

EL PROBLEMA DEL PODER CONSTITUYENTE

THE PROBLEM OF CONSTITUENT POWER

Miguel Ayuso Torres (*)

Recibido: 16 de mayo 2018

Aceptado: 12 de junio de 2018

1. Las fuentes del Derecho

Asunto enorme el de las fuentes del derecho. Metáfora que esconde las cuestiones mayores del Derecho y, consiguientemente, estando al juicio inmortal de Ulpiano,¹ de la filosofía del derecho. Si dejamos de lado la difundida clasificación, poco interesante a los efectos que nos interesan, entre fuentes de producción y de conocimiento, entre las primeras hallamos con frecuencia la que opone fuentes materiales y formales. Las primeras son aquellos factores o elementos metajurídicos que contribuyen a fijar la solución de Derecho, y son –con importancia dispar– la revelación divina, el orden de la naturaleza, la naturaleza de las cosas, las ideas captadas por intuición, la voz de la recta conciencia, etc. Mientras que las fuentes formales, consideradas en la doble perspectiva de los órganos y las formas de creación, son los distintos medios de exteriorización del Derecho: las leyes emanadas del poder, las costumbres, las sentencias de los tribunales, las opiniones de los juristas, etc. De manera que, según sea la fuente material predominante, resultará más adecuada para alumbrarla una u otra de las posibles fuentes formales.²

* Universidad de Comillas, España.

¹ Digesto, 1.1.1: «...Veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes».

² Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Ensayos sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid, Montecorvo, 1982, págs. 220 y 156.

De la distinción precedente, como –por otro lado– de su confusión, resultan respectivamente respuestas distintas al problema fundamental de la trascendencia o inmanencia del Derecho respecto del Estado, la sociedad o los tribunales.³ Pues sólo conserva su sentido cuando el Derecho trasciende la voluntad, racional o arbitraria, del Estado, la sociedad o los jueces. Mientras que se difumina y se pierde cuando el Derecho se concibe como producto de un *velle, agere o facere*. Al mismo tiempo conduce necesariamente a la pluralidad de fuentes formales, dado que ese legere en que consiste la función del jurista no puede agotarse con un solo instrumento o con un solo cauce, por importante que sea. Frente al monopolio de la ley moderna.⁴

He ahí, pues, enfrentadas dos concepciones no sólo de las fuentes, sino del propio Derecho. En una y otra difieren también la función del jurista y del poder político, así como aparecen también diversas la manera de razonar jurídicamente, las formas de interpretar las normas y los modos de juzgar. En lo que hace a las fuentes, no se hallan en el mismo sitio y su contenido no tiene igual significado: «En una, el conjunto de las fuentes constituye un sistema cerrado que incluso subsume los principios generales del derecho como ideas o valores informadores del propio sistema y la labor de los juristas es convertida en derecho científico, con la función de operar la construcción conceptual de las instituciones del sistema; mientras en la otra no hay sistema cerrado ni ordenamiento propiamente dicho, en los significados que hoy se pretende atribuir a esta palabra, sino que las leyes y las costumbres se hallan inmersas en una realidad jurídica que las trasciende y dentro de la cual aparecen como archipiélagos de islotes en el océano del derecho natural y de gentes».⁵

En verdad, sin embargo, podría avanzarse más en la problematización de las llamadas fuentes del Derecho. Se ha postulado la sustitución de la expresión fuentes formales del Derecho por la de elementos (instrumentales) mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos. Contraposición que no es meramente terminológica sino sustancial. Y es que, aun cuando la palabra «fuentes», referida al Derecho, tenga una progenie antiquísima, en el siglo XIX vino a recubrirse de un significado positivista, resultante de la definición inmanentista de corte nominalista que la modernidad hizo propia y desarrolló a través de sus distintas metamorfosis. A partir del eje formado por estos dos extremos de la naturaleza de las cosas y el hecho jurídico, una renovada perspectiva metodológica permite aprontar los instrumentos que sirven para aproximar y facilitar la concreción en acto de lo que en cada caso determinado es justo.⁶ Porque, en definitiva, el tema

³ *Ibid.*, p. 155.

⁴ *Ibid.*, pp. 943 y ss.

⁵ *Ibid.*, p. 61.

⁶ Juan VALLET DE GOYTISOLO, *¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

de las fuentes del Derecho no puede no remitir a su fundamento, esto es, a la justicia.⁷

2. La Constitución y su signo

Tema también no pequeño el de la Constitución. Concepto histórico, teñido de ideología, cuando los revolucionarios franceses estamparon en el artículo 16 de su declaración de intenciones⁸ que no había Constitución donde no estuvieran garantizados los derechos individuales y determinada la separación de poderes, probablemente estaban lejos de comprender de forma cabal el significado de su afirmación. Porque no se trataba simplemente de ceñir el fenómeno constitucional a unas exigencias más o menos fundadas, sino de dar a la luz en verdad a la ideología constitucionalista.

Sí, el Derecho Constitucional es el «derecho natural del Estado moderno».⁹ Y el constitucionalismo no es otra cosa que la *ideología* de la Constitución liberal.¹⁰ Aunque se pueda hablar en sentido amplio de Constitución, refiriéndola a prácticamente todo tiempo y lugar,¹¹ lo que cabría denominar como «constitución antigua», quizá sea preferible reservar su uso para el contexto *ideológico* de la revolución liberal, como «constitución moderna», esto es, tomándola como un concepto histórico (que no puede predicarse, en consecuencia, de cualquier tiempo y lugar) y encerrándola en unas premisas teóricas bien precisas. De constitucionalismo, en cambio, sólo se debiera hablar en el contexto de la Constitución liberal, como el presupuesto de lo que hoy se entiende por Constitución, que la trasciende y pretende fundarla. No hay, pues, un constitucionalismo antiguo por oposición a otro moderno.¹² Y el constitucionalismo es la doctrina que sufre el

⁷ Cfr. DANILO CASTELLANO, *Orden ético y derecho*, versión castellana de Miguel Ayuso, Madrid, Marcial Pons, 2010, pág. 81 y ss., lo afirma derechamente, como paladinamente lo afirmaban –en la tradición española– *las Partidas* (Partida III, Ley III): «la perennial fuente de la justicia».

