

EL CONSTITUYENTE COMO RESTRICCIÓN Y COMO RADICALIDAD DEMOCRÁTICA

Jaime CÁRDENAS GRACIA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La idea de constituyente como restricción o acotación*. III. *El constituyente como radicalidad democrática*. IV. *Una recapitulación*.

I. INTRODUCCIÓN

Determinar qué es el poder constituyente no es una tarea fácil, es aún un problema no resuelto en el derecho constitucional. No hay explicaciones homogéneas sobre lo qué es y existe una gran diversidad de teorías que lo explican debido a modelos históricos dispares de poder constituyente. El poder constituyente es en principio, aunque no sólo, un poder político existencial y fáctico, que brota de la comunidad, la que decide darse una Constitución, constituir un Estado o que asume transformar o sustituir el *status quo* imperante. Tal como lo señala Vanossi, todo poder constituyente cumple cualquiera de las dos siguientes funciones: ya sea expresando un poder fundacional (creando el Estado) o a través del poder de revolución (el cambio de formas del Estado).¹ Los autores clásicos sobre el poder constituyente dicen que su validez jurídica no deriva del ordenamiento previo, constituye una “ruptura” ideológica e institucional con las normas previas si es que éstas existen. No es en sus inicios un acontecimiento jurídico sino político —ahora se señala, por algunos, que en él hay una conciencia ética orientadora y legitimadora— que termina expresándose jurídicamente.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

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

La teoría del poder constituyente ha producido muy distintas explicaciones. Una de las primeras de carácter moderno fue la contractualista. El origen del Estado y del derecho es un pacto: la comunidad decide organizarse institucional y jurídicamente desde la libertad, sin vínculos sacramentales o derivados del poder de un solo hombre. En los Estados Unidos, como lo veremos con Elster, el poder constituyente fue el resultado de acuerdos y negociaciones para distribuir el poder al interior de la comunidad. John Wise explicó que en todo proceso constituyente han de distinguirse tres etapas: el momento de la libertad, el del pacto social y el acto constitucional.² En el momento de la libertad se determina la “libertad civil” que corresponde a los ciudadanos, es decir, aquella parte de la libertad natural que permanece en poder de los individuos una vez que éstos han abandonado el estado de naturaleza para entrar en la sociedad civil; se refiere obviamente a lo que hoy conocemos como los derechos fundamentales. En la segunda etapa, los distintos individuos de la comunidad, ceden su soberanía o parte de ella (la distinción con el poder constituyente revolucionario), a una entidad superior a cada uno de ellos y englobadora de todos ellos, se constituye lo que llamamos pueblo o nación; este pueblo o nación queda así afirmado como el único sujeto titular de la soberanía en el Estado. En este contexto surge el concepto de poder constituyente cuya naturaleza inicial es de *res facti, non iuris*, es decir, un poder político, como ya lo hemos descrito, existencial y fáctico que surge de la comunidad que decide darse la Constitución, cuya actuación no está constreñida por los límites del derecho previo, lo que no significa necesariamente la derogación total o absoluta de ese derecho, sino sólo de aquellas partes que se oponen materialmente al mismo. En la tercera etapa, una vez creada o refundada la comunidad, habiendo surgido el soberano, da comienzo la última fase del proceso constituyente: el momento constitucional. La finalidad de la Constitución es evidente: reconocer los derechos fundamentales, establecer la organización política del Estado pero como un sistema de garantía de la libertad frente al poder político.

Una segunda explicación dominante sobre el poder constituyente, es la francesa surgida a partir de 1789, de carácter revolucionario, en donde las ideas relevantes no son las del pacto o contrato sino las de creación del Estado por un acto revolucionario y de la ruptura con el poder

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

establecido, además de insistir en el carácter ilimitado y absoluto del poder de transformación. El titular de la soberanía y por consiguiente del poder constituyente es el pueblo, el que tiene el derecho inalienable de modificar y alterar la estructura del Estado, puede hacerlo "... como quiera, sin restricciones, libre de todo respeto a organizaciones pretéritas, con una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político a implantar...".³ El poder del constituyente surge de una fuerza revolucionaria que se impone a un poder establecido, esa fuerza es absoluta e ilimitada, "... el poder constituyente todo lo puede... no se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución... y para ejercer su función ha de verse libre de toda forma y de control, salvo los que el mismo le pluguiera adoptar".⁴ El poder constituyente es:

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

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

³ Vanossi, Jorge Reinaldo, *Estudios de teoría constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 243.

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

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

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

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

El poder constituyente revolucionario quedó diluido y subordinado al monarca y a las fuerzas conservadoras de las sociedades europeas del siglo XIX. No será sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial que en Europa la Constitución volvió a ser entendida como la expresión de la voluntad de un “Pouvoir Constituant” democrático, entre otras razones teóricas, gracias a la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos, diferenciación que introduce el principio de rigidez en la Constitución, los mecanismos de control constitucional, el carácter de norma jurídica suprema de la Constitución y la recuperación del sentido democrático del poder constituyente. La lógica de la democracia que es la de ser un régimen sin enemigos, permite a los distintos individuos y sectores de la sociedad modificar o sustituir democráticamente la Constitución sin que soberanos, estamentos o poderes fácticos impongan exclusivamente su visión o pensamiento único.

Una tercera explicación sobre el poder constituyente lo entiende, no sólo como el pacto o el contrato o, exclusivamente, como el acto revolucionario de transformación, sino como un proceso de legitimación democrática.⁷ Teorías contemporáneas alemanas como la de Häberle o Ernst Wolfgang Böckenförde así lo comprenden.⁸ Las Constituciones no

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

⁸ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2001, pp. 129-139; Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid,

derivan del mero *factum* de su nacimiento, sino de una magnitud que la precede y que aparece como un poder o autoridad especial que no es otra cosa que el poder constituyente. El poder constituyente rebasa el ámbito del derecho y tiene que ver sobre todo con la fundamentación y la legitimación de su poder, aunque para ellos es obvio que el fundamento del derecho pertenece también al derecho. El derecho está vinculado a datos prejurídicos que lo fundamentan y lo legitiman. Dice Böckenförde que:

... como cuestión límite del derecho constitucional, la pregunta por el poder constituyente puede plantearse desde distintas perspectivas. Si se atiende a un punto de vista genético, la cuestión gira en torno al origen histórico-político de la Constitución, a su aparición y a las fuerzas que participaron en ella. Desde el punto de vista de la teoría del derecho lo que se plantea es la pregunta por el fundamento normativo de la validez de la Constitución, del que deriva la pretensión de tal validez. Si esta pregunta va más allá del terreno formal, entonces se pasa a una perspectiva propia de la filosofía del derecho, la cual se interesa por el fundamento de la validez normativa de la Constitución. Y si la Constitución se entiende, como ocurre hoy en día, como el orden jurídico fundamental de la comunidad, la pregunta se amplía hasta cuestionar el fundamento jurídico (material) del derecho en general.⁹

A partir de la última perspectiva, el poder constituyente está referido a la legitimación, a la justificación de la validez normativa de la Constitución. No basta apelar al normativismo kelseniano que formula la pregunta por la legitimación y la deja sin respuesta. Tampoco es suficiente ver en el poder constituyente un fundamento normativo ideal de carácter iusnaturalista, pues deja a un lado la conexión entre lo fáctico y la legitimación normativa. Es preciso aceptar que la fuerza que hace surgir y que legitima a la Constitución tiene que representarse como una magnitud política, es decir, las ideas de justicia y de lo recto, cobran fuerza legitimadora para la vida en común de los hombres cuando son mantenidas por hombres o grupos de hombres como una convicción viva, y se integran en una fuerza o en una magnitud política que las sostiene. Por eso, el poder constituyente no puede ser definido como una norma fundamental hipotética o como una norma ideal de derecho natural. Tiene que verse

Trotta, 2000, pp. 159-180. También véase Estévez Araujo, José Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994, pp. 41-89.

⁹ Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado...*, cit., p. 161.

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

Si además entendemos la teoría de la Constitución como una ciencia de la cultura en donde las perspectivas evolutivas de tiempo y espacio son fundamentales para comprender lo que es el derecho constitucional de nuestros días, y además asumimos que existe para la interpretación de la Constitución, una suerte de “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución”,¹¹ el poder constituyente no puede por nuestro nivel de desarrollo humano más que ser un concepto democrático y revolucionario, en donde el pueblo es el sujeto titular del poder constituyente. Debe advertirse que el concepto pueblo no se agota en la representación política, en la que sólo algunos toman decisiones por otros; tampoco se identifica el pueblo con su sentido natural o étnico; sino que la idea de pueblo, tiene un sentido político, es decir, un grupo de hombres que es consciente del mismo como magnitud política y que entra en la historia actuando como tal sin importar si pertenecen o no a la misma etnia. En la historia política el pueblo ha sido, por ejemplo, el tercer Estado o la burguesía —durante la Revolución francesa—, el proletariado en la teoría política del marxismo, los hombres de la Reforma en la elaboración de la Constitución mexicana de 1857, o los caudillos, sus seguidores y simpatizantes activos en la redacción de la Constitución mexicana de 1917. En nuestra época y desde una perspectiva democrática y revolucionaria, el pueblo debe comprender a la mayoría de los individuos que representan los diversos sectores sociales e ideológicos de una sociedad y que están comprometidos con una idea de transformación y de inauguración de un nuevo régimen político, económico y social.

