

## CAPÍTULO NOVENO

# PODER CONSTITUYENTE, DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSITORIO Y CONTROLES\*

### I. PROEMIO

El tema que nos ocupa es establecer una relación entre el poder constituyente originario y derivado, con el derecho constitucional de transición, y los eventuales controles sociales, políticos y jurídicos imperantes. El tema surge con motivo de la afirmación o lugar común en boca de los críticos a una nueva Constitución (críticos que pertenecen al estamento letrado: jueces, juristas expertos y abogados, y a las élites), repetido hasta la saciedad por éstos y la prensa escrita (como si de repetir se tratara para que algo quede, o si fuere posible fundir la opinión pública con la opinión publicada), acerca de la “inconstitucionalidad” de la asamblea constituyente, del congreso constituyente y del referéndum constituyente o de ser estos mecanismos un “serio quebranto institucional”.

La demonización del procedimiento democrático de alumbramiento de una nueva Constitución, esconde el rechazo a la sola idea de una nueva que sustituya a la vieja Constitución, y de paso el *horror vacui* de las élites y en último término la repulsa casi “natural” al demos; subyaciendo a ello o la defensa del orden constitucional heredado del régimen autoritario o bien cierta complacencia con una vieja Constitución reformada que sentaría las bases de la “paz”, “estabilidad” y “prosperidad” de la transición. La defensa de la vieja Constitución o el conformismo frente a la vieja Constitución reformada tan propio del estamento letrado y de las élites, contrasta con una realidad de crisis de legitimidad y eficiencia del régimen político que permite visualizar un escenario de proceso constituyente o momento constitucional, que nuestro país comienza a experimentar en el tiempo presente.

Tal mentada “inconstitucionalidad” o “serio quebranto institucional” está centrada en el “decreto” o en otras fórmulas propuestas para gatillar la convocatoria y/o decisión acerca de la asamblea constituyente o del refe-

\* Ponencia a XLIII Jornadas Chilenas de Derecho Público a realizarse en la Universidad de Concepción, 4 y 5 de octubre de 2013.

réndum constituyente, y que reconduce a una supuesta ineluctable decisión de inconstitucionalidad de los órganos de control de constitucionalidad y de juridicidad como el Tribunal Constitucional y la Contraloría General de la República. Tal supuesta decisión de inconstitucionalidad parece más una predicción o “profecía autocumplida”. Con cierto frenesí defensivo del viejo orden, la “inconstitucionalidad” se pretendió extender a iniciativas de movimientos sociales acerca de la marcación del voto en elecciones políticas con la inclusión de la “AC” (asamblea constituyente).

La “inconstitucionalidad” o “serio quebranto institucional” como conceptos que carecen de fundamento teórico-práctico en los sistemas jurídicos de derecho interno que se suceden temporalmente, sucesión temporal que importa modificaciones de base o fundamento en la producción de normas y que, por ende, poseen un encadenamiento de validez diverso. La imposibilidad teórico-práctica de la “inconstitucionalidad” es el tema que motiva esta breve ponencia. Luego, la “inconstitucionalidad” o “serio quebranto institucional” no son sino recursos retóricos, que esconden la defensa de la vieja Constitución o la conformidad con ella, y sus amarres o camisas de fuerza institucionales o simplemente la política constitucional del bloqueo y del falso consenso constitucional, amarres que engloban antiguos enclaves autoritarios supervivientes y a fuertes dispositivos contramayoritarios alojados en nuestro orden constitucional.

Con todo, en las democracias pluralistas de tipo occidental se produce de época en época una tensión entre la “soberanía de la Constitución” y la soberanía del pueblo; una de esas épocas corresponden a los momentos constitucionales. Tal tensión dialéctica se produce hoy en otros regímenes políticos en el mundo global. La “primavera árabe” o norafricana que da luz a efímeras o inestables “democracias” son un buen ejemplo de tal tensión, también la más añeja república turca fundada por Ataturk que se revoluciona en sus bases fundacionales o la reacción constitucional que se produce en el contexto europeo con la poscomunista Hungría.

## II. CONTROLES DEL PODER CONSTITUYENTE

La reforma constitucional, parcial o total, y otras figuras relacionadas como la mutación constitucional, ponen a salvo la soberanía de la Constitución, aun cuando prevean mecanismos de participación popular como el referéndum o inclusive la asamblea constituyente. Con todo, puede ocurrir que la soberanía de la Constitución no pueda ser salvada, ya no por sus “guardianes

togados” o guardianes a secas, sino por un proceso constituyente de cambio en que la política (facticidad) puede más que el derecho (normatividad), y en tal caso es la hora de la soberanía popular y del poder constituyente originario democrático o es la hora de las autocracias, que abarcan una variopinta gama de regímenes desde los autoritarios hasta los totalitarios pasando por todo tipo de cesarismos y populismos. En este orden de ideas, Pedro de Vega nos dice:

El conflicto, sin embargo, entre soberanía popular y la soberanía de la Constitución estallará inevitablemente desde el momento en que respondiendo a exigencias y requerimientos de la realidad y de la historia se hace necesario introducir modificaciones en la legalidad fundamental.<sup>1</sup>

