anterior, sancionó una nueva Constitución.



Su desempeño como poder constituyente no ha *derivado* de la Constitución, sino que ha *emergido* contra ella. Es cierto que en el caso comentado tal vez limitó su tarea a una *reforma* y no a una *sustitución* de la Constitución anterior, pero tal autolimitación no quita que haya usurpado al poder constituyente *constitucional*.

En cambio, sí han actuado los órganos constitucionales habilitados para reformar la Constitución, pero se han apartado en alguna medida del mecanismo constitucional de reforma, tal infracción (en el plazo, materias a reformar, procedimiento de adopción de decisiones), importaría lo que Schmitt llama “quebrantamiento de la Constitución”⁸⁷, pero no necesariamente el manejo del poder constituyente originario. En esa hipótesis no existe usurpación del poder constituyente.

⁸⁷ Schmitt, Carl. *Op. cit.* Pp. 116.

14.4 PROHIBICIÓN DEL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO



Ciertas normas constitucionales impiden las enmiendas o revisiones constitucionales, *petrificando* así todo o parte del texto constitucional.

El bloqueo perpetuo de una Constitución ocurre por distintas vías. Una, táctica, aparece si la Constitución no contempla un procedimiento para su reforma (caso de la española de 1879, o de la provincia de Santa Fe, Argentina, 1819), aunque esta conclusión sea discutible.

El bloqueo perpetuo expreso surge cuando el texto constitucional declara abiertamente que no admite cambios. Así, el Estatuto de Carlos Alberto Cerdeña (1848), dictado como ley fundamental *perpetua e irrevocable*.

También puede conjeturarse que si la Constitución no dispone nada sobre su reforma, no hay *bloqueo*, sino *laguna* en tal punto, lo que podría llenarse según el método de la integración normativa.



Modernamente, el bloque perpetuo de una Constitución no tiene defensores. “Ha pasado el tiempo, por ejemplo, de un tal Felipe Deleville que, en 1795, postulaba la pena de muerte para quien propusiese enmendar la Constitución francesa de entonces”⁸⁸. Los argumentos antirreformistas giran sobre la necesidad de afianzar la Constitución para consolidar al sistema político, y eso puede llevar, a lo más, a establecer bloqueos transitorios de la reforma constitucional, o a impedir la modificación de ciertos preceptos de la Constitución.

Si una Constitución vetase perpetuamente su reforma, tal dispositivo sería inevitablemente erosionado por el derecho consuetudinario constitucional (así pasó con el mencionado Estatuto Albertino, perforado por leyes subconstitucionales que a la postre se superpusieron al texto constitucional, en particular durante el periodo fascista). Por lo demás, la prohibición absoluta y eterna de reforma lesiona al derecho natural, ya que priva a las generaciones futuras de una comunidad de su legítimo derecho a organizarse como les plazca, siendo como ellas son, titulares del poder político.

Podría pensarse, sin embargo, que si un pueblo puede asumir determinado sistema como suyo, también puede autoimponerse el deber de mantenerlo para siempre. Pero el derecho natural de adoptar un régimen concreto es correlativo al derecho natural de mutarlo.

⁸⁸ Pérez Serrano, Nicolás. *Op. cit.* Pp. 469.

Una generación, por lo demás, carece del derecho de imponer a otras un determinado estilo de vida o de comportamiento político. Distinto es, por supuesto, que una comunidad disponga transitoriamente el bloqueo de la reforma constitucional, siempre que lo sea por un lapso moderado y en función de necesidades reales.

A manera de conclusión se puede afirmar que el poder constituyente, si bien es soberano, tal soberanía se concreta en las funciones que la Constitución le asigna como exclusivas, teniendo como límite, esencialmente, los derechos fundamentales.



CAPÍTULO III

EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE Y SOBERANÍA



En este capítulo se analizará cómo influye la soberanía del poder constituyente en su ejercicio, es decir, cómo de manera concreta se ejercita y se respeta dicha soberanía en el ejercicio de las funciones del poder constituyente.

1. LA SOBERANÍA COMO FUNDAMENTO DEL PODER CONSTITUYENTE

Detrás de la idea de poder constituyente se encuentra uno de los conceptos que han sido más debatidos dentro del derecho público: la soberanía. Como indica Felipe Tena Ramírez, “la palabra *soberanía* ha llegado a comprender dentro de su ámbito los más disímiles y contradictorios significados; sin embargo, cuando se hace referencia al origen de una Constitución, es difícil ignorar los aspectos relacionados con este concepto”⁸⁹.

En este sentido pueden encontrarse extremos que “van desde quienes niegan la existencia misma de la soberanía o vaticinan la muerte de esta institución (como Coker), hasta quienes se abstienen de abordar los problemas relacionados con

⁸⁹ Tena Ramírez, Felipe. *Op. cit.* Pp. 183.

esta figura (tal es el caso de los comentaristas norteamericanos) o quienes la atribuyen a distintos titulares y divergen en cuanto a sus alcances”⁹⁰.



Sin embargo, es necesario reiterar que cuando se estudia a la Constitución, no puede ignorarse este concepto y, por tanto, es necesario señalar que, como indica Jellinek, “la soberanía es, en su origen histórico, una concepción de índole política, que solo con el tiempo se condensó en una de índole jurídica”⁹¹.

La idea de *soberanía* no fue conocida en la Antigüedad debido a que en ese tiempo no se daba la oposición del poder del Estado a otros poderes; sin embargo, comienza a gestarse en los finales de la Edad Media para justificar ideológicamente la victoria que alcanzó el rey, como encarnación del Estado, sobre las tres potestades que le habían mermado autoridad: el Papado, el Imperio y los señores feudales.

Del primero reivindicó la integridad del poder temporal; al segundo le negó el vasallaje que como reminiscencia del Imperio romano le debían los príncipes al emperador, de los señores feudales recuperó la potestad pública, que en todo o en parte había pasado a su patrimonio. La lucha fue larga y variados sus

⁹⁰ Wheare, Keneth. LAS CONSTITUCIONES MODERNAS. Editorial Labor. Barcelona. 1971. Pp. 150.

⁹¹ Jellinek, Georg. TEORÍA GENERAL DEL ESTADO. Editorial Albatros. Buenos Aires. 1954. Pp. 87.

episodios, pero el resultado fue casi idéntico en las dos grandes monarquías, unificadas y fuertes, donde culminó la victoria: Francia y España.



La doctrina no fue ajena a estos acontecimientos y las concepciones desarrolladas en la época fueron acordes con ello. Jean Bodino, por ejemplo, definió a la república como un “recto gobierno de varias familias, y de lo que les es común, con poder soberano”⁹².

Para Bodino, la soberanía podía ser definida entonces como *el poder absoluto y perpetuo de una república*. Era un poder perpetuo, puesto que, a decir de este autor, podía ocurrir que se concediera poder absoluto a uno o a varios por tiempo determinado, los cuales, una vez transcurrido este, no serían más que súbditos. Es por ello que “a quienes así ostentan el poder, no se les puede llamar príncipes soberanos, ya que solo son sus custodios o depositarios, hasta que place al pueblo o al príncipe revocarlos”⁹³.

De hecho, para Bodino: “Del mismo modo que quienes ceden el uso de sus bienes a otro, siguen siendo propietarios y poseedores de los mismos, así quienes concedan el poder sea por tanto tiempo como les plazca, continúan, no obstante,

⁹² Bodino, Jean. Citado por: Flores Oea, Víctor. *Op. cit.* Pp. 78.

⁹³ *Ibidem.* Pp. 84.



en posesión del poder y la jurisdicción, que los otros ejercen a título de préstamo, o en precario”⁹⁴.

Sobre la segunda parte de la definición que ofrece, Bodino señala que las palabras *poder absoluto* implican que el “pueblo o los señores de una república pueden conferir pura y simplemente el poder soberano y perpetuo a alguien para disponer de sus bienes, de sus personas y de todo el Estado a su placer, así como de su sucesión, del mismo modo que el propietario puede donar sus bienes pura y simplemente, sin otra causa que su libertad, lo que constituye la verdadera donación”⁹⁵.

De esta forma, para Bodino, “la soberanía dada a un príncipe con cargas y condiciones no constituye propiamente soberanía, ni poder absoluto, a no ser que las condiciones impuestas al nombrar al príncipe deriven de las leyes divina o natural, que este no puede contravenir. Por ello, uno de los poderes principales del titular de la soberanía es dar leyes sin recibirlas de otro y sin más límites que los que se han señalado”⁹⁶.

⁹⁴ *Ibidem*. Pp. 85.

⁹⁵ *Ibidem*. Pp. 87.

⁹⁶ *Ibidem*. Pp. 87.

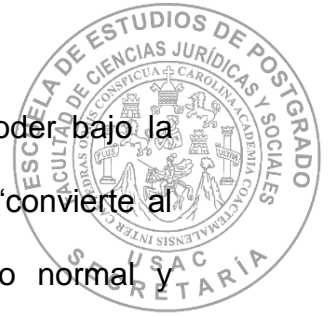


Así se empieza a concebir la idea de soberanía que irá cambiando con el paso del tiempo y que acompañará la idea del poder constituyente. Una prueba de los cambios en la concepción de la soberanía es la teoría del contrato social de Rousseau. Para él, los hombres no pueden subsistir en Estado primitivo, pues los obstáculos que impiden su conservación en el estado natural, superan las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en él y, debido a que no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino solo dirigir y unir las que existen, no tienen otro medio de conservación que el de formar por agregación una suma de fuerzas capaz de sobrepujar la resistencia, de ponerlas en juego con un solo fin y de hacerlas obrar en unidad y de conformidad.

“Esa forma de asociación que defiende y protege con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedece sino a sí mismo y permanece libre, encuentra su fundamento, para Rousseau, en *El contrato social*”⁹⁷.

Las cláusulas de este contrato, para el autor ginebrino, si son bien estudiadas pueden reducirse a una sola: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera, porque, primeramente, dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos; y siendo igual, ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás.

⁹⁷ De la Cueva, Mario. *Op. cit.* Pp. 315.



De esta forma, cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general y este acto de asociación “convierte al instante la persona particular de cada contratante, en un cuerpo normal y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, la cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad”⁹⁸.

De esta forma, la asociación implica que cada individuo se encuentra obligado por una doble relación. Por un lado, como miembro del soberano con los particulares y, por otro, como miembro del Estado para con el soberano. La importancia del cuerpo del pueblo es tal para Rousseau, que incluso señala que no hay ni puede hacer ninguna especie de ley fundamental obligatoria para este. Y es que el soberano, por la sola razón de serlo, será siempre lo que debe ser debido a que, al estar formado el cuerpo soberano por los particulares, no tiene ni puede tener interés contrario al de ellos.

El pacto social, por tanto, encierra tácitamente el compromiso de que, cualquiera que rehúse obedecer la voluntad general, será obligado a ello por todo el cuerpo, lo que no significa otra cosa sino que se le obligará a ser libre. De esta forma,

⁹⁸ *Ibidem*. Pp. 316.



Rousseau entiende a la soberanía como “el ejercicio de la voluntad general y, en virtud de ello, esta no podrá enajenarse”⁹⁹.

En este punto se desarrolla uno de los planteamientos más importantes de la idea de soberanía que sostiene Rousseau: “Dado que el soberano no es más que un ser colectivo, no puede ser representado sino por él mismo, lo que implica que el poder se transmite, pero no la voluntad”¹⁰⁰.

Otra de las características que para Rousseau está ligada a la soberanía es su indivisibilidad. En efecto, para el autor de *El contrato social* la soberanía es indivisible, por la misma razón que es inalienable; porque la voluntad es general, o no lo es; en el primer caso la declaración de esta voluntad constituye un acto de soberanía y es ley; en el segundo, no es sino una voluntad particular o un acto de magistratura; un decreto a lo más.

Sin embargo, como señala Pedro Salazar, aun cuando Rousseau rechaza la división de la soberanía, “acepta la división de poderes en órganos diferentes y

⁹⁹ Rousseau, Jean Jacques. *Op. cit.* Pp. 147.

¹⁰⁰ *Ibidem.* Pp. 150.

expresamente sostiene que el legislador es el órgano que encarna al poder supremo”¹⁰¹.



Esta aceptación de la representación, no obstante, puede ser considerada bajo la óptica rousseauiana como un mal necesario, pues supone una derogación enojosa del principio de la soberanía del pueblo.

Al contrario de lo que sucede con Rousseau, Emmanuel J. Sieyés considera a la representación como la base de toda la organización estatal. Para este autor, cuyo influjo se refleja de manera importante en los textos constitucionales franceses, la soberanía se encuentra en la nación. Si para Bodino, la soberanía residía en la facultad de emitir normas, en la inteligencia de que la instancia soberana (que a su entender era el monarca francés) no se hallaba ligada por ninguna norma jurídica (ya fuera de sus antecesores o emitida por ella misma), para Sieyés esta facultad se encontraba en la nación, que “en tanto soberana se colocaba *supra leges* y permanecía *legibus solutus*”¹⁰².

En su obra *¿Qué es el tercer Estado?*, Emmanuel J. Sieyés señala que la nación existe ante todo y el origen de todo, por lo que su voluntad es siempre legal; es la ley misma. Antes de la nación o por encima de ella, para el abate francés, no hay

¹⁰¹ Salazar, Pedro & Carbonell, Miguel. DERECHO CONSTITUCIONAL. UNAM. México. 2005. Pp. 125.

¹⁰² Sieyés, Emmanuel. ¿QUÉ ES EL TERCER ESTADO? UNAM. México. 1983. Pp. 87.



más que el derecho natural; por tanto, “si se quiere tener una idea justa de las leyes positivas que no pueden emanar más que de su voluntad es necesario considerar, en primer lugar, las leyes constitucionales, que se dividen en dos partes: las que regulan la organización y funciones del cuerpo legislativo y las que determinan la organización, así como las funciones de los diferentes cuerpos activos”¹⁰³.

Estas leyes son llamadas fundamentales, no en el sentido de que pueden llegar a ser independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y obran gracias a ellas no pueden tocarlas ni violarlas. Por ello, la Constitución, en cada una de sus partes, no es obra de un poder constituido, sino del poder constituyente.

Y es que para Sieyés: “Ninguna clase de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de la delegación. En este sentido, las leyes constitucionales son fundamentales. Las primeras, o sea las que establecen la legislatura, son fundadas por la voluntad nacional, con anterioridad a toda Constitución; forman el primer peldaño de ella. Las segundas deben ser establecidas por una voluntad

¹⁰³ *Ibidem*. Pp. 91.

representativa espacial. Así, todas las partes del gobierno se corresponden y dependen en último análisis de la nación”¹⁰⁴.



De hecho, para Vanossi, “existen tres etapas en el pensamiento de Sieyés ligadas a la formación de la sociedad políticas que corresponden al principal verbo que conjuga la comunidad en cada momento. En la primera, la nación es (estado de naturaleza); en la segunda, la nación hace (voluntad general), y en la tercera, la nación hace hacer al gobierno creado por ella (representación política), llegando así a la Constitución”¹⁰⁵.

Uno de los principales méritos de Sieyés es concebir al poder constituyente como “un atributo indivisible, inalienable e imprescriptible de la nación soberana y distinguirlo de los poderes constituidos”¹⁰⁶. Para él, hay una relación indisoluble entre la idea de la soberanía de la nación y la superioridad del poder constituyente. Esto significa que la prueba de que la nación es soberana es que ella es titular al poder constituyente.

Por lo tanto, si en la Constitución la nación delega parte de su potestad a las diversas autoridades constituidas, se reserva siempre para ella el poder

¹⁰⁴ *Ibidem*. Pp. 106.

¹⁰⁵ Vanossi, Jorge R. *Op. cit.* Pp. 93.

¹⁰⁶ Sieyés, Emmanuel. *Op. cit.* Pp. 114.

constituyente, con lo que se preserva la unidad originaria del poder, la que se manifiesta en el ejercicio del derecho de modificar la Constitución.



De esta forma Sieyès logra la conciliación entre dos principios aparentemente irreductibles, “el de la indivisibilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad de la soberanía, con el de la división de poderes”¹⁰⁷.

Esta distinción entre poder constituyente y poderes constituidos tiene mayor trascendencia teórica y constitucional y algunas de sus consecuencias son, como señala Pantoja, las siguientes:

- a) “Si la soberanía se encuentra, desde el punto de vista de su ejercicio, dividida y repartida separadamente entre las diversas autoridades constituidas, su unidad indivisible, por lo contrario, se encuentra mantenida originalmente en la nación, fuente constituyente única y común de todos los poderes públicos.
- b) Al guardar la nación entre sus manos el poder constituyente, no podría estar ligada por la Constitución.