Muchas preguntas son generadas por la actuación del poder constituyente, por ejemplo, si esa magnitud política puede sustraerse a procedimientos y formas de encauzamiento o, si una vez desempeñado su papel desaparece.¹² En cuanto a la primera se señala que el poder constituyente

¹⁰ *Ibidem*, p. 163.

¹¹ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, cit., pp. 58 y ss.

¹² Estas preguntas han preocupado desde siempre a la teoría del poder constituyente. Por ejemplo, Carl Schmitt sostenía el carácter “inconstituyente” del poder constituyente

te no está obligado a seguir formas previstas en la Constitución o en el orden que pretende destruir o sustituir, puede buscar y crear sus propias formas de manifestarse, aunque la conciencia de nuestra época exigiría formas y procedimientos de expresión democráticos y abiertos. Sobre si el poder constituyente desaparece, una vez concluida su función, debe indicarse que si atendemos a lo qué es, esto es, una magnitud política consciente de su fuerza política real, no puede ser reducido jurídicamente a la nada una vez que ha actuado; es y sigue actuando como magnitud y fuerza. Si a la Constitución elaborada por ese poder constituyente le faltan las convicciones jurídicas y políticas vivas de la comunidad, la Constitución entraría en un proceso de erosión, por ello, el poder constituyente no puede desaparecer, es atemporal y puede manifestarse para eliminar la Constitución o para vaciarla de contenidos. Es adecuado, por tanto, establecer en la Constitución procedimientos democráticos de actuación del poder constituyente, al igual, y obvio es decirlo, que procedimientos y competencias democráticas de los poderes constituidos, aunque se advierte que como magnitud y fuerza política puede no atenderlos.

Una vía para que el poder constituyente no se manifieste en su radicalidad revolucionaria y sin atender al poder constituido, consiste en que éste último, tenga las formas y los procedimientos más abiertos y democráticos de actuación. Esto es, las instituciones constituidas están obligadas a profundizar en los procedimientos democráticos a fin de que éstos sean más participativos y deliberativos; se debe lograr también que la transparencia y la rendición de cuentas sean una realidad al igual que los mecanismos de supremacía y de control de constitucionalidad. Si la Constitución creada por el poder constituyente y los aplicadores de la misma, no profundizan contenidos democráticos y garantes de los derechos fundamentales, ésta no tardará en ser sustituida por otra, mediante la presencia de un poder constituyente que vulnerará cualquier forma de actuación y procedimiento previamente establecido. En otras palabras, la contención revolucionaria del poder constituyente se logra manteniendo en los

del pueblo, esto es, a la imposibilidad de que el poder constituyente esté determinado por formas jurídicas y por procedimientos, además consideraba que el poder constituyente del pueblo reaparece cuando se cuestiona el sistema político existente y se instaura uno nuevo, aunque podría el poder constituyente presentarse sin necesidad de que el régimen sea puesto en cuestión. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, pp. 94-99.

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

No obstante, el poder constituyente no puede ser una magnitud arbitraria porque por un lado, la voluntad y fin del constituyente es la de expresarse en una nueva organización jurídica del poder político, lo que entraña la idea de realización para el orden, esto es, una delimitación del ejercicio arbitrario del poder y, por otro, porque el pueblo o la nación sujeto del poder constituyente no es la mera adición de voluntades particulares arbitrarias sino es una voluntad común que pretende configurar de una nueva manera la dirección de la vida pública. Además, el propio poder constituyente debe atender a los principios jurídicos suprapositivos que preceden a todo derecho escrito porque en ellos reside su fundamento de legitimidad. Si se prescindiera de estos principios éticos o extrajurídicos el fundamento de la obligación jurídica posterior sería inexistente. Los principios extrajurídicos están vinculados al contexto cultural y al desarrollo de cada sociedad en lo particular, forman parte de la conciencia ética y moral de los ciudadanos, son lo que éstos estiman como valioso y como justo y es capaz de movilizarlos como magnitud política¹³ o, como dice Häberle:

... la vinculación a un determinado estadio de desarrollo cultural crea “realidades” e “idealidades” para las que no resulta adecuada la teoría de la mera “auto obligación” subjetiva y la “autolimitación” voluntarista. La “internalización” intensiva de determinados valores fundamentales como los “derechos humanos”, la “paz”, etcétera, que se revela en los elementos textuales de los preámbulos como el “propósito”, la “conciencia”, “animados por la voluntad”, se convierte en algo objetivo, en determinantes culturales.¹⁴

La “conciencia ética” de carácter cultural o social, nada es por sí misma, si no se convierte en algo concreto, si ninguna fuerza política la hace

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

¹⁴ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, cit., p. 135.

suya, la defiende y la mantiene como concepción y convicción propias, y la traslada a la realidad política e histórica. A fin de cuentas, lo que importa es que el pueblo actúe políticamente como magnitud o fuerza y sea portador de un “espíritu” o “conciencia” capaz de articular el nuevo orden mediante el desmantelamiento del anterior. Si esta fuerza política del pueblo no actúa, y asume sus roles como mantenedora y sustentadora del poder constituyente, ninguna conciencia o principio ético puede fundar la legitimidad y posteriormente la validez y vigencia de ninguna Constitución.

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

II. LA IDEA DE CONSTITUYENTE COMO RESTRICCIÓN O ACOTACIÓN

Las transiciones a la democracia de la tercera ola han puesto sobre la mesa diversas discusiones constitucionales, una de ellas tiene que ver con la naturaleza y fines del poder constituyente. A éste se le despoja, como parte de la conciencia evolutiva de la época, de su hábito revolucionario y absoluto de las teorías jurídicas y políticas tradicionales y se le sitúa dentro de los marcos de las negociaciones transicionales. Los alcances y poderes de las asambleas constituyentes serán consecuencia de los pactos políticos entre los partidos y otros actores relevantes.¹⁶ Dankwart Rustow dice que una lucha intensa pero imposible de ganar es requisito esencial para la transición a la democracia, las partes se cansan de las

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

¹⁶ Las experiencias recientes de las asambleas constituyentes encajan mal con el modelo clásico. En Sudáfrica, los partidos acordaron que el nuevo texto constitucional tendría que ser sometido a examen previo de la Corte Constitucional, y sólo una vez que ésta hubiese dado su “certificación”, podría entrar en vigor. Dorsen, N., *Comparative Constitutionalism (Cases and Materials)*, St. Paul, Thomson/West, 2003, pp. 82 y ss.

interminables hostilidades y si tienen el talento y la voluntad necesarios, las élites negocian un acuerdo que puede adoptar la forma de una nueva Constitución.¹⁷ Para Rustow, el acuerdo original debe ser una operación de autosalvamento para las partes en conflicto y debe parecer que fue aprobado cooperativamente por las facciones rivales, pues la importancia del consenso sobre los fundamentos no debe subestimarse como requisito para la democratización. Es decir, los líderes deben esforzarse en establecer un eficiente marco institucional en el cual puedan ajustar y contener cuestiones primordiales muy intensas en lugar de permitirles correr libremente en una confusión parapolítica.

En sociedades muy divididas, que no aceptan o toleran la pugna directa y abierta, como ha puesto de manifiesto Lijphart, los acuerdos constitucionales acentúan el carácter cooperativo y el compromiso, esto es, negociaciones en donde nadie gana o pierde todo, sino que segundas opciones para las partes son las que prevalecen. Para estas sociedades Lijphart propone gobiernos de coalición, voto mutuo, proporcionalidad en la asignación de empleos del servicio público, subsidios del gobierno y autonomías territoriales con gran independencia, y señala que los acuerdos constitucionales fundacionales se toman en negociaciones secretas entre las élites rivales y se llega a ellos por unanimidad, pues el consociacionalismo significa democracia sin una oposición.¹⁸

Desde el siglo XIX han existido posiciones teóricas que abonan la idea de que las Constituciones son producto de negociaciones en donde los actores políticos alcanzan segundas o tercera preferencias y casi nunca las primeras opciones. El constituyente es una negociación que impone autorrestricciones a las partes que ingresan a ese proceso. John Calhoun, adelantándose a Rustow y a Adam Przeworski, señalaba que la creación de un marco constitucional sólo puede ocurrir como resultado contingente de un conflicto irresoluble y ponía como ejemplo las Constituciones de Roma y de Gran Bretaña, las que se originaron en una presión ocasionada por conflictos de intereses entre clases u órdenes hostiles para tratar de resolver las exigencias de la ocasión.¹⁹

¹⁷ Rustow, Dankwart, "Transitions to democracy: toward a dynamic model", *Comparative Politics*, núm. 2, abril de 1970, pp. 337-363.