⁸ Pues no es otra cosa en puridad la llamada Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. El artículo citado reza así: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation de pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution».

⁹ Es la sabia caracterización de Pietro Giuseppe GRASSO, *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Madrid, 2005, pág. 23 y ss. Entre quienes han advertido con mayor claridad la importancia de la misma se encuentra Dalmacio NEGRO, *Sobre el Estado en España*, Madrid, 2007, pág. 46. Ricardo DIP, por su parte, ya desde el título ha realizado una traslación respecto del asunto que aquí nos interesa: «Neoconstitucionalismo, direito naturale de la pos-modernidade», *Anales de la Fundación Elías de Tejada* (Madrid), nº 13 (2007), págs. 193 y ss.

¹⁰ He desarrollado un poco más la cuestión en mi *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*, Madrid, 2000, capítulo 2.

¹¹ Así pasa en algunos de los sentidos, aunque no en los más importantes, enumerados por Carl SCHMITT en su *Teoría de la Constitución* [1928], versión castellana de Francisco Ayala, Madrid, Alianza, 1982, págs. 29 y ss.

¹² Frente al conocido título del libro de Charles H. MCILWAIN, *Constitucionalismo antiguo y moderno* [1939], versión castellana de Juan José Solozábal, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

espejismo de pretender controlar el poder, y en exclusiva, tanto a través de la técnica de su «separación» geográfica, como en virtud de unos derechos del hombre (que son derechos subjetivos), tutelados por la ley, de la que en la práctica dependen, y que finalmente se reducen al ejercicio de la libertad negativa, esto es, sin regla.¹³

En nuestros días, y pese a que las premisas anteriores continúan operantes, puede apreciarse una notable evolución. Así, algunos creen vislumbrar un nuevo constitucionalismo. Otros, directamente divisan un post-constitucionalismo.¹⁴ En su origen y desarrollo destaca la obra de algunos de los grandes iuspublicistas del siglo XX, pero –sobre todo– la acción de los tribunales constitucionales.

3. El problema de la interpretación de la Constitución

En efecto, la Constitución (entendida como ley fundamental del Estado) plantea inicialmente el problema del texto y su interpretación. Pues no es lo mismo que su letra constituya un criterio formal y sustancial vinculante para su hermenéutica, a que se le atribuya un contenido variable en función del momento sociológico e histórico de la identidad que la expresa. He ahí la diversa (al menos parcialmente), cuando no opuesta, concepción de la Constitución de Kelsen y Schmitt.¹⁵ La primera, aunque no deje de mencionar una constitución material, resulta puramente formal; la segunda, en cambio, es en verdad material, abierta a su pseudo-fundación por las fuerzas políticas (en puridad, los partidos) y el contexto sociológico.

Si estamos con Kelsen, nos desenvolvemos en el seno de la geometría legal.¹⁶ Donde los principios operan como axiomas a partir de los cuales se deduce. En efecto, las Constituciones, que

¹³ La explicación, bien precisa, es de Danilo CASTELLANO, «Constitucionalismo y experiencia político-jurídica», *Verbo* (Madrid) nº 463-464 (2008). Ambos aspectos de la ilusión constitucionalista debieran ser mas ampliamente tratados. Baste a los efectos que aquí interesan, respecto de la primera parte, recordar la crítica de Marcel DE LA BIGNE DE VILLENEUVE en su *La fin du principe de séparation des pouvoirs*, París, 1934, o las consideraciones de Álvaro D'ORS en su *Nueva introducción al estudio del derecho*, Madrid, 1999, §23. En cuanto a la segunda, por su lado, lo ha destacado Juan DE LA CRUZ FERRER, «La concepción del poder y de la separación de poderes en la Revolución francesa y en el sistema constitucional norteamericano», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Madrid) nº 20 (1989), págs. 258 y ss.

¹⁴ Miguel AYUSO, «La Costituzione fra neocostituzionalismo e postcostituzionalismo», en Danilo CASTELLANO (ed.), *La Facoltà di Giurisprudenza: dieci anni*, Udine, Forum, 2009.

¹⁵ Entre una vasta literatura, véase por todos, en castellano, Carlos Miguel HERRERA, «La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos* (Madrid), 86 (1994), págs. 195 y ss. Y, desde otro foco, Víctor ALARCÓN OLGUÍN, «El debate Schmitt-Kelsen sobre la representación política», *Sociológica* (Ciudad de Méjico), nº 34 (1997), págs. 185 y ss.