¹⁰⁷ *Ibidem*. Pp. 118.

- c) A ella están sometidas las autoridades constituidas, pero no la instancia soberana, quien siempre será dueña de cambiarla”¹⁰⁸.



De esta distinción deriva también la diferenciación entre la norma constitucional y la ordinaria. En este punto, a decir de David Pantoja: “La oposición con Rousseau es evidente, pues para el ginebrino tanto la ley constitucional como la ordinaria son una manifestación de la voluntad general y, por tanto, es el pueblo al que corresponde enunciarla imperativamente sin importar su objeto y consecuentemente no existe diferencia entre poder constituyente y autoridad legislativa, debido a que en todo los casos es el soberano el que interviene”¹⁰⁹.

2. PODER CONSTITUYENTE Y PODERES CONSTITUIDOS

La distinción entre poder constituyente y poderes constituidos establecida por Sieyés sirve para encontrar diferencias entre ellos. Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona señalan tres principales:

¹⁰⁸ Pantoja Morán, David. LA IDEA DE SOBERANÍA EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO. UNAM. México. 1976. Pp. 138.

¹⁰⁹ *Ibidem*. Pp. 142.



- a) “De naturaleza. Mientras el poder constituyente es, en cuanto a su naturaleza creador, los poderes constituidos son creados.
- b) Cronológica. El poder constituyente es anterior y los constituidos son posteriores.
- c) Funcional. El poder constituyente tiene por tarea hacer la Constitución y los poderes constituidos gobernar”¹¹⁰.

A estas diferencias puede agregarse que: “Mientras el poder constituyente es un poder de decisión, los poderes constituidos son poderes de ejecución; si el constituyente es un poder originario, los constituidos son derivados y si el primero no tiene límites jurídicos, estos son limitados y determinados en su forma y actividad”¹¹¹.

A manera de conclusión se afirma que la soberanía del poder constituyente originario si bien absoluta, es transmitida al poder constituyente derivado, con los límites necesarios para la realización de sus funciones, si bien es discutible si puede desbordarlos o no y por cuales razones.

¹¹⁰ Fix-Zamudio, Héctor & Valencia Carmona, Héctor. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO Y COMPARADO. Editorial Porrúa. México. 1999. Pp. 167.

¹¹¹ *Ibidem*. Pp. 170.

CAPÍTULO IV

LOS LÍMITES A LA SOBERANÍA DEL PODER CONSTITUYENTE



En el presente capítulo se pretende analizar cuáles son los límites del poder constituyente en el ejercicio de sus funciones, qué clase de límites puede imponerse al o autoimponerse el poder constituyente y cómo funcionan dichos límites en la práctica de las funciones de este.

1. LÍMITES

Pese a que se afirme que el poder constituyente originario está desligado de condicionamientos y de normas, estos pueden existir.

- a) Topes normativos. El supuesto más frecuente es el de las reglas de derecho internacional. En tal sentido, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (1932) dijo en el caso de trato de los súbditos polacos en Dantzing, que “un Estado no puede invocar frente a otro su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el

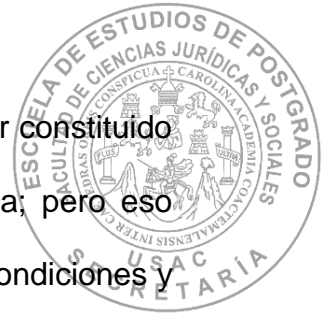
derecho internacional o los tratados en vigor”¹¹². Y aquel Tribunal Permanente no distinguió entre Constituciones sancionadas por un poder constituyente derivado o uno originario.



Tales condicionamientos, provenientes del derecho internacional y también del derecho comunitario (cuando el país del caso forma parte de agrupamientos regionales con derecho supranacional), son, de índole normativa, y se plasman en documentos (tratados, declaraciones, convenios, protocolos, normas de derecho consuetudinario internacional, etc.), que sujetan el comportamiento de ese Estado, incluso en su poder constituyente.

Por ejemplo, la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) recorta al poder constituyente revolucionario que pretendiera actuar en uno de los Estados signatarios de la Convención, dado que su artículo 2.º puntualiza que los Estados miembros “*se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales... las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*”.

¹¹² Tribunal Permanente de Justicia Internacional, Citado por: Boffi Bogero, Luis María. LA LLAMADA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR ACTO PROPIO O SUBJETIVA. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá. 1978. Pp. 11.



Es cierto que el poder constituyente de un Estado signatario o el poder constituido habilitado al efecto podría retirarse de la Convención, denunciándola; pero eso solo sería normativamente posible para el futuro, y dentro de ciertas condiciones y plazos, según el artículo 78 del Pacto.

Desde luego, un poder constituyente originario podría declararse exento del cumplimiento de las normas internacionales en derecho positivo internacional, generando a su vez serias responsabilidades al Estado del caso. De hecho, una hipótesis como esta es casi inimaginable. “El fenómeno de la planetización de los Estados, o de la federalización de las naciones, como lo llamó Aramburo Menchaca, ha acelerado de tal modo la red normativa internacional, que la supremacía de la Constitución local se encuentra profundamente retocada y domesticada por el derecho positivo internacional”¹¹³.

Por lo expuesto, quien ejerza el poder constituyente originario no podría ejercer funciones judiciales, a tenor del artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹¹³ Sagués, Néstor P. DESINTEGRACIÓN DE LA SOBERANÍA. En: ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Editorial Driskill. Buenos Aires. 1987. Pp. 298.



- b) Topes fácticos. En la dimensión existencial del mundo jurídico-político, ningún poder constituyente originario tiene potencia ilimitada para actuar. Ninguno es incondicionado, todopoderoso, o, si se quiere, absolutamente libre. Desde el punto de vista normativo podrá decirse que una asamblea constituyente fundacional está habilitada para darle a un país la Constitución que ella desee; pero en el ámbito de los hechos tal afirmación sería notoriamente falsa. Nadie puede hacer todo lo que quiera.

Siempre en el área fáctica, los condicionamientos del poder constituyente originario derivan primero de factores internos a ese poder. Así, del peso político cuantitativo y cualitativo de los partidos o grupos que conforman la convención, cuando el sujeto constituyente es una asamblea (nada mejor, como ejemplo de ello, los avatares de las asambleas francesas durante el período revolucionario que principia en 1789).

Naturalmente, las cualidades carismáticas de algunos de los protagonistas del proceso constituyente son también decisivas, así como sus limitaciones personales (de tipo psíquico, de información y de cultura jurídico-política).

En este orden de ideas, no puede desconocerse que la ignorancia o la defectuosa noticia de quienes manejan el poder constituyente con relación a determinadas

instituciones o figuras jurídicopolíticas produce, forzosamente, la exclusión o el mal tratamiento de ellas en el texto constitucional.



Por lo demás, el sujeto constituyente es algo inmerso en una sociedad concreta. Está, pues, limitado y al mismo tiempo alimentado por una estructura económica, política, religiosa y cultural que lo determina (y no solo influye) en su comportamiento, de modo consciente y subconsciente. “Una complicada madeja de creencias sociales, intereses patrimoniales, prejuicios, tabúes y fobias colectivas, así como de hábitos, tradiciones, actitudes, temperamentos y mentalidades enclaustran en buena medida la gestión constituyente, aun la del poder originario. La psicología social y la sociología política pueden aportar aquí contribuciones decisivas para aclarar el margen efectivo de discrecionalidad de quien pretenda ejercer esta potestad”¹¹⁴.

Desde luego, entre los factores que inciden en el ejercicio del poder constituyente originario cabe subrayar la gestión de los factores del poder y de los grupos de presión, así como el consenso social respecto de la labor del constituyente. Si la decisión del poder constituyente originario carece de respaldo social, al menos de los poseedores de los mecanismos de coerción, no habrá vigencia del orden constitucional sancionado, y la operación constituyente, originaria o derivada, habrá seguramente fracasado.

¹¹⁴ Melo, Artemio L. COMPENDIO DE CIENCIA POLÍTICA. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1983. Pp. 149.



En tal sentido, cabe alertar que el poder constituyente originario cuenta teóricamente con una enorme dosis de poder jurídico-político, pero que ella es esencialmente efímera, porque una vez concluida la tarea constituyente, su eficacia real dependerá por lo común de otros sujetos (los poderes constituidos como operadores de la nueva Constitución, la sociedad), ya que el órgano constituyente casi siempre se disuelve o deja de operar.

Estos operadores son los reales protagonistas del derecho constitucional posterior a la gestión constituyente originaria. Para ellos, el texto constitucional resulta más una propuesta que una orden, ya que las desviaciones o los incumplimientos al mandato constitucional solo son sancionables precisamente por esos mismos operadores.

El constituyente originario podrá decir lo que quiera; pero la aplicación de sus mandatos será efectuada y controlada por otros actores que a menudo olvidan, arreglan, corrigen, adaptan y transgreden según sus propios deseos, el discurso del sujeto constituyente. La voluntad de seguimiento del operador constitucional es pues decisiva para dar eficacia a la potencia constituyente originaria.



Paralelamente, siempre hay condicionamientos externos al sujeto constituyente. Por ejemplo, otros Estados, empresas multinacionales, *lobbies* de magnitud supranacional, movimientos y fuerzas políticas internacionales, etc., que vigilan el proceso constituyente local y que de vez en cuando pretenden –y no sin cierto éxito– interferir en él.

- c) Topes axiológicos. En el plano de los valores existen profundas limitaciones al poder constituyente originario (y desde luego, al derivado). Los valores se plasman en doctrinas e ideologías políticas, que procuran organizar la sociedad de un modo o de otro, y que naturalmente repercuten en la Constitución, que al final de cuentas es un instrumento de gobierno. Valores e ideologías indican qué debe y qué no debe disponer el constituyente.

Por ejemplo, en la concepción cristiana la gestión del poder constituyente debe subordinarse y servir a la idea de bien común público temporal nacional, y reconocer la primacía del derecho natural sobre el derecho positivo. Desde una perspectiva liberal, se insistirá en el predominio del valor libertad. Para el pensamiento socialista, el valor relevante será el de igualdad.

Por supuesto, todo poder constituyente originario está imbuido de ideologías que tienden a prevalecer unas sobre otras y que determinan en una porción decisiva el

producto final del sujeto constituyente. No existe una Constitución desideologizada. Las hay con techo ideológico único o con techo ideológico múltiple (esto último cuando la Constitución es una transacción entre diferentes corrientes ideológicas), aunque ninguna está ideológicamente esterilizada.



Pero, además, una Constitución que fuese contra las valoraciones sociales perdería allí legitimidad o justificación y, de ahí, estímulo para su acatamiento. Lo más probable es que sus operadores futuros reaccionarán contra ella incumpléndola o desnaturalizando sus cláusulas no legítimas.

Más todavía, según la concepción cristiana, “una norma o Constitución injusta, incompatible con la ley divina y la ley natural, aunque venga impuesta con la revolución y cuente con asentimiento comunitario, no debe ser obedecida”¹¹⁵. Sería en tal caso derecho propio, no cumplible.

2. TOPES NORMATIVOS

Siendo un poder sometido al derecho positivo en vigor, el ejercicio del poder constituyente derivado o reformador cuenta con reglas constitucionales e

¹¹⁵ Bidegain, Carlos M. CUADERNOS DEL CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Tomo IV. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1975. Pp. 21

infraconstitucionales que regulan su desenvolvimiento. Esas reglas pueden ser de tiempo, de lugar, de contenido y de procedimiento.



2.1 LÍMITES DE TIEMPO. CLÁUSULAS EXPLÍCITAS TRANSITORIAS PROHIBITIVAS DEL PODER CONSTITUYENTE

Algunas veces la Constitución impide su enmienda durante un periodo determinado. Prohibiciones de tal tipo se registran las Constituciones de Francia de 1791 (por cuatro años), Paraguay de 1957 (diez años, para la reforma total), Grecia de 1927 (por cinco años), España de 1812 (por ocho años), Colombia de 1881 (diez años), etcétera.

La Constitución de Portugal de 1976, en su artículo 291, precisó que no podía enmendarse durante la vigencia del estado de sitio o de excepción, y la de Luxemburgo, durante una Regencia (artículo 115). La Constitución de Bélgica prohíbe las reformas en tiempo de guerra o cuando las cámaras no pueden reunirse libremente en el territorio federal (artículo 196).

Curiosamente, ciertas Constituciones han impuesto reformas obligatorias en plazos determinados. Así, en el artículo 125 de la Constitución de Polonia de 1921, que decía: “Cada veinticinco años, a partir de la votación de la presente



Constitución, la ley constitucional debe ser sometida a una revisión por la Dieta y el Senado, reunidos a este efecto en Asamblea Nacional y estatuyendo por mayoría ordinaria”.

A. Períodos de validez de la actuación del poder constituyente

Otro recorte cronológico a la gestión del poder constituyente derivado ocurre cuando la Constitución preexistente impone un término concreto de actuación o habilita a un cuerpo del Estado a fijárselo. “Por ejemplo, el artículo 222 *in fine* de la Constitución de la Provincia de Mendoza (Argentina) indica que *una vez constituida la convención, procederá a llenar su cometido dentro del término de un año, vencido el cual caducará su mandato*. La del Paraguay de la razón de fijar término a una convención constituyente no parece en principio tener mayor justificación. Aparentemente, sería ella, y solo ella, la mejor juez para decidir cuánto tiempo demanda su tarea. Sin embargo, ha habido excesos que justifican ciertas prevenciones. Como dato llamativo, puede citarse a la Provincia de La Rioja, en la Argentina, que tuvo una convención que tardó veintidós años para dictar la Constitución de 1909”¹¹⁶.

¹¹⁶ Mercado Luna, Ricardo. NOTAS DE APROXIMACIÓN PARA UNA HISTORIA CONSTITUCIONAL RIOJANA. En: DIARIO EL INDEPENDIENTE. Argentina. 1985. Pp. 23.



Cabe preguntarse si cuando la Constitución guarda silencio en cuando al lapso de actuación de la Asamblea Constituyente, algún órgano del Estado (en particular, quien decide la convocatoria de la Convención), está habilitado para fijarle ese término.

Cuando la Constitución dispone un término para la actuación del poder constituyente derivado, o permite a alguien determinarlo, obvio es que el asunto está definido. ¿Pero cuál es la situación si la Constitución no dice nada? Tres tesis se han vertido sobre este interrogante.

- a) Una afirma que el poder convocante está habilitado para regular el tiempo de la asamblea constituyente. “El poder de convocar involucraría así la facultad de determinar el marco de gestión de la convención, en materias, lugar, plazos, etcétera. Estas atribuciones serían una facultad o poder implícito del órgano convocante”¹¹⁷.

Se ha añadido, en tal sentido, que si la convocatoria es dispuesta, verbigracia, mediante una ley, ella refleja la voluntad del pueblo, a la que debe someterse la asamblea constituyente; y que si el electorado ha aceptado las condiciones de la convocatoria, con la limitación temporal establecida, razón de más para

¹¹⁷ Bas, Arturo. EL DERECHO FEDERAL ARGENTINO. Tomo I. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1927. Pp. 228.



obedecerla. Se añade que “la Asamblea Constituyente es un poder constituido y no un poder constituyente originario y, por ende, tiene que subordinarse al ordenamiento jurídico previo a ella, determinado por ejemplo en la ley de convocatoria, además de lo que la Constitución disponga”¹¹⁸.

- b) La otra doctrina se basa en el contraargumento de las facultades o poderes implícitos de la Convención constituyente. El tiempo para que esta sesione, cuando no está previsto por la Constitución, sería cosa exclusiva de la asamblea, como algo natural y propio para que ella cumpla con su cometido. Dicho de otro modo, la Convención, como cualquier órgano del Estado, cuenta con aquellos poderes tácitos necesarios para ejecutar sus funciones, siendo como es un cuerpo independiente en su gestión.

“Para esta posición, si el órgano convocante fija un plazo para el trabajo constituyente sin que la Constitución lo autorice expresamente, tal decisión podría valer, a lo más, como una sugerencia o invitación para la Convención, pero no impide que esta prorrogue sus deliberaciones”¹¹⁹.

¹¹⁸ Pérez, P. Napoleón. LA VERDADERA CONSTITUCIÓN DE SANTA FE. Editorial Abeledo-Perrot. Argentina. 1932. Pp. 102.

¹¹⁹ Vanossi, Jorge R. *Op. cit.* Pp. 394.



