

LA MODERNIDAD LIBERAL Y EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN: TERGIVERSACIONES Y FALSEDADES¹

ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ²

Resúmen: Se han acumulado tantas tergiversaciones entorno al concepto de Constitución, que es hoy en día sorprendente observar como incluso juristas, politólogos y políticos son víctimas de las mismas. El presente trabajo tiene como objetivo analizar como, fruto de dos de las grandes falacias construidas en la modernidad: la confusión y asimilación entre los conceptos de representatividad y democracia, y los conceptos de legalidad y legitimidad, se ha producido una tergiversación de la idea de soberanía (se pasa de la soberanía popular a la soberanía del derecho) y por ende, de Constitución, vigente en la iuspublicística contemporánea, que ha llevado a que llamemos Constituciones, normas que desde el punto de vista de la teoría constitucional democrática, no son Constituciones sino leyes.

Analizada esta adulteración del concepto Constitución y sus razones de ser, veremos como en los últimos años, los movimientos sociales latinoamericanos están siendo capaces de deconstruir las falacias de la modernidad e impulsar nuevos procesos de re-soberanización popular en el continente.

Resumo: Se acumularam tantas tergiversações ambiente ao conceito de Constituição, que é hoje em dia surpreendente observar como inclusive juristas, [politólogos] e políticos são vítimas de as mesmas. O presente trabalho tem como objetivo analisar como, fruto de dois das grandes falácias construídas na modernidade: a confusão e assimilação entre os conceitos de representatividade e democracia, e os conceitos de legalidade e legitimidade e, se produziu uma tergiversação da idéia de soberania (se passa da soberania popular à soberania do direito) e portanto, de Constituição, vigente na [iuspublicística] contemporânea, que levou a que chamemos Constituições, normas que desde o ponto de vista da teoria constitucional democrática, não são Constituições mas leis.

Analisada esta adulteração do conceito Constituição e suas razões de ser, veremos como nos últimos anos, os movimentos sociais latino-americanos estão sendo capazes de [deconstruir] as falácias da modernidade e impulsar novos processos de ré-[soberanización] popular no continente.

Abstract: So many environment misinterpretations have been accumulated in the concept of Constitution, which is nowadays surprising to observe as even jurists, politólogos and politicians are victims of the same. The present work has such as an objective to analyse as, results of two of the big ones built fallacies in the modernity: the confusion and assimilation between concepts of representation and democracy, and concepts of legality and legitimacy, one has been produced misinterpretation of the idea of sovereignty (comes over of the popular sovereignty to the sovereignty of the right) and of Constitution, in force in the iuspublicística contemporary, that has taken to that call Constitutions, standards that from the point of view of the constitutional theory democratic, are not Constitutions but laws.

¹ Recibido el 17 de abril de 2009. Aceptado el 6 de junio de 2009.

² Doctor en Derecho por la Universidad de La Habana (Cuba) y la Universidad Jaime I de Castellón (España). Licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas por la Universidad Autónoma de Barcelona (España). Ha sido investigador invitado en la Universidad de Georgetown (USA), el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati (España) y el Centro de Investigaciones Jurídicas del Ministerio de Justicia de Cuba. Ha sido asesor de las Asambleas Constituyentes de Bolivia y Ecuador. Sus últimos libros publicados son “Constitución, plurinacionalidad y pluralismo jurídico en Bolivia” (La Paz. 2008), “El derecho en la legitimación del poder. Del constitucionalismo liberal clásico a la crisis del Derecho Constitucional” (Buenos Aires. 2007) y “Derecho y Hegemonía. Un estudio socio-jurídico de la Cuba actual” (Buenos Aires. 2007).

Analyzed this adulteration of the concept Constitution and its *raison d'être*, will see as in recent years, Latin American social movements are being capable of deconstructing fallacies of the modernity and to promote new re processes sovereignty popular in the continent

Palabras Claves: Constitución, Poder Constituyente, Legalidad, Legitimidad, Ley, Norma.

Key Words: Constitution, Constituent Power, Legality, Legitimacy, Law, Norm.

1. La Constitución y las leyes

El concepto de Constitución ha sido usado en el lenguaje jurídico con una multiplicidad inmensa de significados³. Sin embargo, en todas las acepciones, aunque con sus diferencias, la Constitución (escrita) se define como uno o varios textos normativos, esto es, una o varias leyes en sentido genérico: documentos que expresan normas (jurídicas). Ahora bien, si es así, ¿qué distingue a una Constitución de las demás normas jurídicas o leyes?

Tal como expresó Sieyès en su proyecto de Declaración de Derechos, que bajo el título “Reconnaissance et Exposition Raisonnés des Droits de l’Homme et du Citoyen” sometió a la consideración de la Asamblea Nacional los días 20 y 21 de julio de 1789: “Una Constitución supone ante todo un poder constituyente”. El poder constituyente no es más que el instrumento, a través del cual la nación decide organizarse políticamente y ordenarse jurídicamente, reclamándose para sí misma la posición de centro de poder originario, autónomo e incondicionado. Lo que define por tanto, al poder constituyente no es la “*legalidad*” sino la “*legitimidad*”.