¹⁸ Lijphart, Arend, *Democracy in Plural Societies: a Comparative Exploration*, New Haven, Yale University Press, 1977, pp. 28-53.

¹⁹ Calhoun, John C., *A Disquisition on Government*, Indianápolis, Bobbs-Merrill, 1953, pp. 78-79.

Las soluciones a los problemas derivados del conflicto residen en las instituciones y sólo se puede establecer la democracia y la estabilidad política si existen reglas e instituciones que, como dice Przeworski: "... hagan improbable que el proceso político competitivo tenga unos resultados sumamente adversos a los intereses de todos, dada la distribución de recursos de los recursos económicos, ideológicos, de organización...".²⁰ Las instituciones determinan las probabilidades de que ciertos intereses se realicen, por eso el diseño institucional, sobre todo el constitucional, es crucial para las partes en conflicto. Un sistema institucional, puede por ejemplo, promover mediante el sistema electoral a unos partidos y no a otros, puede generar juegos de suma cero o de suma positiva según se escoja un sistema más presidencial o parlamentario, puede distribuir el poder entre nacionalidades o entre grupos nacionales y grupos locales, dependiendo de si se opta por un Estado central o por otro federal. Un marco institucional apropiado puede dar garantías a todos de que los partidos recién formados no arrasarán en las elecciones, que ningún partido tiene el poder para alterar las reglas del juego y, en general, tendería a equilibrar la influencia de las distintas fuerzas.

Dos ejemplos históricos pueden ilustrar el punto anterior: el sueco y el brasileño. En Suecia entre 1902 y 1907, los socialdemócratas y los conservadores pactaron sobre cinco cuestiones: 1) extender el voto y a quién; 2) si la reforma debía extender la Cámara Alta o sólo la Baja; 3) si habían de asignarse los escaños a distritos de un solo miembro o de muchos miembros con representación proporcional; 4) si habrían de conservarse los distritos de un solo miembro, determinar si el ganador sería el primero en número de votos al terminar la votación o habría una elección de desempate, y 5) si el ejecutivo seguiría siendo responsable ante la Corona y no ante el Riksdag. Cada uno de estos detalles tendría un efecto sobre las posibilidades de los grupos particulares. Así, los socialdemócratas habrían preferido extender el derecho de voto en todo lo posible y quedarse con el sistema de un solo miembro y del primero al terminar la votación, estaban dispuestos a aceptar una representación proporcional pero no los distritos de un solo miembro con desempate, ya que una disposición así hubiera favorecido a los liberales, quienes, como partido del centro habrían triunfado en la segunda votación. Los conservadores apoyaban la

²⁰ Przeworski, Adam, "La democracia como resultado contingente de conflictos", en Elster, Jon y Slagstad, Rune, *Constitucionalismo y democracia*, México, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, 1999, p. 96.

representación proporcional, porque consideraron que impediría que los liberales o los socialdemócratas obtuvieran una mayoría.²¹

En Brasil durante 1982, el gobierno militar se valió de cualquier instrumento legal posible para dar una ventaja *a priori* al partido del gobierno y asegurarse una mayoría final en el colegio electoral presidencial. Así, por ejemplo, permitió la formación de partidos adicionales, esperando que la oposición, unida a regañadientes en un movimiento creado oficialmente, se dividiera en fracciones, se obstaculizó la votación de analfabetos, quienes, según se esperaba, votarían en contra del gobierno, se reforzó la presencia del gobierno en la televisión, entre otras medidas. Sin embargo, con todo ello la oposición al régimen participó en esas elecciones porque entendió que era una forma de avanzar en su desarrollo político.

En este punto, el ejemplo mexicano es muy similar al brasileño. Las reformas electorales mexicanas a partir de 1963-1964 hasta por lo menos la de 1994 significaron la voluntad del PRI y del gobierno federal por contener los avances electorales de la oposición y establecieron toda suerte de artificios para ello, mecanismos como el control del régimen priista del aparato electoral, las cláusulas de gobernabilidad para sobrerepresentar al PRI en el Congreso, los mecanismos de designación de las autoridades electorales para evitar su independencia, las restricciones a la observación electoral, la no tipificación exhaustiva de los delitos electorales, el control sobre los medios de comunicación electrónica, el estímulo al financiamiento privado, etcétera. No obstante lo anterior, en ocasiones parte de la oposición y en otras toda la oposición aceptaron esas reglas e instituciones aunque fuera a regañadientes, pues de ello dependía su lento avance electoral.

Los avances institucionales son en ocasiones lentos y de difícil plasmación en nuevas Constituciones porque el aparato de poder, ya sea formal o fáctico, espera encontrar instituciones que puedan significar un cambio, siempre y cuando sus intereses queden protegidos. Esto es a lo que Juan Linz ha llamado la reforma-ruptura pactada,²² que consiste en modificar las instituciones y reglas a cambio de garantías para las fuerzas políticas y sociales que no quieren el cambio. Esas garantías suelen consistir en mantener una presencia política importante en el entorno de las nuevas instituciones. Sin embargo, algunas fuerzas prefieren mantener

²¹ *Ibidem*, pp. 98-99.

²² Linz, Juan, “Transitions to Democracy”, *The Washington Quarterly*, Washington, verano de 1990.

sus privilegios económicos y de poder a toda costa, y no ceder ni un ápice su influencia. En esos casos, es obvio que no es posible la elaboración de una nueva Constitución ni la salida negociada al conflicto.

Elster es el autor —siguiendo a Spinoza— que ha llevado a sus últimas consecuencias el argumento de que las Constituciones son mecanismos de precompromiso o autorrestricción, elaboradas por el cuerpo político con el fin de protegerse a sí mismo contra su previsible tendencia a tomar decisiones imprudentes.²³ Cita a varios que coinciden con este punto de vista. Así, menciona a John Potter Stockton que indica que “las Constituciones son cadenas con las cuales los hombres se atan a sí mismos en sus momentos de cordura para evitar perecer por suicidio el día que desvaríen” o Hayek que decía que la Constitución es una atadura que el Peter sobrio impone al Peter bebido y, más recientemente, Cass Sunstein que escribe que “las estrategias de precompromiso constitucional podrían servir para salvar la miopía o la debilidad de la voluntad por parte de la colectividad”.²⁴

Según Elster existen Constituciones como restricciones esenciales de la conducta y Constituciones como restricciones accidentales de la misma. Para distinguir unas de otras debemos preguntarnos si ciertas disposiciones constitucionales fueron establecidas con el propósito de restringir la libertad de acción de la clase política del presente y del futuro, principalmente de los individuos que las votaron, o si se trata de restricciones indirectas que no fueron pensadas inicialmente con ese objetivo. Como ejemplos de restricciones constitucionales esenciales se menciona la creación del Tribunal Constitucional húngaro en 1989-1990, cuyo fin fue concederle amplísimos poderes de control de constitucionalidad y para invalidar leyes del Parlamento, lo que constituye un acto explícito de autolimitación de la clase política. Un caso de restricciones accidentales es el bicameralismo, institución que a lo largo de la historia ha recibido diversas justificaciones, para algunos se introduce con el fin de controlar a mayorías populares, otros estiman que es una forma de autocontrol democrático por sus propiedades retardadoras y apaciguadoras.²⁵

²³ Elster, Jon, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 111.

²⁴ *Ibidem*, pp. 112 y ss.

²⁵ Elster, Jon, *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 146 y ss.

Para Elster, las Constituciones no sólo implican autorrestricciones, las Constituciones pueden atar a los demás. Para ejemplificarlo cita de la *Política* de Aristóteles el siguiente extracto:

Los artificios con que se engaña al pueblo en las repúblicas son en número de cinco... El relativo a la asamblea consiste en que la participación en ella esté abierta a todos, pero en caso de no asistir, sólo se imponga multa a los ricos, o mucho mayor a ellos. El relativo a las magistraturas consiste en que los que tienen propiedades no pueden dimitir de su cargo, y los pobres puedan dimitir; y el referente a la administración de justicia consistente en que los ricos estén sujetos a multa si no la ejercen y los pobres queden impunes... En algunas partes todos los inscritos como ciudadanos tienen derecho a tomar parte en la asamblea y en la administración de justicia, pero si una vez inscritos no ocupan su puesto en la asamblea ni en los tribunales, se les imponen grandes multas, con el fin de que por evitar la multa rehuyan el inscribirse y por no inscribirse no tengan parte en la asamblea ni en la administración de justicia. De la misma manera se legisla en lo relativo a la posesión de armas y los ejercicios gimnásticos: los pobres pueden no poseer armas, pero los ricos son castigados con una multa si nos las tienen; si no acuden a los ejercicios gimnásticos, a los pobres no se les impone multa alguna, pero los ricos están sujetos a ella...²⁶

Las disposiciones transcritas muestran que los individuos no sólo limitan su propia libertad sino que también reducen el poder de otros mediante la extensión de su libertad.