- c) Otra corriente, intermedia, sugiere que “lo actuado por una Convención constituyente fuera del término de la convocatoria es nulo, si la ley de convocatoria expresamente le impide prorrogarlo. Pero si esta no incluye tal advertencia, la prolongación por la asamblea resultaría viable”¹²⁰.

B. Reexamen del problema

Los poderes del poder preconstituyente, en rigor de verdad, está discutiendo la cuestión de las facultades de quien ha dispuesto la convocatoria a la reforma constitucional, esto es, de quien ejerce poder preconstituyente (sobre la naturaleza y modalidades).

En tal sentido, es necesario analizar las normas constitucionales formales que pueden reglamentar el asunto, y las emergentes del derecho consuetudinario constitucional.

En todo caso, es necesario averiguar si quien cita a la Convención constituyente (o sea, el poder preconstituyente), tiene un poder de declaración, o también un poder de regulación.

- a) El poder de declaración (de la necesidad de la reforma) se limita a abrir el proceso constituyente, citando al órgano que va a realizarla,

¹²⁰ *Ibidem*. Pp. 440.



estructurándolo si la Constitución no lo hace (convocando a elecciones, estableciendo el sistema electoral) e indicando el área de reforma. El resto del procedimiento, como es lo concerniente al funcionamiento de la asamblea, tiende a perfilarse como una atribución expresa o implícita de ella.

- b) El poder de regulación incluye mucho más. En tal supuesto, el ente convocante podrá legislar sobre el tiempo de actuación de la asamblea constituyente, su lugar y hasta aspectos como las remuneraciones de los convencionales.

Para determinar cuándo el poder preconstituyente tiene poder de declaración (o no) y también poder de regulación, cabe primero ir al texto constitucional, a la real voluntad del constituyente y, sobre todo, al derecho consuetudinario existente, que bien puede haberse ocupado del asunto. En este último punto, las soluciones pueden haber sido diferentes.

Por ejemplo, “en el derecho estadual norteamericano, la práctica parece haberse inclinado a admitir que algunas Convenciones constituyentes (como las de Georgia, Illinois, Pennsylvania, Maryland y Nueva York) prorrogaron por sí solas los períodos de sesiones, no obstante lo resuelto por las leyes de convocatoria. En otros casos, en cambio, ha existido sumisión de las convenciones constituyentes a



lo resuelto por las respectivas normas de convocatoria. Cuando hubo plazo concreto, este se respetó y, probablemente, así esté definida la cuestión”¹²¹.

Ahora bien, si la ley de convocatoria fijó el plazo de actuación de la Asamblea Constituyente, pero nada dijo sobre su eventual ampliación por parte de esta (esto es, si no impide explícitamente su prórroga por la Convención), parece correcto suponer que está entre las atribuciones implícitas de la Asamblea realizar dicha prórroga, como facultad necesaria para cumplir su obra constituyente. Es la tesis más acorde con la existencia de un poder autónomo dentro del Estado, como es la convención, y la más adecuada en función del buen éxito de la gestión constituyente.

C. Efectos de la sanción extemporánea de la reforma constitucional

El asunto es complicado, salvo que lo aclare la Constitución. En este sentido, “puede recordarse el caso de la constituyente francesa de 1945 que, según la ley sobre la organización de los poderes públicos, art. 7.º, disponía de siete meses para redactar la Constitución; y si no cumplía su tarea en tal plazo, debía ser reemplazada por una nueva asamblea”¹²².

¹²¹ De la Torre, Lisandro. PODERES DE LAS CONVENCIONES CONSTITUYENTES. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1923. Pp. 36.

¹²² Burdeau, Georges. DERECHO CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS. Editorial Nacional. Madrid. 1981. Pp. 494



Ahora bien, de no estar resuelto explícitamente el tema por la Constitución, cosa que es lo más frecuente, el problema no tiene una solución dogmática. Puede pensarse, en aras del principio de funcionalidad, y para rescatar en lo posible la labor constituyente reformadora, que si la Convención resolvió algunos cambios durante el período válido de sesiones, ellos resultan también derecho válido, salvo que no puedan empalmar razonablemente con la Constitución anterior (por ejemplo, si el constituyente quiso dictar un texto constitucional nuevo). Es factible, entonces, que la nulidad sea parcial.

Interesa traer a colación, por analogía, lo resuelto por algunas Constituciones respecto del veto que el Poder Ejecutivo, en un régimen presidencialista, puede ejercitar sobre las leyes sancionadas por el Poder Legislativo. Esto, por supuesto, depende de cada Constitución, en algunos Estados, el veto parcial es posible si refiere a artículos que guardan autonomía normativa, con el resto de la ley. En Guatemala, por ejemplo, el Poder Ejecutivo no tiene poder de veto sobre lo aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente.

D. Período de validez para la instalación del poder constituyente



Ocasionalmente ciertas Constituciones disciplinan el momento a partir del cual debe válidamente congregarse este poder. Así, la uruguaya de 1966 señala: *“La Convención se reunirá dentro del plazo de un año, contado desde la fecha en que se haya promulgado la iniciativa de reforma”*.

Si la Constitución nada dice, puede discutirse que la ley de convocatoria esté habilitada para disponerlo, aunque, sin embargo, resulta sensato que así lo haga, aun contando el poder preconstituyente nada más que con poder de declaración, y a fin de poner en marcha efectiva el proceso reformista.

No es frecuente que las Constituciones castiguen con la nulidad al proceso constituyente realizado por una convención no reunida en el momento oportuno. Sin embargo, la de la provincia de Catamarca (Argentina) puntualiza: *“Si la Convención no comienza o termina su labor dentro de los plazos señalados por la ley, caducarán los mandatos de sus miembros”* (artículo 283).



Ante el silencio constitucional es claro que la infracción a la fecha inicial de reunión importa un vicio de trámite. La duda es si tal defecto debe significar la pérdida de la capacidad constituyente de la asamblea. En favor de una respuesta afirmativa puede decirse que si lo resuelto fuera de término es nulo, también podría serlo lo actuado vencido el plazo de iniciación.

Sin embargo, una cosa es la mora de la convención en reunirse y otra, no cumplir su tarea en el plazo final fijado. Lo primero importa una tardanza en congregarse. Lo segundo, significa seguir operando como poder constituyente constituido después del término válido para hacerlo, es decir, cuando se carecía ya de facultades constituyentes. El primer defecto, resumiendo, no debería, como regla, provocar por sí solo la nulidad de lo que posteriormente resuelva la convención, dentro del período hábil para sesionar.

Por supuesto, el retraso en comenzar las deliberaciones no implica ninguna prórroga en el término fijado por la Constitución o la ley de convocatoria para que funcione la asamblea.



2.2 LÍMITES DE LUGAR

No es usual que la Constitución contemple el lugar donde debe trabajar el poder constituyente derivado. Cuando este corresponde a alguno de los poderes constituidos corrientes (el Parlamento), rigen las normas constitucionales relativas a ellos. Pero cuando dicho poder constituyente se encarna en un órgano específico y distinto (por ejemplo, la asamblea o convención constituyente), el asunto es más complejo.

En ciertas ocasiones, el texto constitucional trata explícitamente el punto, imponiendo un lugar. Por ejemplo, el artículo 99, apartado 3, de la Constitución de la provincia de Jujuy (Argentina), dice: “*La convención constituyente se reunirá en la ciudad Capital de la Provincia, en el recinto de la Legislatura o en el lugar que dispusiere*”.

Algunas veces el constituyente recurre a fórmulas ambiguas, como el art. 285 de la Constitución de San Luis (Argentina), que dispone que la Convención “funciona preferentemente en la capital de la provincia” o el art. 231 de la Constitución de la provincia de Santiago del Estero (Argentina), que añade: “*Se instalará en el local de la legislatura o en el que ella misma establezca*”.

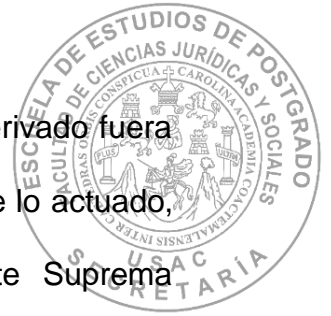


Si la Constitución no dice nada, surgen varios interrogantes. El primero es si la ley de convocatoria está habilitada para establecer ese lugar. En tal sentido, la ley 2087 de la provincia de Río Negro (Argentina) determinó que la Convención se reunirá en Viedma. La Convención, una vez congregada en tal ciudad, decidió trasladarse a otra, hecho que motivó reclamos ante la justicia, que decidió que la asamblea constituyente debía funcionar en Viedma, “y que en consecuencia se abstenga de hacerlo en cualquier otro punto del territorio provincial”.

“En la doctrina se ha juzgado muchas veces que está dentro de los poderes implícitos de las convenciones constituyentes reformadoras fijar el lugar, día y hora de reunión o cambiarlo”¹²³.

Vuelve a repetirse aquí una situación similar en cuanto al tiempo de las sesiones: si la Constitución guarda silencio sobre la sede de la Convención, y el órgano de convocatoria que ejerce el poder preconstituyente tiene facultades de regulación (y no solamente de declaración), cuenta con competencias para fijar el sitio de actuación del poder constituyente derivado. Todo ello sin perjuicio de la aparición de algún estado de necesidad que obligue a la Asamblea o Convención a cambiar el lugar de reunión.

¹²³ Bas, Arturo. *Op. cit.* Pp. 242.



¿Cuál es la consecuencia de lo resuelto por el poder constituyente derivado fuera del sitio al que fue convocado? En principio se desprende la nulidad de lo actuado, del mismo modo, por ejemplo, que una sentencia de una Corte Suprema pronunciada fuera de su sede legal o constitucional. Lo dicho, sin embargo, no impediría que lo sancionado fuera de la sede pertinente quedase convalidado en una sesión realizada por la Convención en el sitio correcto.

2.3 LÍMITES DE CONTENIDO

Existen aquí varias posibilidades de aplicación de normas de derecho y cláusulas constitucionales.

A. Normas de derecho internacional y transnacional

Se ha visto que el orden jurídico internacional y transnacional recorta las competencias del poder constituyente originario, y desde luego las del poder constituyente derivado. Esto ha sido asumido.



En otros casos, el sometimiento del poder constituyente a un tratado internacional es implícito, como ocurre con el tratado sobre el restablecimiento de Austria independiente, que para Daranas Peláez tiene “significación virtualmente constitucional para tal país”¹²⁴.

B. Límites de contenido

Son cláusulas pétreas explícitas, agravadas e inferidas. Ocasionalmente existen en la Constitución cláusulas que el poder constituyente derivado no puede cambiar válidamente. Son las normas pétreas, llamadas cláusulas de irreformabilidad o de irrevisión.

El radio de cobertura de estas cláusulas es variado. Tal vez uno de los más amplios es el contenido en el artículo 112 de la Constitución de Noruega, que impide a la reforma contravenir en ningún punto los principios plasmados en esta Constitución, sino referirse únicamente a modificaciones de preceptos singulares que no alteren el espíritu de la misma. La extensión de esta prohibición parece presentar al poder constituyente derivado de Noruega como esencialmente conservador, imposibilitado para plasmar cualquier cambio intenso en la ideología o en la estructura del país.

¹²⁴ Daranas Peláez, Mariano. *Op. cit.* Pp. 341.



En lugar de establecer interdicciones genéricas, lo común es que los textos constitucionales indiquen, cuando lo hacen, puntos específicos vedados para la reforma constitucional.

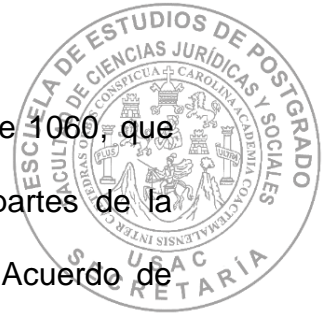
El listado más largo se encuentra probablemente en el artículo 290 de la Constitución portuguesa de 1976, que bajo el título: “Los límites materiales de la revisión”, afirmó que las leyes de enmienda constitucional tenían que respetar la independencia nacional y la unidad del Estado, la forma republicana, la separación entre la Iglesia y el Estado, los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos, los derechos de los trabajadores y de las comisiones de trabajadores y las asociaciones sindicales, el principio de apropiación colectiva de los medios principales de producción y de los suelos y recursos naturales, así como de la eliminación de los monopolios y latifundios, la planificación democrática de la economía, el sufragio universal, directo y periódico, y el sistema de representación proporcional, el pluralismo de expresión y organización política, así como los partidos políticos y el derecho a la oposición democrática, la participación de las organizaciones populares básicas en el ejercicio de la administración local, la separación e interdependencia de los órganos de la soberanía, el control de la constitucionalidad por acción u omisión, la independencia de los tribunales, la descentralización de las entidades locales autónomas, y hasta la autonomía político-administrativa de los archipiélagos de la Azores y Madeira.



Al lado de ese extensísimo catálogo de cláusulas inmodificables, otras disposiciones, como el artículo 139 de la Constitución de Italia y el artículo 98 de la de Francia, que impiden la modificación de la forma republicana de gobierno, así como la Constitución brasileña, que niega la extinción del régimen federal (artículo 47), parecen sumamente discretas.

En una posición intermedia, la Ley Fundamental de Alemania (artículo 79) declara ilícito el cambio constitucional que afecte la división de la federación en Estados, los fundamentos de la cooperación de estos en la potestad legislativa o los principios establecidos en el artículo 1.º de la Constitución (dignidad del hombre, sus derechos inviolables e inalienables, derechos fundamentales) y el artículo 20 (estructura federal, democrática y social del Estado; soberanía popular; división de los poderes y su sometimiento al derecho; derecho de resistencia a la opresión).

Es una norma parecida a la contenida en el artículo 110 de la Constitución griega. Como dato de interés, el artículo 12 de la Constitución de Irán de 1979 dispuso que la religión oficial es el Islam de la escuela yafarí de los Doce Imanes. El presente artículo es inmodificable hasta el fin de los siglos.



Otra norma curiosa es el artículo 182 de la Constitución de Chipre de 1960, que obstaculizó la enmienda, adición o derogación de los artículos o partes de la Constitución especificados en el anexo III de ella, incorporados al Acuerdo de Zurich del 11 de febrero de 1959, llamados los artículos básicos.

Daranas Peláez, comentando esta norma, la juzga insólita, ya que “su comprensión es amplísima, cubriendo supuestos que en ningún otro país se juzgan merecedores de tan drástica protección jurídica, aunque ello pudo explicarse por el peculiar y delicado equilibrio religioso-social de la isla, a la postre quebrado”¹²⁵.

Además, existen cláusulas pétreas agravadas, en el sentido de que el constituyente castiga a quien pretenda modificarlas. Por ejemplo, el artículo 239 de la Constitución de Honduras dispone que quien haya desempeñado el Poder Ejecutivo no podrá ser reelecto; y el que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos, y quedarán inhabilitados por diez años para el ejercicio de toda función pública. Este artículo fue recientemente declarado inaplicable por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Honduras, en aras de permitir la reelección de su actual presidente de la república.

¹²⁵ *Ibidem*. Pp. 652.



“Algunos autores deducen la existencia de cláusulas pétreas, aunque la Constitución no lo diga así, cuando el texto de algunas normas constitucionales se podría concluir que el constituyente desea mantenerlas indefinidamente. Se podrían llamar cláusulas pétreas inferidas. Por ejemplo, el artículo 17 de la Constitución argentina, indica: *La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino*, y el artículo 18 agrega: *Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda de tormento y los azotes*”. *La expresión para siempre, evidenciaría la intención constitucional de jamás permitir la modificación de tales directrices*”¹²⁶.

En la Constitución de Guatemala, su artículo 281 prohíbe la reforma de los artículos 140 (soberanía, forma de gobierno republicana, democrática y representativa), 141 (soberanía del pueblo), 165 inciso g) (atribución del Congreso de la República para desconocer al presidente de la república si, habiendo vencido su período constitucional continúa en el ejercicio del cargo, en tal caso, el Ejército pasará automáticamente a depender del Congreso), 186 (prohibiciones para optar a los cargos de presidente o vicepresidente de la república) y 187 (prohibición de reelección del presidente de la república), adicionando que no podrá reformarse en forma alguna toda cuestión que se refiera a la forma republicana de gobierno, al principio de no reelección para la presidencia de la república, ni restársele efectividad o vigencia a los artículos que estatuyen la alternatividad en el ejercicio

¹²⁶ Bidegain, Carlos M. *Op. cit.* Pp. 17.

de la Presidencia de la República, así como tampoco dejárseles en suspenso o de cualquier otra manera variar o modificar su contenido.



