

PODER CONSTITUYENTE IRREGULAR: LOS LÍMITES METAJURÍDICOS DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

*Irregular constituent power: the metalegal limits to the original
constituent power*

Jorge Tapia Valdés¹

LL.M., PhD. Profesor de Derecho Constitucional,
UNAP. Iquique. Chile. mspjtv@gmail.com

RESUMEN: Se replantea el tema clásico de los límites metajurídicos que según el constitucionalismo y la teoría política, más que el texto expreso de una Constitución, existen para el poder constituyente originario democrático en el marco del proceso de globalización económica y jurídica. Según el autor, la globalización de los derechos fundamentales, de los principios consubstanciales a la democracia, y del *ius cogens* así como la muticulturalización del Estado-Nación, establecen nuevos límites al poder constituyente originario de modo que sólo puede hablarse de irregularidad del mismo cuando viola esos límites. En todas las demás esferas no es susceptible de limitaciones normativo-jurídicas, no genera dictadura de la mayoría y tiende a confundirse con la idea de democracia directa.

PALABRAS CLAVE: Poder constituyente irregular – globalización – límites metajurídicos – dictadura de la mayoría – derechos de la minoría – monismo.

ABSTRACT: The classical subject of the metalegal limits is reframed that according to the constitutionalism and the political theory, more than the express text of a constitution, within the framework exists the democratic original constituent power of the process of economic and legal globalization.

According to the author, the globalization of the fundamental rights, the inherent principles to the democracy, and of the *ius cogens*, as well as the multiculturalization

¹ Artículo presentado el 8 de julio de 2008, aprobado el 22 de octubre de 2008.

of the State-Nation, establish new limits to the original constituent power, so that only can be spoken of irregularity of itself, when it violates those limits. It doesn't generate dictatorship of the majority and it tends to be confused with the idea of direct democracy.

KEY WORDS: Illegitimate constituent Power – globalization – metalegal limits to framing constituent power – majority dictatorship – minority rights – monism.

1. GLOBALIZACIÓN, SOBERANÍA Y PODER CONSTITUYENTE

En los últimos 15 años, partiendo desde la polémicas en torno a los alcances del poder constituyente a que dio origen la reforma de 1994 de la Constitución argentina, y culminando con los llamados a Asambleas Constituyentes en Venezuela (1999), Bolivia (2006) y Ecuador (2007), se ha intensificado el debate entre demoliberales de base empirista y formalista y neoconservadores de visión decisionista, acerca de las circunstancias en que el ejercicio del poder constituyente originario se torna irregular. El debate ha supuesto reexaminar, primero, la naturaleza del poder soberano y segundo, los límites que podrían pesar sobre el ejercicio del poder constituyente originario. Un hecho de no menor importancia ha sido que el debate se ha dado dentro del marco de un discurso pro-democrático, al que recurren por necesidad que la época impone, tanto liberales como conservadores, así como socialistas, nuevos movimientos sociales y aun simples caudillos populista-autoritarios. Mirados desde la perspectiva recién enunciada, los casos de Asambleas Constituyentes que han tenido lugar en los últimos diez años en Sudamérica resultan seguir patrones clásicos demoliberales. Cuando intentaron exceder esos límites, los respectivos líderes quedaron atrapados en la magia del lenguaje democrático, que no puede ser traicionado sin que se pierdan las vestiduras. Por ello, la red institucional y de opinión pública generadas por el sistema de principios democráticos que esos líderes han querido utilizar, les hicieron ver sus errores y los llevaron a admitir su derrota cuando ella fue evidente. En otras palabras y a nuestro juicio, Chávez, Morales o Correa no son confirmaciones palmarias del dictum hobbesiano, “Auctoritas non veritas facit legem”. Sólo han representado una suerte de “decisionismo de izquierda” –por cierto muy ajeno a todo socialismo democrático como el que ellos han preconizado–, usado instrumentalmente para rebelarse ante y resistir a la penetración globalizante y su consiguiente efecto de prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno. Simplemente, dichos caudillos usan el Derecho Constitucional clásico y su concepto absoluto de soberanía como barreras ante el tsunami globalizante.²

² Posiciones más radicales a este respecto se encuentran entre organizaciones de base, especialmente en Bolivia. La CSUTCB (Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia) mostró en su momento su escepticismo frente a la convocatoria a Asamblea Constituyente, arguyendo que probablemente ella sería manejada por la elite política de siempre de acuerdo a la voluntad de las transnacionales, que tienen en sus manos al Estado. Se reconoce no obstante la convocatoria como una legítima demanda social: “Nosotros siempre hemos peleado para que exista una Asamblea Constituyente, pero que sea originaria”. Vamos a proponer una Asamblea Constituyente que “reconstituya el kollasuyo, que sea el Estado Indígena; el Estado Boliviano tiene que desaparecer, la gran propiedad privada también;

Hoy, además de prestar atención al campo de lo metajurídico y a las variables socio-históricas que influyen en las soluciones al choque entre valores, principios e intereses, el problema clásico de si el poder constituyente originario tiene fuerza absoluta o relativa debe ser replanteado en un escenario como el de la globalización. Ello obliga a cambiar radicalmente los supuestos y las variables políticas del análisis y supera el poder explicativo de las teorías clásicas sobre la materia. Necesitamos resituar la Teoría del Poder Constituyente en el escenario del Estado, el Derecho y la soberanía operando dentro del proceso de globalización, fenómeno que no alcanzó a ser considerado por los grandes clásicos del tema, como Segundo Linares Quintana, Jorge R. Vanossi, Carlos Sánchez Viamonte y Alejandro Silva Bascuñán, que lo trataron en la segunda mitad del siglo XX.³

Teubner describe las características actuales del problema en acertada síntesis: la diferencia entre una altamente globalizada economía y una débilmente globalizada polis o sociedad política ha generado el desarrollo de un derecho global que no consiste en legislación propiamente tal, ni tiene constitución política ni una jerarquía normativa políticamente ordenada. Esto obliga a repensar la doctrina tradicional sobre fuentes del derecho. Cuando el marco de la jerarquía normativa clásica, que exhibe la legislación constitucionalmente legitimada en la cima, se quiebra bajo la presión de la globalización, el nuevo marco que lo reemplaza resulta por necesidad, desjerarquizado. Desplaza de su sitio privilegiado al proceso político de formación de la ley, poniéndolo al mismo nivel que otros tipos de formación social de la ley”.⁴ Según ello, podría afirmarse, como lo hace Ferrajoli, que uno de los efectos de la globalización es el apareamiento de “una suerte de anarcocapitalismo mundial que ha hecho de la falta de reglas –o, agregamos, de la imposición de la regla de excepción–, su nueva y particular “Grundnorm”.⁵

Compartimos la opinión de quienes piensan que la globalización producida en la sociedad del conocimiento no acarrea consigo la desaparición del Estado Nación y su

las grandes transnacionales tienen que entregarnos los recursos...” (Entrevista a Rufo Colle y Felipe Quispe citados en GARCÍA LINERA, Álvaro *et al.*: *Sociología de los Movimientos Sociales en Bolivia*, La Paz, 2005, pp. 201 a 203). Importante advertencia formulan los autores respecto de estos proyectos: “Se trata, no cabe duda, de la propuesta de transformación de la Constitución Política del Estado más audaz y radical de las que se vienen discutiendo en el escenario político; y más que su aprobación en la Asamblea Constitucional se ve a esta instancia como una plataforma de difusión ideológica de un proyecto que se considera se lo cumplirá solo por medio de nuevas rebeliones indígenas”. GARCÍA LINERA, Álvaro *et al.*, op. cit., p. 204.

³ LINARES QUINTANA, Segundo V. (1953): *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, T. II; SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. (1957): *El poder constituyente*, Buenos Aires; SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1963): *Tratado de Derecho Constitucional*, Ts. I y III, Santiago; VANOSI, Jorge Reinaldo (2000): *Teoría Constitucional*, T. I. Buenos Aires. Ver también SPOTA, Alberto Antonio (1970): *Origen y naturaleza del poder constituyente*, Buenos Aires.

⁴ TEUBNER, Gunther (1997): *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, p. xiv. Ver también GESSNER, Volkmar and BUDAK, Ali Cem (1998): “Introducción” al libro que editaron, sobre *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law*, Oñati.