A diferencia de los poderes constituidos que son poderes de naturaleza jurídica en la medida en que su formación y competencias están definidas en la Constitución, en el origen del poder constituyente o de la Constitución no hay ninguna norma que le sirva de punto de referencia, ya que ella es la primera de todas, este opera en una suerte de vacío jurídico. Ella misma es el origen de todo Derecho, aquello único que la define es ser manifestación de la soberanía popular. En consecuencia, el poder constituyente tiene que ser un poder

³ Sobre el concepto de Constitución véase: V. Grisafulli. *Costituzione*. En *Enciclopedia del novecento I*. Istituto Della Enciclopedia Italiana. Roma. 1975; G. De Bergottini. *Costituzione*. En N. Bobbio, N. Matteucci (eds.). *Dizionario di politica*. UTET. Turín. 1976. p. 274 y ss; G. Burdeau. *Traité de science politique IV. Le statut du pouvoir dans l'état*. Librairie générale du droit et de jurisprudence. París. 1983. Cap. I; P. Bastid. *L'idée de constitution*. Economica. Paris. 1985; F. Modugno. *Il concetto di costituzione*. En *Aspetto e tendenze del diritto costituzionale*. Scritti in onore di Costantino Mortati I. Giuffrè. Milán. 1977. p. 199 y ss; G. Zagrebelsky. *Società, statuto e costituzione*. *Lezioni di dottrina dello statuto*. G. Giappichelli. Turín. 1988. p. 75 y ss; P. Comanducci. *Ordine o norma? Si alcuni concetti di costituzione nel settecento*. En *Studi in memoria di Giovanni Tarello I*. Giuffrè. Milán. 1990. p. 173 y ss; R. Guastini. *Sobre el concepto de Constitución*. En M. Carbonell. *Teorías del neoconstitucionalismo*. Trotta. Madrid. 2007 pp. 15-29.

políticamente legítimo, el concepto de “legitimidad” es la característica constitutiva principal de todo poder constituyente.⁴

En resumen, podemos decir que aquello que diferencia la Constitución de las otras leyes es:

- Las leyes encuentran su fundamento de validez en las normas sobre la producción jurídica vigentes, esto es, en la “*legalidad*”.
- La Constitución no encuentra su fundamento de validez en una norma precedente, sino en ser expresión directa (no indirecta) de la soberanía popular, esto es, en la “*legitimidad*”.

Esto se hace patente si realizamos el ejercicio práctico de agarrar el texto de una Constitución y de una ley cualquiera, y ver quien es el emisor de la norma.

Si nos fijamos en el preámbulo de la Constitución norteamericana de 1787, por ejemplo:

“NOSOTROS, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad, estatuímos y sancionamos esta CONSTITUCIÓN para los Estados Unidos de América.”

Quien emite una Constitución es “el pueblo norteamericano” directamente. En cambio, si nos fijamos en el texto de cualquier ley, por ejemplo, la “Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial”, en España, la cual empieza estableciendo:

“A todos los que la presente vieren y entendieren, sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo (Juan Carlos I. Rey de España) vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica:”

O, la “Loi n° 78-17 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés”, en Francia, para poner otro ejemplo, que empieza:

“L’Assemblée nationale et le Sénat ont adopté.
Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit:”

Observamos, que quien emite la norma son los órganos del Estado. Son el órgano legislativo, como representante de los ciudadanos, y el rey, en España, o el Presidente de la República, en Francia, como jefes de Estado, los que sancionan y promulgan una ley. Y estos órganos de Estado emiten la ley por-

⁴ J. Pérez-Royo. Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pons. Madrid. 1997. p. 107.

que la “legalidad” (la Constitución española y francesa) determina que es a ellos a quien corresponde emitir la ley.

De acuerdo con esta distinción entre Constitución y Ley, podemos afirmar que muchas de las Constituciones actualmente en vigencia en Europa, como la Constitución italiana de 1947 o la Constitución portuguesa de 1976, en realidad no son “auténticas Constituciones” o no son “*Constituciones constitucionales*” (para usar la expresión de Jellinek), sino leyes, ya que nunca han sido ratificadas mediante referéndum por el pueblo y por tanto, su fundamento de validez no reside en la “legitimidad”, sino que son fruto de una tramitación y aprobación parlamentaria y por tanto, su fundamento de validez reside en la “legalidad”.

Evidentemente, estas son leyes que regulan lo que L. Paladín denomina las normas fundamentales de todo ordenamiento jurídico⁵:

- a) las que determinan la llamada forma de Estado⁶;
- b) las que determinan la forma de gobierno⁷; y,
- c) las que disciplinan la producción normativa.

Y por eso son Leyes fundamentales, pero al fin y al cabo, son leyes. De hecho, de que una Constitución no aprobada directamente por el pueblo no es una Constitución fueron muy concientes los alemanes, que concluyeron que sin una asamblea constituyente elegida libremente por el pueblo alemán y sin la ratificación democrática del texto redactado por esa Asamblea, no podía aprobarse una verdadera Constitución. Precisamente por esto, al texto que ordenaba las instituciones del país, en 1949, se le denominó conscientemente “Ley Fundamental” y no “Constitución”.

2. De la soberanía popular a la soberanía del Derecho

En 1976, la Asamblea Constituyente de Portugal elaboró una Constitución. Sin embargo, nunca los ciudadanos han podido pronunciarse sobre la interpretación parlamentaria de la voluntad constituyente manifestada por ellos en las urnas. A la Asamblea Constituyente portuguesa no le correspondía solamente “elaborar”, sino también “aprobar” la Constitución. No era por tanto, un mero órgano de redacción, era un órgano con competencia plena para conferir obligatoriedad a la nueva Constitución, sin necesidad de someterla a referéndum constitucional popular, lo cual no deja de ser sorprendente

⁵ L. Paladín. *Diritto Costituzionale*. CEDAM Pádova. 1991. p. 25.

⁶ La noción de forma de Estado se refiere en general a los diversos modos en que son organizadas las recíprocas relaciones entre los llamados elementos constitutivos del Estado (pueblo, gobierno y territorio). Por ejemplo: democracia versus autocracia, Estado unitario versus Estado federal.