¹⁶ De esta expresión, de impronta viquiana, si no me equivoco, hizo uno de los ejes de su obra el profesor Francesco GENTILE, *El ordenamiento entre la virtualidad y la realidad*, Madrid, Marcial Pons, 2001. Por eso es una de las que aparecen tematizadas en las lecciones recogidas por sus discípulos. Cfr. Francesco GENTILE, *Filosofía del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padua, Cedam, 2006, págs. 23 y ss. En concreto, es Alberto Berardi quien la recoge bajo el título «La navigazione nell'arcipelago delle geometrie legali». Y por eso es la que utilicé en el título del libro que en su honor que dirigí: Miguel AYUSO (ed.), *Dalla geometria legale-statalistica alla riscoperta del diritto e della politica. Studi in onore di Francesco Gentile*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

comienzan habitualmente por un preámbulo, encierran en un primer lugar los llamados principios fundamentales, a partir de los que debe leerse el resto del articulado. Los principios fundamentales representan, pues, los postulados de los que debe traer causa la interpretación de la Constitución. Se trata, además, de un proceso deductivo vinculante, en el que a lo sumo caben tipos abiertos, pero no interpretaciones abiertas. El positivismo kelseniano se resuelve, así, en un legalismo constitucional que no ha dejado de poner problemas tanto al legislador como a los tribunales constitucionales.

Si, por el contrario, nos situamos tras Schmitt, el preámbulo y los principios fundamentales pasan a ser de contenido variable y asumen un significado diferente según el momento histórico. Y aunque la Constitución permanezca idéntica en su letra, es objeto de mutaciones sustanciales respecto del contenido de los derechos, convirtiéndose entonces la interpretación en constitutiva de los principios.

El diverso planteamiento teórico de Kelsen y de Schmitt, o más bien su diferente aproximación al problema de la Constitución, ha tenido notable impacto entre los teóricos y originado discusiones de no poca monta en la doctrina de los tribunales constitucionales. Pero en modo alguno se trata de modelos inmóviles. Para empezar, el modelo kelseniano ha conocido una evolución hacia los tipos abiertos, mientras que el schmittiano ha debido enfrentarse con la evidencia de las interpretaciones que chocan con las precedentes. Surge de ahí la pregunta central: ¿son las sentencias de los tribunales constitucionales meros actos interpretativos de la Constitución que deben permanecer fieles a su tenor en el momento de la aprobación o son actos que innovan la Constitución a través de su interpretación?¹⁷ Cuando los tribunales constitucionales trascienden la interpretación para ingresar en la novación de la Constitución, exceden por ello del simple poder jurídico, aun en los términos más abiertos que quiera pensarse, para integrar un poder político ejercitado por medio de la hermenéutica.¹⁸

4. Las fuentes de la Constitución

Esa tensión entre las dos hermenéuticas contrapuestas nos va acercando a nuestro tema.

¹⁷ En sede estadounidense, como es sabido, el tema ha conocido éxito tan notable como polémico bajo la rúbrica del «originalismo» (aplicable a Antonin Scalia y Robert Bork) y sus contradictores (Dworking, entre muchos). Cfr., para una crítica aguda, Christopher A. FERRARA, «Las “uniones del mismo sexo” y el problema del positivismo legal. Una perspectiva desde los Estados Unidos», en Miguel AYUSO (ed.), *Estado, ley y conciencia*, Madrid, Marcial Pons, 2010, págs. 89 y ss.

¹⁸ Danilo CASTELLANO. «La jurisprudencia de los tribunales constitucionales entre interpretación y novación de la Constitución escrita: hermenéutica o ejercicio de un poder político», *Verbo* (Madrid), nº 503-504 (2012), págs. 287 y ss.

Por el momento nos conduce al problema de las fuentes de las constituciones, esto es, en la línea de la orientación dominante que antes hemos criticado, de dónde surgen, designando tanto la forma de producción como el agente productor. O sea, las fuentes que hemos llamado formales, pero también las materiales. Ahora bien, si en el Derecho privado las primeras ocupan el lugar más relevante, en el constitucional han de considerarse también destacadamente las segundas. Es preciso distinguir igualmente, en este segundo ámbito, entre fuentes secundarias y primarias. Donde aquéllas son las que presuponen la existencia o el previo funcionamiento de otras fuentes, como la jurisprudencia, la ley (de reforma constitucional) y el llamado poder constituyente constituido; mientras que éstas operarían *ex novo*, como la costumbre (cuando no presupone ley o va contra ella) y el poder constituyente genuino (tal y como se manifiesta en una revolución).¹⁹

Sobre todo en lo que toca a estas fuentes primarias, aunque también –si bien más limitadamente– en las secundarias, no es dable quedarse en los umbrales de donde se mueven las clasificaciones que podríamos llamar técnico-jurídicas (a saber, ley, costumbre y jurisprudencia), sino que es preciso traspasarlos para ingresar en la consideración de hechos o fenómenos ajenos en sentido estricto al mundo jurídico, pero de la mayor significación para el Derecho y la comunidad política, como guerras, revoluciones o golpes de Estado, que sólitamente extinguen constituciones vigentes para dar vida a otras nuevas. Recuérdese la afirmación rotunda según la cual el Estado es «l'ultime révolution qui a triomphé»,²⁰ frase que permitiría sin pérdida, más aún quizá con ganancia, sustituir el sujeto por el de «Constitución». Pues en muchas ocasiones la Constitución es la revolución todavía triunfante.

Por ahí se accede a la realidad del poder constituyente, que aparece como bifronte, pues cabe distinguir –según ya hemos apuntado– una acepción estricta al lado de otra lata. Donde la primera coincide con el poder constituyente llamado genuino y se desenvuelve –al menos en una primera visión– al margen del Derecho; mientras la segunda recibe el nombre de poder constituyente constituido –lo que ya de por sí es un oxímoron– y se concreta en el poder de reforma constitucional.²¹ Por eso se ha podido hablar del «dilema del poder constituyente».²² Pues o bien se considera

¹⁹ Cfr. Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Lecciones de teoría constitucional*, Madrid, EDERSA, 1987, pág. 36.