⁵ FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en CARBONELL, Miguel *et al.* (Coords.), (2002): *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. UNAM, México, p. 196.

soberanía; pero sí cambios profundos en los objetivos y modalidades de su uso, sujeto cada vez más a normas del Derecho Internacional y a las reglas de una economía global.⁶ Esta tendencia conduce de modo empírico a un afianzamiento del monismo en materia de relaciones entre derecho interno y externo que, haciendo extemporáneo el mantenimiento de las formalidades de un dualismo decimonónico, convierte al Estado en un coadyuvante de las instituciones y empresas económicas globales en la sujeción del respectivo territorio a una suerte de nueva constitución internacional. Podemos ver estos procesos, por una parte, como un debilitamiento jerárquico del Estado y del gobierno nacional en cuanto al alcance de su poder, y por otro, como un fraccionamiento de la nación y de la soberanía, que debilita la unidad de su capacidad de decisión y acción. Entre los factores más evidentes de estos cambios, todos ubicados en el marco del proceso de globalización y dirigidos a la modernización del Estado, están la consagración de la multiculturalidad dentro del Estado; el apareamiento de la etnopolítica y de nuevas formas de autodeterminación, y la acción de los nuevos movimientos sociales de carácter a la vez nacional e internacional.

Por otra parte, transformado en la principal fuerza burocrática de cada nación, el sector privado ha debido asumir facultades transfronterizas de regulación de una serie de actividades, a fin de evitar las colisiones entre partners y aun entre competidores capaces de destabilizar el funcionamiento del sistema. Más claro aún: “La configuración actual de la economía mundial no hace ya posible un equilibrio de democracia y capitalismo en un solo país, a menos que se deje el país a merced del poder económico global desterritorializado”.⁷

De hecho, de forma aparentemente misteriosa, sin reforma constitucional ni revolución, el sistema de competencias creado por el poder constituyente originario clásico ha sido trastocado. Por la vía de la autorregulación y de la elevación de la regla técnica a la categoría de norma jurídica se ha logrado complejizar el derecho. Ello ha sido el resultado del aumento de los niveles de indeterminación –o abandono de las normas de carácter general– debido a la esfumación de las fronteras entre lo público y lo privado, de las fronteras político-territoriales y de la cuestión de extraterritorialidad de la ley, pero sobre todo, del obscurecimiento de la diferencia entre norma jurídica y regla técnica. Todos estos procesos socio-empíricos se sitúan en la base de cualquier análisis de las limitaciones que hoy condicionan el ejercicio de la soberanía e influyen inevitablemente en la reflexión semántica acerca del significado de la idea de “poder constituyente irregular”.

⁶ Ver TAPIA VALDÉS, Jorge (2005): “Derecho Constitucional vs. Ius Mercatorum Internacional”, en XXXV *Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Universidad de Valparaíso Valparaíso, 2006, pp. 477 a 500.

⁷ MERCADO PACHECO, Pedro (2006): “Estado y globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?”, en *Globalización y Derecho*, Manuel Cancio Meliá (Editor), Madrid, p. 135.

2. SOBRE LA IDEA DE “EJERCICIO IRREGULAR” DEL PODER CONSTITUYENTE

La relativización de la soberanía en el período de la globalización supone de modo lógico el apareamiento de nuevos criterios y fórmulas limitantes del poder constituyente originario. Pero tememos que en la aun prevaleciente visión clásica del Derecho Constitucional todavía no hay espacio para dar cuenta del hecho de que, al amparo de una semántica y unas técnicas jurídicas alteradas, un cierto supremo poder constituyente informal funciona irregular y cotidianamente ante nuestros propios ojos, sin rozar una letra de las Constituciones ni producir asomos de control de parte de los Tribunales Constitucionales.

El hecho es que cada vez resulta más notorio que la globalización ha provocado un aumento gradual pero firme de “creación no política del Derecho”, lo que sería consecuencia de y supone una crisis de la ley como fuerza reguladora del orden económico: “...el ordenamiento de la sociedad postindustrial no reclama, como reclamó el ordenamiento de la sociedad industrial, profundas reformas legislativas. El cuadro del Derecho resulta inmodificado. Pero permanece inmutado porque son otros, no ya las leyes, los instrumentos mediante los cuales se realizan y desarrollan las transformaciones jurídicas.”⁸⁻⁹ La totalidad de este proceso que altera radicalmente las competencias jurídico-políticas supone el ejercicio de poderes soberanos, pero como en la especie no se ha ejercitado formalmente el poder constituyente, originario o constituido, el profundo cambio teórico y práctico en materia de atribución de competencias no podría analizarse como el resultado de “ejercicio irregular” del poder constituyente. Los operadores y agentes que trabajan en ese campo –posiblemente el ámbito en que el ejercicio irregular de un poder constituyente “implícito” en cuanto opera como “competencia para atribuir competencias”, se presenta en mayor medida– no encuentran lugar ni tiempo para plantearse cuestiones de principio como la de la titularidad del poder constituyente. Su respuesta es de tipo decisionista.¹⁰

⁸ GALGANO, F. (1990): “La fonti del diritto nella società postindustriale”, en *Sociologia del Diritto*, N°s 1 y 2, cit. por Mercado Pacheco, op. cit., p. 132.

⁹ SASKIA S., Sassen (1999): “Para que funcione la economía global: el papel de los estados nacionales y los organismos privados”, en *Globalización. Org.*, p. 5. Ver también su (1996): *Losing control? Sovereignty in an Age of Globalization*, Columbia University Press,

¹⁰ Como lo explica Fabián Bosoer, el decisionismo, que hoy pretende rescatar el carácter absoluto de la soberanía, supone sin embargo una refutación a fondo de los argumentos contractualistas y racionalistas, lo que abre paso al protagonismo del caudillo o líder a cargo del Estado, capaz de mantener la legitimidad –y el orden, agregamos– en un sistema sin reglas permanentes y conocidas del juego. Debido a ello, el neoconstitucionalismo contemporáneo puede verse como una resurrección del decisionismo schmittiano, que favorece el resurgimiento de la idea de institución (o grupo intermedio), reconfigurándola como nuevo centro de la toma de decisiones cuyos efectos se extienden también al campo público. Pero hoy se comprueba que el decisionismo estatista de los años 20 y 30 del siglo pasado, se ha transformado en los años 80 y 90 en un “decisionismo antiestatista”, gracias a su aparente éxito para resolver la crisis general de gobernabilidad resultante del desafío de la globalización y el predominio de los paradigmas de la liberalización neoliberal. Ver Bosoer, F., “Maquiavelo, Schmitt, Gramsci y el decisionismo de los años 90: viejos y nuevos príncipes”, en VÁRNAGY, Tomás (2000): *Fortuna y virtud en la república democrática*, Buenos Aires, pp. 118 a 123.

¿Cuándo, entonces, podemos hablar de ejercicio irregular del poder constituyente en el correcto sentido que la expresión tiene? Nuestro intento por contribuir a esclarecer el punto nos lleva, primero, a precisar qué casos están definitivamente fuera de la denominación de “ejercicio irregular” de poder constituyente, para en seguida abordar tres casos probables, de los cuales solo el último parecería caer dentro de la categoría en estudio

2.1. Cuestiones sometidas a control de constitucionalidad

Deben dejarse fuera de consideración en la especie los casos sometidos al control del Tribunal o Corte Constitucional, porque ellos se refieren al examen del ejercicio irregular de otras competencias que las del poder constituyente. Aun en los casos excepcionales en que el Tribunal Constitucional examina la constitucionalidad de una reforma constitucional, durante su tramitación en las Cámaras o al ser sometida a plebiscito, tampoco puede darse un caso de ejercicio irregular de poder constituyente porque la competencia entregada al Tribunal Constitucional existe precisamente para evitar que ello acontezca. En otras palabras, si están sometidos al control de un Tribunal o Corte Constitucional todos los poderes estatales constituidos o derivados, incluido el poder constituyente en la forma de Asamblea Constituyente con facultades para reformar totalmente la Carta Fundamental, no existen ni restan casos posibles normativamente previstos o previsibles de ejercicio irregular de poder constituyente.