⁷ La noción de forma de gobierno, a su vez, se refiere al modo en que son organizadas las relaciones recíprocas entre los órganos constitucionales (especialmente parlamento, gobierno y jefe de Estado). Por ejemplo: gobierno parlamentario versus gobierno presidencial.

desde una perspectiva democrático-constitucional. Con posterioridad, el texto constitucional portugués ha sufrido hasta siete reformas constitucionales, algunas de las cuales muy extensas como la de 1982 en que la Ley de reforma constitucional tenía 237 artículos en la parte relativa a las modificaciones de la Constitución, sin consultar en ningún caso a la ciudadanía.⁸

En Italia, el 2 de junio de 1947, los italianos fueron llamados a las urnas para dos votaciones paralelas. Un referéndum sobre el tipo de gobierno, monarquía o república, y otra para la elección de una Asamblea Constituyente. Si bien, con la victoria de la forma república en el referendo, la Asamblea Constituyente tenía el encargo de redactar una Constitución republicana, el resto de puntos constitucionales fueron fruto de un pacto entre los grandes partidos (Democracia Cristiana, Partido Socialista Italiano y Partido Comunista), sin que el texto aprobado por la Asamblea aprobó el 22 de diciembre de 1947 nunca fuera sometido a ratificación popular.

En resumen, podemos decir que todas estas son normas que tienen su fundamento de validez en la “legalidad” y no en la “legitimidad”, sin embargo, no se pone en duda, de modo general, en la doctrina constitucional el hecho de que se las llame “Constituciones”. Esta tergiversación del concepto Constitución se asienta sobre dos de las grandes falacias construidas en la modernidad.

Podemos hablar, en la modernidad, fruto de un proceso histórico de confusión de los conceptos de:

1. representatividad y democracia; y,
2. legalidad y legitimidad;

de una tergiversación de la idea de soberanía y por ende, de Constitución, vigente en la iuspublicística contemporánea, que ha llevado a que llamemos Constituciones normas que, desde el punto de vista de la teoría constitucional democrática, no lo son.

2.1 Confusión de los conceptos fundamentales de los modelos constitucionales romano-latino y germano-anglosajón: democracia-representatividad

La idea de una especificidad romano-latina constitucional en contraposición al modelo germano-anglosajón se va matizando en el curso del siglo XVIII hasta llegar a lo que podemos considerar su explanación iuspublicística más completa y consecuente, en el pensamiento de los dos grandes del constitucionalismo moderno europeo, es decir, Montesquieu y Rousseau.

⁸ Sobre las reformas constitucionales en Portugal (1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 y 2005) véase J. Miranda. La Constitución de 1976 en el ámbito del constitucionalismo portugués. En Revista de Estudios Políticos. CEPC. Madrid. No. 60-61. Abril-septiembre. 1988.

Por un lado Montesquieu, crítico severo del modelo romano, manifiesta su antirromanismo en cualquiera de sus obras, y queda claro que era un abierto admirador de La Germania, de Tácito, obra que cita repetidamente en “El Espíritu de las Leyes”. Para Montesquieu los romanos eran un pueblo que al tener una tan cruda esclavitud habían pisoteado la naturaleza humana y por eso, decía, al conquistar el Imperio romano, los godos fundaron la monarquía y la libertad.

Este sistema constitucional inglés, nacido en los “bosques de la Germania” y que Montesquieu defiende como suyo, se basa en las instituciones:

- a) de la representación: esta es una figura originaria del derecho privado, mediante la cual una persona llamada *representante* asume la voluntad de otra incapaz, llamada *representado*, y actúa en nombre de ella, con gran libertad, de hecho el *representante* se subroga en la personalidad y en la voluntad del *representado*, lo sustituye plenamente. En general requieren *representante*, los menores de edad y los incapacitados⁹. Esta concepción concebía pues, al pueblo como una masa de analfabetos incapaces de gobernarse sin caer en la anarquía o el caos, con lo cual la única manera de garantizar la gobernabilidad, la protección y la libertad era mediante la delegación del poder soberano en manos de los más capaces (supuestos representantes); y,
- b) de la división y distribución de los tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) entre monarca, nobleza y comunes o burguesía; con la capacidad de cada uno de ellos de limitar el poder del otro: como mecanismo de control ante los posibles abusos de poder de los representantes, debía producirse, afirmaba Montesquieu, la tripartición del poder en tres poderes, con capacidad cada uno de ellos de limitar el poder del otro. La tripartición de poderes es en consecuencia, un sistema de autocontrol del poder (separado del pueblo) mediante unos mecanismos de “pesos y contrapesos” entre los poderes del Estado.

La tesis opuesta al constitucionalismo anglosajón montesquiano la modeló Rousseau, admirador de la república romana y de sus instituciones y defensor de la libertad plena de los antiguos que precisamente utiliza para su exposición al pueblo inglés como ejemplo de la pérdida de la honra humana por medio de su absurdo gobierno, y dice que el inglés se cree libre, pero en realidad sólo lo es durante la elección de los miembros del parlamento, y después de ésta se convierte en esclavo.

Para Rousseau la representación era, inspirándose en Roma, la negación de la soberanía total del pueblo que no podía ser delegada ni dividida. Para él, la tripartición de poderes también era un absurdo nacido de la estamentación feudal, puesto que la garantía ante los posibles abusos de poder

⁹ J.F. Bulte. Democracia y República. Vacuidades y falsedades. En Revista Temas. No. 36. Enero-marzo. La Habana. 2004.

de los gobernantes había que realizarse directamente por el pueblo, de acuerdo con el principio romano del *Tribunado*.

Desde el momento en que la tesis roussoniana y montesquiana se opusieron, los modelos anglosajón y romano se convirtieron en centro de la contraposición desde sus instituciones políticas y su relación con los individuos particulares.¹⁰

Hay que afirmar que nadie dudó, durante el siglo XVIII y las primeras décadas del XIX, que la representación era antitética de la democracia, y cuando se habló de los modelos de representación se estuvo siempre en el claro entendido de que ellos repudiaban a la democracia, la que se asociaba, en el pensamiento liberal, a una forma de gobierno de las muchedumbres, que degeneraba siempre, porque lo llevaba en su naturaleza, en la anarquía.¹¹

No será hasta mediados del siglo XIX, con la obra de Alexis de Tocqueville, editada por primera vez en París, en 1835, con el título de “La democracia en América”, que se produce un adulteración de los conceptos y aparecen unidos los términos antitéticos, es decir, la democracia y la representación y comienza a hablarse, como lo hacemos hoy, de democracia representativa.