²⁰ Proferida por Kulischer y citada por Paul ROUBIER, *Théorie générale de droit*, París, Sirey, 1951, pág. 72,

²¹ Cfr. la extraordinaria monografía de Pietro Giuseppe GRASSO, «Potere costituente», voz de la *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1985, vol. XXXIV, págs. 642 y ss. Reunido junto con otros ensayos posteriores conexos suyos en el volumen *Il potere costituente*, Turín, Giappichelli, 2006. Entre quienes sostienen la primera de las versiones se encuentra señaladamente Kelsen (*Teoría general del derecho y del Estado* [1945], versión castellana de Eduardo García Maynez, Ciudad de Méjico, UNAM, 2ª ed., 1958, pág. 307), al tiempo que Schmitt personifica a los defensores de la visión estricta (*Teoría de la Constitución*, cit., págs. 45, 66 y 95, entre otras).

²² Georges BURDEAU, *Traité de science politique*, París, Librairie générale de droit et jurisprudence, 2ª ed., 1969, vol. IV, pág. 181.

que es una fuerza natural creadora del orden jurídico pero que escapa al Derecho, o se entiende que el Derecho lo prevé y regula su actuación: «La primera disyuntiva conduce a renunciar a identificar el momento de nacimiento de la Constitución, relegándolo al campo de la sociología o de la política a sociologizar y politizar la Constitución, al hacerla depender de un hecho no jurídico en su nacimiento. La segunda disyuntiva conduce a confundir poder constituyente y procedimiento de reforma de la Constitución (...)». ²³ Volveremos más tarde sobre el asunto.

5. Los orígenes intelectuales del poder constituyente

El poder constituyente es noción moderna y dependiente de la soberanía.

Es en el desenlace de las guerras de religión y en la disolución de la Cristiandad donde ha de buscarse la raíz del impulso histórico que acarreará en 1789 la ruina del antiguo régimen y de la propia monarquía, previa su hipertrofia en la Francia del siglo XVIII.²⁴ Y no es en ésta sino en la Inglaterra del siglo anterior, el XVII, con sus dos revoluciones, donde –se ha escrito– se rompe por vez primera la tensión histórico-ideológica en que se apoyaba la monarquía desde su origen medieval y donde surgen los primeros sistemas desacralizadores o laicizadores del poder con la idea de voluntad general (Hobbes) y de pactismo liberal (Locke).²⁵ Y es que la tesis racionalista va a invadir el orden político, desde el metafísico, más a partir de la versión insular empirista que de la continental de cuño romanista (que incluso, en su intención, quería oponerse a los enemigos de la monarquía como institución histórica y ambiental, por más que no acertara en el empeño, más aún, que incluso concluyera por reforzarlo). Por eso, pese a todo, Hobbes y Locke van a sumar en su apoyo al viejo Bodino.²⁶ Aunque quede para los primeros el puesto de honor de la demolición del viejo (y en rigor único) orden.

²³ Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA, *Teoría y práctica del derecho constitucional*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2011, pág. 130.

²⁴ Se ha anotado con pertinencia que el derecho al error religioso se erigió en fundamento del derecho constitucional. Cfr. Carl SCHMITT, *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*, Berlin 1991, pág. 6. El profesor Pietro Giuseppe GRASSO, en *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, cit., capítulo 1, lo ha comentado muy agudamente.

²⁵ Cfr. Rafael GAMBRA, «Estudio preliminar» a *La polémica Filmer-Locke sobre la obediencia política*, Madrid, IEP, 1966, pág. IX.

²⁶ De hecho, Francisco ELÍAS DE TEJADA, *La monarquía tradicional*, Madrid, Rialp, 1954, pág. 57, considera el aporte bodiniano junto con el hobbesiano-lockeano dentro de su conocida explicación de las fracturas de la Cristiandad medieval. Que he prolongado, desde el campo de las ideas políticas, en que lo desenvuelve el pensador extremeño, al de las instituciones. Cfr. *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, Madrid, Speiro, 1996, págs. 21 y ss. En éste son de tener en cuenta las observaciones de Dalmacio NEGRO, *Sobre el Estado en España*, Madrid, Marcial Pons, 2007. Mientras en aquél debe reenviarse a Juan Fernando SEGOVIA, *Orden natural de la política y orden artificial del Estado. Reflexiones sobre el derecho natural católico y la política*, Barcelona, Scire, 2009.

A Locke debemos, en efecto, la primera caracterización del poder constituyente, como supremo y especial, que corresponde al pueblo y ha de ejercerse por el mismo pueblo (y no por medio de sus representantes). Entiende este autor que de los varios poderes que existen en una comunidad política (legislativo, ejecutivo y federativo) el más importante es el legislativo, no obstante lo cual no es ilimitado, pues como poder constituido lo está para ciertos fines. Sólo el pueblo conserva siempre un poder extraordinario que le permite remover a los legisladores y aun cambiar la misma forma de gobierno.²⁷

La segunda aproximación «canónica», que incorpora el término, hasta ahora ausente, la encontramos en el abate de Sieyès. Tiene la nación un poder constituyente, que obra la Constitución, distinto de los poderes constituidos (legislativo, ejecutivo y judicial) que se fundan en ella. Como resulta imposible el ejercicio del poder constituyente por la nación misma, ha de hacerlo a través de representantes, pero que –a estos efectos– forman un poder superior y especial, como representantes extraordinarios que están ligados por un compromiso con la propia nación.²⁸