C. Cláusulas pétreas tácitas

Ciertos autores manifiestan que el poder constituyente derivado no puede abolir o alterar en su esencia determinados postulados que atañen a la identidad básica o a los fundamentos de la Constitución, aunque esta habilite formalmente su reforma en todo o en parte, como lo hizo el artículo 111 de la Constitución francesa de 1848 o el artículo 30 de la Constitución argentina.

El argumento es el siguiente: “El poder constituyente derivado o reformador, se dice, podría sustituir una o más cláusulas de la Constitución –tal vez prácticamente todas ellas, en lo que se relaciona a su redacción–, pero solo bajo el supuesto de que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución como un todo. Dicho poder constituyente, en síntesis, está en condiciones de realizar reformas, adiciones o refundiciones, pero manteniendo la Constitución; no tiene la facultad de dar una nueva Constitución”¹²⁷.

¹²⁷ Schmitt, Carl. *Op. cit.* Pp. 119.



Conforme con este punto de vista, entonces, la sustitución de una Constitución por otra básicamente distinta únicamente sería viable por acción del poder constituyente originario. El derivado, ejemplifica Schmitt, no está en condiciones de alterar las decisiones fundamentales de la Constitución; o, como dice Linares Quintana, “no puede afectar su alma o espíritu”¹²⁸.

En posición relativamente parecida, Bidart Campos sostiene que “en toda Constitución hay tramos pétreos implícitos, que podrían enmendarse, pero no abolirse (en el caso argentino, la forma republicana de gobierno, el régimen federal y la confesionalidad del Estado). La petrificación estaría dada en parte por la voluntad del constituyente y en parte porque la estructura social daría soporte a ese endurecimiento. Claro está, si las creencias sociales cambiaran fundamentalmente, el respectivo contenido pétreo dejaría de serlo”¹²⁹.

D. Validez y eficacia de las cláusulas pétreas

En realidad, es difícil admitir la tesis de las cláusulas pétreas tácitas. Si la Constitución enuncia que puede reformarse (y más todavía, si dice que la modificación puede ser en parte o en todo), no está restringiendo al poder

¹²⁸ Linares Quintana, Segundo V. *Op. cit.* Pp. 245.

¹²⁹ Bidart Campos, Germán. *TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO*. Tomo I. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1995. Pp. 111-112.

constituyente derivado en su tarea reformista. De haberlo querido hacer, nada impediría que lo advirtiese claramente, mediante el establecimiento de las cláusulas pétreas explícitas, como lo demuestran numerosas Constituciones¹³⁰



A lo más, podrían admitirse las cláusulas pétreas inferidas que se desprenden de algunas cláusulas constitucionales expresas.

Por supuesto, ciertas normas constitucionales pueden petrificarse por voluntad social, por vía de derecho constitucional consuetudinario. Si el electorado o la clase política deciden no cambiarlas al entender, por ejemplo, que hacen al estilo de vida de la comunidad en cuestión, aquellas normas subsistirán incólumes. Pero si cambian las valoraciones y creencias sociales, perderán su condición de normas rígidas y entrarán en el ámbito de las modificables.

Cabe distinguir, pues, una petrificación normativa de una regla constitucional, implantada en el texto constitucional por voluntad del constituyente histórico, de una petrificación existencial, elaborada en la dimensión sociológica de esta parte del mundo jurídico.

¹³⁰ Sampay, Arturo M. LAS FACULTADES FINANCIERAS DE LAS CONVENCIONES CONSITUYENTES. Citado por: Linares Quintana, Segundo V. *Op. cit.* Pp. 237.



Ahora bien: ¿qué decir de la validez y eficacia de las cláusulas de irreformabilidad insertadas en la Constitución formal? En su favor podría conjeturarse que aseguran una mayor perdurabilidad del sistema político. Además, la eventual petrificación de ciertos principios de derecho natural (como, por ejemplo, impedir la derogación de las cláusulas que aseguran los derechos inherentes a la persona humana), importaría constitucionalizar algunos puntos fundamentales del derecho natural, en provecho de una mejor convivencia política y social, y como antídoto contra tentaciones totalitarias o ultraliberales lesivas de la dignidad del hombre.

“Desde el ángulo normativo, también se ha sostenido que las normas de irreformabilidad son formalmente válidas, de tal modo que si el poder constituyente derivado las omite cumplir, lo resuelto sería jurídicamente inválido, por inconstitucional”¹³¹.

No obstante, “la alternativa de injertar normas pétreas en una Constitución ha merecido críticas diversas. Si son excesivas, o si aluden a asuntos contingentes y mutables (como lo referente a sistemas electorales, tipos de autonomía y descentralización, etc.), su inclusión puede enclaustrar el curso dinámico de la vida de una comunidad y fomentar, de ese modo, su incumplimiento o adulteración

¹³¹ Cueto Rúa, ¿ES POSIBLE DECLARAR INCONSTITUCIONAL UNA REFORMA CONSTITUCIONAL? En: Revista Jurídica La Ley. No. 36. Buenos Aires. 1944. Pp. 110.

mediante una interpretación mutativa contra *constitutionem* y hasta su derogación por el derecho constitucional consuetudinario (*desuetudo*)¹³².




Desde otra perspectiva, más técnica por cierto, Biscaretti Di Ruffia ha apuntado que: “Una cláusula pétrea no puede impedir su derogación *secundum constitutionem* (vale decir, respetando formalmente a la Constitución), realizando primero una reforma que borre el carácter pétreo de una norma constitucional, para más tarde abolir la norma despetrificada de acuerdo al procedimiento regular de enmienda. En realidad, apunta, una cláusula que impone la no revisión de otra tiene la misma categoría que los restantes artículos de la Constitución, y puede caer como cualquiera de ellos”¹³³.

E. Reexamen del tema

Con relación a la tesis de Biscaretti di Ruffia, puede pensarse, por el contrario, que la prohibición contenida en un precepto constitucional de reformar algo de esa Constitución, involucra la imposibilidad de eliminar tal prohibición, porque de lo contrario la cláusula de irreformabilidad carecería prácticamente de sentido.

¹³² Vanossi, Jorge R. *Op. cit.* Pp. 188.

¹³³ Biscaretti Di Ruffia, Paolo. *Op. cit.* Pp. 283.



Sin embargo, es una tesis generalmente aceptada, que una determinada generación carece del derecho de imponerle a las generaciones futuras una receta jurídico-política de convivencia, ya que el derecho natural de una comunidad a autogobernarse incluye el derecho a cambiar de régimen. Por eso, las cláusulas de irreformabilidad perpetuas pueden reputarse ilegítimas (injustas) y, por tanto, no obligatorias para el poder constituyente derivado. Una norma pétrea transitoria, en cambio, si lo es por un lapso razonable, podría contar con un mínimo de fundamento axiológico que le dé fundamento a su obediencia.

En el mismo sentido, la tesis que se ha mantenido en este trabajo es que todo poder constituyente, aun el originario, tiene límites axiológicos, como los del derecho natural. Si una norma constitucional pétrea declara irreformable el artículo que garantiza el respeto a la dignidad humana (arts. 1.º y 79, Constitución de Alemania), ese enunciado de irrevisibilidad perpetua no lesiona derecho natural alguno de las generaciones futuras, puesto que estas no están axiológicamente autorizadas a dictar una norma, constitucional o no, lesiva de aquella dignidad.

En conclusión, solamente son válidas y eficaces las reglas pétreas que enuncian derechos naturales perennes, porque no hacen otra cosa que detallar los límites axiológicos que siempre limitarán al poder constituyente originario y al derivado.



De todos modos, conviene alertar que el cupo de esos derechos perennes no debe ser irreflexivamente aumentado, puesto que el contenido de muchos derechos naturales es mutable, en función, precisamente, de la naturaleza de las cosas. Además, y desde el punto de vista de la técnica constitucional, parece aconsejable recurrir a procedimientos rígidos de reforma, a que dificulten la enmienda, antes que emplear fórmulas absolutas de petrificación.

F. Límites de contenido dispuestos por el órgano convocante o poder preconstituyente

Además de los condicionamientos que eventualmente existan en el texto constitucional, el poder constituyente derivado puede verse frente a límites de contenido establecidos por el órgano convocante de ese poder constituyente, que ejercita así una suerte de poder preconstituyente.

Esto es usual en el caso de asambleas o convenciones constituyentes, instaladas merced a una decisión previa de otro órgano del Estado (el Parlamento). La cuestión bajo examen es si la asamblea o convención puede emanciparse del temario fijado por dicho órgano preconstituyente. A veces, la Constitución dispone que la Asamblea constituyente solamente se convoca para la

reforma total de la Constitución; así, el artículo 196 de la Constitución de Costa Rica, la reforma parcial se realiza por otro órgano (la Asamblea Legislativa).



Algunas veces, atento a las discusiones habidas sobre el tema, la propia Constitución resuelve la duda, como lo hizo el artículo 226 de la Constitución del Paraguay de 1967, derogada, al disponer: “*La Convención Nacional Constituyente solo podrá considerar los puntos señalados por la Asamblea Nacional, si no hubiera sido declarada la necesidad de la reforma total*”.

Pero si la Constitución no resuelve explícitamente el asunto, este da lugar a varias opciones. Se ha expuesto ya, con referencia a la cuestión del tiempo y del lugar válido para sesionar, que si la Constitución dispone que hay un órgano convocante que ejerce el poder preconstituyente y que si este incluye el poder de regulación, y no de mera citación, está autorizado para fijar el temario de tal convocatoria. Dicho de otro modo, si la reforma es parcial, se convoca para algo, y no para cualquier cosa.

“La tesis contraria, sostenida algunas veces con el argumento de que la Convención constituyente es soberana, y que como poder constituyente es



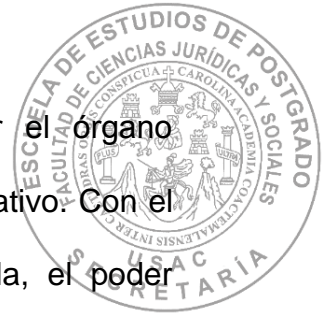
superior al poder legislativo que la convocó, no es correcta”¹³⁴. Primeramente, porque no es soberana, dado que está sometida al ordenamiento jurídico constitucional y a las normas que este prevé para el procedimiento constituyente.

En segundo lugar, porque del hecho de que posea atribuciones constituyentes, no se desprende que, como poder constituido que también es, pueda ejercer tal facultad al modo de un poder constituyente (es decir, sin trabas normativas). Su jerarquía, por lo demás, no siempre debe entenderse necesariamente superior a la de otros poderes constituidos, sino que, en un Estado de derecho, tendrá todo el hecho y dignidad que se quiera, pero solamente para el cometido de sus funciones específicas.

Quizá para reprimir tales desbordes, hay que señalar que, ocasionalmente, la propia Constitución toma sus precauciones.

Así, por ejemplo, el artículo 291 de la Constitución del Paraguay de 1992, que al hablar de la convención constituyente puntualiza: “*Se limitará, durante el tiempo que duren sus deliberaciones, a sus labores de reforma, con exclusión de cualquier otra tarea. No se arrogará las atribuciones de los poderes del Estado, no podrá sustituir a quienes se hallen en ejercicio de ellos, ni acortar o ampliar su mandato*”.

¹³⁴ Longhi, Luis R. GÉNESIS E HISTORIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO Y COMPARADO. Tomo I. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1945. Pp. 108.



“Un argumento a favor de la ampliación del temario fijado por el órgano convocante ha sido que dicho listado puede ser enunciativo, y no taxativo. Con el objeto de evitar la aplicación de esa tesis, alguna vez efectivizada, el poder preconstituyente ha optado de vez en cuando por aclarar que lo resuelto por la Convención fuera del temario de la convocatoria, es nulo, o que ciertas normas constitucionales no son materia de la convocatoria”¹³⁵.

Desde luego, bien puede ocurrir que la convocatoria haya sido en términos muy amplios, meramente enunciativos o ambiguos, de manera que una interpretación extensiva permita abarcar más asuntos que los clara y explícitamente habilitados.

En estos casos, y sin perjuicios de las aclaraciones que puedan hacerse recurriendo a los procedimientos de interpretación de las normas de la convocatoria, podría concluirse que, de subsistir las dudas, la Convención cuenta con facultades implícitas para juzgar –siempre en términos de razonabilidad– cuál ha sido la extensión de la convocatoria.

¹³⁵ Vanossi, Jorge R. *Op. cit.* Pp. 401.



G. Infracción a los límites de contenido

Si el poder constituyente derivado ha sobrepasado los límites de contenido de su tarea, al sancionar normas ajenas a las que permite reformar la Constitución o el poder preconstituyente, tal gestión desbordada es inválida.

Conviene aclarar, de todos modos, que “estos defectos de contenido en la gestión constituyente (*matters of substance*) han sido de vez en cuando reputados justiciables en la jurisprudencia estadounidense (*National Prohibition Cases*, 1920; *Lesser vs. Garnett*, 1921), aunque otras veces no, considerándose los cuestiones políticas no justiciables”¹³⁶.

Sin embargo, en algunos casos, “cuando el poder constituido trató un punto no incluido en el temario de convocatoria y sancionó una norma constitucional sobre este, terminó por convalidarse al no operar los mecanismos de control de constitucionalidad, especialmente por aplicación de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables”¹³⁷.

¹³⁶ Linares Quintana, Segundo V. *Op. cit.* Pp. 229.

¹³⁷ Vanossi, Jorge R. *Op. cit.* Pp. 402.



Cabe preguntarse si puede haber un comportamiento inconstitucional por omisión en quien ejerza el poder constituyente derivado. Por ejemplo, si se niega a considerar el temario de reformas para el cual ha sido convocado o si, entrando a conocer en él, no adopta pronunciamientos sobre alguna parte de este.

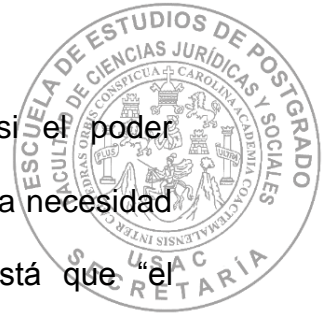
“Desde luego, puede ocurrir que la norma de convocatoria contemple ese silencio y disponga algo al respecto. Así, la ley sobre organización de los poderes públicos en Francia, del 2 de noviembre de 1945, determinó que si la Asamblea constituyente no cumplía su cometido en cierto plazo, sería reemplazada por una nueva Convención”¹³⁸.

De haber silencio en las normas de convocatoria, que es lo más frecuente, parece oportuno diferenciar varias situaciones. En principio, si la Constitución habilita a algún órgano del Estado para actuar como poder preconstituyente, lo correcto es que el poder constituyente dé alguna respuesta razonable a la convocatoria realizada según la Constitución. “Esto parece perfilar una obligación constitucional del poder constituyente derivado: la de no evadir su propia competencia”¹³⁹. Ello importa el deber de cumplir, de modo discrecional, aunque razonable, la tarea constituyente.

¹³⁸ Burdeau, Georges. DERECHO CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS. *Op. cit.* Pp. 494.

¹³⁹ Bidart Campos, Germán. LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1987. Pp. 44.

En definitiva, parece que hay inconstitucionalidad por omisión si el poder constituyente derivado no se pronuncia sobre el plan de reformas cuya necesidad de enmienda ha determinado el poder preconstituyente. Claro está que el pronunciamiento del poder constituyente derivado puede consistir tanto en aceptar la propuesta de reforma, corrigiendo las reglas constitucionales, o rechazarla, dejando las cláusulas constitucionales como estaban antes”¹⁴⁰.



Por supuesto, si el poder constituyente derivado incurre en tal inconstitucionalidad por omisión, y si no existe sanción prevista al respecto, el asunto terminará en la no sanción de las reformas.

2.4 LÍMITES PROCESALES (DE ÓRGANO Y DE TRÁMITE). CONSTITUCIONES “FLEXIBLES” Y “RÍGIDAS”

Esta célebre clasificación se basa en el tipo de mecanismo de enmienda. La distinción entre Constituciones rígidas y flexibles deriva de un trabajo de Bryce, precisamente con este título.

¹⁴⁰ Echeverría Buenaventura, S. DERECHO CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO. Tipografía Nacional. Guatemala. 1944. Pp. 640.



Según su esquema, “una Constitución es rígida si para su reforma se da alguna de estas dos alternativas: 1) solo es modificable por *alguna persona o corporación superior o con poder especial*, distinta al poder legislativo común, y 2) si puede ser modificada por la legislatura común, *pero con condiciones que le obliguen a obrar de una manera especial y diferente de la empleada en la aprobación de los estatutos ordinarios* (por ejemplo, con una mayoría especialmente calificada de votos)”¹⁴¹.