Aunque los padres de la Constitución norteamericana de 1787 habían querido el Estado “republicano”, pero nunca “democrático”, como ejemplo, James Madison, uno de los padres fundadores del nuevo país, y presidente de Estados Unidos entre 1809 y 1817 escribió al finalizar la revolución norteamericana:

“las democracias siempre han ofrecido el espectáculo de la turbulencia y de la discordia, se han mostrado siempre enemigas de cualquier forma de garantía en favor de las personas o de las cosas”^{12 13}.

¹⁰ Véase J. Fernández. *El Tribunado: sus expresiones posibles en la crisis del actual modelo iuspublicístico*. Tesis para el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho. Universidad de La Habana. 2005. p. 17.

¹¹ “¿Cómo puede un pueblo, es decir, un animal de muchas cabezas, sin entendimiento ni razón, aconsejar nada bueno? Pedir consejo al pueblo, como se hacía antiguamente en las repúblicas populares, significa tanto como pedir cordura al loco”. J. Bodin, Jean, citado por L.A. Demirdjian y S.T. González. *La República entre lo antiguo y lo moderno*. En *La Filosofía Política Moderna*. De Hobbes a Marx. comp.: Atilio Borón. CLACSO, Buenos Aires, 2003. p. 342.

¹² J. Madison. *El Federalista*, traducción italiana de B.M. Tedeschini Lalli. Pisa 1955. Citado por G. Lobrano. *Modelo romano y constitucionalismo modernos*. Anotaciones en torno al debate iuspublicístico contemporáneo, con especial referencia a la tesis de Juan Bautista Alberdi y Vittorio Enmanuele Orlando. Universidad Externado de Colombia, 1990. p. 49.

¹³ Howard Zinn en “La otra historia de los Estados Unidos” (Desde 1492 hasta hoy), dice sobre esto: “Alexander Hamilton, ayudante de campo de Washington durante la guerra, era uno de los más influyentes y astutos líderes de la nueva aristocracia. Expresó así su filosofía política: “Todas las comunidades se dividen entre los pocos y los muchos. Los primeros son los ricos y bien nacidos, los demás la masa del pueblo... La gente es alborotadora y cambiante; rara vez juzgan o determinan el bien. Hay que dar a la primera clase, pues, una participación importante y permanente en el gobierno... Sólo un cuerpo permanente puede controlar la imprudencia de la democracia”. (H.

Toqueville llama “democrático”, por primera vez, al modelo norteamericano, permitiendo una confusión que todavía no se elimina de la iuspublicística contemporánea. De una lectura detallada de “La democracia en América” se descubre que Tocqueville era plenamente consciente de las diferencias inconciliables entre representatividad y democracia, no obstante, Tocqueville, al analizar la primera Constitución norteamericana quiere disfrazarla de gobierno popular, para lo cual el paradigma a mano es el de la democracia. En el capítulo primero de la segunda parte de la obra llamado “Cómo se puede decir rigurosamente que en los Estados Unidos es el pueblo el que gobierna”, Tocqueville descubre que la representación no alcanza para esa justificación y que ella niega la soberanía popular, aunque encuentra una salida que es en fin la esencia de su tesis:

“...y aunque la forma de gobierno sea representativa, es evidente que las opiniones, los prejuicios, los intereses y aun las pasiones del pueblo no pueden encontrar obstáculos durables que le impidan producirse en la dirección cotidiana de la sociedad”.¹⁴

Es a partir de Tocqueville que toda la iuspublicística posterior asume la adulteración del concepto de democracia. Al respecto, dice Lobrano: “del conciente y general rechazo de la democracia se pasa luego a un consenso general frente a ella (el uso de la palabra democracia implica ahora automáticamente un juicio aprobatorio de la sociedad o institución que describe) a precio, sin embargo, de una desvalorización tan radical del concepto que hace vano cualquier intento de análisis”¹⁵.

2.2 Modernidad e identificación legalidad-legitimidad

Si revisamos la historia, observamos que la legitimidad del orden jurídico (legalidad) vigente en cada época, ha venido dada por diversos elementos.

Si bien en Aristóteles lo jurídico formaba parte de la ética y en Tomás de Aquino de la religión. En el siglo XVIII, con la asunción del poder por parte de la burguesía y la aparición y consolidación del Estado moderno como Estado soberano que asume el monopolio de la fuerza y de la producción normativa, se produjo un abandono de la concepción de inmutabilidad y universalidad del Derecho (modelo iusnaturalista) que situaba la producción normativa en un autor supra-humano, Dios o la naturaleza, y

Zinn. La otra historia de los Estados Unidos (Desde 1492 hasta hoy). Siete Cuentos Editorial. New York 2001).

¹⁴ A. Tocqueville. La democracia en América. Fondo de Cultura Económica. México DF. 1957. Cap. 1 de la Segunda Parte.

¹⁵ G. Lobrano. Ob.Cit. p. 53.

apareció un criterio particularista que afirmaba que el Derecho posee una naturaleza y una existencia exclusivamente histórica.

Se rompió la relación entre Derecho y trascendentalidad universal y se constituyó una relación entre el Derecho y el poder político o el Estado, el cual tenía su legitimación en el “ser expresión” de la soberanía, conectada primero a un hombre (El Príncipe) en la monarquía, y después, al pueblo (contrato social) en la Democracia¹⁶.