2.2. Casos de mutación constitucional

Podría pensarse que el concepto es aplicable a casos de “mutación constitucional”, es decir, aquellos que dejan intocado el texto de la Carta Fundamental mientras en la práctica se superpone a ella otra “Constitución real” proveniente de cambios en las costumbres y prácticas políticas, acompañados o no de legislación subordinada, que suponen un cambio de la forma de Estado o del régimen de gobierno. Un caso ya antiguo lo exhibe la historia constitucional de Chile, luego de la llamada Revolución o Guerra Civil de 1891. El triunfo de las fuerzas nucleadas en torno al Congreso Nacional hizo posible que, sin cambiar una letra de la vigente Constitución de 1833, el régimen presidencial se transformara en un parlamentarismo no reglamentado, que imperó hasta 1925. Para ello bastó condicionar la aprobación de las leyes periódicas sobre impuestos, presupuesto y fuerzas armadas, y la composición del gabinete –por la simple vía de la práctica o costumbre parlamentaria– a la voluntad de la mayoría imperante en las Cámaras.

Otro caso de “mutación constitucional” lo denuncia una publicación del Dr. A. Rolando Muñoz, el que se habría podido producir a raíz de la aprobación de 4 leyes por la Cámara de Diputados de la Provincia del Chaco, Rep. Argentina, el año 2004. A juicio del autor su aprobación cambiaría la forma Federal de Estado, acrecentando el avance del poder central sobre las autonomías provinciales. Tal sería el efecto de una “mutación constitucional” producida a través de una “reforma irregular”. La mutación

operaría “por fuera del sistema de reformas autorizadas por nuestro ordenamiento, fenómeno que hasta podría implicar el falseamiento del orden constitucional...”.¹¹

Ambos casos no provienen de decisiones de gobiernos de facto sino, el primero, de un gobierno revolucionario y, el otro, de un gobierno regular y legítimo. No se pueden explicar, por tanto, a la luz de la Teoría del Gobierno de Facto. En efecto, en el caso de revolución, podría haber no un caso de “gobierno de facto” sino de “Estado de facto”, a cargo de un gobierno legítimo o en legitimación y en claro camino a convertirse en “gobierno de jure” luego de que se ha ejercitado poder constituyente originario para dictar su “primera constitución”. En el segundo caso, el gobierno es “de jure” y su acto constituyente no puede transformarse en “irregular” en función de juzgar “segundas intenciones”. Pero en ambos casos parece haber cambios de los centros hegemónicos dentro de las mismas elites a partir de la confrontación de doctrinas políticas alternativas más que opuestas, lo que da origen a un tipo de contienda que podría considerarse normal o regular dentro de los procesos de evolución constitucional. De no ser así, nos enfrentaríamos al serio problema de etiquetar como “irregulares” una gran parte de los cambios constitucionales habidos en el Reino Unido y en los Estados Unidos y que se expresan en una diferencia entre texto escrito y constitución real. No cabe duda que la “mutación constitucional” reclama un estudio más a fondo de parte de la teoría constitucional que abarque los casos de “obsolescencia” y posterior re-aplicación de viejas disposiciones constitucionales. Sólo así podrá distinguirse entre situaciones de modificación o cambio “subrepticio” de la Constitución, y ejercicio normal de poder constituyente, sea originario, sea derivado.

2.3. Casos de gobiernos de facto que asumen poder constituyente¹²

La situación que explica el apareamiento de un gobierno de facto es generalmente una de ingobernabilidad producida por decadencia y colapso del gobierno precedente, generalmente unido a un golpe de estado y a veces a una guerra civil, en muy pocos casos de orientación revolucionaria. Como lo hemos dicho en obra citada más abajo, la doctrina argentina sentada al respecto “se origina en la “Acordada sobre reconocimiento del Gobierno surgido de la revolución de 6 de septiembre de 1930”, revolución que derrocó al régimen del Presidente Irigoyen (CSN, t. 158, p. 290)”. El texto de esa Acordada fue reiterado cuando otro gobierno de facto reemplazó al régimen constitucional del Presidente Castillo en junio de 1943, y ha sido citado en muchos fallos dictados durante la gestión de posteriores gobiernos de facto. Su pre-

¹¹ Sobre el caso chileno, ver PALMA G., Eric (2006): *Historia del Derecho Chileno: (1808-1924)*, Santiago, especialmente pp. 323 a 325. En el caso argentino ver MUÑOZ, A. Rolando, Dr., Publicación del Centro de Estudios e Investigación Social “Nelson Mandela”. Resistencia Chaco. 4/5/2000.

¹² CONSTANTINEAU, Albert (1945): *Tratado de la doctrina de facto*, Buenos Aires. Ver también SAGÜES, Néstor Pedro, *Las cláusulas de salvaguardia de la constitución*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. www.juridicas.unam.mx; y TAPIA VALDÉS, Jorge (1973): *Hermenéutica Constitucional*, Santiago, pp. 62 y 63.

misa inicial afirma que “procede constatar la instauración de un Ejecutivo de facto que se encuentra en posesión de fuerzas militares y policiales y cuenta con el reconocimiento del país, en cuanto es capaz para proteger la libertad, la vida y la propiedad de las personas”. Dada esta circunstancia y como única fuente efectiva de poder, el gobierno de facto está capacitado para realizar todos los actos necesarios, particularmente los legislativos, para el cumplimiento de sus fines en interés público y de la continuidad del Estado.

El gobierno de facto, a menos que derive en tiranía o en gobierno revolucionario, no asume poderes constituyentes, sino meramente ejecutivos y legislativos en el marco de la constitución vigente. Por lo mismo no cabría que se colocare en situación de ejercicio irregular del mismo. Tanto los casos a que se refiere A. Contantineau en su conocida obra sobre los gobiernos de facto, como en la jurisprudencia y precedentes de numerosos países latinoamericanos a lo largo de la primera mitad del siglo XX, aparece como rasgo distintivo de tal tipo de gobierno que asume para cumplir una tarea restauradora o conservadora del orden constitucional y social precedente, partiendo por el reemplazo del gobierno de jure en ejercicio. El gobierno de facto, sin duda uno de los tantos tipos de autoritarismo, presenta como la mayoría de estos las características de un “Estado Dual” en el sentido que E. Fraenkel da al término y que generalmente supone la criminalización de la política y el otorgamiento de garantías y seguridad a la actividad económica.¹³ Por ello el gobierno de facto no tiene vocación revolucionaria, ni constituyente, de modo que cuando uno de ellos incursiona en el campo constitucional nos encontramos frente a un caso de “gobierno de facto irregular” cuyas normas serán respetadas apenas temporalmente y sólo gracias al peso de las circunstancias.

2.4. Nacimiento de Estados y cambios de sistema político o de tipo de legitimidad

Ninguno de los casos hasta aquí analizados pueden considerarse de ejercicio de poder constituyente originario, y por lo mismo no cabe aplicar a su respecto el calificativo de modo “regular o irregular” de ejercicio. La situación variaría si esos procesos experimentaren cambios cualitativos de tal envergadura que pasaren a tener carácter revolucionario o independentista, o tuvieran por fin y desde un comienzo un cambio general del sistema político preexistente, incluyendo el cambio del tipo de legitimidad en que se sustenta dicho sistema. Siendo así, el título temático nos lleva necesariamente en una única dirección lógica: la búsqueda de casos de poder constituyente originario irregular requiere el estudio de las variables que pueden imponer límites al propio poder constituyente originario, debiendo subentenderse que la existencia de tales límites coloca en la situación de “ejercicio irregular” a aquellos pueblos o líderes soberanos que reemplazan el orden constitucional preexistente por otro nuevo que

¹³ FRAENKEL, Ernst (1941): *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, New York. Ver también sobre el particular, TAPIA VALDÉS, Jorge (1989): “National Security, The Dual State and the Rule of the Exception”. Erasmus Universiteit Rotterdam, Chapter VI.

no respeta dichos límites. Nos referimos, por tanto, a casos en que efectiva e indudablemente se pone en ejercicio el denominado poder constituyente originario, por naturaleza definible como poder fundacional no sujeto a normas ni procedimientos establecidos y preexistentes. En otras palabras, nos encontramos frente a situaciones de gestas independentistas, escisión de Estado, apareamiento de un nuevo Estado o revolución dentro de un Estado.

La calificación de “irregular” de un proceso de cambio constitucional a nivel de poder originario no está determinada, en consecuencia, por la sola existencia de problemas de procedimiento o de una inadecuada lectura de los antecedentes lógico-jurídicos, sino que está referida a criterios de validez en que los agentes se mueven en un campo fronterizo y limítrofe entre política y derecho.