A *contrario sensu*, para Bryce la Constitución flexible es aquella que puede enmendarse por el mismo órgano y por el mismo trámite con el que se sanciona o modifica una ley corriente. Dicho de otro modo, es la Constitución sin supremacía constitucional, cuyo vigor jurídico equivale al de una ley más. “Es frecuente que se mencionen, entre las Constituciones flexibles, que generalmente son dispersas, las de Inglaterra, Israel y Nueva Zelanda, la rusa de 1918 y Constituciones que no preveían procedimientos de reforma, como la de Francia de 1814”¹⁴². Pero tales criterios merecen en alguna medida revisarse.

“Ocurre que muchas veces, pese a que una Constitución flexible puede teóricamente alterarse de igual modo que una ley común, el derecho constitucional consuetudinario ha elaborado normas complementarias que imponen trámites más

¹⁴¹ Bryce, James. CONSTITUCIONES FLEXIBLES Y CONSTITUCIONES RÍGIDAS. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1963. Pp. 94.

¹⁴² Vanossi, Jorge R. *Op. cit.* Pp. 317.



difíciles si se desea cambiar algunas normas fundamentales que se relacionan a la Constitución del país del caso. Por ejemplo, en Inglaterra, las *constitutional conventions* (costumbres) aconsejan, antes de sustituir algunos de los preceptos reputados por la sociedad como básicamente constitucionales, disolver el Parlamento y convocar a uno nuevo (con lo que, indirectamente, el cuerpo electoral está siendo consultado sobre la viabilidad de la reforma)”¹⁴³.

Eso, por un lado. Por otro, “si una Constitución no contempla un trámite de reforma, no cabe concluir sin más que ella es modificable por el poder legislativo común. Si la Constitución tiene, como regla, supremacía (es decir, como principio, si es derecho súper legal), sea porque así lo indique su articulado, sea por derecho consuetudinario constitucional, se impone naturalmente al legislador habitual, de tal modo que él no está habilitado para alterarla”¹⁴⁴. En síntesis, si la Constitución no es portadora de algún dispositivo de reforma, hay laguna constitucional y quien la enmendase estaría cubriendo por vía de integración ese vacío, siempre que fuera después respetado por los operadores de la Constitución.

Finalmente, cabe advertir que pese a que algunas Constituciones permiten creer que el poder legislativo tiene competencia para modificar la Constitución sin

¹⁴³ *Ibidem*. Pp. 184-185.

¹⁴⁴ Longhi, Luis R. *Op. cit.* Pp. 115.



mayores diferencias que una ley ordinaria, una segunda lectura del texto puede conducir a conclusiones diferentes. Por ejemplo, con relación a la Constitución rusa de 1918, su artículo 48, inciso a, declaraba atribución del Congreso Panruso de los Soviets y del Comité Central Ejecutivo, a tenor del artículo 31, las “ratificaciones, modificaciones y adiciones a la Constitución”; pero era competencia privativa del Congreso Panruso “*la determinación, modificaciones y adiciones que se hayan de hacer a las bases fundamentales de la Constitución de los Soviets*” (artículo 51, a), de tal modo que la Constitución establecía trámites diferentes según se modificase una norma cualquiera de ella o una de base fundamental.

Digamos que la mayoría de las Constituciones son rígidas, ya que casi no existen textos constitucionales que establezcan para su cambio el mismo trámite que el preceptuado para modificar una ley ordinaria. Desde luego, hay algunas más rígidas que otras, y un grupo harto difícil de cambiar, que pueden rotularse de Constituciones semipétreas, sobre la base de lo que Biscaretti di Ruffia llama “procedimientos súper agravados de reforma”¹⁴⁵.

El ejercicio del poder constituyente derivado está profundamente condicionada por todos esos límites procesales de órganos y de trámite. Su infracción puede

¹⁴⁵ Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Op. cit.* Pp. 139.

provocar la invalidez de la enmienda o revisión realizada contra ese derecho positivo formal o informal, constitucional o infraconstitucional, que regula el tema.



A. Procedimiento único y procedimientos múltiples

Procedimientos agravados. Muchas Constituciones simplifican su mecanismo de reforma y programan una sola vía de cambio, sin importar que este sea parcial o total de la ley fundamental.

Pero también es frecuente que los textos constitucionales implementen varios caminos para su modificación. Un buen ejemplo de esa multiplicidad de rutas reformistas puede encontrarse en el artículo 331 de la Constitución de Uruguay, que prevé las siguientes para la reforma total o parcial:

- a) Iniciativa popular, propuestas sustitutivas de la Asamblea General (reunión de las cámaras del Poder Legislativo), y referéndum decisorio sobre las iniciativas;
- b) Proyectos de reforma por la Asamblea General, y plebiscito;



- c) Iniciativa de legisladores o del Poder Ejecutivo, aprobada por la Asamblea General, y convención nacional constituyente, con posterior ratificación vía referéndum, y
- d) Leyes constitucionales aprobadas por una mayoría de dos tercios de cada una de las cámaras de la Legislatura, con posterior aprobación por referéndum.

En tal sentido, ocurre a menudo que las Constituciones contemplen trámites y órganos distintos de reforma, según esta sea total o parcial. Por ejemplo, la de Nicaragua de 1987. Para lo primero, actúa el Poder Legislativo ordinario, discutiéndose el proyecto en dos legislaturas. Para la reforma total, la Asamblea Nacional aprueba la iniciativa de reforma y cita a una Asamblea Nacional Constituyente (artículos 192 y 193).

“En la doctrina se divisan también los llamados procedimientos agravados de reforma. Es decir, que ciertas cláusulas de la Constitución pueden modificarse con un mecanismo más simple, y otras –desde luego, más importantes– con uno más severo o restrictivo (por ejemplo, con mayorías calificadas u órganos especiales). El artículo 67 de la Constitución de Malta, disciplina en tal sentido y con meticulosidad varias alternativas, al igual que el artículo 194 de la Constitución de

Myanmar (ex Birmania) y 368 de la India”¹⁴⁶. Algunas Constituciones disponen que la modificación de ciertos puntos está reservada solamente al pueblo.



Por su parte, Biscaretti di Ruffia habla incluso de “trámites súper agravados, cuando la adopción de ciertas reformas constitucionales demanda la conformidad expresa de algunos sujetos, como el artículo V de la Constitución norteamericana, que dice que a ningún Estado se le privará, sin su consentimiento, de la igualdad de voto en el Senado”¹⁴⁷.

B. Poder preconstituyente y poder constituyente derivado

El ejercicio del poder constituyente derivado puede contar con dos tramos: a) el preconstituyente, y b) el constituyente en sentido estricto. El primero es contingente, en el sentido de que algunas constituciones lo contemplan y otras no. El otro, por supuesto, es inevitable para que haya reforma constitucional.

Así se llama proceso preconstituyente al de convocatoria del poder constituyente derivado, y puede ser simple o complejo, según que los órganos convocantes sean uno o más. A su turno, el proceso constituyente propiamente dicho comienza

¹⁴⁶ Daranas Peláez, Mariano. *Op. cit.* Pp. 1384.

¹⁴⁷ Biscaretti di Ruffia, Paolo. *Op. cit.* Pp. 283.



a partir de quienes adoptan la decisión constituyente reformista en sí misma. También puede ser simple o complejo, conforme intervengan uno o más órganos constituyentes.

Por supuesto, “la naturaleza del poder preconstituyente dependerá del régimen constitucional de cada Estado en concreto. Si lo ejerce el Poder Legislativo al convocar una convención constituyente, se discute si es un poder legislativo más, o un *sui generis*. Idéntica pregunta podría hacerse si la facultad preconstituyente es del Poder Ejecutivo, y en tal caso el interrogante sería si importa un acto presidencial más, o uno especial”¹⁴⁸.

En rigor de verdad, la convocatoria al poder constituyente derivado parece un acto institucional singular: “Un acto preconstituyente, pero que puede estar en manos de uno o más poderes del Estado y que, por tanto, puede atravesar distintas subetapas en las que puede ser necesario el acuerdo de los órganos del Estado llamados a desempeñarlas para decidir la convocatoria”¹⁴⁹.

Si la Constitución desea dificultar el proceso de reforma, hará complejo el proceso preconstituyente. Si desea facilitarlo, lo hará simple, o incluso podrá prácticamente

¹⁴⁸ Linares Quintana, Segundo V. *Op. cit.* Pp. 275.

¹⁴⁹ Echeverría Buenaventura, S. *Op. cit.* Pp. 640.



eliminarlo. Por ejemplo, la Constitución de la Unión Soviética de 1977 permitía en su artículo 174 su modificación mediante resolución del Soviet Supremo de la URSS, adoptada por mayoría no inferior a dos tercios de los votos en cada una de las Cámaras.

C. Órganos y trámites en la etapa preconstituyente

Rigen aquí procedimientos muy diversos. En esa etapa preconstituyente participan dos tipos de sujetos:

- a) Los que tiene derecho de iniciativa, en el sentido de que son habilitados para proponer oficialmente la reforma constitucional, sin cuyo concurso, por ende, no podría realizarse.
- b) Los que deciden la convocatoria (desde luego, también son sujetos indispensables en este trámite reformista) del posterior poder constituyente derivado (generalmente, una asamblea o convención) que consumará la operación de cambio de la Constitución.

Algunos ejemplos, ya de derecho de iniciativa, ya de poder de convocatoria, son los siguientes:



a) Poder Ejecutivo

Fue el mecanismo adoptado por la Constitución francesa del 4 de agosto de 1802 (16 Thermidor, año X), cuyo artículo 56 indicaba que los senado-consultos orgánicos, que operaban la reforma constitucional, eran decididos por el Senado, pero bajo la iniciativa del gobierno, desempeñado en ese momento por tres cónsules, que ejercía así poder preconstituyente. El senado-consulta orgánico del 18 de mayo de 1804 declaró: El Gobierno de la República es confiado a un emperador, designando en tal carácter al primer cónsul, Napoleón Bonaparte. La Constitución francesa de 1870 dispuso que no podía ser modificada sino por el pueblo, bajo la proposición del emperador (artículo 44).

En tales supuestos, el poder preconstituyente del Poder Ejecutivo importa la atribución de impedir cualquier tentativa de reforma que no cuente con su iniciativa expresa. Modernamente, el Poder Ejecutivo (o, en su caso, el jefe de Estado, jefe de Gobierno, la Corona, etc.) tiene muchas veces el derecho de propuesta de enmienda, pero no monopoliza tal función, de tal modo que por lo común son varios los sujetos que pueden impulsar la modificación de la Constitución.

Así, la de Andorra dispone que la iniciativa de la reforma, puede promoverse por los dos copríncipes, conjuntamente, o por dos tercios de los miembros del consejo General, o Poder Legislativo (artículo 105).



b) Poder Legislativo

Una facultad preconstituyente es la que tiene el Congreso argentino (artículo 30), al decidir la convocatoria de una Convención constituyente.

Algunas veces es una de las cámaras del poder legislativo la que debe iniciar el trámite preconstituyente (la de Diputados, según el artículo 46, Constitución de Irlanda de 1937; la de Senadores, a tenor del antiguo artículo 30, Constitución de Argentina de 1853). En otros supuestos, es una asamblea legislativa, compuesta por las salas del Congreso, la que abre el proceso constituyente por iniciativa de sus miembros (tal era una de las vías previstas por la Constitución de Cuba de 1940, que demandaba dos tercios de los votos del número total de legisladores, reunidas ambas cámaras).

Como variantes del poder preconstituyente, dentro del área legislativa, puede mencionarse a la Constitución china de 1982, que confiere el derecho de propuesta para reformar la Constitución al Comité Permanente de la Asamblea Popular, que es un órgano del Poder Legislativo, o a más de un quinto de los diputados a tal Asamblea Popular (artículo 64). En la antigua Yugoslavia bastaban treinta diputados (artículo 399, Constitución de 1974), para presentar proyectos de reforma.



En Guatemala, el artículo 277 de la Constitución le otorga iniciativa de reforma constitucional al Presidente de la República en Consejo de Ministros, a diez o más diputados al Congreso de la República, a la Corte de Constitucionalidad y al Pueblo, mediante petición dirigida al Congreso de la República por no menos de cinco mil ciudadanos debidamente empadronados por el Registro de Ciudadanos.

c) Poder Judicial

Junto con otros órganos, la Constitución del Perú de 1979 indicaba que la Corte Suprema, por acuerdo de Sala Plena, tenía derecho de iniciativa en materia judicial (artículo 206).

d) Cuerpo electoral

Por ejemplo, en Suiza, cien mil ciudadanos pueden presentar peticiones para revisión total o parcial de la Constitución (artículos 138 y 139). En Liechtenstein bastan novecientos electores (artículos 111 y 64 de su Constitución).

Curiosamente, algunas veces se prohíbe el derecho popular de iniciativa de reforma constitucional. Así, el actual artículo 39 de la Constitución argentina puntualiza: *“No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional”*.



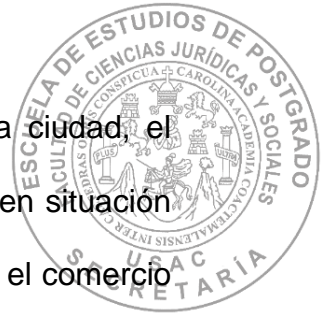
e) Provincias o Estados locales

En los Estados federales es factible que los miembros de la federación cuenten con derecho de iniciativa. La Constitución de los Estados Unidos de América señala también que la iniciativa de reforma puede practicarse por los dos tercios de las legislaturas de los Estados (artículo V).

Es muy frecuente, por lo demás, y como ya se anticipó, que el poder preconstituyente sea efectivizado por dos o más órganos. Así, el artículo 221 de la Constitución de la Provincia de Mendoza (Argentina) dispone que uno de los procedimientos de reforma se opera por la declaración de la necesidad de enmienda por la Legislatura, con los dos tercios de votos de los miembros de cada cámara. Luego de eso, se somete el proyecto de reforma al pueblo, para que vote en pro o en contra de la convocatoria de una convención constituyente. El cuerpo electoral tendrá que aprobar tal iniciativa por el voto afirmado de la mayoría de los electores. Después actuará, como poder constituyente, una convención.

La anterior Constitución del Paraguay establecía que la declaración de necesidad de reforma era pronunciada por la Asamblea Nacional, formada al efecto con las dos cámaras del Congreso, más los miembros del Consejo de Estado (artículo 220). El Consejo de Estado se integraba con los ministros del Poder Ejecutivo, el

arzobispo de Asunción, el rector de la Universidad Nacional de esa ciudad, el Presidente del Banco Central, tres miembros de las fuerzas armadas en situación de retiro, y miembros por las actividades agropecuarias, de industrias, el comercio y trabajadores (artículo 189).



D. Normas regulatorias del poder constituyente

Poder preconstituyente versus poder constituyente. El proceso posterior de la operación reformista está algunas veces disciplinado por la Constitución. Vale decir que hay normas constitucionales en juego, pero también normas que puede haber dictado el poder preconstituyente. Entre las normas que eventualmente sancione este último, están los condicionamientos de tiempo, lugar, normas reformables, etc. Pero también hay otras, concernientes a las prerrogativas de los convencionales, su remuneración e incompatibilidades.

No siempre son claras las competencias del poder preconstituyente, en cuanto la regulación que pueda hacer del poder constituyente. Algunas veces la Constitución se expide sobre el tema, indicando, entre otras causales, que las condiciones de elegibilidad, así como la determinación de las incompatibilidades de los diputados constituyentes, son fijadas por el Poder Legislativo (artículo 289, Constitución del Paraguay).



Pero pueden surgir puntos dudosos. Por ejemplo, el artículo 5.º de la ley argentina 24.309, que convocaba a reforma constitucional de 1984, determinó el régimen de votación que debía seguirse en la Asamblea Constituyente.

Un gran cupo de nuevos artículos propuestos para su modificación por el poder preconstituyente, debían –según tal ley– ser votados conjuntamente, entendiéndose que la votación afirmativa importará la incorporación constitucional de la totalidad de los mismos, en tanto que la negativa importará el rechazo en su conjunto de dichas normas y la subsistencia de los textos constitucionales vigentes.

“Gran parte de la doctrina entendió que a falta de norma constitucional que autorizarse al Congreso a actuar así, esto importaba una invasión del Poder Legislativo sobre la Asamblea Constituyente, ya que esta, como poder independiente del Estado, contaba con la facultad implícita de disponer por sí misma cómo debía votar”¹⁵⁰.