Aunque Leon Duguit, en su “Traité de Droit Constitutionnel”, nos descubrió algunos antecedentes interesantes de la noción de la soberanía del pueblo¹⁷, ésta adquirió cuerpo y devino fundamento de la legitimidad del Estado y el Derecho con la idea del contrato social de Rousseau. La Constitución francesa de 1793 fue el primer texto legal que estableció que “la soberanía reside en el pueblo...”. De acuerdo con esta teoría, un ordenamiento jurídico (legalidad) sólo será legítimo cuando:

- a) emane o sea emitida por el soberano (“el pueblo”); y,
- b) exprese la voluntad e intereses generales de este soberano;

de lo contrario, legalidad y legitimidad serán dos conceptos contrarios. En consecuencia, legalidad y legitimidad no son, en consonancia con esta concepción, dos conceptos inseparables de “*per se*”.

No obstante, con el surgimiento de la modernidad y del término “Estado de Derecho”, la noción de “legitimidad” empezó a confundirse con la de “legalidad”.

La expresión “Estado de Derecho” (Rechtsstaat o Rule of Law -gobierno de las leyes-) se atribuye a Robert Von Moll en una obra de 1832. En ese contexto el “Estado de Derecho” surge como un concepto político de lucha

¹⁶ Las fuentes teórico-doctrinales de que se valió la burguesía para propiciar este cambio en la concepción jurídica, el cual le era útil para revestir de valor absoluto y prestar una justificación immanente al contexto surgido con su toma del poder, fueron:

a) La tradición historicista dieciochesca de Montesquieu, expresada principalmente en su obra “El espíritu de la Leyes” (1748); y,
 b) Las aportaciones hechas, sobre la relación entre Derecho y Poder político, por el llamado positivismo jurídico o estatista, planteado originalmente por autores como Jean Bodino en “Los Seis Libros de la República” (1576), donde introduce el concepto de Soberanía y le otorga, como atributo central e importantísimo, la producción normativa: “el primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular” (J. BODINO. Los seis libros de la República. Aguilar. Madrid. 1973. p. 66).

¹⁷ En Francia esta idea es anunciada ya en los Estados Generales del rey Juan, en 1355-56, en donde se afirmó que el poder político provenía del pueblo. Un siglo más tarde, en el seno de los Estados Generales de Tours, que tuvieron lugar en la minoría del rey Carlos VIII, la misma idea democrática es expresada con mayor precisión, pues plantea la idea de la retroversión de la soberanía a su titular originario. En un célebre discurso, Philippe Pot, decía: “¿Cuál es, en Francia, la potestad que tiene el derecho de regular la marcha de los asuntos cuando el rey es incapaz de gobernar? Evidentemente esta carga no retorna ni a un príncipe, ni al Consejo de los príncipes, sino al pueblo dador del poder.” (L. Duguit. Traité de Droit Constitutionnel. Ancienne Librairie Fontemoing. Paris. 1921. T.I. p. 425).

contra el Estado absoluto, donde el rey estaba desvinculado de las leyes (*legibus solutus*), que propugnaba la sujeción del poder público al Derecho.

Y es por esto que, el Estado de Derecho puso el énfasis principal de su justificación, de su legitimidad, no tanto en su conformidad con una ley superior de justicia emanada del pueblo, como en el hecho de haber impuesto en todos los ámbitos de su jurisdicción el primado de la ley positiva y el estricto sometimiento de todos los actos de las instancias estatales a esta ley positiva. Ello supuso que progresivamente se fuera produciendo un tránsito o evolución de la idea de soberanía como concepto político, hacia la soberanía como concepto jurídico.

Este es un hecho que Max Weber apuntó como característico de las comunidades políticas contemporáneas, cuando afirmó: “la forma de legitimidad hoy más corriente es la creencia en la legalidad... —esto es— ...la obediencia a preceptos jurídicos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos”¹⁸.

El tránsito evolutivo de la noción de soberanía de concepto político a jurídico lo completó contemporáneamente Kelsen (aunque la idea originaria es de Kant en su “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”) a través de su “Teoría General del Estado”:

“...a medida que la democracia desplazó a la autocracia, el Derecho se ha ido colocando poco a poco por encima de aquel, hasta que, por fin, en el Estado moderno, la soberanía es del Derecho y no del Estado, pues sólo él es un Estado de Derecho. Ya que, si el estado se somete al Derecho, su propio orden jurídico, no puede ser propiamente soberano, porque la soberanía corresponde al Derecho. Al suprimirse el dualismo de Estado y derecho, desaparece también esta cuestión”.¹⁹

Por tanto, de acuerdo con esto:

- Por definición un gobierno legal se considera un gobierno legítimo.
- Si los actos de un gobernante están de conformidad con las disposiciones de los textos o de las costumbres constitucionales en vigor, son legales y, por lo mismo, se consideran legítimos.
- Si un gobierno se encuentra organizado y detenta facultades de acuerdo a la Constitución vigente, escrito o consuetudinaria, es legal, y en consecuencia, se reputa legítimo.
- Si el poder está acorde al derecho positivo es legal y, por ende, pasa por legítimo.

¹⁸ M. Weber. Economía y Sociedad. Fondo de Cultura Económica. México. 1969. T.I. p.30.

¹⁹ H. Kelsen. Teoría General del Estado. Ed. Nacional. México. 1965. p.141.

2.3 ¿Por qué una Constitución y no una Ley?

En resumen, podemos afirmar que amparándose en estas dos falacias (la confusión entre democracia y representación, por un lado, y entre legalidad y legitimidad, por otro), es que se produce una tergiversación, en la modernidad, del concepto de democracia, así como una sustitución del concepto de “soberanía popular” por el de “soberanía del derecho”, confusiones en base a las cuales se ha llamado “Constitución” a algo que desde el punto de vista de la teoría constitucional democrática no es una auténtica *Constitución constitucional*, sino una Ley Fundamental.²⁰

Ahora bien, si las normas fundamentales vigentes en muchos Estados no son “Constituciones”, ¿por qué se las llama “Constituciones”? ¿por qué interesa llamar Constitución a una norma que no lo es?.