3. NATURALEZA Y LÍMITES DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

La pregunta relativa a la fuente de la Primera Constitución o Nueva Constitución no es parte de ni proviene del ámbito jurídico, sino del ámbito del poder político, pre-existe al ordenamiento jurídico. Lo que está en cuestión es el “proceso causal, socio-político que lleva a y permite establecer la norma”, y no su conformidad formal, de procedimiento o sustantiva con el orden jurídico preexistente.¹⁴ El problema —como lo explica De Otto— no puede plantearse en términos normativos, dado que se trata de un problema de hecho: los fundamentos de validez del ordenamiento constitucional preexistente han desaparecido. Por ello, el proceso constituyente de tipo originario no se ubica en el campo de las normas, sino principalmente de los valores y principios: *pacta sunt servanda*, libertad, igualdad, justicia, irretroactividad de la ley penal, *non bis in idem*, dignidad del ser humano, etc.

¹⁴ DE OTTO, Ignacio (1995): *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, p. 69. El tema en consideración nos conduce a la polémica sobre el fundamento iusnaturalista que podría tener este tipo de validación y el conjunto de libertades, un tema que hoy deberíamos considerar superado tanto porque ellos han sido positivizados en la forma de convenciones multilaterales sobre los mismos, cuanto porque una parte importante de la doctrina asigna a los derechos subjetivos un carácter objetivo, en cuanto “norma principio”. Una “norma principio”, en el sentido que le da R. Alexy —cuyo aporte en esta materia es reconocido— es un mandato de optimización en cuanto ella puede realizarse en diferente grado o medida, que depende tanto de las posibilidades reales como de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas de realización es determinado por la entidad de los principios y reglas que actúan en sentido opuesto. Los derechos fundamentales exhiben, según se ha explicado, una estructura dual, ya que “junto a los derechos fundamentales como derechos subjetivos tradicionales frente al poder público aparecen los derechos fundamentales como normas objetivas que expresan un contenido axiológico de validez universal y que establecen un correlativo sistema de valores”. Negar estos hechos supone que el investigador confunde la posición iusnaturalista con los metalenguajes y, posiblemente, con la hermenéutica la lingüística y la ideología, con las doctrinas políticas. Ver BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang (1993): “Escritos sobre derechos fundamentales”, Baden-Baden, pp. 101, 102 y 107; y sobre todo ALEXY, Robert (2007): *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, especialmente Capítulos Tercero y Cuarto y pp. 67 y 68.

Según Francisco Zúñiga, quien concuerda en la materia con Capelletti, el ejercicio del poder constituyente originario provoca, al igual que la jurisdicción constitucional, una alteración del principio de separación de poderes. En efecto, ambos poderes están al margen de revisión política, jurídica o judicial, y ambos, por la naturaleza de las cosas, están fuera del ángulo analítico y contencioso de las llamadas “cuestiones políticas”.¹⁵ Siendo así, cabe concluir que la puesta en práctica del poder constituyente originario supone el ejercicio de un poder político concentrado e incondicionado, de modo que sus límites dependen únicamente de sus propias condiciones de racionalidad y efectividad y por consiguiente, de validez. Esos límites son, por tanto, internos y de principio, nunca externos o heterónomos o jurídicos o normativos.

Lo anterior obliga a concluir que el poder constituyente originario adquiere forma e importancia precisamente cuando el orden constitucional preexistente sufre una ruptura. Siendo así, también puede afirmarse que el llamado “poder constituyente irregular” es precisamente el poder constituyente originario cuando se ejerce en situaciones extra-constitucionales, negando su propio antecedente y origen constitucional. Esto reafirma la idea de que parte esencial de la Teoría del Poder Constituyente consiste en establecer el “origen de la validez” de la Constitución, y que De Otto expresa así: “la Constitución es válida porque procede de quien tiene el poder de darla, y es válida incondicionalmente porque ese poder no tiene limitación alguna ya que, en cuanto poder originario, no está sometido a normas”.¹⁶ La consideración de ambos tipos de factores legitimantes son esenciales para la eficacia de la doctrina, que debe ser capaz de explicar y justificar la validez de procesos que son su mayor desafío, esto es, aquellos en los que tras el colapso del orden político institucional anterior se procede a elaborar democráticamente una nueva constitución que no es resultado de la reforma de la anterior. En tales casos el constituyente originario escapa del ámbito de las “normas-principio” que regulan el poder constituyente derivado, pero no puede eludir los “principios que norman” su propio y directo ejercicio de la soberanía popular que en él reside. De hacerlo, no logrará un resultado racional, metodológica y sustantivamente consistente con su lógica interna y consustancial ni con la realidad en que está inserto.

La perspectiva que proponemos sectorializa el problema dando a cada tipo de poder constituyente —carismático, religioso, tradicional o democrático— su propio marco de principios normativos de validez y legitimidad, lo cual resguarda en natura y esencia la visión y práctica democrática inherente a una soberanía residente en el pueblo. Ello no se logra con una fórmula decisionista ya que Schmitt, al incorporar la excepción como parte esencial del orden político y jurídico, adhiere a un concepto dictatorial de autoridad soberana o poder constituyente originario.¹⁷ En consecuencia, si efectivamente la Teoría del Poder Constituyente es la formulación en términos de dogmá-

¹⁵ ZÚÑIGA URBINA, Francisco, (2006), “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, en *Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 2, CECOCH, Universidad de Talca, Librotecnia. Santiago, p. 416.

¹⁶ DE OTTO, I., op. cit., p. 53.

¹⁷ Ver NEGRETTO, Gabriel (1994): “El concepto de decisionismo en Carl Schmitt. El poder negativo de la excepción”, en *Revista Sociedad*, UBA, Buenos Aires, p. 4.

tica constitucional del principio de legitimación democrática, cabe concluir que no cualquier contenido democráticamente acordado en términos procedimentales por un movimiento revolucionario o independentista, es suficiente para validar y legitimar la Constitución, ya que cada forma de sistema político tiene una lógica interna que de no ser respetada lleva al aborto constitucional y no a una nueva constitución. Por ello, un cambio de la naturaleza popular-nacional de un sistema democrático constitucionalmente catalogable como tal, equivaldría a renunciar a una potestad permanente e irrenunciable, y supondría, si se impone por la vía plebiscitaria, una dictadura de la mayoría, o como lo dice Nogueira, una situación de “mutación constitucional que solo podría regir gracias al respaldo directo de la fuerza”.¹⁸ Pero es claro que, cuando se dan las condiciones para decir que un poder es revolucionario fundacional, tanto desde la perspectiva política como de la jurídica, probablemente nos encontramos –desde la perspectiva constitucional– ante un caso de poder constituyente “irregular”, y que éste es el estado normal y regular del poder constituyente originario.

4. LÍMITES GENÉRICOS DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Sabemos que el ejercicio del poder constituyente originario no está sujeto a límites normativos procedentes del sistema constitucional, ya que no es un fenómeno jurídico, sino socio-político y de poder, y que por lo tanto los únicos límites que puede reconocer proceden del metalenguaje a que está sometido. Es ese lenguaje y discurso metajurídico el que justifica y legitima su existencia o reconocimiento, el que al mismo tiempo construye sus propósitos y sus límites. En la medida que ese metalenguaje es el propio del sistema democrático constitucional acerca del poder político, y en cuanto el mismo provee empírica, histórica y teóricamente requisitos, condiciones y lineamientos reconocidos e infaltables, estamos frente a un metalenguaje fácilmente identificable y generalmente conocido y sujeto a crítica por los pueblos que ya lo aceptan y practican. De alguna manera esto es lo que significa y explica la llamada Cláusula Democrática del sistema latinoamericano de naciones.

Establecido lo anterior, deberíamos definir, primero, los límites de tipo genérico que impone el metalenguaje vigente, y luego la relación existencial entre poder constituyente originario y derechos de la minoría, principalmente a la luz de los principios de consociación y subsidiariedad. A continuación habría que analizar el tipo de situaciones en las cuales el ejercicio del poder constituyente originario podría conducir a la existencia de una dictadura de la mayoría y acarrear el apareamiento del derecho de resistencia a la opresión y del de insurrección. Lo anterior prepara la vía para la conclusión principal del estudio: los casos de posible ejercicio irregular del poder constituyente originario son aquellos que constituyen dictadura de la mayoría

¹⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, (2005), *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Iberoamérica del Sur en la alborada del siglo XXI*, Santiago, p. 217.

en cuanto violan, al ejecutar el acto político de crear la nueva constitución, los términos y límites de su propio metalenguaje. Por ello, una teoría decisionista de la soberanía y de la política que conduzca a la instauración de “the rule of the exception” como principio rector, representaría un caso de poder constituyente originario irregular.