La explicación lockeana tendría un reflejo importante en la formación de los Estados Unidos, mientras que la de Sieyès gravitará con fuerza en la Francia revolucionaria. He ahí las dos versiones del poder constituyente que concluyen por (al menos parcialmente) enfrentarse. No podía ser de otra manera, pues en Norteamérica la formación de un nuevo cuerpo político y la fijación de una Constitución fueron prácticamente simultáneas, más aún, de algún modo fue la Constitución la que hizo la nación; mientras que en Francia, por el contrario, la nación ya existente, por medio de una decisión consciente, adoptó la forma de la propia existencia política.²⁹ Los Estados Unidos, además, optaron por el federalismo, al tiempo que Francia profundizaba el unitarismo de los últimos siglos del *ancien régime*.³⁰

Las diferencias entre ambas tradiciones, desde luego, no son pequeñas: la norteamericana acentúa el punto de llegada, esto es, la constitución escrita, que consagra el fruto de las deliberaciones constituyentes; la francesa destaca el punto de partida, y subraya la presencia constante de un poder situado por encima de la Constitución y que puede en todo momento transformarla. Y tienen relevancia práctica: como en Estados Unidos la Constitución se adoptó tras un proceso complejo,

²⁷ John LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* [1690], capítulo 13, parágrafo 149. Puede verse la versión castellana de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 2004, págs. 154-155.

²⁸ Emmanuel-Joseph SIEYÈS, *¿Qué es el tercer estado?* [1789], Madrid, IEP, 1950, págs. 144 y ss.

²⁹ Lo observa sagazmente Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., págs. 95-96. Sin embargo, de algún modo también en Francia la Constitución hacía la nación, ya que la Revolución quería romper con el pasado, dejando tan sólo el nombre de Francia como vínculo fantasmal. He procurado matizar esta compleja relación, con referencia también a España, en el capítulo II de mi *El Estado en su laberinto. Las transformaciones de la política contemporánea*, Barcelona, Scire, 2011.

³⁰ Lo que no sorprende a quienes estén familiarizados con la obra de Alexis de TOCQUEVILLE, *El antiguo régimen y la revolución* [1856], traducción castellana de A. Guillén, Madrid, Guadarrama, 1969.

rara vez es requerido el poder constituyente, y de ordinario le cabe al juez –en particular a la Corte Suprema– la tarea de proceder a la interpretación (que, *de facto*, la ha convertido en un poder constituyente, algunos dicen que contrario a la mayoría del pueblo); y en Francia, como la ley es expresión de la voluntad popular [*rectius* general], el legislador tiende a ocupar el puesto de un poder constituyente siempre activo y dispuesto a encauzar la voluntad revolucionaria del pueblo.³¹

6. El poder constituyente en las redes de la soberanía

En todo caso un elemento acomuna las distintas versiones por encima de las reseñadas diferencias. Y es la dependencia de la soberanía.

El contractualismo, en cualquiera de sus versiones, incluida la constitucional, se asienta sobre el voluntarismo. Confunde así lo legal y lo legítimo, en una inversión simiesca del lenguaje de la Iglesia,³² y concluye afirmando –de modo tan absurdo como coherente– que el discernimiento del bien y del mal, de lo justo y lo injusto, no reside sino en el «poder» (realmente en la pura fuerza). El Estado, por lo mismo, al disponer de una mayor fuerza que los individuos, transforma en «derecho» –a través de la legislación– su voluntad, por lo que el poder se convierte en Derecho.³³ En esto reside la soberanía, poco importa si del príncipe, de la nación, del Estado o del pueblo: es la soberanía como autosuficiencia. Pero ésta requiere no sólo que el soberano no esté condicionado por principios extraños a él, sino sobre todo que se afirme él mismo como principio.³⁴

He ahí la razón por la que León XIII pudo ver en la soberanía (de la razón, pero que se traslada a la de las instituciones) «el principio capital del racionalismo»,³⁵ que es como decir el intento impío de dar al mundo un «orden» distinto del que Dios le dio. Para el pensamiento clásico, en cambio, la nota formal que permite definir a la comunidad no es la soberanía sino la *autárkeia* (o perfec-

³¹ Luis María BANDIERI, «El poder constituyente: su sentido y alcance actual», *Ambiente jurídico* (Manizales) n° 9 (2007), pág. 95 y ss.

³² En el lenguaje canónico no existe (o no existía) el término *legalis*, sino sólo *legitimus*, que significa conforme con la ley. De manera que legalidad y legitimidad se confunden, pues no cabe pensar en ninguna de la Iglesia que no sea conforme con la ley de Dios. Lo ha explicado Álvaro D'ORS, *La violencia y el orden*, Madrid, Criterio, 1987, pág. 49. Cfr., para una síntesis de la dialéctica entre legalidad y legitimidad, Miguel AYUSO, *De la ley a la ley. Cinco lecciones sobre legalidad y legitimidad*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

³³ Cfr. Danilo CASTELLANO, *La naturaleza de la política*, Barcelona, Scire, 2006, en particular el capítulo «La política como realeza».

³⁴ Francesco GENTILE, «Esperienza giuridica e secolarizzazione», en AA.VV., *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, Milán, Giuffré, 1994, pág. 25.