Elster matiza su argumento anterior e indica que en ocasiones las Constituciones pueden no atar. Al respecto proporciona dos argumentos: 1) los ciudadanos pueden reaccionar contra cualquier idea de ser restringidos, y 2) los ciudadanos pueden encontrar que disposiciones de muy difícil enmienda constituyen un obstáculo intolerable al cambio. Las restricciones muy fuertes son absurdas. Hoy en día sería intolerable para los ciudadanos en la mayoría de los países democráticos que se establecieran restricciones en la Constitución que hicieren limitativo o restrictivo el voto para ciertas clases de individuos. No obstante lo dicho, las Constituciones, tanto en su parte dogmática, orgánica y de reforma constitucional constituyen una suma de restricciones, que son autoimpuestas o impuestas.

²⁶ Aristóteles, *Política*, trad. de Julián Marias y María Araujo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997 (1297).

Las restricciones inician desde el proceso constituyente. Elster explica que las asambleas constituyentes prácticamente nunca se crean a sí mismas. La decisión de convocar a una asamblea constituyente debe ser tomada por alguna autoridad externa. En Estados Unidos, fue tomada por el Congreso Continental; en Francia en 1789 por el rey, en 1848 y 1946, por el gobierno provisional; en Japón y Alemania después de la Segunda Guerra Mundial por las fuerzas de ocupación, y en Polonia, Hungría y Bulgaria después de 1989 por la Mesa Redonda de Conversaciones entre el viejo régimen y la oposición. Casi ninguna Asamblea Constituyente ha sido autoproclamada, salvo el caso del Parlamento de Francfort de 1848, pues la elaboración de la Constitución francesa de 1958 se debió a que De Gaulle forzó a los diputados del Parlamento de la Cuarta República a hacerlo así. Una vez tomada la decisión de convocar la Asamblea Constituyente, el siguiente paso también exige las restricciones de una autoridad externa que define el procedimiento de selección de los diputados constituyentes. Lo anterior significa que toda Asamblea Constituyente tiene dos autoridades primigenias o creadoras, quien convoca y quien selecciona. Ambas tratarán de influir en el documento final que debe producir la Asamblea y/o en los procedimientos que ésta deba aprobar para conducir sus deliberaciones. En concreto, querrán imponer a las autoridades últimas que deban ratificar la Constitución antes de que tenga efecto. Sin embargo los constituyentes tratarán de resistir a los intentos de influir en el proceso y en su resultado, pues la asamblea constituyente posee lo que los alemanes llaman *Kompetenz-Kompetenz*, esto es, el derecho a definir el alcance de sus atribuciones.²⁷

En ocasiones las Constituciones son impuestas desde el exterior, como ocurrió en Alemania y Japón después de 1945. También el antiguo régimen autoritario puede intentar restringir al nuevo régimen, aunque en este caso, generalmente las asambleas constituyentes dominan a sus creadores. Por ejemplo, durante la Revolución francesa, los delegados franceses hicieron que el veto del rey en la Constitución se convirtiera en una mera capacidad suspensiva, y su veto a la Constitución en una formalidad vacía. Esos delegados ignoraron las instrucciones de los que les nombraron en muchos asuntos cruciales. Lo anterior significa en términos llanos, que el viejo régimen es el problema que una asamblea constituyente debe resolver, pues si el régimen anterior es defectuoso, por qué debe una asamblea constituyente respetar sus restricciones.

²⁷ Elster, Jon, *Ulises desatado...*, cit., p. 129.

Las restricciones de carácter individual más usuales que se pretenden imponer a los diputados constituyentes por una autoridad externa son: instrucciones sobre cómo votar asuntos concretos; instrucciones para rechazar debatir algunos asuntos, e instrucciones para abandonar la Asamblea en caso de que se adopten determinadas decisiones. En la historia del constitucionalismo todas estas formas se han pretendido usar y generalmente no son acatadas. En ocasiones se plantea si se tiene el mandato de hacer modificaciones radicales y hasta dónde llega ese mandato. Cuestión que se resuelve generalmente del lado de reformas amplias y profundas.

Casi cualquier asunto puede ser objeto de restricciones impuestas o de autorrestricciones: las formas de acreditación de los diputados constituyentes; durante la Revolución francesa, si se debía votar individualmente o por estamentos y, en la creación de la Constitución estadounidense, si todos los Estados debían valer lo mismo en cuanto al número de votos o si cada Estado valía diferente en relación con el número de votos y su población, las normas de deliberación, los procedimientos; la duración de la asamblea, los temas, el ceremonial, etcétera. Sobre todas las cuestiones de forma y también de fondo hay discusión porque entrañan autorrestricciones o imposiciones de la autoridad que convoca al Constituyente.

Igualmente es fundamental conocer si las decisiones finales de la constituyente serán sometidas a otra autoridad con posibilidad de veto o de revocación al trabajo realizado. Durante el proceso constituyente de la Revolución francesa se pretendió que el rey tuviese un derecho de veto, mismo que acabó en una formalidad vacía. En la Constitución de los Estados Unidos, aunque no había formalmente un procedimiento de ratificación muchos constituyentes asumieron que la Constitución debía ser ratificada por los legislativos locales, lo que sirvió para moderar las facultades de los poderes federales sobre los estatales. En el mundo contemporáneo, muchas nuevas Constituciones están sujetas al referéndum posterior, lo que en principio limita que la Constitución tenga un carácter elitista, minoritario o, peor aún, contrario a los intereses mayoritarios. Casi siempre, como dice Elster: "... los constituyentes se ven a sí mismos superiores tanto respecto al régimen corrupto e insuficiente que vienen a sustituir, como a los regímenes guiados por los intereses y las pasiones que les sustituirán a ellos...",²⁸ y por ello quieren ser libres para atar a sus sucesores y rechazan estar atados por sus predecesores.

²⁸ *Ibidem*, p. 137.

Todo precompromiso o autorrestricción constitucional funciona a dos niveles. En el primero, la Constitución diseña la organización del Estado para, según Elster, enfrentar las pasiones,²⁹ la inconsistencia temporal³⁰ y fomentar la eficiencia.³¹ En otro nivel más elevado, los sistemas de enmienda o de reforma de la propia Constitución se elaboran para que las modificaciones a la Constitución sean lentas y engorrosas, es decir, actúan directamente sobre los problemas de las pasiones, inconsistencia temporal y eficiencia y, además, estabilizan los problemas del primer nivel que también actúan sobre los mismos problemas. Casi todas las instituciones previstas en una Constitución buscan establecer restricciones para resolver los tres tipos de problemas planteados. Por ejemplo, el bicameralismo es la solución al problema de las mayorías apasionadas y de los legisladores autointeresados, y el voto del Ejecutivo es igualmente la solución a mayorías apasionadas y de los legisladores autointeresados.

El bicameralismo es solución al problema de las mayorías apasionadas si ralentiza los procesos legislativos³² y además opone resistencia a las mayorías mediante requisitos de acceso al Senado basados en la edad o la propiedad. Igualmente, el bicameralismo resuelve los problemas de legisladores autointeresados, pues una asamblea integrada por dos cámaras está menos inclinada a convertirse en un órgano que sólo ve por sus intereses, con ansia de apoderarse o manipular a la totalidad de las instituciones del Estado, y con desprecio a los intereses y las necesidades de todos los demás miembros de la sociedad. El voto del Ejecutivo es una institución que puede servir de control adicional de los impulsos peligrosos de las mayorías apasionadas del Legislativo y, además, puede

²⁹ En la Grecia clásica, las pasiones se contrarrestaron con cuatro mecanismos: la anapsephisis (volver a considerar una decisión anterior); la separación de poderes; los procedimientos en dos etapas; y, la rendición de cuentas a los que encendieran las emociones de las personas. *Ibidem*, p.143.

³⁰ La inconsistencia temporal “tiene lugar cuando la mejor política planificada en la actualidad para un determinado período futuro, ya no es la mejor cuando llega ese período”, debido a cambios subjetivos de preferencias en los propios agentes. *Ibidem*, pp. 36 y ss.

³¹ Implica eliminar o reducir el despilfarro, por ejemplo, en el caso de si toda la legislación pudiera ser modificada por una mayoría ordinaria. *Ibidem*, p. 173.

³² Se cuenta que cuando Thomas Jefferson preguntó a George Washington por qué la Convención de Filadelfia había establecido un Senado, Washington respondió preguntando: ¿Por qué vierte usted su café en su platillo? A lo que Jefferson contestó: Para enfriarlo. Y Washington contestó: Vertemos las leyes en el platillo senatorial para enfriarlas. Elster, Jon, *Ulises desatado...*, cit., p. 154.

constituirse en un dique que puede resistir las autoampliaciones de competencias del Poder Legislativo.