El proceso constituyente está asimismo disciplinado por las normas procesales que dicte el poder constituyente, generalmente condensadas en un reglamento

¹⁵⁰ Natale, Alberto. COMENTARIOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN. LA REFORMA DE 1994. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1995. Pp. 8.



que él mismo aprueba, y que se refiere a la incorporación y juramento de los convencionales, creación de comisiones, plan de trabajo y de las sesiones, sistemas de votación, cláusulas sobre sanción y promulgación de las reformas, etcétera.

Esto conduce al interesante y a la vez debatido tema de los poderes implícitos del poder constituyente derivado, esto es, “del conjunto de competencias necesarias que tiene para cumplimentar sus poderes expresos. Tales facultades implícitas no son discutidas por la doctrina (las tienen todos los poderes del Estado), aunque sí sus límites. En particular, el debate gira sobre los poderes financieros del órgano constituyente, tema por cierto necesario para su operatividad”¹⁵¹.

Si el poder convocante ha determinado fondos suficientes y razonables, el tema puede darse tal vez por resuelto. “Si el poder convocante no ha previsto las partidas presupuestarias del caso, parece obligado reconocer al poder constituyente facultades para cubrir ese vacío asignándose aquellos fondos”¹⁵². Si hay partidas, pero el poder constituyente las juzga insuficientes, caben las conversaciones y acuerdos para llegar a una solución. De no lograrse, la situación desemboca en un conflicto de poderes que deberá dirimirse por el órgano pertinente de control de constitucionalidad.

¹⁵¹ Aja Espil, Jorge. *CONSTITUCIÓN Y PODER. HISTORIA Y TEORÍA DE LOS PODERES IMPLÍCITOS Y DE LOS PODERES INHERENTES*. Editorial Tea. Buenos Aires. 1987. Pp. 155.

¹⁵² Sampay, Arturo M. *Op. cit.* Pp. 106.

E. Órganos y trámite en la etapa constituyente. Sistema de la convención o asamblea *ad hoc*. Otros mecanismos simples



“El primer régimen postula el ejercicio del poder constituyente por un cuerpo especial, la asamblea o convención, electo o nombrado al efecto, distinto de los demás poderes del Estado, y que opera como cuarto poder; paralelo a los órganos ejecutivo, legislativo y judicial”¹⁵³.

“La ventaja de este mecanismo, divulgado a partir de la experiencia norteamericana de diversos Estados, durante el siglo XIX, estriba en la solemnidad y prestigio que significa llamar a un cuerpo especial, formado no por los legisladores comunes, sino –como aspiración– por los hombres públicos más distinguidos de una sociedad. La especialización de su tarea sería también una garantía para el éxito de su misión, puesto que no está perturbado por otras funciones”¹⁵⁴.

Sin embargo, el régimen de asamblea o convención está hoy en retirada. En el plano sociológico, el mecanismo fue devaluado porque a menudo no se han enviado a las convenciones a los políticos más prestigiosos, sino a quienes no

¹⁵³ González Calderón, Juan A. CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Kraft. Buenos Aires. 1963. Pp. 41.

¹⁵⁴ Vanossi, Jorge R. *Op. cit.* Pp. 346.

habiendo logrado ser electos diputados o senadores, obtuvieron su puesto de convencional como una suerte de premio de consuelo. Además, la especialización del cuerpo ha sido relativa, desde el momento en que a veces se ha autorizado a integrarlo con ministros, diputados o senadores, que realizan simultáneamente (por cierto, no muy bien) ambas funciones.



“Se cuestiona este sistema, también, por lo complejo y oneroso que significa realizar comicios generales para reformar a la Constitución y para poner en marcha a un órgano diferente a los ya existentes. La reforma constitucional argentina de 1994, por ejemplo, demandó más de cien millones de dólares”¹⁵⁵. A esto se agregan ciertos costos políticos, como la –algunas veces– no tan fácil convivencia entre la Convención y el Poder Legislativo ordinario (caso de Colombia en 1991 y de Venezuela en 1999) y, ocasionalmente, entre la misma Convención y el Poder Judicial, si este interviene en la operación constituyente declarando inválidos algunos de sus actos, o revisando el trámite seguido (caso de la provincia de Tucumán, en la Argentina, 1990).

En ciertos casos, determinadas convenciones constituyentes se han ocupado de reducir el período de autoridades constituidas en ejercicio (legisladores) o quitar estabilidad a jueces, con lo que las tensiones entre la Asamblea y los otros cuerpos del Estado se han agravado. Tales decisiones son, en principio, válidas,

¹⁵⁵ Sampay, Arturo M. *Op. cit.* Pp. 107.

siempre que no excedan al margen de competencias de un poder constituyente derivado concreto y no violen normas de derecho internacional.

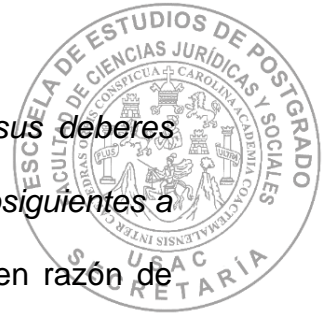


Desde otra perspectiva, se advierte también que el régimen de convención o asamblea puede conducir a una especie de semipetrificación de la Constitución, si es demasiado complejo convocarla y ponerla en funcionamiento. Por eso, algunas Constituciones optan por autorizar reformas parciales mediante el Parlamento, con o sin consulta popular después, y reservar el llamado a una asamblea constituyente solo para la hipótesis de reforma total de la Constitución.

a) Asamblea plebiscitaria

Un mecanismo constituyente singular fue el programado por la Constitución de Cuba de 1940, para los supuestos de reforma integral de la Constitución, o de su forma de gobierno, soberanía y otras materias consignadas en el artículo 286 de la ley fundamental.

Después de cumplida la etapa preconstituyente –por cierto, complicada–, debía convocarse a una asamblea plebiscitaria, la que tenía que limitarse, exclusivamente, a aprobar o rechazar las reformas propuestas por el poder



preconstituyente. La Constitución añadía: *Esta Asamblea cumplirá sus deberes con entera independencia del Congreso, dentro de los treinta días subsiguientes a su constitución.* Los delegados a ella eran elegidos por provincias, en razón de uno por cada cincuenta mil habitantes, *sin que ningún congresista pueda ser electo para el cargo de delegado.*

La integración de este organismo guarda similitudes con una Asamblea o Convención del tipo reseñado en el párrafo anterior, aunque su cometido se ceñía nada más que a consentir o rechazar lo propuesto por los órganos que actuaban en la etapa preconstituyente. Cumplía roles análogos, pues, a los que asume actualmente el cuerpo electoral convocado para un referéndum constitucional.

b) Órgano constituyente formado por el aglutinamiento de poderes constituidos

Conforme a esta modalidad, el sujeto constituyente se integra con dos o más órganos estatales ordinarios. Así, por ejemplo, el Congreso Nacional, según el artículo 489 de la Constitución de Brasil de 1969, para los supuestos de enmiendas de la Constitución. Tal Congreso Nacional, de acuerdo con dicha

norma, funcionaba en reunión de las dos cámaras legislativas (Senado y Diputados).



Este sistema, que Vanossi llama de Asamblea Nacional, tuvo quizá su expresión más conocida en Francia, según la Ley Constitucional del 25 de febrero de 1875. “La reunión del Senado y de Diputados en Asamblea constituyente formaba un cuerpo *sui generis*, distinto a la simple suma de ambos, o a la actuación conjunta de ellos”¹⁵⁶.

c) El Poder Legislativo como poder constituyente

También es factible que el órgano legislativo ordinario opere como poder constituyente, aunque casi siempre se exigen, en tal trabajo, procedimientos más complejos que los requeridos para dictar una ley común. Existen, al respecto, distintas variables:

1) Mayorías calificadas

Para algunas Constituciones basta, para reformar la Constitución, la aprobación de, por ejemplo, los dos tercios de los diputados del cuerpo legislativo (así, el

¹⁵⁶ Vanossi, Jorge R. *Op. cit.* Pp. 349.



artículo 64 de la Constitución de China de 1982, actuando un órgano unicameral, como es la Asamblea Popular Nacional). La Constitución de la Unión Soviética de 1977 también demandaba dos tercios de votos, pero de cada una de las dos cámaras que formaban el Soviet Supremo (artículo 174).

En Checoslovaquia, la ley constitucional de 1968 exigió (artículo 41) tres quintas partes de los votos de todos los diputados de la Cámara Popular, y la conformidad de, también, tres quintas partes de los miembros de la Cámara de las Naciones electos en la entonces República Checa, y los tres quintos de los miembros de la Cámara de las Naciones electos en la República eslovaca. Es evidente que, en estos casos, no requirieron mayorías calificadas respetando las representaciones locales emergentes de los dos grupos nacionales que componían la federación checoslovaca (hoy disuelta).

La Constitución de Chipre de 1962, por su parte, autorizaba en su artículo 182 las enmiendas de la Constitución mediante ley aprobada por la Cámara de Representantes, con el voto de al menos los dos tercios de los legisladores representantes de la comunidad griega (que contaba con el 70 % de los miembros de la Cámara), y de también al menos los dos tercios de los votos de los legisladores pertenecientes a la comunidad turca (que tenía el 30 % de las bancas de la Cámara, a tenor del artículo 62).



2) Doble aprobación.

Este sistema procura que la decisión constituyente sea adoptada no en una sola vez, sino al menos en dos ocasiones; esto es, que cuente con una doble lectura o doble consideración. “El objeto de ello es eliminar reformas constitucionales irreflexivas”¹⁵⁷, y se instrumenta con diversas modalidades.

En su obra especializada en el tema, Sergio Díaz Ricci denomina a estas “sistema italiano, o de la doble deliberación en el Parlamento, y sistema escandinavo, o de los parlamentos sucesivos”¹⁵⁸.

Por ejemplo, en Noruega, la enmienda de la Constitución comienza con una propuesta aprobada en un primer, segundo o tercer parlamento ordinario tras unas elecciones generales, y su posterior ratificación por un primer, segundo o tercer parlamento ordinario después de las siguientes elecciones generales (artículo 112). En Bélgica (artículo 195), el Poder Legislativo declara la necesidad de revisión de un precepto constitucional. Las cámaras son disueltas automáticamente después de la declaración, y las que resulten electas después se pronunciarán de común acuerdo con el rey sobre los puntos sujetos a la reforma constitucional. Para ello, deberán contar con un quórum de por lo menos dos

¹⁵⁷ Daranas Peláez, Mariano. *Op. cit.* Pp. 1484.

¹⁵⁸ Díaz Ricci, Sergio. *TEORÍA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL*. Editorial Ediar. Buenos Aires. 2005. Pp. 432.

tercios de sus miembros, y la decisión tendrá que aprobarse por lo menos con los dos tercios de los votos emitidos.



Es usual entonces que la doble aprobación por el Parlamento de una enmienda constitucional, se complemente con un régimen de mayoría calificada de quórum o votos.

Pero, en otros casos, el sistema de doble aprobación es más simple: la reforma debe ser aprobada por mayoría absoluta de los votos del número legal de los miembros de cada cámara, en una primera legislatura ordinaria y ratificada del mismo modo en otra primera legislatura ordinaria consecutiva. Así lo prescribía el artículo 306 de la Constitución peruana de 1979 (hoy abolida).

d) Referéndum

Una de las vías programadas por la Constitución de Francia de 1958 para reformar la Constitución fue la de iniciar el trámite por el Poder Ejecutivo, luego la votación del proyecto por las dos cámaras, y su posterior sometimiento a referéndum. Sin embargo, en 1962 y 1969 se instrumentó el proceso de enmienda directamente por iniciativa del presidente con la posterior ratificación mediante referéndum, haciendo uso del art. 11 de la Constitución francesa, que autoriza al



presidente a someter a referéndum cualquier proyecto de ley que refiera a la organización de los poderes públicos. “Este procedimiento ha provocado diversas críticas que pese a todo no prosperaron, al abstenerse el Consejo constitucional de pronunciarse sobre la impugnación de inconstitucional que se le hizo”¹⁵⁹.

“La legitimidad de un referéndum constitucional exige, además de estar previsto en la Constitución otras cuestiones sometidas conjuntamente a la consulta popular; que exista un clima de intensa libertad de expresión y respeto para la discusión madura del texto constitucional en debate, como así también contar con el tiempo necesario para esa confrontación de ideas; y que haya limpieza electoral en el desarrollo y cómputo del comicio”¹⁶⁰.

e) Procedimientos complejos

De vez en cuando, la reforma constitucional se consuma por la actuación como sujetos constituyentes en sentido preciso, de dos o más órganos del Estado.

¹⁵⁹ Hauroiu, André. DERECHO CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS. Tomo I. Editorial Ariel. Barcelona. 1971. Pp. 358.

¹⁶⁰ Sagués, Néstor P. LA LEGITIMACIÓN DEL REFERÉNDUM CONSITTUCIONAL. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1997. Pp. 355.



1) Poder Legislativo y referéndum

Como antecedente, se puede mencionar también a la Constitución de Estonia de 1920, donde el proceso constituyente corría a cargo de la iniciativa popular o de la Asamblea Nacional, pero era el cuerpo electoral quien decidía por referéndum. Los proyectos de revisión debían hacerse públicos tres meses antes del referéndum (artículos 87 a 89).

Puede mencionarse después el caso de la Constitución de Irlanda (artículo 46), con la aclaración de que la iniciativa de reforma debe originarse en la Cámara de Representantes, aprobarse más tarde por referéndum y finalmente promulgarse por el presidente, una vez examinada por él la regularidad del trámite constitucional de enmienda.

El sistema español (artículo 167, Constitución) implementa un referéndum eventual, para los casos de reforma parcial. En primer lugar, se advierte que los proyectos de reforma constitucional tienen que ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las cámaras. De no lograrse ello, se formará una comisión bicameral para lograr un texto compatibilizado y consensuado por las dos salas del Parlamento. De no obtenerse la aprobación por ese camino, la enmienda puede concretarse con el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado y por mayoría de los dos tercios en diputados. Acordada la reforma de este modo, es sometida a referéndum para su ratificación popular, cuando lo

solicite una décima parte de los miembros de cualquiera de las cámaras



En cambio, si la reforma es total (o una parcial que afecte a las normas a que alude su artículo 168, reputadas por el constituyente de significativa importancia), el sistema concluye en un referéndum obligatorio: aprobada la iniciativa de reforma por los dos tercios de cada cámara, se disuelven las Cortes. El nuevo Parlamento tendrá que ratificar el nuevo texto constitucional propuesto y aprobarlo por mayoría de los dos tercios de cada cámara, hecho lo cual se lo somete a referéndum.

En otros países, el recurso al referéndum es obligatorio en un caso, y prohibido en otro. En Italia, por ejemplo, las leyes de revisión de la Constitución requieren una doble aprobación parlamentaria, con dos votaciones sucesivas en un intervalo no menor de tres meses, y con mayoría absoluta de votos en cada cámara, en la segunda votación. Son sometidas a referéndum cuando a los tres meses siguientes de su publicación así lo peticionen una quinta parte de los miembros de una Cámara, o 500 000 electores, en cinco consejos regionales. Pero no habrá referéndum, sí en la segunda votación, la norma en cuestión hubiese sido aprobada por una mayoría de dos tercios de los componentes de cada Cámara.

2) Poder Legislativo. Poder Ejecutivo. Referéndum. Un caso de interés fue el propiciado por el artículo 149 de la Constitución de Ecuador de 1993.



Conforme a este, los proyectos de reforma constitucional requerían el voto de, por lo menos, las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Congreso nacional. Aprobado el proyecto, en dos debates, se remitía al presidente de la república para su dictamen. Si estaba de acuerdo, la reforma se promulgaba.

Pero el presidente, dentro del plazo de noventa días, podía someter a consulta popular los proyectos de reforma; en ciertos casos, si dicho proyecto fuese por iniciativa del propio presidente, y hubiera sido rechazado total o parcialmente por el Congreso; o si habiéndose sancionado por el Congreso, el presidente no lo aprobaba. El pueblo, por medio de referéndum, actuaba aquí como árbitro del conflicto entre el presidente y el Congreso.

3) Poder Legislativo y monarca

Aunque no es fácil hallar en el Derecho actual mecanismos de ese tipo, vale la pena recordar que los artículos 94 y 95 de la Constitución de Mónaco exigen para revisar total o parcialmente a la Constitución el acuerdo entre el Príncipe y el



Consejo Nacional (Parlamento). Si la iniciativa parte del Consejo Nacional se requieren además los dos tercios de sus miembros efectivos.

Con una metodología parecida, el artículo 114 de la Constitución de Luxemburgo prevé la reforma de la Constitución de consuno entre la Cámara de diputados y el gran duque.