Genéricamente considerados, los límites del poder constituyente originario a que nos referimos podrían agruparse en tres categorías: 1) derechos fundamentales del ser humano, tanto individuales como colectivos; 2) principios consubstanciales al sistema político y a la forma del estado democrático y de derecho; y 3) Principios de Ius Cogens y Derecho Internacional Público consuetudinario y convencional que, según la opinión más general, prevalecen sobre la voluntad y la soberanía del Estado-Nación. La inexistencia de discrepancias fundamentales en esta materia así como en los respectivos campos conceptuales, hace innecesario extenderse sobre ella, por lo cual nos limitaremos a precisar ciertos puntos que parecen de importancia dentro del tema de este trabajo.

En lo que se refiere a los derechos fundamentales y su centralidad para identificar un sistema como democrático, basta referirse al famoso contenido del Artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Toda sociedad en la cual la garantía de derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”. Contemporáneamente, ello ha sido ratificado por la aceptación general de la idea que el deber de no intervención de un Estado —en realidad, del organismo multinacional que los representa— en los asuntos internos de otro Estado, puede ser suspendido en caso de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, lo que pone de manifiesto la naturaleza y valor supranacionales y suprasoberanos de los derechos fundamentales.

En materia de principios e instituciones consubstanciales a la democracia, es ilustrativa una opinión de prosapia conservadora: “Hay ciertas reformas constitucionales que el Poder Constituyente jamás podría hacer. Por ejemplo, si decidiera autoelegirse; si resolviera, mediante el arbitrio espúreo de una reforma constitucional, contrariar la voluntad popular estableciendo que los actuales congresales serán vitalicios en el desempeño de sus cargos, evidentemente se estaría contrariando no solo el espíritu y la letra de la Carta Fundamental, sino una cosa que es mucho más importante: la raíz de nuestro derecho público (raíces), de suyo tan trascendentales que sin ellas el régimen desaparecería totalmente”. La opinión fue expresada por un ilustre diputado conservador chileno en el curso de un debate sobre reforma constitucional, y es citada en su tratado por A. Silva Bascuñán.¹⁹

Dada esta toma de posición de la derecha conservadora, ya no resultaría aceptable en esta materia que una opinión menos conservadora afirmase que nos movemos en un terreno tan oscuro o pantanoso que no permite determinar cuáles son los principios e instituciones consubstanciales al sistema político democrático, que funcionan como límites del poder constituyente originario. Esta es simple ceguera, o poca fe democrática

¹⁹ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2006), T. X, p. 262.

porque sí es posible identificar los elementos fundamentales del sistema democrático de Estado y gobierno y, dentro de ellos los consubstanciales o esenciales.

Tomando como base la variedad de modelos históricos y vigentes que nos ofrece el Derecho Político Comparado de los países democráticos, y la teoría constitucional, son elementos fundamentales pero no límites al poder constituyente originario las formas de Estado (federal o unitario), los tipos de gobierno (republicano o monárquico), y los regímenes de gobierno (presidencial, parlamentario o de asamblea). Todos ellos son compatibles con la democracia. Tampoco cabría entre los límites el tipo de organización y funcionamiento del órgano legislativo, en tanto mantenga su carácter representativo, ni las formas de participación, en la medida que se respete el derecho de asociación con fines públicos o políticos. Son por el contrario consubstanciales o esenciales al sistema democrático y corresponde ubicar entre tales límites la soberanía popular (o nacional); la existencia de elecciones libres, informadas y periódicas; la alternancia en el poder; los principios de supremacía constitucional, legalidad, y Estado de Derecho, así como los derechos fundamentales, y la separación de los poderes del Estado, hoy reforzada a favor de la sociedad civil por los principios de consociación y subsidiariedad. Mientras en las primeras materias enumeradas la voluntad y decisión del poder constituyente originario será definitiva y última, jamás podrá serlo si se traspasan los límites constituidos por los principios e instituciones enumerados en segundo lugar.

Por último, en lo concerniente a las relaciones jerárquicas entre derecho interno e internacional, o más específicamente entre poder constituyente nacional y soberano, y *Ius Cogens*, hay que hacer lugar al nuevo derecho habitualmente denominado *Lex Mercatoria* o *Ius Mercatorum* Internacional en cuanto pretende definir esas relaciones yendo más allá de los límites definidos por el Derecho Internacional o, como dice Laporta, postulando que “el derecho global pretende ser algo más que un derecho internacional desarrollado”.²⁰

La aceptación cada vez más amplia del monismo en materia de relaciones entre Derecho Internacional Público y derecho interno en el período de la globalización, es una demostración más del empequeñecimiento del concepto de soberanía, teórica y prácticamente considerado. El ordenamiento jurídico nacional está cada vez más expuesto a normas de aplicación directa de origen externo. El poder constituyente nacional, originario o derivado, enfrenta cada vez más limitaciones provenientes de normas externas.²¹

²⁰ LAPORTA, Francisco J., “Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas”, en Manuel Cancio Meliá, op. cit., p. 187. Sobre bibliografía relativa a la *Lex Mercatoria* ver Tapia Valdés, Jorge, op. cit. nota 5. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (2003): “*Ius Mercatorum*. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales”, en *Colegios Notariales de España*, Madrid; TAJADURA TEJADA, J. (2004): “¿El ocaso de Westfalia?. Reflexiones en torno a la crisis del constitucionalismo en el contexto de la mundialización”, en *Revista de Estudios Políticos*, N° 123; y WILKINSON, V. (1995): “The New *Lex Mercatoria*”, en *Journal of International Arbitration*, vol. 12, N° 2.

²¹ El tópico es extensamente expuesto en la 3ª edición del libro de EL-HAGE, Javier (2006): *Límites de Derecho Internacional para la Asamblea Constituyente*, Santa Cruz, especialmente pp. 345 a 349.

Las restricciones impuestas por el Derecho Internacional Público al Poder Constituyente Originario no se refieren únicamente a los posibles casos o hipótesis de responsabilidad internacional del Estado frente a otros estados o sujetos de derecho internacional por las violaciones de sus obligaciones conforme el derecho internacional consuetudinario o convencional, bilateral o multilateral.²² Hoy se extienden a la necesidad de adaptar cuerpos jurídicos nacionales, aun fundamentales, a las exigencias del derecho y la jurisdicción internacionales. La circunstancia de que ello haya sido puesto de manifiesto primeramente solo en materia de derechos humanos y restricciones arancelarias, no cambia el hecho de que el Estado soberano y la nación en cuanto Poder Constituyente Originario, tienen hoy una posición de mayor subordinación respecto de la voluntad suprema manifestada en el *Ius Cogens* de la época de la globalización.

5. DERECHOS DE LAS MINORÍAS Y LA SOCIEDAD MULTICULTURAL COMO LÍMITES ESPECÍFICOS DEL PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO

Como lo expresa Gutiérrez en su prólogo a la edición española de “Derecho Constitucional para la sociedad multicultural”,²³ el mundo del estado-nación soberana que sirvió de base a la teoría clásica del Estado y de la Constitución, entró en su ocaso. En la base de este cambio, que se prevé paradigmático, se encuentra el hecho de que la nueva multiculturalidad pone en cuestión la aspiración de integración social del constitucionalismo del estado-nación singular. Ello acentúa la tendencia a enfatizar que la legitimidad del derecho de ese Estado depende del escrupuloso uso de los principios procedimentales, una manifestación de racionalismo y diálogo que choca con la opinión schmittiana que tacha de ilícito el pluralismo en cuanto debilitaría esa unidad nacional en que debe fundarse su noción de “Estado Total”.²⁴ A partir de esta reflexión, consideramos ahora, en el marco de los límites extrajurídicos de tipo genérico, la forma y fuerza que adquieren limitaciones de tipo concreto al Poder Constituyente Originario surgidas al amparo del clásico concepto de “derechos de las minorías”, y que emergen en naciones multiculturales, con estructuras etnopolíticas y grupos intermedios o instituciones de la sociedad civil cuyas existencia, derechos y autonomía son considerados pre-constitucionales y pre-estatales, lo que los convierte desde su nacimiento en limitaciones al Poder Constituyente Originario. En este campo la variable jurídica es dependiente de variables históricas, antropológicas y sociológicas, lo que conduce al investigador al terreno de los derechos de tercera generación, al ámbito del “otro colectivo”, de aquel que es diferente y que por ser diferente, aunque constituya la mayoría, no puede predominar. Superar tal situación se convierte en un mandato del *Ius Cogens*.