Los constituyentes del siglo XVIII —estadounidenses y franceses—, pero principalmente los estadounidenses, confeccionaron sus Constituciones persiguiendo dos objetivos: 1) que las destructivas e irracionales fuerzas de la pasión debían ser eliminadas hasta donde fuera posible, remplazándola por la razón, y 2) diseñar instituciones que proporcionaran incentivos privados a los agentes políticos para que actuaran de modo que, al mismo tiempo, promovieran el bien público. Las restricciones se pensaron tanto para otros actores políticos y sociales como respecto a los propios constituyentes. Por ejemplo, en los Estados Unidos, los constituyentes de 1787 decidieron mantener sus actividades a puerta cerrada y en secreto, para evitar que la vanidad de los constituyentes al comprometerse en público, impidiera que después cambiaran posturas, es decir, los constituyentes eligieron el sectarismo para comprometerse a sí mismos contra su propia vanidad. La Asamblea Constituyente Francesa de 1791 acordó que sus miembros fueran inelegibles para el primer legislativo ordinario a fin de limitar el interés propio.

Para lograr comportamientos consistentes de los actores políticos, sociales y económicos en el tiempo, es decir, comportamientos que sean invariables-permanentes y, que no por razón de intereses de corto plazo o de presiones coyunturales, se posterguen para mejor momento decisiones fundamentales o estratégicas para muchos sectores sociales, las Constituciones suelen establecer instituciones que impiden el desarrollo de comportamientos inconsistentes. Por ejemplo, el establecimiento en las Constituciones de derechos humanos económicos, sociales y culturales de carácter intangible —no modificables o derogables mediante reformas ordinarias a la Constitución— evita que los que tienen el poder actúen con amplia discrecionalidad en el ámbito social y económico; lo que significa que los catálogos de derechos humanos en las Constituciones atan las manos a los gobiernos en turno. Las normas constitucionales sobre la obligación del Congreso y del gobierno para mantener el equilibrio presupuestario permiten que estos órganos resistan con buenos argumentos las presiones de muchos grupos sociales. Los plazos constitucionales o legales para que ciertas normas jurídicas entren en vigor o se apliquen, suelen tener por propósito que razones de corto plazo y partidistas que provienen del electorado, no alteren o afecten la consecución de intereses generales o comunes. Esto es, los plazos o demoras según Elster tienen

diversas ventajas: “Dan tiempo para que se produzca un enfriamiento, contrarrestan los perniciosos efectos de las pasiones... crean un velo de la ignorancia que fuerza a un agente a ponerse a sí mismo en el lugar de los demás, y reduce así la importancia del interés”.³³

La división de poderes y la aparición de órganos constitucionales autónomos constituyen restricciones. La omnipotencia en el ejercicio de poder resulta indeseable. El poder para ser creíble y efectivo debe estar dividido. Si el poder se concentra, muchos actores económicos, sociales o políticos, desconfían de ese poder. Por ejemplo, si la organización de las elecciones corre a cargo del gobierno en turno que también participa en ellas, hace poco creíbles la equidad y la autenticidad de los procesos electorales. Con la misma razón podríamos decir que si el Poder Ejecutivo, que es el que administra y aplica la ley, es también el que va a juzgar y a legislar, poca confianza tendríamos en su desempeño como autoridad imparcial. En materia de derechos humanos tendríamos escasa confianza si la autoridad que realiza la mayor parte de los actos de autoridad que impactan en la esfera de los derechos humanos es la misma que determina si existió o no violación a los mismos. La razón principal de por qué el poder dividido es mejor que la actuación omnipoente y única de la autoridad, deriva de un hecho totalmente acreditado en la historia política: el poder absoluto, por su propia naturaleza, no toma en consideración controles y equilibrios contra su autoridad; por eso, no puede ser confiable. Esa es el motivo para que las Constituciones exijan que los titulares de los órganos constitucionales autónomos o del Poder Judicial sean elegidos por mayorías calificadas de una de las cámaras, la pretensión es la de evitar que el poder mayoritario domine estos órganos en detrimento de las minorías políticas y, al mismo tiempo, ganar con ello la credibilidad de estos órganos como independientes e imparciales.

Además, el poder omnipoente no es efectivo. El poder único promueve la corrupción, la ausencia de controles, de fiscalización, de rendición de cuentas. En cambio, la división de poderes y la existencia de órganos constitucionales autónomos, permiten la supervisión, los pesos y contrapesos, la transparencia y la deliberación entre las distintas ramas y órganos del Estado. Evitan democracias delegativas³⁴ porque los distintos poderes y órganos en los que se divide el poder público están atentos a que

³³ *Ibidem*, p. 166.

³⁴ O'Donnell, Guillermo, “Delegative Democracy”, *Journal of Democracy*, núm. 1, 1994.

los otros no excedan sus atribuciones. La división de poderes permite la especialización funcional. En el caso de los bancos centrales, éstos evitan que el gobierno utilice la política monetaria como instrumento para fortalecer sus posibilidades de reelección más que servir al interés general.

Se ha dicho que la restricción más importante de tipo constitucional no es, sin embargo, el establecimiento de la división del poder o el catálogo de derechos humanos u otras medidas institucionales. Según Elster, el efecto estabilizador de requerir mayorías calificadas para modificar la Constitución constituye el aspecto más importante del precompromiso constitucional.³⁵ Esa circunstancia brinda seguridad a muchos actores, promueve la estabilidad del sistema, lo que les permite a muchos jugar cualquier juego: político, económico o social, bajo instituciones y reglas definidas y más o menos permanentes. Ello genera las condiciones para que esos actores desarrollem sus proyectos dentro de un marco de mayor certidumbre al que existiría si las reglas e instituciones básicas pudiesen ser alteradas por cualquier mayoría apasionada. El hecho de que se obligue a mayorías calificadas para reformar la Constitución es una advertencia contra las pretensiones de actores dominantes temporales: nadie puede imponer su punto de vista sin contar con el punto de vista de los demás.

En ocasiones la imposición de restricciones no es viable, ya sea porque existen pasiones duraderas, pasiones impulsivas o intereses que lo impiden. Según Elster, las personas no suelen comprometerse respecto a sus pasiones fuertes y duraderas. Las pasiones duraderas incluyen las animosidades nacionales, étnicas y religiosas, o compromisos muy fuertes con la igualdad o la jerarquía, u otros elementos emocionales que son ampliamente compartidos y que están profundamente arraigados en la población. Las pasiones impulsivas son activadas por acontecimientos súbitos y amenazadores, como una crisis económica, revolución o guerra o riesgo inminente de conflicto bélico. Es una realidad que las Constituciones tienden a ser redactadas en tiempos de turbulencias y convulsiones, en los que las pasiones tienden a estar desatadas y, puesto que las Constituciones son normalmente escritas en tiempos de crisis, no es seguro que los constituyentes serán particularmente sensatos y se restrinjan o se serenar para establecer condiciones institucionales para todos o al menos con un relativo velo de la ignorancia. Por lo anterior, las pasiones impulsivas suponen una amenaza más general y omnipresente para el proceso constituyente que el problema de las pasiones duraderas. Es, en cierta

³⁵ Elster, Jon, *Ulises desatado...*, cit., p. 174.

forma una paradoja que las condiciones bajo las cuales surge la necesidad de un proceso constituyente tienden a dificultar la tarea de la actividad constituyente. En cuanto a los intereses de los constituyentes, pueden seguir la vía del precompromiso para restringir los intereses de los agentes políticos futuros o también por razón de interés no establecer ningún tipo de restricción.³⁶

A veces aunque el precompromiso constitucional sea viable puede no ser deseable. Los problemas que generan la indeseabilidad pueden ser creados por un conflicto potencial entre el precompromiso y la eficiencia, o por un conflicto potencial entre el precompromiso y la democracia. Ejemplo del primer problema lo constituyen restricciones constitucionales muy rigurosas que pueden ser incompatibles con márgenes de acción en momentos de crisis, tal como hizo el constituyente italiano que en 1946 no constitucionalizó la estabilidad monetaria, aduciendo la necesidad del gobierno para tener manos libres en momentos de crisis. En cuanto a la tensión entre precompromiso y democracia, ésta surge cuando los agentes que ejercen las funciones de precompromiso viven al margen del control democrático, por ejemplo un banco central podría jurídicamente contar con atribuciones que riñen con la voluntad mayoritaria de la población y, por lo mismo, éstas no serían deseables aunque puedan ser racionales y hasta eficientes en términos económicos y políticos.