4) Consejo de Ministros y presidente

La Ley Fundamental de Cuba del 7 de febrero de 1959, a poco de producirse el movimiento revolucionario que derrocó a Batista, estableció un proceso de reforma confiado al Consejo de Ministros, en votación nominal, por los dos tercios de sus componentes, y con la ratificación posterior por igual votación en tres sesiones sucesivas de tal Consejo, con la conformidad del presidente de la república.

“Durante el período de vigencia de aquella Ley Fundamental (más tarde sustituida), la ratificación de referencia no fue asentada en la Gaceta Oficial, y que entre el 7 de febrero de 1959 y el 23 de agosto de 1961, hubo dieciséis reformas constitucionales”¹⁶¹.

¹⁶¹ Vanossi, Jorge R. *Op. cit.* Pp. 318.

f) Participación de las provincias o Estados locales en el proceso constituyente federal



En los Estados federales algunas veces se da la coparticipación de los Estados locales (también llamados provincias, cantones, países, etc.), en los procesos de cambio de la Constitución federal.

Por ejemplo, según el artículo V de la Constitución de los Estados Unidos de América, las legislaturas estatales tiene por un lado el derecho de iniciativa de reforma de la Constitución nacional (dos tercios de ellas pueden peticionar la convocatoria a una Asamblea constituyente). Pero, además, si las dos cámaras del Congreso federal, con los votos de las dos terceras partes de sus legisladores, deciden una o más enmiendas a la Constitución, aprobada una vez que hayan sido ratificadas (las enmiendas) por las legislaturas de las tres cuartas partes de los Estados, separadamente o por medio de convenciones reunidas en tres cuartos de los mismos, según que el Congreso (federal) haya propuesto uno u otro modo de hacer la ratificación.

En México, el procedimiento es todavía más simple: las adiciones o cambios a la Constitución federal se operan primero por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes en el Congreso federal, y después, por su aprobación por la mayoría de las legislaturas de los Estados (artículo 135). Esto ha permitido que



la Constitución mexicana, en un siglo, fuera reformada una gran cantidad de veces.

También Venezuela programó en la anterior Constitución de 1961 un complejo organigrama de enmiendas en el que participan, a nivel de iniciativa, ya de poder constituyente, los Estados (artículo 245). La Constitución suiza de 1998 establece un sistema reformativo con iniciativa popular o legislativa; y un proceso constituyente total donde participan el Poder Legislativo federal, el cuerpo electoral y los cantones. El artículo 95, en concreto, dispone que la Constitución federal revisada o la parte revisada de la Constitución entrará en vigor cuando haya sido aceptada por el pueblo y por los cantones.

g) Consecuencia de la violación de los límites procesales (de órgano y de procedimiento)

En este sentido, Kelsen indica que, “como cualquier regla jurídica creada contraviniendo las reglas procesales que determinan su sanción, una reforma constitucional implantada contra el derecho positivo preexistente es jurídicamente inválida”¹⁶². El mismo autor añade, sin embargo, que “hasta tanto no sea

¹⁶² Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO. UNAM. MÉXICO. 1969. Pp. 332

judicialmente declarada tal invalidez, la norma opuesta a la Constitución conserva validez, por voluntad de la propia Constitución”¹⁶³.



Parte de la doctrina y de la jurisprudencia es renuente a reconocer el control judicial de la invalidez de una reforma constitucional, reputando que ese problema es una cuestión política no justiciable (*political question*), cuyo análisis y determinación queda a cargo del mismo cuerpo que actuó como órgano constituyente. Desde esta perspectiva, los vicios de procedimiento de la reforma constitucional quedarían purgados si quien ejerció el poder constituyente no les presta importancia, o los da por superados. Los tribunales resultarían incompetentes para evaluar la corrección del procedimiento constitucional de reforma.

En los Estados Unidos de América, el problema ha dado lugar a distintos pronunciamientos de su Corte Suprema. En *Luther vs. Borden* (1849) se entendió que el asunto era una pregunta política, extraña al Poder Judicial. Idénticas conclusiones se desprenden de *White vs. Hart* (1871). Sin embargo, durante el siglo XX, la Corte Suprema entró a evaluar algunos aspectos del trámite de reforma constitucional, como ocurrió en los casos *Hawke vs. Smith* (1920), los *National Prohibition Cases* (también 1920), *United States vs. Sprague* (1931), *Coleman vs. Miller* y *Chandler vs. Wise* (1931). La Corte admitió que algunos

¹⁶³ *Ibidem*. Pp. 333.

aspectos del procedimiento de enmienda constitucional eran cuestiones políticas no justiciables, pero no indicó que todos ellos tuviesen tal categoría.



“En el plano de tribunales inferiores a la Corte Suprema, o estatales, el panorama es también variado. Por ejemplo, la Suprema Corte del Estado de Alabama, en *Coller vs. Frierson* (1854), declaró la invalidez de una reforma constitucional; y en 1856 la Suprema Corte de Mississippi reputó justiciable un problema análogo, en *Green vs. Weller*. En 1876, la Corte Suprema de Minnesota, en *Dayton vs. St. Paul*, decidió en igual sentido. Tribunales federales inferiores a la Corte Suprema atendieron temas de inconstitucionalidad de una reforma constitucional en *Knight vs. Sheldon* (1905) y *Anderson vs. Myers* (1910), por ejemplo”¹⁶⁴.

“En algunos países –no muchos– el control judicial de constitucionalidad de una reforma constitucional ha contado con mayor predicamento. Así, la Suprema Corte de Justicia de Colombia, en sentencia del 3 de noviembre de 1981, declaró inconstitucional el artículo 62 del decreto de reformas constitucionales de 1979, por defectos de procedimiento”¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Linares Quintana, Segundo V. *Op. cit.* Pp. 250-251.

¹⁶⁵ Fix Zamudio. REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL MEXICANO. En: MEMORIA DEL COLEGIO NACIONAL. Tomo IX. no. 4. México. 1981. Pp. 59.



En la Argentina, la Corte Suprema en *Soria c/Pulenta* (1963), concluyó que el trámite de una reforma constitucional no era en principio justiciable, salvo el supuesto de demostrarse la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de una ley, esta alternativa es de sumo interés, ya que ante la aparición de un vicio procesal que perjudicase uno de esos recaudos mínimos y fundamentales, sería viable la judiciabilidad del problema.

Precisamente, en 1999, en el caso *Fayt*, la corte declaró inconstitucional un tramo de la reforma constitucional operada en 1994, concerniente a la fijación de un plazo (el cumplimiento de 75 años) para la estabilidad de los jueces federales, al entender que la Convención constituyente se había excedido, en tal punto, del temario fijado por la ley de convocatoria a reforma (24.309) que había dictado el Congreso.

3. ¿DEBE EXISTIR CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL?



En principio, el tema parece claro: el poder constituyente reformador o derivado, si actuó inconstitucionalmente, produjo una reforma inconstitucional. Ella padecería de un vicio similar si el poder preconstituyente, o de convocatoria, incurrió también en infracción a la Constitución.

Desde luego, se habla de nulidades procedimentales graves, de incuestionable orden público, no subsanadas o insubsanables en el curso de la operación constituyente. Ciertos defectos de trámite, como, por ejemplo, el lugar de funcionamiento del órgano constituyente, distinto al previsto por el trámite de convocatoria; o la adopción de algunas decisiones con vicios en el cómputo de votos, pueden encontrar reparación en el curso del trámite constitucional, por medio de ratificaciones o convalidaciones, expresas o tácitas (por ejemplo, si el sujeto constituyente reconfirma lo actuado, y en el lugar adonde fue convocado).

Paralelamente, cabe constatar que “si ante los defectos no subsanados, o frente a los insubsanables, los órganos de control de constitucionalidad no actúan después (argumentando la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables), o si actuando, convalidan de todos modos el comportamiento inconstitucional habido

en el proceso constituyente, la reforma inconstitucional quedará constitucionalizada por una suerte de habilitación, explica la doctrina kelseniana, que está tácitamente inscrita en cualquier ordenamiento jurídico, que reputa válida a la norma inválida no anulada”¹⁶⁶.



El asunto es más grave si el defecto en el proceso constituyente surge porque un órgano no programado para realizar la reforma constitucional la consuma de todos modos. Tal sería el caso del Congreso Constituyente democrático (así llamado) del Perú, que en 1993 sancionó una nueva Constitución según un mecanismo diferente al programado por la previa Constitución de 1979; o el de la Asamblea Constituyente venezolana de 1999, no prevista por la Constitución anterior.

En tal supuesto, dicho órgano ha actuado en rigor de verdad como parte del ejercicio del poder constituyente originario, y si es aceptado por los operadores posteriores de la Constitución, lo resuelto por él significará consuetudinariamente, a partir de entonces, derecho constitucional en vigor.

Resulta preocupante observar, de todos modos, que la mayor parte de los procesos constituyentes habidos en América Latina en los últimos años han sido de tipo irregular, esto es, operados por alguien no habilitado por la Constitución

¹⁶⁶ Vanossi, Jorge R. *Op. cit.* Pp. 228.



precedente para actuar como sujeto constituyente (Chile de 1980, Colombia de 1991, Perú de 1993, Venezuela de 1999, Ecuador de 2007-2008), o con defectos en el proceso preconstituyente (Argentina, 19947; Bolivia, 2008).

En muchos casos, esos defectos procuran superarse con referéndums convalidatorios de la reforma o cambio constitucional e, incluso, como en Ecuador en 2007, además, con un referéndum previo, habilitante de la reforma (sin perjuicio del segundo referéndum, aprobatorio de ella). Tales referéndums tienen un gran peso político, sin duda, pero jurídicamente no debieran ser idóneos para purgar una transformación constitucional operada *contra constitutionem*.

“La voluntad popular no es un título suficiente para convertir lo inválido en válido, aunque, de hecho, cabe reconocer que los controles de constitucionalidad quedan generalmente bloqueados frente a dichos referéndums, por lo que el poder constituyente irregular termina –de tal modo– siendo fácticamente exitoso”¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Ságues, Néstor P. NOTAS SOBRE EL PODER CONSTITUYENTE IRREGULAR. En: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. Fundación Konrad Adenauer. 2009. Pp. 151.

4. LÍMITES FÁCTICOS DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO



Cabe repetir aquí lo dicho en cuanto a que la tarea constituyente reformadora está limitada y condicionada no solo por las normas de derecho positivo, sino también por factores de hecho como son las presiones económicas, religiosas, gremiales, castrenses, periodísticas, etc., dirigidas a los operadores preconstituyentes y constituyentes del caso. No cabe olvidar tampoco a los compromisos partidarios, el grado de desarrollo político de la sociedad y de su clase dirigente, así como las cualidades carismáticas de los líderes del lugar.

Respecto de los condicionamientos externos, son sumamente importantes las influencias de países extranjeros y, para el poder constituyente provincial, regional y municipal, los requerimientos del gobierno central.

Dentro de ese marco existencial, cuyo estudio corre a cargo de la sociología, la psicología social y la economía política, entre otras disciplinas, interesa subrayar que el proceso constituyente reformador se despliega muchas veces con un alto índice de interés social y, en otras, con una cuota preocupante de apatía comunitaria. A su vez, Frías manifiesta que: “De vez en cuando la reforma

constitucional parece ser el patio de juego de la clase política, vale decir, un fenómeno ajeno al sentir popular”¹⁶⁸.



En tal situación, una reforma constitucional a oscuras o casi ignorada por el pueblo (se han visto deliberaciones de asambleas constituyentes a las que concurría nada más que un puñado de espectadores) corre el serio riesgo de concluir en una Constitución impuesta, y no en una Constitución de origen democrático. No obstante, si el texto en cuestión es útil, adquirirá consenso y legitimación con su puesta en marcha.

5. LÍMITES AXIOLÓGICOS

También cabe remitirse a lo señalado respecto de las limitaciones que, en materia de valores, tiene el poder constituyente en general. Él no está habilitado para pronunciar normas constitucionales disvaliosas, en definitiva ilegítimas (injustas, desigualitarias, insolidarias, opuestas a la paz y al orden, etcétera).

Importa advertir aquí, que además de los principios clave del derecho y de la política, el poder constituyente derivado puede contar con otros límites axiológicos

¹⁶⁸ Frías, Pedro. DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL. Editorial DePalma. Buenos aires. 1985. Pp. 59.

específicos. Si ese poder es convocado para modificar nada más que algunos aspectos instrumentales o técnicos de una Constitución (el número de ministros, régimen electoral, trámite legislativo), se halla también condicionado por el techo ideológico de la Constitución que debe enmendar.



Si se incursiona también en cambios doctrinarios, de hecho está incurriendo en contrabandos ideológicos, que a más de importar un exceso en la tarea constituyente, pueden provocar después desconciertos o ambigüedades para los operadores de la Constitución.

El contrabando constituyente –normativo o axiológico– se produce cuando, so pretexto de enmendar una cláusula constitucional para la cual está convocada a modificar, la convención introduce en realidad otras reglas constitucionales para las cuales no fue llamada a reformar.

Distinto es el caso que el poder constituyente derivado sea llamado con la posibilidad de dictar una nueva Constitución, sin que haya previas cláusulas pétreas a respetar; o que habiéndolas, ellas resulten ineficaces.

6. LEGITIMIDAD DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO



Al igual que el poder constituyente originario, el derivado puede someterse a un doble test de legitimidad.

a) Legitimidad de origen

Aquí se alude a la justificación del título habilitante de quien reforma la Constitución y se refiere a la legitimidad formal de quien enmienda la Constitución (esto es, al cumplimiento de las reglas constitucionales y subconstitucionales preexistentes en materia de convocatoria y de la elección del sujeto constituyente reformador).

La legitimidad de origen atañe también a la integración del sujeto constituyente. Por ejemplo, una asamblea reformista nacida de un proceso formalmente democrático, pero viciado por fraudes electorales o proscripciones ilegítimas, carecería de justo acceso al poder constituyente, asumiendo así el carácter de usurpador.



b) Legitimidad de ejercicio

Nos referimos aquí al funcionamiento del sujeto constituyente, una vez puesto en marcha, y al contenido de las normas que él sancione.

Con esto se quiere significar que si las reglas aprobadas por el poder constituyente derivado se pronunciaron ilegal o ilegítimamente (con adulteración de textos, convocatorias ocultadas a miembros del cuerpo reformador, cómputo falseado de votos, etc.), o si las nuevas normas constitucionales reformadas resultan en sí injustas, el producto final de la operación constituyente deviene ilegítimo.

Por ejemplo, un derecho positivo autocrático no sería actualmente visto como título válido para ejercitar el poder constituyente (al menos por lo común), atento a las pautas sociológicas vigentes en materia de democracia y de participación popular.

Las consecuencias de la ilegitimidad de origen y de la ilegitimidad de ejercicio del poder constituyente derivado, además de la sanción social que puedan merecer, impactan en el ámbito de la obediencia de los operadores de la Constitución.



Si los vicios de legitimidad son gravísimos, es probable que la reforma sea en buena parte incumplida por esos operadores, o que genere en la sociedad actos de resistencia pasiva (desobediencia) y hasta activa (revolución), cuando se den las circunstancias excepcionales que habilitan estos recursos extremos.

7. RESPONSABILIDAD JURÍDICA DEL ESTADO POR LOS ACTOS DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO

En este punto cabe diferenciar distintas situaciones. Comenzaremos por aludir a la responsabilidad interna o nacional del Estado por sus reformas constitucionales.

a) Reforma constitucional

El primer supuesto es el de una reforma realizada constitucionalmente por el poder constituyente derivado, que reduzca o extinga derechos reconocidos por la Constitución preexistente. Esos derechos reducidos pueden ser tanto de derecho privado, como de derecho público. Así, cuando se acortan los mandatos de legisladores, o se declara extinguida la estabilidad de magistrados judiciales.



Para reprimir esa reducción, el artículo 291 de la Constitución del Paraguay determina, por ejemplo, que la Convención constituyente, con referencia a los poderes constituidos, no podrá sustituir a quienes se hallen en ejercicio de ellos, ni acortar o ampliar su mandato.

Naturalmente, si la Constitución establece algún tipo razonable de indemnización, a él habrá de estarse. El problema es si guarda silencio. Marienhoff sostiene que en tal caso “deriva la obvia necesidad de resarcir los daños que los administrados reciban en semejantes condiciones, ya que no es válido despojar a alguien de sus bienes y derechos, por la mera voluntad del Estado”¹⁶⁹.