Plasmadas las normas fundamentales de un determinado ordenamiento jurídico alrededor de la terminología y alcance simbólico de una Constitución, dotarlas de un “envoltorio” constitucional, permite a los sectores dirigentes, dotar a aquellas normas que, de acuerdo a sus intereses, les interesa que disciplinen la organización del Estado y el ejercicio del poder estatal, así como la conformación de los órganos que ejercen esos poderes, las normas que disciplinen la legislación, así como las normas que expresen los principios y valores que informan todo el ordenamiento; de un “blindaje”, unas “garantías” y una “estabilidad” que no puede darles una ley.

Una ley no puede otorgar el mismo grado de firmeza, seguridad jurídica o irreversibilidad que ofrece una Constitución. Etimológicamente, el concepto de Constitución es de origen latino, viniendo a significar el establecimiento de algo definitivo (*constituere*). Toda Constitución se caracteriza por:

1. Ser una norma fundamental y *fundamentadora* de todo el orden jurídico. La Constitución es una “*superley*”, una *norma normarum*, que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico, del cual forma parte; y, a la vez;
2. Al ser la norma sobre la producción jurídica por excelencia, se convierte en norma suprema y suprallegal. En norma creadora del sistema de fuentes, pues regula el procedimiento de creación y modificación de las demás normas;

Estas dos características hacen que, al entrar en vigor, una Constitución implique:

²⁰ Como afirma R. Guastini: “Son constituciones todos y solamente aquellos documentos normativos que no pueden ser abrogados, derogados o modificados por (otras) leyes. De este modo, las constituciones flexibles no son, propiamente hablando, constituciones”. (R. Guastini. Estudios de teoría constitucional. UNAM. México. 2001. p. 37).

- a) Que su contenido sea en una parte de aplicación directa (la Constitución es una norma de aplicación directa, es auténtico Derecho) y en otra parte base condicionante de la actividad y el comportamiento de los ciudadanos y de los poderes públicos que deben llevar a cabo el desarrollo normativo posterior; y,
- b) Que sus preceptos no sólo no puedan ser alterados, sino tampoco contradichos o ignorados por la acción u omisión de los poderes públicos. Toda Constitución tiene un valor de Derecho más fuerte. Se crea un sistema de Justicia Constitucional que declara toda actuación contradictoria con las disposiciones constitucionales como anticonstitucional y susceptible, por tanto, de sanción, que puede llegar a la declaración de nulidad.

Y, a parte de la estabilidad y supremacía que el carácter constitucional otorga a los principios previstos en el articulado, todo texto constitucional, desempeña también una función legitimadora del sistema y una función transformadora como mecanismo *ad hoc* para la consolidación y profundización de los valores ideológicos en ella establecidos.

3. Movimientos sociales y procesos constituyentes en América Latina

3.1 El rescate de la vieja doctrina del poder constituyente originario

En contraposición a esta crisis y debilitamiento del derecho constitucional y del propio concepto de Constitución, en las sociedades europeas, en Latinoamérica, los últimos procesos constituyentes que han tenido lugar demuestran como en este continente, se está produciendo un rescate de la vieja doctrina tradicional del poder constituyente originario y, por tanto, un fortalecimiento significativo del concepto de Constitución, en el sentido de “Constitución constitucional” y, más allá, del de constitucionalismo.²¹

A diferencia de las reformas constitucionales europeas que encuentran su fundamento jurídico en la necesidad política y en las exigencias y expresiones de la vitalidad que se realizan al desarrollarse el Estado²², los

²¹ Sobre ello véase R. Viciano y R. Martínez. El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En *Ágora. Revista de Ciencias Sociales*. No. 13. CEPS. Valencia. 2005. p. 55-69.

²² El fundamento de las reformas constitucionales en Europa estriba en la naturaleza del Estado como realidad vital, dinámica. La naturaleza vital del Estado condiciona la posibilidad y la necesidad de transformarse éste y sus instituciones y también su Constitución. Un ejemplo de ello es la adaptación, mediante reforma constitucional, del marco jurídico nacional al proceso de construcción europea (la última reforma es la Ley constitucional nº 1/2005 de 12 de agosto, en Portugal, que agrega un nuevo artículo 295 relativo al referéndum sobre la aprobación del Tratado Europeo).

procesos constituyentes latinoamericanos, se circunscriben en el abanico de mecanismos de cambio impulsados por los movimientos sociales que reclaman para sí la posición de centro de poder originario, autónomo e incondicionado.

No es difícil situar la primera manifestación constituyente que define un punto y aparte en la evolución constitucional latinoamericana en el proceso constituyente colombiano, que dio fruto a la Constitución Política de Colombia de 1991. Existe una diferenciación real de origen, y por lo tanto legitimadora, entre la Constitución colombiana de 1991 y sus precedentes: la activación de la soberanía del pueblo. Fue una iniciativa social, principalmente de docentes y estudiantes universitarios colombianos, la que encendió la mecha de la asamblea constituyente²³. Lo mismo en los casos de Ecuador en 1997, Venezuela en 1997 y Bolivia en 2006.²⁴

Además, las constituciones surgidas de estos procesos constituyentes, a diferencia de las constituciones europeas, han ido incorporando mecanismos de los llamados de “democracia directa o participativa”, que posibilitan una intervención más activa de los ciudadanos en la discusión de los asuntos públicos, complementando la representación política²⁵, así como

²³ Al respecto véase J. Buenahora Febres-Cordero. El proceso constituyente: de la propues- ta estudiantil a la quiebra del bipartidismo. Tercer Mundo, Bogotá, 1991.