²² Sobre responsabilidad del Estado por actos del poder constituyente, ver VANOSSI, Jorge R., op. cit., T. I, pp. 245 ss. Sobre el tema general de la responsabilidad internacional del Estado ver GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo (2005): “La responsabilidad internacional. (Las consecuencias del hecho ilícito)”. Murcia, pp. 27 a 49.

²³ DENNINGER, Erhard y GRIMM, Dieter (2007). *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid, pp. 9 y 10.

²⁴ Ver Kelsen, Hans (1995): *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, citando a SCHMITT, C. (1983): *La defensa de la constitución*, Madrid, pp. 125 a 166, en pp. 48 a 50.

A lo largo de la historia, muchas naciones han tenido colonias “externas” e “internas” muchas de las cuales eran más numerosas que los grupos hegemónicos.²⁵ Como el apartheid sudafricano de su tiempo lo demostró, los casos más opresivos son los de colonias internas, es decir, grupos significativos o importantes dentro de un Estado a los que se niegan plenos derechos civiles y políticos, en función de la raza, sexo, idioma, riqueza o previas condiciones de servilismo, como en el caso de muchos pueblos indígenas de América Latina.²⁶

Los antecedentes expuestos indican que el Estado democrático y social de derecho se encuentra hoy con el desafío de una multiculturalidad fomentada por migraciones masivas, que han alterado el curso y resultado de sus políticas integracionistas y homogenizadoras al debilitar sus bases culturales originales.²⁷ La solución del problema se encuentra normalmente en la extensión del clásico derecho de las minorías a que se garanticen su existencia, libertades y derechos. El reconocimiento de la multiculturalidad es la base para terminar con las viejas discriminaciones y evitar las nuevas. Pero también es fundamental la profundización y la práctica trasversal de actitudes pluralistas.

¿Qué derechos fundamentales son relevantes o funcionales para dar una solución positiva a los conflictos entre segmentos que buscan acomodo y/o ampliación de los espacios de consenso? Claramente no basta con invocar y garantizar el derecho de asociación, si no media un reconocimiento constitucional de la identidad grupal, como lo expresan Denninger y Grimm, quienes también creen que tendría mayor alcance práctico ampararse en la “libertad religiosa”, en cuanto es de la esencia del proceso lograr y garantizar la “tolerancia” frente a la singularidad cultural. Hoy no son sin más aceptables soluciones como la asimilación impuesta por el Estado o grupos hegemónicos, aunque habría espacio para la integración, en la medida “en que no espera de los migrantes un pleno ajuste a los valores y las formas de vida de la sociedad de acogida”.²⁸

²⁵ RHOODIE, Nic (Editor) (1978): *Intergroup Accommodation in Plural societies*. University of Pretoria. Londres, pp. 23 y 24.

²⁶ Es tal vez paradójico que la soberanía sea limitada hoy y en su origen precisamente por la existencia de grupos o facciones cuyas guerras intestinas hicieron aparecer y dieron absoluta fuerza al concepto en el siglo XVI. Como nos dice Van der Pot (p. 15), la construcción jurídica, política y ética que nos ofrece J. Bodino tiene por objeto encontrar una salida a los graves conflictos entre grupos religiosos, conflictos que amenazaban con hacer imposible la vida social, no solo porque desconocían la autoridad superior de los reyes, sino porque en su rebelión y lucha habían llamado a resistir al Estado y a sus reglas y costumbres, abriendo la puerta a la anarquía y el caos. Ver VAN DER POT, C.W. (1983): “Handboek van het nederlandse staatsrecht” (Bewerkt door Prof. Mr. A.M. Donner). Zwolle.

²⁷ GUTIÉRREZ G., Ignacio, en “Introducción” al libro de E. Denninger y D. Grima, op. cit., pp. 20 y 21. Ver también SIMPSON, Jerry (1996): “The Difusión of Sovereignty: self-determination in the Post-Colonial Age”, Berg.

²⁸ DENNINGER y GRIMM, op. cit., en general, y pp. 57 a 60, y CÁRDENAS, Emilio J., y CAÑAS, María F., “Los límites del principio de autodeterminación” en Adolfo Koutoudjan (2001): *Geopolítica y Globalización. Estado, Nación, autodeterminación, región y fragmentación*. Buenos Aires.

Estas opiniones contemporáneas son un implícito respaldo a formulas y prácticas consocionalistas, en la línea de A. Lijphart. Implícitamente dentro de esa perspectiva, Teubner cree que la suprema centralidad de la constitución política al interior del Estado-Nación no deja ver las constituciones propias de sectores civiles, que en la visión clásica serían resultado de la Carta Fundamental. Lo nuevo y singular, sin embargo, es que esta invisibilidad también se manifiesta dentro del proceso de globalización con respecto a la constitucionalización de una multiplicidad de subsistemas autónomos de la sociedad mundial.²⁹ Tal vez ello se deba a que, en su búsqueda de una alternativa al constitucionalismo centrado en el Estado, la constitución de la sociedad mundial no es resultado exclusivo de las instituciones supranacionales o intergubernamentales, ni se expresa en una única constitución global, sino que se genera de modo incremental a partir de la autorregulación de los subsistemas autónomos o grupos intermedios. En tal caso, en lugar de un orden piramidal, empieza a perfilarse una estructura concéntrica y horizontal del ordenamiento jurídico.

6. PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO, DICTADURA DE LA MAYORÍA Y DERECHO DE INSURRECCIÓN

La expresión “dictadura de la mayoría” es un eufemismo que oculta el ataque a la soberanía del legislador y a la teoría de la representación democrática fundado en que constituirían potenciales amenazas respecto de los derechos fundamentales de tipo individual y subjetivo.³⁰ Es bastante paradójico que A. de Tocqueville, precisamente en su *La democracia en América*, exhiba tales temores respecto del riesgo de que el principio mayoritario tome rasgos dictatoriales. Acude incluso al pensamiento de Madison en relación con la dictadura de la mayoría que lleva a la minoría a la desesperación, algo de mucha importancia en las repúblicas.³¹ No obstante, su capacidad para el análisis fino le permite ver que el sistema estadounidense ha encontrado un factor de moderación y freno respecto de la posible tiranía de la mayoría en una forma de Estado y de gobierno que, por su propia estructura, evita el centralismo, constituida como sabemos tanto por la forma federal del Estado central cuanto por la autonomía del gobierno local.³²

Afirmamos, que una sociedad y Estado que adoptan decisiones que no respetan las condiciones consubstanciales de la democracia, puede convertirse en una dictadura de la mayoría. Hay que tener muy presente que no hay decisión democrática si, además

²⁹ TEUBNER, G., op. cit., p. 213. El tema de la democracia consocional ha sido puesto de moda en la segunda mitad del siglo XX por A. LIJPHART, entre otras de sus obras, en (1968): *Verzuiling, pacifikatie en kentering in de nederlandse politiek*, Leiden, y “Majority Rule versus Democracy in Deeply Divided societies”, en Nic RHOODIE, op. cit., pp. 27 y ss.

³⁰ Ver PALAZZO, Eugenio, op. cit., “Proceso constituyente y participación”, en *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires. 13/10/2006, pp. 6 y 7.

³¹ DE TOCQUEVILLE, Alexis (1966): *La democracia en América*, México, pp. 257 y 265.

³² Ídem, p. 266.

del principio mayoritario, no se aplican simultáneamente los principios de derecho de las minorías, consocionalidad y subsidiariedad. En caso de no ser considerados, estaremos ante una situación de ejercicio irregular del poder constituyente originario.

Sin los límites y condiciones metajurídicos a que nos hemos referido, el proceso de creación del derecho no solo carecería de legitimidad, sino que haría retroceder a la comunidad a un estado hobbesiano de naturaleza, en cuanto haría desaparecer la frontera entre fuerza y autoridad. Tales límites podrían resultar quebrantados si se alteran los quórum de votación y aprobación de la toma de decisiones fundamentales; si se crean cargos de poder soberano vitalicios; si se suprimen las elecciones periódicas; si se desconocen las autonomías o si se implantan políticas de apartheid. Es decir, si se traspasan los límites consubstanciales de la democracia, se generará efectivamente una dictadura de la mayoría que probablemente no será eficaz en la medida en que pese al dominio de los números, tendrá que recurrir de modo permanente a la fuerza. La Alemania Nazi y la URSS de Stalin y sucesores ideológicos son claros ejemplos de ello, como lo son en general los casos de totalitarismo político o religioso o el autoritarismo lingüístico.