Por el contrario, Reiriz manifiesta que: “Si la reforma ha respetado los límites de contenido y de procedimiento (si es constitucional, en resumen), no hay derecho indemnizatorio, salvo que la reforma constitucional así lo disponga. Los motivos que fundamentan esta tesis, son que nadie tiene derechos irrevocablemente adquiridos frente a una norma de orden público, y que nadie tiene tampoco derecho adquirido al mantenimiento de un orden jurídico dado”¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Marienhoff, Miguel S. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Tomo IV. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1973. Pp. 739.

¹⁷⁰ Reiriz, María G. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Editorial Eudeba. Buenos Aires. 1969. Pp. 139.



Aunque el tema es de por sí polémico y entran en juego asuntos fundamentales que se refieren a la misma convivencia humana estable y segura, cabe entender que si el poder constituyente derivado actuó constitucionalmente, y respetó además los límites axiológicos emanados del plexo de valores del mundo jurídico-político (en particular, si no ha lesionado ningún derecho natural inherente a la persona humana), lo decidido por él no le engendra al Estado responsabilidad indemnizatoria, porque la norma constitucional nueva es la fuente definitiva y suprema del derecho positivo en la que podría basarse el afectado.

Vale decir, que el fundamento jurídico del interesado está en última instancia en el precepto constitucional que pretende discutir y no en una norma constitucional que no tiene vigencia.

No obstante, cabe alertar que pueden existir reglas de derecho internacional que condicionen esa operatividad del poder constituyente derivado, y que den origen a algún tipo de indemnización (por las consecuencias de la reforma) al afectado; y que si se trata del ejercicio del poder constituyente derivado secundario (el de un Estado-miembro de un Estado federal, o de una región en un Estado regional) o terciario (del discutido poder constituyente municipal), tal reforma estaría subordinada a la observancia de los derechos reconocidos por la Constitución nacional.



De tal modo, si una provincia cercena algo tutelado por tal Constitución central (vinculado al derecho de propiedad, o a algún otro derecho de raigambre constitucional nacional), el acto sería según los casos inválido, o daría lugar a reparaciones.

Por ejemplo, si una reforma constitucional provincial acorta el mandato de un diputado, tal reducción no podría discutirse en lo que atañe a la facultad local de erigir y regular sus poderes; pero sí respecto de las remuneraciones que debería percibir ese legislador, tuteladas por la garantía federal de la protección patrimonial.

b) Reforma inconstitucional

En este supuesto, el nuevo producto normativo constitucional puede ser inválido, en la medida en que el poder constituyente derivado actuó contra los límites de tiempo, espacio, procedimiento o contenido fijados por el derecho preexistente válido, y que ello no haya sido subsanado, o que resulte insubsanable.

Si la reforma constitucional es formalmente válida, pero ataca principios fundamentales de derecho natural, resultaría derecho aparente o impropio, no obligatorio para el operador de la Constitución, configurándose así una laguna dielógica.



En tales supuestos, “la reforma inconstitucional inválida o lesiva al derecho natural puede generar responsabilidades resarcitorias al Estado que la haya aplicado, en estos supuestos como actos ilícitos (no necesariamente penales, pero sí ilícitos constitucionales), en la esfera interna”¹⁷¹.

Cabe tener presente, eso sí, que una reforma inválida es válida mientras no sea reputada nula, y que puede consolidarse por vía de inacción de los órganos que podrían invalidarla, o por costumbre constitucional convalidatoria.

Con referencia a la responsabilidad internacional del Estado por sus reformas constitucionales que lesionen al derecho internacional, tal responsabilidad es obvia, y generará las consecuencias jurídicas y política del caso.

¹⁷¹ Linares, Juan F. RAZONABILIDAD DE LAS LEYES. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1970. Pp. 114.

A manera de conclusión, se afirma que dentro de los límites que pueden restringir las funciones del poder constituyente, son los límites jurídicos los que pueden imponérsele de manera fuerte, mientras que los límites fácticos y axiológicos pueden imponérsele de manera débil.



CONCLUSIÓN



La soberanía es un recaudo anejo al Estado, pues no pueden existir Estados no soberanos, por lo que Estado y soberanía son conceptos dependientes uno del otro. No obstante ello, en la Época Contemporánea no puede concebirse a la soberanía como un concepto que implica un poder absoluto, más que en lo que le compete, es decir, en los actos que están reservados con exclusividad a la competencia del Estado, a los órganos que realizan el ejercicio de la soberanía.

Si bien el titular de la soberanía es el pueblo, manifestado en el poder constituyente originario, el ejercicio de la soberanía le compete a los órganos constitucionalmente competentes para ello. De tal forma que, debido a la evolución de los sistemas jurídicos, tanto domésticos como internacionales, la soberanía de los Estados se ve compelida a respetar ciertos ámbitos como el de los derechos fundamentales, tanto en el ámbito interno como internacional, así como el de los tratados internacionales y el de la costumbre internacional, viendo sometido su ámbito de aplicación a tales restricciones. Sin embargo, también por parte de las instancias internas y externas existe la obligación de respetar la soberanía tanto interna como externa de los Estados, existiendo una especie de *coto vedado* para utilizar la expresión de Garzón Valdez, como límite a las instancias del derecho internacional y de los actores internos; por lo que, en esencia, la idea de la soberanía interna como derecho a crear y hacer valer sus

propias leyes y de soberanía externa como derecho a la igualdad en la comunidad internacional de Estados, sigue vigente porque la soberanía es inderogable e imprescriptible.



Respecto de la hipótesis formulada, esta se verificó en el sentido que, si bien los límites al ejercicio de la soberanía pueden ser fácticos, axiológicos y jurídicos, son estos últimos los que pueden imponérsele de manera fuerte, mientras que los fácticos y los axiológicos pueden influir en sus funciones soberanas de manera débil.


BIBLIOGRAFÍA



1. Aja Espil, Jorge. CONSTITUCIÓN Y PODER. HISTORIA Y TEORÍA DE LOS PODERES IMPLÍCITOS Y DE LOS PODERES INHERENTES. Editorial Tea. Buenos Aires. 1987.
2. Alexy, Robert. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993.
3. Balibar, Etienne. ¿ES POSIBLE UNA CIUDADANÍA EUROPEA? En: Revista de Filosofía Política. N.º 4. Madrid. 1994.
4. Bas, Arturo. EL DERECHO FEDERAL ARGENTINO. Tomo I. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1927.
5. Bidart Campos, Germán. DERECHO POLÍTICO. Editorial Aguilar, Buenos Aires. 1962.
6. Bidart Campos, Germán. LAS OBLIGACIONES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1987.
7. Bidart Campos, Germán. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO. Tomo I. Editorial Ediar. Buenos Aires. 1995.
8. Bidegain, Carlos M. CUADERNOS DEL CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Tomo IV. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1975.




9. Biscaretti Di Ruffia, Paolo. DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Tecnos. Madrid. 1965.
10. Bryce, James. CONSTITUCIONES FLEXIBLES Y CONSTITUCIONES RÍGIDAS. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1963.
11. Burdeau, Georges. DERECHO CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS. Editorial Nacional. Madrid. 1981.
12. Burdeau, Georges. MÉTODO DE LA CIENCIA POLÍTICA. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1964.
13. Burdeau, Georges. TRATADO DE CIENCIA POLÍTICA. UNAM. México. 1982.
14. Carpizo, Jorge. ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. Editorial Porrúa. México. 2012.
15. Carpizo, Jorge. LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917. UNAM. MÉXICO. 1980.
16. Carrillo Salcedo, Juan Antonio. SOBERANÍA DEL ESTADO Y DERECHO INTERNACIONAL. Editorial Tecnos. Madrid. 1969.
17. Carrió, Genaro. SOBRE LOS LÍMITES DEL LENGUAJE NORMATIVO. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1973.
18. Cueto Rúa, ¿ES POSIBLE DECLARAR INCONSTITUCIONAL UNA REFORMA CONSTITUCIONAL? En: Revista Jurídica La Ley. No. 36. Buenos Aires. 1944.
19. Daranas Peláez, Mariano. LAS CONSTITUCIONES EUROPEAS. Editorial Nacional. Madrid. Tomo I. 1979.

- 
20. De la Cueva, Mario. LA IDEA DE LA SOBERANÍA. En: ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE APATZIGÁN. UNAM. México. 1964.
 21. De la Cueva, Mario. TEORÍA GENERAL DEL ESTADO. Edición mimeográfica de sus apuntes de clase. Tomo II. México. 1961.
 22. De la Torre, Lisandro. PODERES DE LAS CONVENCIONES CONSTITUYENTES. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1923.
 23. De Vergottini, Giuseppe. DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO. Editorial Espasa-Calpe. Madrid. 1983.
 24. Díaz Cisneros, César. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Tomo I. Editorial Tea. Buenos aires. 1955.
 25. Díaz Ricci, Sergio. TEORÍA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL. Editorial Ediar. Buenos Aires. 2005.
 26. Díez de Medina, Federico. NOCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO MODERNO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1966.
 27. Donoso Cortés, Juan. LECCIONES DE DERECHO POLÍTICO. Centro de estudios Constitucionales. Madrid. 1986.
 28. Echeverría Buenaventura, S. DERECHO CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO. Tipografía Nacional. Guatemala. 1944.
 29. Einsenmann, C. Citado por Linares Quintana, Segundo V. TRATADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO Y COMPARADO. Tomo III. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1977.
 30. Ferrajoli, Luigi. DERECHO Y RAZÓN: TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL. Editorial Trotta. España. 2011.



31. Fix-Zamudio. REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL MÉXICANO. En: MEMORIA DEL COLEGIO NACIONAL. Tomo IX. no. 4. México. 1981.
32. Fix-Zamudio, Héctor & Valencia Carmona, Héctor. DERECHO CONSTITUCIONAL MÉXICANO Y COMPARADO. Editorial Porrúa. México. 1999.
33. Flores Olea, Víctor. ENSAYO SOBRE LA SOBERANÍA DEL ESTADO. UNAM. México. 1969.
34. Frías, Pedro. DERECHO PÚBLICO PROVINCIAL. Editorial DePalma. Buenos aires. 1985.
35. González Calderón, Juan A. CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Kraft. Buenos Aires. 1963.
36. Habermas, Jurguen. MÁS ALLÁ DEL ESTADO NACIONAL. Editorial Trotta. Madrid. 1997.
37. Hauriou, André. DERECHO CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICAS. Tomo I. Editorial Ariel. Barcelona. 1971.
38. Heller, Herman. LA SOBERANÍA. UNAM. México. 1965.
39. Hesse, Konrad. CONSTITUCIÓN Y DERECHO. En: MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Marcial Pons. Argentina. 1996.
40. Jáuregui, Gurutz. ESTADO, SOBERANÍA Y CONSTITUCIÓN: ALGUNOS RETOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ANTE EL SIGLO XXI. En: Revista de Derecho Político. No. 44. España. 1998.

- 
41. Jellinek, Georg. TEORÍA GENERAL DEL ESTADO. Editorial Albatros. Buenos Aires. 1954.
 42. Kaplan, Morton A. & Katzenbach, Nicolás. FUNDAMENTOS POLÍTICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL. Editorial Limusa-Wiley. México. 1965.
 43. Kelsen, Hans. EL PROBLEMA DE LA SOBERANÍA Y LA TEORÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1978.
 44. Kelsen, Hans. PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 1965.
 45. Kelsen, Hans. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO. UNAM. MÉXICO. 1969.
 46. Laski, Harold J. EL PROBLEMA DE LA SOBERANÍA. Editorial Dédalo. Buenos Aires. 1960.
 47. Linares Quintana, Segundo V. TRATADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO Y COMPARADO. Tomo III. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1977.
 48. Linares, Juan F. RAZONABILIDAD DE LAS LEYES. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1970.
 49. Loewenstein, Karl. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN. Editorial Ariel. Barcelona. 1976.
 50. Longhi, Luis R. GÉNESIS E HISTORIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO Y COMPARADO. Tomo I. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1945.




51. Marienhoff, Miguel S. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Tomo IV. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1973.
52. Melo, Artemio L. COMPENDIO DE CIENCIA POLÍTICA. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1983.
53. Mercado Luna, Ricardo. NOTAS DE APROXIMACIÓN PARA UNA HISTORIA CONSTITUCIONAL RIOJANA. En: DIARIO EL INDEPENDIENTE. Argentina. 1985.
54. Miqueo Ferrero, Ernesto. LEYES FUNDAMENTALES ARGENTINAS. En: LA REVOLUCIÓN ARGENTINA. ANÁLISIS Y PROSPECTIVA Editorial DePalma. Buenos Aires. 1966.
55. Mirkine-Guetzévich, Boris. LAS NUEVAS CONSTITUCIONES DEL MUNDO. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1931.
56. Natale, Alberto. COMENTARIOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN. LA REFORMA DE 1994. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1995.
57. Pantoja Morán, David. LA IDEA DE SOBERANÍA EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO. UNAM. México. 1976.
58. Pérez Royo, Javier. LAS FUENTES DE DERECHO. Editorial Tecnos. Madrid. 1988.
59. Pérez Serrano, Nicolás. TRATADO DE DERECHO POLÍTICO. Editorial Civitas. Madrid. 1976.
60. Pérez, P. Napoleón. LA VERDADERA CONSTITUCIÓN DE SANTA FE. Editorial Abeledo-Perrot. Argentina. 1932.



61. Prélot, Marcel & Boulouis, Jean. INSTITUCIONES POLÍTICAS EN DERECHO CONSTITUCIONAL. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1980.
62. Reiriz, María G. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Editorial Eudeba. Buenos Aires. 1969.
63. Renán, Ernest. Citado por: Carpizo, Jorge. LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917. UNAM. México. 1980.
64. Rousseau, Jean Jacques. EL CONTRATO SOCIAL. Editorial Aguilar. Buenos Aires. 1965.
65. Rubio Llorente, Francisco. EL CONSTITUCIONALISMO DE LOS ESTADOS INTEGRADOS DE EUROPA. Revista Española de Derecho Constitucional. No. 48. España. 1996.
66. Sagués, Néstor P. CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA. INTRODUCCIÓN. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2016.
67. Sagués, Néstor P. DESINTEGRACIÓN DE LA SOBERANÍA. En: ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Editorial Driskill. Buenos Aires. 1987.
68. Sagués, Néstor P. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE DESPOTISMO. En: ANALES. Tomo IX. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Argentina. 1980.
69. Sagués, Néstor P. LA LEGITIMACIÓN DEL REFERÉNDUM CONSTITUCIONAL. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1997.
70. Sagués, Néstor P. MUNDO JURÍDICO Y MUNDO POLÍTICO. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1978.



71. Ságues, Néstor P. NOTAS SOBRE EL PODER CONSTITUYENTE IRREGULAR. En: ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO. Fundación Konrad Adenauer. 2009.
72. Salazar, Pedro & Carbonell, Miguel. DERECHO CONSTITUCIONAL. UNAM. México. 2005.
73. Sampay, Arturo M. LAS FACULTADES FINANCIERAS DE LAS CONVENCIONES CONSITUYENTES. Citado por: Linares Quintana, Segundo V. TRATADO DE LA CIENCIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO Y COMPARADO. Tomo III. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1977.
74. Sánchez Agesta, Luis. PRINCIPIOS DE TEORÍA POLÍTICA. Editorial Nacional. Madrid. 1970.
75. Sánchez Viamonte, Carlos. MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Kapelusz. Buenos Aires. 1959.
76. Schmitt, Carl. TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1934.
77. Sepúlveda, César. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Editorial Porrúa. México. 1964.
78. Sieyés, Emmanuel. ¿QUÉ ES EL TERCER ESTADO? UNAM. México. 1983.
79. Spota, Alberto. LO POLÍTICO, LO JURÍDICO, EL DERECHO Y EL PODER CONSTITUYENTE. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires. 1975.

- 
80. Tena Ramírez, Felipe. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO. Editorial Porrúa. México. 1980.
81. Tourent, Deni. Citado por: Gómez-Robledo. Alonso. SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE LA SOBERANÍA PERMANENTE SOBRE LOS RECURSOS NATURALES. En: LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS SOBRE SUS RECURSOS NATURALES. UNAM. México. 1980.
82. Tribunal Permanente de Justicia Internacional. Citado por: Boffi Bogero, Luis María. LA LLAMADA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR ACTO PROPIO O SUBJETIVA. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá. 1978.
83. Vanossi, Jorge R. TEORÍA CONSTITUCIONAL. Editorial DePalma. Buenos Aires. 1976.
84. Wheare, Keneth. LAS CONSTITUCIONES MODERNAS. Editorial Labor. Barcelona. 1971.