²⁴ En Ecuador, en 1997, fueron también los sectores populares los impulsores del proceso constituyente, aunque encargaron a los actores políticos tradicionales esta misión y el resultado fue una Constitución que defraudó las expectativas sociales y respecto a la cual, ante la sospecha bien fundada de los constituyentes de que el texto no sería popularmente refrendado, se evitó el referéndum; En Venezuela, el proceso constituyente de 1999 es fruto de un largo proceso de movilización popular que empieza con el denominado Caracazo en 1989, cuando miles de personas se lanzaron a las calles para expresar su disconformidad con un sistema corrupto, elitista y marginador, hasta la victoria electoral de Hugo Chávez en diciembre de 1998; En Bolivia ya desde los acontecimientos de la guerra del agua en Cochabamba, en abril del 2000, que suponen el inicio del ciclo de luchas de los movimientos sociales y pueblos indígenas que llevaron a la renuncia del Presidente Gonzalo Sánchez de Lozada y la Victoria electoral de Evo Morales en diciembre del 2005, una de sus principales demandas había sido, juntamente con la nacionalización de los hidrocarburos y la modificación de la ley INRA, la convocatoria de una asamblea constituyente (Véase A. Noguera. El neoconstitucionalismo latinoamericano: un nuevo proyecto de democratización política y económica para el continente. Ponencia presentada en el II Congreso socio-jurídico: las formas del Derecho en Latinoamérica. Democracia, desarrollo y liberación. Instituto Internacional de Sociología Jurídica (IISJ) de Oñati. 19 de julio de 2007).

²⁵ La Constitución de Colombia de 1991 enumera como mecanismos de participación del pueblo al plebiscito, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria, dejando a la ley la reglamentación. El Presidente de la República, de acuerdo con sus Ministros y el Senado, puede consultar al pueblo “decisiones de trascendencia nacional”, el resultado es obligatorio. Asimismo, un número de ciudadanos equivalente a la décima parte del censo electoral pueden convocar a un referendo para derogar una ley, la que quede abolida si lo determina la mayoría de los votantes siempre que participe una cuarta parte del censo electoral.

La reforma a la Constitución de Argentina de 1994 estableció la iniciativa legislativa por ciudadanos que representen el tres por ciento del padrón electoral. Asimismo, tanto el Congreso como el Poder Ejecutivo pueden someter a consulta vinculante un proyecto de ley, y a consulta no vinculante cualquier otra cuestión en el ámbito de sus respectivas competencias.

Las más recientes Constituciones de Ecuador (1998) y la Bolivariana de Venezuela (1999), contienen las disposiciones más robustas en la materia. La primera contempla la posibilidad de consulta popular en “asuntos de trascendental importancia” para el país que no sean la reforma

mecanismos para implementar formas modernas de la institución tribunicia romana y su contenido de poder negativo, mediante la ruptura, en el diseño institucional del Estado, de la tripartición de poderes y la creación de 5 poderes (los tres tradicionales más el poder popular y el poder electoral)²⁶.

constitucional, convocada por el presidente o por ciudadanos que representen el ocho por ciento del padrón, la decisión que surja de la votación es obligatoria. Se regula también la iniciativa de proyectos de ley por personas que representan la cuarta parte del uno por ciento del padrón, (o a través de “movimientos sociales de carácter nacional”), y participar de los debates parlamentarios apoyando el proyecto por medio de delegados. Asimismo, se prevé la revocatoria del mandato en el orden comunal “por actos de corrupción o incumplimiento injustificado del plan de trabajo”, convocándose a la ciudadanía si el pedido lo formula el treinta por ciento de los empadronados.

La de Venezuela es seguramente la más generosa de Latinoamérica. Materias de “especial trascendencia nacional” podrán ser sometidas a referendo consultivo por el Presidente en Consejo de Ministros, por la Asamblea Nacional, o por un número no menor del diez por ciento de los electores (lo propio ocurre a nivel parroquial, municipal o estadual). Pueden revocarse los mandatos de todos los cargos y magistraturas de elección popular, si solicita un referendo a ese efecto un número no menor del veinte por ciento de los electores, y el funcionario es excluido si así lo decide un número igual de electores al que lo eligió, siempre que concurren a votar al menos un veinticinco por ciento de los inscriptos en el padrón. Se puede convocar también por la Asamblea un referendo obligatorio para aprobar un proyecto de ley, y puede haber un referendo derogatorio de ley o decreto-ley si lo solicita un diez por ciento de los electores, y concurre a votar un cuarenta por ciento de los electores inscriptos (no puede tratarse de ciertas materias). Existe por otro lado el derecho de iniciativa legislativa para los ciudadanos, si quienes lo presentan alcanzan el cero coma uno por ciento de los inscriptos en el registro civil.

El proyecto de nueva Constitución boliviana, no aprobada aun en referendo popular, o el nuevo proyecto de Constitución ecuatoriana, actualmente en fase de elaboración por la Asamblea Constituyente de este país, incorporan también todos estos elementos de democracia participativa en su texto.

²⁶ En contraposición a la figura de la representación y, de acuerdo con la figura del mandato, los romanos designaban magistrados para el ejercicio de determinadas acciones que todo el *populus* reunido en comicios no podía hacer; estos magistrados estaban bajo la vigilancia del “poder negativo” del tribuno de la plebe que, con su *jus vetus* y su sacer, ejercía el control sobre ellos. El tribuno de la plebe podía ejercer la *intercessio* o veto, ante cualquier decisión de un magistrado ordinario o extraordinario que pudiera dañar los intereses plebeyos; La utilización de las instituciones democráticas romanas en los proyectos de constituciones y en la organización política tiene antecedentes en algunas repúblicas latinoamericanas. Estos, fueron intentos interesantes y a veces fructíferos, de búsqueda de una alternativa democrática republicana, distinta de la liberal representativa de tripartición de poderes, para enfrentar y dar solución al problema de la institucionalización de los nuevos estados americanos independizados de las metrópolis europeas. De estos modelos alternativos, el boliviano es uno de los más interesantes. Ya en Angostura, en 1817, Bolívar había dicho: “La constitución romana es la que mayor poder y fortuna ha producido a ningún pueblo del mundo”.