El incumplimiento de aquellas condiciones probablemente abrirá el camino al derecho de insurrección. Vale la pena no olvidar que tanto la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos (1776) como la Declaración de la Asamblea Nacional Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789, art. II) y la Constitución Jacobina de 1793 (art. 35), reconocieron los derechos de resistencia a la opresión y de insurrección, cualesquiera la forma que adoptare la dictadura resistida y especialmente si se amparaba en un estatuto jurídico de su poder arbitrario. Si se parte de una visión decisionista de soberanía y Poder Constituyente Originario, probablemente el derecho de resistencia a la opresión se perciba como antagónico con el concepto de Estado de Derecho,³³ pero más lo es una tiranía jurídicamente santificada. En esta materia, Schmitt sólo acepta de Sieyes el carácter absoluto de la soberanía, no así su origen popular. Siendo así, lo que está en situación antagónica con el Estado de Derecho es un poder soberano que se manifiesta a través de su capacidad para decidir sobre el estado de excepción, y su voluntad y fuerza para imponer la excepción como regla general y permanente. Esto último resulta intrínsecamente opuesto a la esencia de la soberanía democrática, lo que hace ver que resistencia e insurrección son el arma legítima contra una dictadura soberana no democrática, cualesquiera su origen. Resulta claro que el fin de la situación generada por el ejercicio irregular del Poder Constituyente Originario es o la invasión –fin del principio de no intervención en caso de violaciones de derechos humanos– o la revolución, acciones sobre las cuales un constitucionalista poco puede decir. Mayor propiedad tiene, en cambio, afinar la reflexión y ensayar algunas conclusiones sobre la forma irregular de ejercicio del Poder Constituyente Originario.

³³ VEGA MÉNDEZ, FRANCISCO (2006): “Carl Schmitt: en torno a Hobbes y Spinoza”, en XXXV *Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Universidad de Valparaíso, C.W., p. 95.

7. PODER CONSTITUYENTE ORIGINARIO IRREGULAR: UN PROBLEMA NORMATIVO SIN SOLUCIÓN JURÍDICA

Resumiendo, el Poder Constituyente Originario es expresión y función de un metalenguaje que está más allá de y trasciende lo jurídico y que por tanto no tiene ni acepta controles orgánicos, estructurales, procedimentales o de contenido. Ello lleva por vía de consecuencia a otra conclusión fundamental: el Poder Constituyente Originario no puede incurrir en ejercicio irregular de sus poderes fundacionales del sistema constitucional, en relación con requisitos provenientes del propio ordenamiento jurídico, incluyendo las mentadas “cláusulas pétreas”. Por tanto, la expresión poder constituyente irregular solo podría aplicarse al poder constituyente derivado o constituido, pero a su vez, ello solo tendría sentido lógico-jurídico en caso de no existir correctivos como una jurisdicción que vele por la supremacía de la Constitución, o de hacerse imposible el control preventivo de la irregularidad y se dé lugar a una mutación constitucional.

El problema del ejercicio irregular del Poder Constituyente Originario no se ubica en el campo de la supremacía de la Constitución y su defensa, sino de supremacía del poder soberano y su legitimidad. Esto permite ver que el tema es colateral tanto a la cuestión de control de constitucionalidad de la reforma constitucional como al problema de las “cuestiones políticas no justiciables”; pero no cabe confundirlo con ninguno de ellos. El Poder Constituyente Originario obra ejecutando cambios que reestructuran las relaciones de poder mediante el desplazamiento o inclusión de sectores y la transformación de sus intereses y valores en nuevas o en viejas teorías y doctrinas. Al tiempo que la revolución triunfante se transforma en fuerza conservadora, el Poder Constituyente Originario se transforma de “irregular” en “refundacional”. Las condiciones de su reconocimiento y consolidación no dependen de los lujos hermenéuticos de un Tribunal Constitucional, sino de un encuentro de voluntades en la sociedad real y concreta, que demuestre que el acto no fue uno de mera fuerza política y física sino de reemplazo de una estructura y/o régimen ya en colapso, por un nuevo sistema político.

Lo que hemos puesto en discusión es la posibilidad de problemas jurídicos derivados de excesos en que pudiese incurrir el poder constituyente originario, problemas que sin embargo no tienen solución jurisdiccional, sino sola y exclusivamente política. La hipótesis es perfectamente avalada por la circunstancia de que el ejercicio normal del poder constituyente originario, en cuanto excede los límites metajurídicos, no puede dar validez, legitimidad y vigencia efectiva a la pretendida nueva constitución sino en virtud de la fuerza. La violación del metalenguaje cae siempre en el campo de lo consubstancial al constitucionalismo democrático dando origen a un tipo de “Estado Dual”, en que la política es colocada, relativamente, al margen del Derecho, mientras que se coloca el Estado por sobre el Derecho. Al mismo tiempo, siguen rigiendo los códigos que regulan las relaciones entre particulares. Si el ejercicio del Poder Constitucional Originario se convierte en una legitimación del uso de la fuerza y la violencia en lugar de legitimar y racionalizar el uso del poder político soberano, su obra no será una Constitución, sino un mero “Estatuto del Poder”.

Afirmo, un tanto en la línea enunciada por Ferreira,³⁴ que aceptar el problema no significa que este tenga solución razonable y menos fácil. Lo probable es que conduzca al renacimiento del derecho de insurrección y por lo mismo al ejercicio, una vez más, del poder constituyente originario por parte de los ciudadanos y sus organizaciones.

Como lo dice Vanossi, todo acto político para-legal asume carácter “revolucionario” cuando dentro del sistema vigente no encuentra forma de anulación.³⁵ Dos elementos objetivos permiten verificar la culminación exitosa del proceso de cambio constitucional por la vía del ejercicio del Poder Constitucional Originario: primero, otra vez según Vanossi, el hecho de que no existe órgano, ni mecanismo ni competencia para anular el acto, y segundo, que la nueva estructura de poder da garantía y garantiza efectivamente el respeto de derechos, libertades, intereses, separación de poderes e independencia judicial.

Los casos de ejercicio irregular de carácter restaurativo o revolucionario no pueden verse como “fenómenos de “descontitucionalización”, es decir, fenómenos como la reforma inconstitucional; la suspensión inconstitucional (fancied emergency); la supresión de la Constitución; la destrucción de la Constitución, equivalente a gobierno de facto que no da garantías; y el quebrantamiento de la Constitución, ignorándola o actuando expresamente en su contra. La real importancia de esta tipología de Schmitt estriba en que permite ver con claridad que no deben ni pueden confundirse posibles actos de ejercicio del Poder Constituyente Originario, con actos políticos del órgano encargado de la defensa de la constitución, porque el “Defensor de la Constitución”, al tomar la decisión relativa al “caso de emergencia”, no pretende cambiar la Constitución, sino ignorarla, hacer un acto inconstitucional que, si las instituciones funcionaren, serían anulado por el Tribunal Constitucional.

La eficacia del acto del poder constituyente originario que logra imponerse políticamente ha sido reconocida por algunos tribunales constitucionales de países latinoamericanos. En el caso chileno se ha manifestado expresamente así en las sentencias Rol 46 (21/12/1987) y 272 (18/3/1989).³⁶ En el caso de Perú puede citarse la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la demanda presentada por el Colegio de Abogados del Cusco contra la ley N° 27600, de 2002, y en el caso argentino, la sentencia de la Corte Suprema que reconoce el poder constituyente revolucionario en 1945.³⁷

³⁴ FERREYRA, Raúl G., “Sobre el control del proceso de reforma constitucional, según los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina”, en *Revista Estudios Constitucionales*, U. Talca, op. cit., pp. 506-507.

³⁵ Ídem, p. 142.

³⁶ Reproducidos en LARRAÍN CRUZ, Rafael, “Fallos pronunciados por el Excmo. Tribunal Constitucional entre el 4 de diciembre de 1985 y el 23 de junio de 1992. Santiago 1993. Ver también CRISTI, Renato, y RUIZ TAGLE, Pablo (2006): *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, Santiago.

³⁷ La sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, de 2002, está reproducida en “*Justicia Constitucional en Iberoamérica*”, publicación del Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III, de Madrid, 2008. En caso argentino, ver VANOSI, Jorge R., *Teoría Constitucional. Poder Constituyente fundacional, revolucionario, reformador*. Tomo I, p. 52, nota 31, que se refiere al caso Mayer fallado por la Corte Suprema en 1945.