³⁵ LEÓN XIII, *Libertas* (1888), § 12.

ción) en función de su propio fin, que es el bien común temporal.³⁶ El pensamiento tradicional español, en este punto, a diferencia de otros, lo entendió penetrantemente desde bien pronto y no ha dejado de notarlo.³⁷

He ahí también la aporía del pensamiento político moderno, pues la libertad negativa sobre la que se basa, a la postre ha de condenar cualquier poder, por ser límite o incluso negación de la libertad, como tiránico: «Que el Estado moderno no es una auténtica solución de la cuestión política lo prueba el hecho de que entre individuo y gobierno, a pesar del (y quizá a causa del) “contrato” perdura una contraposición, que alguna teoría política supera sólo recurriendo a la eliminación de una de las partes, tal y como está obligado a hacer Rousseau para conseguir la cuadratura del círculo político y para que el poder sea libertad. Pero este hecho de estar obligados a eliminar una de las partes es una prueba evidente de que se renuncia a considerar la experiencia política y a encontrar en ella y por ella el principio que la hace “legible”. El artificio del naturalismo político, por tanto, se revela un absurdo: absurdo que se convierte también en dificultad “operativa” y, no raramente, impotencia, cuando se pide al Estado que afronte cuestiones esenciales como el terrorismo o las tendencias disgregadoras, surgidas de idénticos conceptos básicos e ideológicos en los que se basa el mismo Estado; y aun más cuando se trata de tomar posición acerca de cuestiones para las cuales declara que ha nacido, como por ejemplo el derecho a la vida del ser humano inocente, o cuando hay que “tomar posición” sobre el problema de la salud mental, imposible de determinar y definir cuando por hipótesis se admite que todo es arbitrario».³⁸

7. El sujeto de la soberanía y la representación

La noción de poder constituyente está ligada, por tanto, al reconocimiento del principio de la soberanía del pueblo, según la idea rousseauiana de que el ejercicio del poder sólo puede hallar justificación, en última instancia, en la voluntad expresada por una comunidad de individuos. De donde brotan los problemas del sujeto de la soberanía y, en particular, del pueblo y de la representación.

El poder constituyente, en efecto, presupone el «pueblo» como entidad política existencial. Mientras que la «nación» designa a un pueblo que ha despertado a la conciencia política y es capaz de actuar políticamente. El pueblo se *constituye* como sujeto del poder constituyente, se *hace consciente* de su capacidad de actuación política y se da una constitución. Por

³⁶ Cfr. Félix Adolfo LAMAS, «Autarquía, soberanía y fuentes del derecho», *Verbo* (Madrid), nº 435-436 (2005), págs. 475 y ss.

³⁷ Lo he explicado a través del testimonio de maestros como Francisco Elías de Tejada o Álvaro d'Ors, en mi libro *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, Madrid, Marcial Pons, 2005, sobre todo en el capítulo 2.

³⁸ Danilo CASTELLANO, *La naturaleza de la política*, cit., págs. 60-61.

lo mismo hay que distinguir –se ha dicho– el acto por el que el pueblo, como poder constituyente consciente de su calidad de único sujeto soberano se da a sí mismo una constitución, de la constitución misma. Es la constitución la que deriva del poder constituyente y no el poder constituyente el que deriva de la constitución. En una tal concepción, por lo mismo, el poder constituyente es siempre originario y no puede hablarse de un poder constituyente derivado.³⁹

Encontrar el origen del poder constituyente en la universalidad de los ciudadanos lleva, como acabamos de ver, al problema del «pueblo» (y la «nación»)⁴⁰ Algunas declaraciones internacionales de derechos humanos y en las constituciones parecen identificar al pueblo con la «población», esto es, con el conglomerado de personas que viven en un determinado territorio. Pero una tal caracterización no acierta a captar su esencia, al tiempo que revela una aporía: la de que el pueblo, así entendido, sería anterior al Estado, mientras que el pueblo es considerado corrientemente como el elemento personal del Estado, por lo que habría de ser en todo caso posterior a éste. Por eso, algunos textos lo definen como el conjunto de individuos que han aprobado el contrato social. Mientras que otros, finalmente, lo identifican con la universalidad de los ciudadanos y consideran que el pueblo está constituido por el Estado, cuya existencia debe ser anterior a la del pueblo, que es reconocido a veces como persona jurídica y otras como titular –cuando menos– de determinados poderes (jurídicos).

Esta última concepción, que podríamos llamar iuspositivista, revela un acercamiento simplista, como inconsistente resulta la que considera pueblo cualquier conglomerado. Quizá sea la más coherente, aunque igualmente absurda, la que ve el pueblo como consiguiente al contrato. Todas ellas son expresión del racionalismo político y no guardan relación alguna con la experiencia política: deben sostener el principio de soberanía popular, la concepción negativa de la libertad y el consenso como adhesión voluntarista a un proyecto cualquiera. Frente a ellas se alza la concepción clásica, ilustrada por Cicerón al distinguir entre el «hominum coetus quoquo modo congregatur» y el «coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus».⁴¹ Este último sería en verdad el pueblo, que no se confunde con la masa y que no es asociación en vista de un fin cualquiera, sino por acuerdo jurídico y comunidad de intereses. No es producto del contrato, ni emanación de la soberanía.⁴² Por el contrario, se da solamente en presencia de dos condicio-

³⁹ Luis María BANDIERI, *loc. cit.*, págs. 99-101.

⁴⁰ Está tratado magistralmente en las páginas 36 y 46 y ss. del libro del profesor Danilo CASTELLANO, *Racionalismo y derechos humanos. Sobre la anti-filosofía político-jurídica de la modernidad*, versión castellana de Coral García, Madrid, Marcial Pons, 2004, págs. 36 y 46 y ss. que seguimos en los párrafos siguientes.

⁴¹ CICERÓN, *De Re Publica*, I, 25, 39.

⁴² Frente a la afirmación absurda del artículo 1.2 de la Constitución española, que parece acoger la tesis de que el Estado es simplemente un medio para ejercer la soberanía popular. Cfr. Danilo CASTELLANO, *op. ult. cit.*, pág. 55.

nes: el acuerdo jurídico (esto es, el reconocimiento en común de la juridicidad, de la justicia) y la necesidad de la *res publica* para la consecución de un interés común (inherente a cada hombre y común a todos los hombres).