Como clave de la comprensión del ideario romanístico constitucional de Bolívar está la Constitución de Bolivia de 1826, que en su Art. 8 declara: “El Poder Supremo se divide para su ejercicio en cuatro secciones: Electoral, Legislativa, Ejecutiva y Judicial”. El Art. 19 a su vez significó “El Poder Electoral lo ejercen inmediatamente los ciudadanos en ejercicio, nombrando por cada ciento un elector” (Aunque Bolívar hubiera preferido por cada diez, un elector, como lo preveía en su proyecto). El Art. 26 declaraba: “El Poder Legislativo emana inmediatamente de los cuerpos electorales nombrados por el pueblo; su ejercicio reside en tres Cámaras: Tribunales, Senadores y Censores.” Se puede apreciar fácilmente que la concepción del poder popular está presente en el llamado poder electoral, y que la utilización de los términos Tribunales, Senadores Censores, no es una simple copia de las instituciones romanas, sin más lógica, sino una manera de lograr, con sus

3.2 La reforma constitucional: la soberanía como límite al poder legislativo

La cuestión de la reforma de las constituciones ha generado en el seno de la doctrina constitucional diversas discusiones y problemáticas²⁷, una de ellas es el tema de quien es “sujeto” de la competencia o la función modificatoria de la Constitución. Solamente el pueblo, o también los parlamentarios.

En muchas de las Constituciones europeas, amparándose en los mitos de la “representación=democracia” y “legalidad=legitimidad”, la competencia para modificar la Constitución recae en el parlamento sin intervención del pueblo²⁸, como es el caso de Portugal, Alemania o España que, con excepción de los casos de reforma total y de reforma de ciertas partes delicadas (entre ellas la relativa a los derechos de libertad) donde el procedimiento a seguir es más complejo, en el resto de casos, los proyectos de

atribuciones propias, el juego de los límites de los poderes de cada cual. La experiencia bolivariana fue, en fin, en materia política una recreación en gran medida del modelo constitucional romano.

El otro caso, más reciente, es la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 30 de diciembre de 1999. En su artículo 136, establece: “El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral”. En este caso, la concepción del poder popular está presente mediante el “poder ciudadano” (Capítulo IV) y el “poder electoral” (Capítulo V). El órgano de expresión del poder ciudadano es el “Consejo Moral Republicano”, integrado por la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República. (Véase S. Bolívar. Mensaje al Congreso. Citado por P. Catalano. *Conceptos y principios del Derecho Público Romano, de Rousseau a Bolívar*. En *Constitucionalismo Latino I*, Istituto Universitario di Studi Europei, Torino, 1991, p. p 35-59).

²⁷ Algunas de ellas son: la cuestión de la naturaleza y alcances de los obstáculos procesales a las modificaciones constitucionales. Por ejemplo, la exigibilidad en el parlamento de un procedimiento legislativo especial; otros límites, por ejemplo de naturaleza temporal, impuestos al procedimiento. El artículo 110, inciso 6, de la Constitución de Grecia de 1975, regula la prohibición de toda reforma constitucional ante del transcurso de un período de 5 años desde la precedente; o, límites de modificación constitucional mediante “cláusulas de eternidad”; o, el tema de si en determinadas épocas, como en tiempos de guerra o situaciones de emergencia, no están permitidas las modificaciones constitucionales, como establece por ejemplo, el artículo 169 de la Constitución española de 1978; etc. (véase P. HÄBERLE. *El Estado Constitucional*. UNAM. México. 2003. p. 140-145).

²⁸ La Constitución portuguesa de 1976, establece que la reforma constitucional debe ser aprobada por los dos tercios de los diputados en el cargo, no antes de que hayan transcurrido cinco años de la reforma precedente. Si no han transcurrido cinco años se necesita una mayoría de cuatro quintos (art. 284 y 286).

La Ley Fundamental de Alemania puede ser modificada por una ley que cuente con la aprobación de con dos terceras partes de los miembros del Bundestag y con dos tercios de los votos del Bundesrat (art. 69).

En otros países como Dinamarca, Bélgica (art. 131) o Holanda (art. 137 y 139), sus constituciones establecen un sistema en el que la ley de reforma constitucional debe ser aprobada en dos sucesivas legislaturas. La primera aprobación de un proyecto de reforma comporta para las cámaras que lo votan, su disolución y la elección de nuevas cámaras que serán las que aprobarán la Constitución. En este modelo, la única manera que los ciudadanos tienen de vetar la reforma constitucional es no reproducir en las nuevas elecciones la mayoría parlamentaria favorable a la reforma, pero al fin y al cabo, es el parlamento, y no los ciudadanos, quien aprueba la reforma.

reforma son adoptados por las dos cámaras por una mayoría de tres quintos, y posteriormente sólo serán puestos a ratificación popular siempre que un décimo de los miembros de una de las dos cámaras así lo requiera, pero si estos no lo requieren, no (art. 167).

En cambio, en las últimas constituciones latinoamericanas, si bien al igual que en Europa los parlamentos constituyen uno de los órganos de mayor relevancia en los ordenamientos constitucionales, esta relevancia ha de ser matizada. La actuación del parlamento está limitada por el principio de la soberanía popular. En las nuevas constituciones la soberanía reside en el pueblo y no en el parlamento que es sólo su representante. Por eso, en aquellos supuestos donde ya se ha pronunciado directamente la soberanía popular (la aprobación de la Constitución), los parlamentos no pueden actuar libremente, sino que necesitan de ratificación popular.

Si nos fijamos, por ejemplo, en el art. 411 del proyecto de Constitución boliviana:

“La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. (...) La reforma parcial podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el 20% del electorado, o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante Ley de reforma constitucional aprobada por mayoría absoluta. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio.”

Observamos un ejemplo claro de ello, lo mismo pasa en la Constitución venezolana de 1999 (art. 342.346).