Elster también se refiere a las escotillas de salvamento, estas restricciones suelen incorporarse a algunos poderes u órganos constitucionales autónomos para impedir que en el ejercicio de competencias jurídicas se actúe con inflexibilidad, dogmatismo o sean democráticamente irresponsables. En Estados Unidos, el Congreso puede invalidar las decisiones de la Reserva Federal, y aunque hasta el momento el Poder Legislativo estadounidense nunca ha utilizado este poder, el simple conocimiento de su existencia, sirve para que la Reserva Federal se modere en algunas decisiones. Las escotillas de salvamento son muy importantes cuando algunos órganos tienen poderes muy amplios. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Alemán tiene la facultad de declarar inconstitucionales reformas constitucionales, por lo que este tipo de competencias deben ser compensadas y equilibradas mediante procedimientos en donde los titulares de ese órgano jurisdiccional rindan cuentas sobre sus decisiones, tanto al Parlamento como a la sociedad.³⁷

³⁶ *Ibidem*, pp. 176-181.

³⁷ *Ibidem*, pp. 184 y 185.

Los constituyentes muchas veces no actúan con corrección. Las leyes fundamentales pueden imponerse a las minorías y a las generaciones futuras para que la generación fundacional reciba los beneficios más importantes. Estas decisiones negativas ocurren porque algunas minorías o desde luego las generaciones futuras no tienen representación en el constituyente o una representación muy disminuida. También las motivaciones partidistas pueden jugar una mala pasada y se pueden no incorporar restricciones adecuadas o se incluyen en el sentido de proteger a algunos a costa de otros. Ciertas restricciones se establecen a las Constituciones con hipocresía, aparentemente persiguen propósitos plausibles pero su objetivo es atar a generaciones futuras o a sucesores en el poder. Ejemplo de esto último fue lo que realizó en 1974 el presidente francés Valéry Giscard d'Estaing, que con el sueño de dotar a la oposición de facultades para promover acciones previas de inconstitucionalidad ante el Consejo Constitucional, ató en realidad de manos a los presidentes de la República que le sucedieron, pues éstos perdieron la capacidad de maniobra que él tenía en la promulgación de las leyes y tratados.

Es importante tener en cuenta que los partidos o grupos parlamentarios representados en la Asamblea Constituyente saben que su futuro depende en gran medida de las disposiciones constitucionales concretas. En tal virtud tienen un fuerte incentivo para asegurar que sus intereses sean contemplados. Los diputados constituyentes también pueden promover su autointérés o pasiones en la Asamblea Constituyente; sin embargo, si los constituyentes son imparciales y conocen que la imparcialidad puede perderse en el futuro, tendrán incentivos para precomprometerse a sí mismos de manera diferente a si se tratara de legisladores ordinarios.

El Constituyente debe autorrestringirse. Debe atarse al mástil como Ulises, pues si no lo hace, la Constitución carece de elementos de imparcialidad, pierde su sentido político, jurídico y moral, y puede ésta ser una suerte de pacto suicida o un ordenamiento en donde los intereses que no estuvieron representados no le guarden ningún tipo de respeto y consideración. La manera de tener Constituciones legítimas y que perduren en el tiempo, es hacer Constituciones que vean por los intereses y necesidades de mayorías y minorías. De otra suerte, la Constitución no nacerá bien, no tendrá legitimidad, no será una Constitución normativa.³⁸ Ese es el principal estímulo para que los grupos parlamentarios y los constituyentes vean más allá de su autointérés.

³⁸ Lowenstein, Kart, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1983, p. 172.

III. EL CONSTITUYENTE COMO RADICALIDAD DEMOCRÁTICA

El poder constituyente es visto como fuente del ordenamiento y como sujeto hacedor de la Constitución. Por un lado, es la fuente omnipotente y expansiva que produce las normas constitucionales de todo el ordenamiento jurídico y, por otro, es el sujeto de esta producción, que es también una actividad omnipotente y expansiva. El poder constituyente es de naturaleza híbrida, tanto política como jurídica. Paradójicamente, el poder constituyente es omnipotente pero está temporal y espacialmente definido. Es un poder que acaba siendo interiorizado en el poder constituido; su expansividad no se revelará más que como norma interpretativa, como control de constitucionalidad y como desarrollo constitucional a través de la legislación. Además, el poder constituyente, al ponerse en acción acaba absorbido en la máquina de la representación. El mayor problema desde el derecho es cómo incluir el poder constituyente en un dispositivo jurídico y, según Negri, tres son las posibles respuestas que se han dado y que son insuficientes: 1) el poder constituyente es trascendente respecto al sistema del poder constituido, es decir, su dinámica viene impuesta al sistema desde el exterior; 2) el poder constituyente es inmanente, su presencia es íntima, su acción es la de un fundamento, y 3) el poder constituyente no es trascendente ni inmanente, sino está integrado, es coextensivo y sincrónico al sistema constitucional positivo.³⁹

La primera respuesta está integrada por autores como Jellinek y Kelsen. Para Jellinek el poder constituyente es exógeno respecto a la Constitución y resulta de lo empírico; la Constitución no es más que una auto-obligación del ente estatal en donde se consagran los presupuestos de la organización política, lo que implica la subordinación de la Constitución al Estado y, por tanto, no resulta importante analizar la teoría del poder constituyente sino más bien la evolución que el Estado ha tenido en la historia.⁴⁰ En Kelsen, la trascendencia es máxima y absoluta; el poder constituyente es una realidad factual que tiene por propósito fundar formalmente el derecho, pero una vez realizado esto, el poder constituyente es nada jurídicamente.⁴¹ Para Negri, las teorías de la trascendencia del

³⁹ Negri, Antonio, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Libertarias Prodhufi, 1994, p. 21.

⁴⁰ Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 331.

⁴¹ Kelsen sostiene que el principio democrático en que se basa la Constitución solo adquiere validez a partir del ordenamiento y no al revés y pone como ejemplo la Cons-

poder constituyente implican su negación, porque una vez que el constituyente cumple su función se desvanece jurídica y políticamente. En las teorías de la inmanencia del poder constituyente, como la de Rawls y Lasalle, el poder constituyente queda absorbido en el derecho constituido. En el caso de Rawls, el poder constituyente sería un segundo estadio que sigue al primero en el que se realiza el acuerdo contractual sobre los principios de justicia, y antes de un tercer y cuarto estadio que ven respectivamente la posición de mecanismos y jerarquías legislativas y la ejecución de la ley; se trata del reabsorbimiento del poder constituyente en el derecho constituido a través de un mecanismo de más estadios que, inmanentizado al sistema, le quita originalidad creativa al constituyente. En Lasalle y Herman Heller,⁴² el poder constituyente imprime su dinamismo al sistema constitucional pero posteriormente él mismo es reformado por la Constitución. El poder constituyente pasa a ser en Smend principio dinámico del devenir del Estado.⁴³ En Max Weber, el poder constituyente es colocado entre el poder carismático y el racional. El poder constituyente, en este autor, coloca al principio de la violencia de la innovación pero después funda un paradigma de racionalidad, se integra al derecho constituido. En Carl Schmitt, la inmanencia es tan profunda que la distinción entre poder constituyente y poder constituido se esfuma: la voluntad de poder se transforma en el artificio de la soberanía. Schmitt identifica la Constitución material con el poder constituyente y sólo mantiene la diferenciación entre poder constituyente y Constitución cuando se refiere a Constitución formal.⁴⁴

En la tercera de las posiciones, el poder constituyente es constitutivo, coextensivo y sinerónico del derecho constituido. Esta visión es hija de algunas de las más importantes teorías institucionalistas del siglo XX.

titución de los Estados Unidos, en donde el pueblo, en el cual la Constitución pretende tener su origen, solo adquiere existencia jurídica a través de la Constitución, por lo que según Kelsen, solo en sentido político y no jurídico puede declararse que el pueblo es la fuente de la Constitución. Véase García Amado, Juan Antonio, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 243-247.

⁴² Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

⁴³ Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985. Smend señala: "La Constitución es la ordenación jurídica del Estado, mejor dicho, de la dinámica vital en la que se desarrolla la vida del Estado, es decir, de su proceso de integración. La finalidad de este proceso es la perpetua reimplantación de la realidad total del Estado y la Constitución es la plasmación legal o normativa de aspectos determinados de dicho proceso", p. 132.

⁴⁴ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 93 y ss.