Por ahí tocamos el problema de la representación. Que Rousseau –como es sabido– rechazaba, pues la atribuía al gobierno feudal, mientras encontró en Sieyès su gran heraldo. El propio Kelsen, en libro singular, afirmó con desenvoltura que a otros quizá no se les hubiera permitido, que «la ficción de la representación ha sido instituida para legalizar el parlamentarismo bajo el aspecto de la soberanía del pueblo».⁴³ Esta ficción de la representación moderna, que no puede en absoluto predicarse de la que cabría apelar de clásica (en la que cabe observar tres niveles: los de la representación por, ante y en el poder), conduce a su confusión con el gobierno y produce un gobierno debilitado y una representación desentrañada.⁴⁴ La experiencia presente, de la democracia representativa a la deliberativa, pasando por la tecnocracia, lo confirma con usura.⁴⁵

8. El poder de reforma constitucional y sus límites

El llamado poder constituyente constituido consiste en la determinación de un órgano y la fijación de un procedimiento para la reforma de la constitución. De ahí que ambos temas, el del poder constituyente constituido y el del poder de reforma constitucional aparezcan unidos por un vínculo diamantino. Son varios los asuntos de interés que de aquí vienen.

En primer lugar, ya ha sido evocado con anterioridad el debate sobre si el poder constituyente llamado derivado o constituido es verdadero poder constituyente. La mayor parte de los autores, con la conocida excepción de Schmitt, así lo considera. Algunos, en cambio, dando un paso más han rechazado la consideración del originario o puro. Al tiempo que en algunos casos, singularmente el de Inglaterra, no cabe la diferenciación entre los dos poderes constituyentes.

Pero, en segundo término, es de observar el proceso de sustitución del poder constituyente puro, que progresivamente se ve privado de sus caracteres de originario y supremo, por un poder derivado cuya función no es tanto instituir como revisar. Una revisión en la que se actualizan dos

⁴³ Hans KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, traducción castellana de Rafael Luengo y Luis Legaz Lacambra, Barcelona, Guadarrama, 1977, pág. 53.

⁴⁴ Cfr. José Pedro GALVÃO DE SOUSA, *Política e teoría do Estado*, São Paulo, Saraiva, 1957, pág. 154. El mismo maestro brasileño es autor de una monografía extraordinaria sobre la representación, publicada en 1971 y recientemente traducida al castellano: *La representación política*, versión española de José Albert, Madrid, Marcial Pons, 2011.

⁴⁵ Cfr. Juan Fernando SEGOVIA, *Habermas y la democracia deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2008. He tratado también algunos de los problemas de la representación en los libros, ya citados, *¿Después del Leviathan?* (capítulo 5 de la parte II y capítulo 4 de la parte III), *El ágora y la pirámide* (capítulo 4) y *El Estado en su laberinto* (capítulo 6).

procesos de notable interés y que se presentan entrelazados: la constitucionalización progresiva del poder constituyente y la que cabría denominar juridificación (y globalización) de los derechos humanos. Que ilustran, de un lado, el tránsito de una «constitución del Estado» a otra «de la sociedad», de acuerdo con las pautas del constructivismo;⁴⁶ y, de otro, según los postulados del «personalismo» contemporáneo, la afirmación del efecto irradiante de unos derechos fundamentales que no son sólo derechos subjetivos sino también valores objetivos del ordenamiento.⁴⁷

Nos encontramos, para terminar, con los límites del poder de reforma. Para Sieyès el poder constituyente estaba desprovisto de toda forma, pues la constitución obligaba al gobierno pero no a la nación. Schmitt encontraba que la definición más clara del poder constituyente venía presidida por la transformación de los estados generales en Asamblea nacional en 1789.⁴⁸ Sin embargo, progresivamente, se va produciendo no sólo la afirmación del poder constituyente derivado, sino incluso su subordinación al respeto de normas tanto sustanciales como de procedimiento.

La razón radica en un complejo de factores que han llevado al constitucionalismo primigenio –pese a su resistencia rocosa– a gran postración tanto teórica como práctica.⁴⁹ Y ha dado lugar a discusiones de notable intensidad. Pues, cuanto más exigentes sean las limitaciones (so-

⁴⁶ Cfr. Miguel AYUSO, *El ágora y la pirámide*, cit., capítulo 2.

⁴⁷ ID., *¿Ocaso o eclipse del Estado?*, cit., págs. 104 y ss. Para el análisis del personalismo contemporáneo puede verse el libro de Danilo CASTELLANO, *Lordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

⁴⁸ Carl SCHMITT, *op. cit.*, pág. 96. Conversión tramposa, aunque no menos que la producida en los que habían de ser los Estados Unidos. Lo cuenta, respecto de Francia, Marcel DE LA BIGNE DE VILLENEUVE, *Traité général de l'État*, vol. II, Paris, Sirey, 1931, págs. 69 y ss., al decir que el gobierno representativo nació de una usurpación cualitativa. Y respecto de los Estados Unidos, en que la Convención de Filadelfia de 1787, convocada para revisar el pacto confederal de los artículos de 1777, se colocó revolucionariamente como poder constituyente, puede acudir a Melvin BRADFORD, *Original intentions. On the making and the ratification of the United States Constitution*, Athens, University of Georgia Press, 1993.