Nada es más importante en las sentencias ya citadas de los Tribunales con jurisdicción constitucional de Argentina, Chile y Perú, reconociendo la validez y eficacia de actos constitucionales de gobiernos revolucionarios y su falta de atribuciones para anularlos, que el reconocimiento implícito de que el acto que merece el nombre de revolucionario es siempre un acto de ejercicio irregular del poder constituyente originario. Definitivamente, entonces, el acto irregular no pertenece al campo normativo, sino al político. Pero ello no nos ofrece una renovada Teoría del Gobierno de Facto, en la medida que no se trata de simples golpes de Estado para cambiar gobiernos, sino de una transición hecha por la sociedad política desde una situación de ingobernabilidad a nuevas y más profundas estructuras democráticas de poder, aunque no siempre de modo directo y acertado. En realidad, la teoría nos lleva a comprobar que ejercicio del poder constituyente originario y democracia directa están muy cerca el uno del otro.

Dentro del marco en uso, fluye también la conclusión de que el proceso de internacionalización y supranacionalización del derecho y de globalización de la economía y la política ha significado la imposición de limitaciones y restricciones sobre el Poder Constituyente Originario nacional, que aunque puedan catalogarse como empíricas y de facto dada su procedencia externa, no pierden su origen y naturaleza normativa de fuertes acentos jurídicos. Acto definitivamente irregular en cuanto ejercicio del Poder Constituyente Originario sería, por tanto, aquel que no solo desconoce la lógica de los antecedentes y que no puede ser comprendido y aceptado a la luz de la serie lógica de sus antecedentes dentro del ordenamiento jurídico nacional, como con tanta y convincente claridad lo ha expresado Vanossi,³⁸ sino el que quebranta y niega la lógica y la ética, así como la fuerza política, del supraordenamiento jurídico o metalenguaje proveniente de una sociedad mundial democrática globalizada.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEX, Robert (2007): *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid.
- BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang (1993): *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden.
- BOSOER, Fabián (2000): "Maquiavelo, Schmitt, Gramsci y el decisionismo de los años 90: viejos y nuevos príncipes". Várnagy, Tomás, *Fortuna y virtud en la república democrática*, Buenos Aires.
- CÁRDENAS, Emilio J., y CAÑAS, María F. (2001): "Los límites del principio de autodeterminación" en Adolfo Koutoudjan, *Geopolítica y Globalización. Estado, Nación, autodeterminación, región y fragmentación*. Buenos Aires.
- CONSTANTINEAU, Albert (1945): *Tratado de la doctrina de facto*. Buenos Aires.
- CRISTI, Renato, y RUIZ TAGLE, Pablo (2006): *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, Santiago.
- DENNINGER, Erhard, y GRIMM, Dieter (2007): *Derecho Constitucional para la sociedad multicultural*, Madrid.

³⁸ VANOSI, Jorge R., op. cit., p. 143.

- EL-HAGE, Javier (2006): *Límites de Derecho Internacional para la Asamblea Constituyente*, Santa Cruz.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (2003): “Ius Mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales”, en *Colegios Notariales de España*, Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi (2002): *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en Carbonell, Miguel et al. (Coords.) —*Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. UNAM, México.
- FERREYRA, Raúl G. (2006): “Sobre el control del proceso de reforma constitucional, según los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina”, en *Revista Constitucional*, CECOCH, U. Talca, Librotecnia, op. cit., pp. 506 a 507.
- FRAENKEL, Ernst (1941): *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, New York.
- GARCÍA LINERA, Álvaro et al. (2005): *Sociología de los Movimientos Sociales en Bolivia*, La Paz.
- GESSNER, Volkmar, and BUDAK, Ali Cem (1998): *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law*, Oñati.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo (2005): *La responsabilidad internacional (Las consecuencias del hecho ilícito)*, Murcia.
- GUTIÉRREZ G., Ignacio (1996): “Introducción”, en Simpson, Jerry, “*The Difusión of Sovereignty: self-determination in the Post-Colonial Age*”, Berg.
- HERNÁNDEZ, Antonio M. (2001): *El caso Fayt y sus implicancias Constitucionales*, Córdoba.
- KELSEN, Hans (1995): *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid.
- KLEIN, Claude (1999): “A propos Constituent Power: some general views in a Modern Context”, en Jyränki, Antero, *Orational Constitutions in the Era of Integration*, London.
- LAPORTA, Francisco J. (2006): “Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas”, en Manuel Cancio Meliá, *Globalización y Derecho*, Madrid.
- LARRAÍN CRUZ, RAFAEL (1993): “Fallos pronunciados por el Excmo. Tribunal Constitucional entre el 4 de diciembre de 1985 y el 23 de junio de 1992”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- LINARES QUINTANA, Segundo V. (1953): *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, T. II.
- LIPHART, A. (1968): *Verzuiling, pacifikatie en kentering in de nederlandse politiek*, Leiden.
- LIPHART, A. (1978): “Majority Rule versus Democracy in Deeply Divided societies”, en Nic Rhoodie, *Intergroup Accommodation in Plural societies*, University of Pretoria. Londres.
- MERCADO PACHECO, Pedro (2006): “Estado y globalización. ¿Crisis o redefinición del espacio político estatal?”, en *Globalización y Derecho*, Manuel Cancio Meliá (Editor). Madrid.
- MUÑOZ, Dr. A. Rolando: *Publicación del Centro de Estudios e Investigación Social “Nelson Mandela”*. Resistencia, Chaco, 4/5/2000.
- NEGRETTO, Gabriel (1994): “El concepto de decisionismo en Carl Schmitt. El poder negativo de la excepción”, en *Revista Sociedad*, UBA. Buenos Aires.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005): *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Iberoamérica del Sur en la alborada del siglo XXI*, Editorial LexisNexis, Santiago.

- OTTO, Ignacio de (1995): *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ed. Ariel, Barcelona.
- PALAZZO, Eugenio (2006): *Proceso constituyente y participación, El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia*. Buenos Aires.
- PALMA G., ERIC (2006): *Historia del Derecho Chileno: (1808-1924)*, Santiago.
- POT, C.W. van der (1983): *Handboek van het nederlandse staatsrecht* (Bewerkt door Prof. Mr. A.M. Donner). Zwolle.
- RHOODIE, Nic (Editor) (1978): *Intergroup Accommodation in Plural societies*, University of Pretoria. Londres.
- SAGÜES, Néstor Pedro (2001): *Las cláusulas de salvaguardia de la constitución*, www.juridicas.unam.mx, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos (1957): *El poder constituyente*, Buenos Aires.
- SASSEN, Saskia S. (1999): "Para que funcione la economía global: el papel de los estados nacionales y los organismos privados", en *Globalización*. Org.
- SASSEN, Saskia S. (1996): *Losing control? Sovereignty in an Age of Globalization*, Columbia University Press.
- SCHMITT, C. (1983): *La defensa de la constitución*, Madrid.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1963): *Tratado de Derecho Constitucional*, Ts. I y III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- SPOTA, Alberto Antonio (1970): *Origen y naturaleza del poder constituyente*, Buenos Aires.
- TAJADURA TEJADA, J. (2004): "¿El ocaso de Westfalia?. Reflexiones en torno a la crisis del constitucionalismo en el contexto de la mundialización", en *Revista de Estudios Políticos*, N° 123.
- TAPIA VALDÉS, Jorge (1973): *Hermenéutica Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- TAPIA VALDÉS, Jorge (1989): *Nacional Security, The Dual State and the Rule of the Exception*, Erasmus Universiteit Rotterdam.
- TAPIA VALDÉS, Jorge (2005): "Derecho Constitucional vs. Ius Mercatorum Internacional", en *XXXV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Universidad de Valparaíso.
- TEUBNER, Gunther (1997): *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth.
- TOCQUEVILLE, Alexis de (1996): *La democracia en América*, México.
- VANOSI, Jorge Reinaldo (1975): *Teoría Constitucional*, Buenos Aires, T. I.
- VEGA MENDEZ, Francisco (2006): "Carl Schmitt: en torno a Hobbes y Spinoza", en *XXXV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Universidad de Valparaíso.
- WILKINSON, V. (1995): "The New Lex Mercatoria", en *Journal of International Arbitration*, vol. 12, N° 2.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2006): "Control de constitucionalidad de la reforma constitucional", en *Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 2, CECOCH, Universidad de Talca, Librotecnia, Santiago.