La tesis principal considera el elemento histórico institucional como un principio vital. El constituyente no es puramente factual, es prefigurado y percibido como implícitamente constituido por la legalidad. Un representante fundamental de esta concepción es Mortati, que señala que la Constitución jurídica se implanta sobre la Constitución social. La Constitución formal vendrá interpretada, modificada y eventualmente cambiada sobre la base de la Constitución material. El límite de flexibilidad de la Constitución formal depende de las fuerzas que constituyen políticamente a la sociedad y que forman su Constitución material a través de compromisos institucionales continuos.⁴⁵

Negri rechaza las tres anteriores concepciones. Las tres tienden al paradigma constitucionalista, que pretende domeñar y equilibrar al poder constituyente con el sueño de la “Constitución mixta” que mantiene la desigualdad y los desequilibrios sociales. Por el contrario, Negri propone el paradigma del poder constituyente como una fuerza que irrumpa, quebranta y desquicia el equilibrio preexistente. El poder constituyente estaría ligado a la idea de democracia como poder absoluto, a diferencia del constitucionalismo que pretende regular jurídicamente el poder constituyente, lo que es absurdo tanto cuando quiere dividir al poder constituyente como cuando quiere bloquear su temporalidad constitutiva. El constitucionalismo es una doctrina jurídica que conoce solamente el pasado, es una continua referencia al tiempo transcurrido, a las potencias consolidadas y a su inercia, al *status quo*; por el contrario, el poder constituyente es siempre tiempo fuerte y futuro. El poder constituyente se liga al concepto de revolución democrática. Nuestro autor intentará plantear la crisis del poder constituyente no sólo en relación con el poder constituido, o con el constitucionalismo, o con el concepto de soberanía, también señala que debe plantearse en relación con el concepto de representación, porque considera que los anteriores conceptos y su práctica desnaturalizan y despotencian al poder constituyente.⁴⁶

Para Negri el esfuerzo de encerrar el poder constituyente en una jaula de limitaciones espacio-temporales es insostenible, pero le parece que es aún más grave intentar bloquearlo dentro de una prefiguración finalista. Para

⁴⁵ Mortati, Constantino, *La Constitución en sentido material*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2000, p. 133. Mortati indica que la supralegalidad constitucional no se funda sobre bases iusnaturalistas o sociológicas sino que está conectada con la ideología mantenida por las fuerzas políticas dominantes. El poder constituyente es la Constitución material y ésta, el fin político o “indirizzo politico” que la orienta.

⁴⁶ Negri, Antonio, *El poder constituyente...*, cit., pp. 27-31.

Él, todas estas cuestiones son escaramuzas que constituyen el contenido de mixtificación que la ciencia jurídica se encarga de articular y rearticular para ahogar la fuerza del poder constituyente. Por ejemplo, el concepto jurídico de la soberanía es un concepto totalitario por su absolutez, lo que es incompatible al poder constituyente, que es un poder abierto en el espacio y en el tiempo, fluido, plural, dinámico. El poder constituyente se define emergiendo del vacío, del abismo de ausencia de determinaciones, como una necesidad totalmente abierta. El poder constituyente es una fuerza que se proyecta desde la ausencia de finalidad, lo caracterizan su omnipotencia y expansividad. La ausencia, el vacío, el deseo son sus motores. Negri rechaza a la Constitución estadounidense por conservadora y justifica a la francesa por su pretensión de radicalidad y de transformación del *status quo*, aunque advierte que también ésta pretendió comprimir lo político en lo social. Negri insiste que el principio del poder constituyente es la libertad y por ello, de acuerdo con Hanna Arendt, el espacio público debe ser potenciado "... el poder constituyente, en cuanto constituye lo político desde la nada, es principio expansivo; no tiene nada que conceder ni al resentimiento ni a la resistencia... no tiene necesidad tiene deseo".⁴⁷ No acepta de Arendt, que el poder constituyente pueda ser consensual, le parece que sostener esto implicaría exaltar el contractualismo.

Según Negri, el poder constituyente es un concepto antagónico al de soberanía porque no es una emanación del poder constituido ni es la institución del poder constituido, es el acto de elección, la determinación puntual que abre un horizonte, el dispositivo radical de algo que no existe todavía y cuyas condiciones de existencia prevén que el acto creativo no pierda en la creación sus características. Cuando el poder constituyente pone en funcionamiento el proceso constituyente, toda determinación es libre y permanece libre. La soberanía por el contrario se presenta como fijación del poder constituyente, luego como término de él, como agotamiento de la libertad de que es portador: "obedientia facit autoritatem... en el mismo momento en que la potencia se instituye, deja de ser potencia".⁴⁸ Según Negri, la única posibilidad para la definición de un concepto de soberanía ligado al poder constituyente, es que la soberanía exista como praxis de un acto constitutivo, renovado en la libertad, organizado en la continuidad de una praxis libre, aunque esto va en contra de toda la tradición del concepto de soberanía.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 36.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 40-43.

En donde existe una relación íntima y circular es entre el concepto de poder constituyente y el de revolución, pues cuando se habla de revolución se habla de poder constituyente, es decir, figuras de rebelión, de resistencia, de transformación, de creación. La revolución es necesaria, en cuanto lo es la necesidad humana de ser moral, de constituirse éticamente, de liberar el cuerpo y la mente de la esclavitud, y el poder constituyente es el medio para esta finalidad. El poder constituyente es un acto fundamental de innovación y, consiguientemente, como procedimiento absoluto. No se trata de limitar el poder constituyente sino de hacerlo ilimitado. Negri afirma que el único concepto posible de Constitución es el de revolución, esto es, poder constituyente como un procedimiento absoluto e ilimitado.⁴⁹

El sujeto del poder constituyente ocupa buena parte de las reflexiones de Negri. No acepta que la nación o el pueblo sean los sujetos del poder constituyente, dichas categorías jurídicas le parecen naturalistas y organicistas, instrumentalizadoras de la potencia que significa el poder constituyente. Tampoco admite que el sujeto del poder constituyente sean exclusivamente los mecanismos jurídicos inherentes a su composición porque ello entrañaría formalizar el sujeto constituyente. Fundando su posición en Maquiavelo, Spinoza, Marx y Foucault, sostiene que el sujeto constituyente es potencia, producción. La crítica, el disenso, la lucha, la pluralidad, constituyen la potencia ontológica del poder constituyente, capaz de producir eventos absolutos. Negri no acepta que absolutismo sea totalitarismo, afirma que esa ecuación se basa sobre una tradición del pensamiento moderno que presume de fundar sobre el contractualismo los derechos del hombre. El error del contractualismo es su carácter cerrado, incapaz de mantenerse abierto y en permanente transformación. En cambio, ni en Maquiavelo ni en Spinoza, el proceso revolucionario que encarna y establece la Constitución, no se presenta como cierre o conclusión, siempre está abierto, tanto temporal como espacialmente. Ese proceso es conjuntamente resistencia a la opresión y construcción de comunidad; es discusión política, tolerancia; es armamento popular, y es afirmación de principios a través de la invención democrática.⁵⁰

En Negri, lo absoluto constituyente, lo absoluto democrático, no tienen nada que hacer con la concepción totalitaria de la vida y de la política que restringe la libertad, la crítica y la resistencia individual y social al orden establecido. El sujeto constituyente es pues un sujeto temporal,

⁴⁹ *Ibidem*, p. 45.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 56.

una potencia constitutiva temporal, radicada en la capacidad productiva y creativa del hombre, en la ontología de un devenir, una temporalidad abierta, absolutamente constitutiva “que no revela el ser, pero produce los entes”. Con Marx, recuerda como el poder constituyente se manifestó en la Comuna de París de 1871, al expresarse como perfecta síntesis de un sujeto histórico, el proletariado parisino en armas. El poder constituyente es la potencia de una democracia radical en la que la crítica del poder se combina con la emancipación del trabajo, un trabajo vivo y creativo, que en nuestros días busca definir dónde reside el trabajo vivo de la potencia de hoy.⁵¹

Propone una nueva racionalidad del poder constituyente basada en cinco elementos: la ilimitación del poder constituyente; el procedimiento-proceso contra el mecanismo deductivo del derecho sustancial y de la máquina constitucional; la igualdad contra el privilegio; la multiplicidad contra la uniformidad, y la cooperación contra el mando.⁵²

El primer elemento de la racionalidad del poder constituyente es ilimitación. Los límites son obstáculos. El poder constituyente es desmesurado, su sola medida es la ilimitación de la multitud, la absoluta versatilidad de sus relaciones, de las interrelaciones potentes y constitutivas que componen su concepto y determinan su dinámica. El poder constituyente es medida progresiva, reflexión de la sociedad sobre sí misma, continuidad creativa, múltiple y crítica.

Sobre el segundo elemento señala que en proceso constituyente no se aplican normas generales y abstractas, sino que se constituyen constelaciones de intereses, acuerdos y relaciones que son siempre verificadas. Si existen reglas procedimentales, ellas mismas son verificadas. El contexto es el de una expansión continua de actividades que atraviesan lo social, lo político y lo institucional. La soberanía no se separa de su origen y se organiza en la relación entre origen y ejercicio. Los controles son ejercitados como momentos activos del procedimiento y no concebidos como momentos de imputación externa. El proceso no tiene ni principio ni fin, por lo que disuelve el mito del contrato.

En cuanto al tercer elemento indica que como el poder constituyente se enraiza en la relación “multitudo” y “potentia”, como la racionalidad de esta relación es el movimiento de la creatividad contra el límite y la medida, como se trata de un procedimiento continuo contra la fijación institu-

⁵¹ *Ibidem*, p. 59.

⁵² *Ibidem*, pp. 400-404.

cional, es obvio que no puede haber privilegio porque sería contradictorio con el movimiento del “trabajo vivo”. La igualdad es una condición del proceso constitutivo, es decir, presupuesto ontológico, condición material y no una abstracta e hipócrita declaración de un derecho formal, sino una situación concreta. La multitud no puede actuar más que en igualdad y la libertad no puede desarrollarse más que con sujetos iguales.