⁴⁹ Antonio-Carlos PEREIRA, *op. cit.*, pág. 55, da unas razones que han de entenderse –como es natural– en el seno de su personal sistema, de defensa del constitucionalismo (sobre todo de matriz anglosajona), pero que no resultan convincentes: «Sería ingenuo ignorar que no nos hallamos en el apogeo del constitucionalismo. Nuestra época se caracteriza por el imperio cuasi-universal del positivismo jurídico, la pérdida de acuerdo sobre lo fundamental y la máxima extensión y mínima intensidad del constitucionalismo –con su consiguiente degradación de sustancial a formal, así como con la correlativa disminución del sentimiento constitucional...». Y es que, según se mire, el positivismo y la destrucción de la comunidad son características del racionalismo político que el constitucionalismo históricamente ha articulado. Sin que sirva a estos efectos la valoración de sus dos «matrices», la anglosajona y la francesa, no sólo como diversas sino aun como alternativas, al entender que en la primera se proclama la soberanía de los derechos, a la que estaría también sometido el legislador (ordinario), mientras en la segunda se afirmaría la soberanía de la ley: «Solamente una “lectura” superficial de la experiencia jurídica contemporánea y de la doctrina lockeana de los derechos permite sostener que dichos derechos vienen antes que las constituciones y las leyes» (Danilo CASTELLANO, *Racionalismo y derechos humanos*, cit., págs. 55-56). He examinado sucintamente la posición de Locke en el volumen colectivo por mí dirigido *El pensamiento político de la Ilustración ante los problemas actuales*, Santiago de Chile, Fundación de Ciencias Humanas, 2008, págs. 11 y ss.

bre todo las materiales, aunque también las procedimentales), al contraer al poder constituyente derivado, más dejan como única vía la del ejercicio del poder constituyente genuino. La experiencia alemana es ilustrativa de las vacilaciones a este respecto. En efecto, Carl Schmitt, en 1933, iba a justificar con la «Ley de Habilitación» (*Ermächtigungsgesetz*) elaborada conforme al artículo 76 de la Constitución de Weimar, el suicidio de esta última.⁵⁰ Venía a contradecir así su opinión anterior, de 1928, sobre la existencia en toda constitución de unos «límites inmanentes de la reforma», esto es, el sentido de que el poder de revisión constitucional consiste en que una o varias disposiciones pueden ser sustituidas por otras siempre que se respete la identidad y la continuidad de la Constitución considerada como un todo.⁵¹ Sin embargo, y quizá por estas vicisitudes, el ciclo iniciado tras la Segunda Guerra Mundial ha recuperado, por más que discretamente, los límites materiales de la reforma constitucional. Y ahí están para mostrarlo la Constitución italiana de 1947 (cfr. artículo 139), la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (cfr. artículo 79.3) y la Constitución francesa de 1958 (cfr. artículo 89), por no citar sino tres de los ejemplos más connotados de lo que se han llamado «constituciones hechas en serie», consecuencia del «constitucionalismo racionalizado».⁵²

9. El problema del poder constituyente

Son varios los problemas que han ido desgranándose a lo largo de las páginas anteriores: el problema de las fuentes del Derecho, el de la Constitución, el de su interpretación, el de sus fuentes, el de la soberanía, el del pueblo, el de la representación, el de los límites de la reforma constitucional. Todos ellos se conectan, a los efectos que aquí nos interesan, con el problema del poder constituyente.⁵³

Que reside, sustancialmente, en el absurdo de considerar como «jurídico» un poder que presenta una absoluta libertad en cuanto al fin y que, consiguientemente, se ejerce en ausencia de normas que lo puedan regular tanto sustantiva como procedimentalmente; un poder, además, que actúa

⁵⁰ Cfr. Carl SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk, Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt*, 1933.

⁵¹ ID., *Teoría de la Constitución*, cit., págs. 118 y ss. Esto es exactamente lo ocurrido en España en 1976, en que se orillaron los muy claros límites al poder de reforma que señalaban las Leyes Fundamentales en una auténtica «revolución legal» o «golpe de Estado legislativo». En este sentido se ha llegado a decir –con intención evidentemente escandalizadora, pero que no quita un ápice de verdad desde el ángulo estrictamente técnico– que la «revolución legal» alemana de 1933 y la «reforma política» española de 1976 se caracterizarían por la «similitud en los métodos». Cfr. José ZAFRA VALVERDE, «La revolución “legal” en España», en *Estudios en homenaje al profesor Diego Sevilla Andrés*, tomo II, Valencia, Universidad de Valencia, 1984, págs. 1087 y ss.

⁵² Cfr. Boris MIRKINE-GUETZEVITCH, *Modernas tendencias del derecho constitucional* [1931], versión castellana de Sabino Álvarez Gendín, Madrid, Reus, 1934. Entre nosotros fue Eugenio Vegas Latapie quien en el mismo decenio de los treinta ya lo sometió a crítica aguda en *Romanticismo y democracia*, Santander, Cultura Española, 1938.

⁵³ Sigo de nuevo a Danilo CASTELLANO, *op. ult. cit.*, pág. 36.

antes de que se establezcan las normas constitucionales, en las que reside –según la ortodoxia del positivismo jurídico– la primera y suprema fuente del derecho, que representan el nacimiento del Derecho «objetivo». Problema que no se resuelve afirmando el nacimiento coetáneo de Estado y el Derecho.

La cuestión, desde luego, como hemos visto, presenta notables dificultades. Una primera es la de que no hay poder si no tiene la capacidad de imponerse (pues de lo contrario no sería poder), por lo que un «poder constituyente», desde este punto de vista, es ya un poder constituido. El poder constituido, a continuación, de por sí no es un poder jurídico o político, lo que hasta el positivismo jurídico admite implícitamente cuando se ve obligado a distinguir entre distintos tipos de poderes. En tercer lugar, no se acierta a saber cómo el poder constituyente pueda vincular a quienes no participan en el proceso de su constitución (menores, no nacidos, etc.). Finalmente, el recurso al pueblo o la nación no sólo no resuelve el problema sino que crea otros y no menores.⁵⁴

⁵⁴ *Ibid.*, pág. 37.