La multitud y la igualdad no pueden ser denominadas despectivamente uniformidad, puesto que la multitud es infinita multiplicidad de singularidades libres y creativas. La pareja igualdad-uniformización que los reaccionarios han considerado como destino de la modernidad, concierne sólo a lo moderno. La racionalidad que va más allá de lo moderno toma en la diversidad, en la riqueza de individualidades iguales e irreductibles, la clave de bóveda de toda su lógica. La nueva racionalidad aborrece la uniformidad, busca lo diverso.

El quinto elemento es el de cooperación contra el mando. La cooperación es la articulación en la cual el infinito número de las singularidades se compone como esencia productiva de lo nuevo. Cooperación es innovación, es riqueza, a diferencia del mando, que se construye sobre la abstracción la alienación, la expropiación de la creatividad. La cooperación pone el mundo al revés, el mando precede a la cooperación. La cooperación es la forma en la que las singularidades producen lo nuevo, lo rico, lo potente, la única forma de reproducción de la vida. Toda definición de democracia que no asuma la cooperación como clave de lectura y como tejido concreto de la relación entre multitud y potencia, como motor creativo de esta relación, es falsa.

No hay definición de lo político si no es a partir del concepto de poder constituyente. Éste no es una esencia atrapada en las redes del poder constituido, el poder constituyente es la matriz totalizante de lo político. No es mando sobre la comunidad, ni reino de la violencia legitimada, es potencia ontológica de una multitud de singularidades cooperantes. Es movimiento que de tanto en tanto sale a la luz, como en 1968 y 1989, en donde las multitudes se opusieron a aquellas expresiones del “ser para la muerte”. El movimiento de estas multitudes indica una necesidad ontológica que no puede dejar de reaparecer, y que no puede sino imponerse como hegemonía. Negri, dice que a todos nos toca acelerar esta potencia y, en el amor del tiempo, interpretar su necesidad.⁵³

⁵³ *Ibidem*, p. 408.

IV. UNA RECAPITULACIÓN

Las expresiones empíricas del poder constituyente no pueden ser totalmente explicadas en las visiones teóricas anteriores. Cualquier concepción teórica sobre el constituyente entraña una racionalización o en el mejor de los casos es una construcción ideal, normativa sobre lo que debería ser el poder constituyente. La historia constitucional mexicana da cuenta de lo que aquí mencionamos. Las Constituciones mexicanas, en general, han tenido carácter revolucionario, han resultado de luchas armadas y de la violencia, y también implican una imposición normativa y política de un grupo dirigente sobre los otros. Las Constituciones mexicanas no han sido el producto de un consenso político y social, han tenido la pretensión de promover un proyecto político, económico o social, sobre otros alternativos y posibles. La Constitución de 1917 es el mejor ejemplo de lo que aquí decimos.

Nos parece más o menos obvio señalar que el poder constituyente se materializa en una o en varias fuerzas políticas capaces de sostener exitosamente, en el plano político y en el plano jurídico, un proyecto político y jurídico con suficientes fundamentos éticos para poder prevalecer. Todo poder constituyente apela a una legitimidad que lo sustenta. El poder constituyente, es por tanto la fuerza, el poder o la autoridad política que tiene la posibilidad, en situaciones concretas, para crear, garantizar o eliminar una Constitución.

En condiciones democráticas, el titular o sujeto del poder constituyente es el pueblo, el que constituye una “magnitud política” capaz de instituir una Constitución. El pueblo en situaciones democráticas —de no manipulación, de libertad, de apertura, tolerancia y toma de conciencia— está formado por individuos, asociaciones, grupos, iglesias, comunidades, personalidades, instituciones, vehículos de intereses, ideas, creencias y valores, tanto convergentes como plurales. El concepto pueblo tiene un sentido político, es decir, personas que son conscientes de su lugar en la historia y que entienden la necesidad de la transformación del *status quo* con base en ideas, intereses o representaciones de naturaleza política, esto es, se requiere de una base de legitimidad evidente para que las personas puedan articular nuevas formas de convivencia.⁵⁴

⁵⁴ La legitimidad en la que se piensa no es la legitimación tipo Luhmann “a través del procedimiento” en el sentido de que los procedimientos son mecanismos aptos para

Como lo dicen autores como Böckenförde, Häberle o Gomes Canotilho, el pueblo tiene un carácter plurisubjetivo capaz de definir, proponer y defender ideas, modelos de organización que serán la base de la Constitución. Es el pueblo una “comunidad abierta de sujetos constituyentes” que pactan para conformar el orden político-jurídico y social. El pueblo no es sólo el de los propietarios, o los de la élite revolucionaria —la vanguardia de la sociedad—, o el pueblo de los electores; el pueblo en sentido político, es el de las mayorías y las minorías, es el pueblo que presupone personas libres e iguales, con capacidad y conciencia ético-política para determinar mediante el consenso, pero también, como apunta Negri, a través del disenso y la crítica, sus formas de convivencia y su destino.

No existe un solo modelo de poder constituyente, éstos son diversos como lo son las tradiciones históricas particulares y nacionales. En el modelo inglés existe un poder constituyente evolucionista, en donde no existió la pretensión de generar un nuevo orden político, ni tampoco la pretensión de diseñar y planificar de origen, modelos políticos, sino de ir perfeccionando los existentes. En el modelo estadounidense, la finalidad como lo describe muy bien la teoría de Elster, fue la de moderar y restringir el poder más que la de promover y dar prevalencia a un poder democrático ilimitado. El caso francés responde más al modelo de Negri; se buscó durante la Revolución francesa, crear una Constitución a través de la destrucción del viejo régimen pero apuntalando a un poder supremo —la nación— que elabora la Constitución. De lo anterior se colige que existen vías distintas de estructuración y de organización del poder constituyente. Lo importante de los distintos modelos de poder constituyente es que, todos ellos, han producido categorías jurídicas fundamentales para el propio poder constituyente y las Constituciones resultantes, conceptos como el de soberanía popular, derechos fundamentales o división de poderes, son herederos en sus significados actuales de los diferentes modelos de poder constituyente.

generar una presunción de legitimidad que sustituya el imposible consenso fáctico en un contexto en el que la finalidad de los mecanismos jurídicos y sociales en general y de los procedimientos en particular es la de reducir el número de alternativas y aumentar la previsibilidad de lo que va a suceder. Por el contrario, a diferencia de Luhmann, los procedimientos de legitimación son importantes porque aumentan la complejidad y por lo tanto las alternativas. Luhmann, Niklas, *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987.

El poder constituyente, dependiendo de las circunstancias y los modelos históricos, se puede articular en fases o etapas: etapas preconstituyentes en donde se toman las primeras decisiones que definirán los principales mecanismos de organización y de procedimiento de la fase posterior, y la etapa constituyente, en donde se adoptan las decisiones constituyentes, ya sea a través de una asamblea constituyente o a través de otras y variadas formas de organización del poder constituyente, por ejemplo, vía referéndum o, como la convención constituyente estadounidense, en la que el proyecto constitucional se elaboró en la Convención de Filadelfia de 1787 y posteriormente fue ratificado por convenciones de los estados. A partir de la década de los setenta del siglo XX, el poder constituyente se ha expresado en países de Europa del sur, del este, asiáticos, de Latinoamérica y África, a través de distintas vías o caminos de transición a la democracia —no esencialmente violentos y generalmente pactados— en las que el poder constituyente y sus procedimientos han servido de solución a las crisis políticas que implican el cambio de un régimen autoritario por uno democrático.

En nuestros días, el poder constituyente que surge de legitimidades populares democráticas obedece a una herencia cultural, es decir a modelos espirituales, éticos y sociales que existen en la conciencia jurídica mundial, en donde el derecho internacional de los derechos humanos o principios suprapositivos y supralegales democráticos constituyen los límites más importantes a la libertad y ominipotencia del poder constituyente. Un sistema nacional que pretenda ser respetado en el concierto de las naciones, que busque ser democrático y constitucional se encuentra necesariamente vinculado por principios democráticos y de respeto y garantía a los derechos fundamentales.

Una vez elaborada la Constitución el poder constituyente no desaparece ni queda subsumido en la Constitución. El poder constituyente siempre podrá nuevamente hacerse presente, si existe la conciencia de que el orden establecido no es satisfactorio o no cumple sus propósitos, y si se cuenta con la fuerza o magnitud política capaz de articular nuevas pretensiones para sustituir o modificar radicalmente el *status quo*. El poder constituyente no queda integrado a la Constitución que resultó del mismo; en la Constitución se ordenan y regulan poderes constituidos que son por esencia limitados y que están sometidos en su actuación a la ley fundamental. El poder constituyente no equivale a la Constitución, ésta es su producto y permanece con validez y vigor hasta que el poder constituyente así lo determina.