Como hemos sostenido en otro lugar, el proceso constituyente en nuestro país está ligado a una operación constituyente abierta a dos caminos de cambio constitucional genético de una nueva Constitución: la reforma total de la vieja Constitución o poder constituyente derivado en el marco del capítulo XV de la Constitución o bien el poder constituyente originario ejercido a través de la asamblea constituyente, congreso constituyente y/o el referéndum constituyente, y vehiculado por los poderes instituidos a través de actos estatales. O lo que es lo mismo, frente al nudo gordiano del capítulo XV de la Constitución y la política constitucional del bloqueo de poder, lo que queda es desatar o cortar el nudo. De lo contrario estamos expuestos a un ejercicio inútil de reformar una Constitución sometida a bloqueo, en que lo enmendable lo define quien tiene en sus manos el dispositivo de bloqueo. Tal diseño asimétrico de poder, no permite construir una política democrática y constitucional basada en auténticos consensos y disensos, solo permite un falso consenso y reformas a cuenta gotas que en nuestro país superan las 30 leyes promulgatorias desde 1989.<sup>2</sup>

En cuanto al poder constituyente derivado la vieja Constitución de 1980/2005 fija las reglas de competencia a que debe someterse, descansaría esta potestad en el dogma de la soberanía de la Constitución. Y en cuanto a los controles imperantes, se imponen toda la panoplia de controles del

<sup>1</sup> Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 20. También un abordaje sistemático en nuestra lengua y clásico de Posada, Adolfo, *La reforma constitucional*, Madrid, Victoriano Suárez, 1931, pp. 254.

<sup>2</sup> Zúñiga Urbina, Francisco, “Nueva Constitución y operación constituyente. Algunas notas acerca de la reforma constitucional y de la asamblea constituyente”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 11, núm. 1, 2013, pp. 511-540.

Estado de derecho: controles sociales, políticos y naturalmente los de juridicidad. Nos interesa un tipo de control: el control jurídico en sentido lato, en especial el control de constitucionalidad y el control de legalidad.

El control de constitucionalidad de actos estatales descansa en una taxonomía de infracciones posibles a las normas iusfundamentales, que en términos simples puede ser enunciada como una triada de vicios o infracciones de reglas: vicios de inconstitucionalidad material o de fondo, vicios de inconstitucionalidad formal y vicios de inconstitucionalidad competencial; taxonomía que descansa en el contenido de las normas iusfundamentales con un lejano eco en la clásica distinción entre la parte dogmática y la orgánica de la Constitución de Giner y Calderón, y que Posada universalizó en nuestra lengua. En cambio, el control de legalidad es eminentemente *ratione materiae* y formal, y descansa en los elementos basales siguientes: órganos e investidura, competencia, procedimiento y acto estatal que se proyectan en planos materiales o funcionales, territoriales, personales y temporales.

El control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional, de naturaleza o tipo abstracto, de oportunidad preventivo y de activación facultativo en los términos del núm. 3 del artículo 93 de la Constitución, se limita en el control de legitimidad constitucional del proyecto de reforma a la inconstitucionalidad fundada en vicios de forma; es decir, concierne a infracciones de las reglas iusfundamentales de competencia procedural (*iter* procedural, quórum reforzado ordinario o extraordinario) para el ejercicio de la potestad constituyente derivada. Este control de constitucionalidad formal recae en proyectos de reforma constitucional y no en la ley promulgatoria de la reforma, la cual no es objeto de control de constitucionalidad represivo vía acción de inaplicabilidad-cuestión de inconstitucionalidad. En este sentido no cabe confusión entre la posición jerárquica suprema de la reforma constitucional y la posición jerárquica de su instrumento promulgatorio: la ley. Tal confusión sería equivalente a la que se produciría de no distinguir entre la ley y el decreto promulgatorio de la misma.

Circunscribir el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional abstracto, preventivo y facultativo de la reforma constitucional a los vicios de forma, se ajusta a su conformación iusfundamental, ya que la potestad de reforma constitucional del capítulo XV de la Constitución carece de límites, a saber: límites temporales, límites materiales efectivos y la competencia normativa de la potestad constituyente no posee un dominio normativo iusfundamental predeterminado. No nos haremos cargo de la argumentación clásica acerca de la autorreferencia de Merkl y Ross (posibilidad de reformar las normas de reforma), una exquisitez dogmática que no viene a cuento, y que en manos de un jurista “experto” puede servir para

hacer logomaquia jurídica.<sup>3</sup> Por otra parte, no tiene cabida en un nuestro ordenamiento postular “normas constitucionales inconstitucionales”, como si hubiere un derecho supraconstitucional limitativo de la reforma constitucional, más allá del lastre neousnaturalista de la doctrina clásica de Bachoff que al término de la Segunda Guerra Mundial tanto predicamento adquiere en la República Federal de Alemania y en Europa, y que contemporáneamente en las últimas dos décadas en nuestra América adquieran redoblado vigor en manos del neoconstitucionalismo.<sup>4</sup>

Análoga caracterización merece el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional de tipo o naturaleza abstracto, de oportunidad reprobatorio y de activación facultativo de un decreto con fuerza de ley o decreto que fije texto refundido, coordinado y sistematizado de la Carta según lo dispone el núm. 4 del artículo 93 de la Constitución; en la medida que la jurisprudencia administrativa entiende que se trata en esos casos no de decretales sino de decretos con fuerza de ley (dictámenes CGR 25967/1987, 15308/1990, 6396/1993).

Se sitúa así el control de constitucionalidad de la reforma constitucional (resultado del ejercicio del poder constituyente derivado) en línea con los controles concernientes a las fuentes formales del derecho pertenecientes a un sistema.<sup>5</sup> Esto significa que el control de constitucionalidad es un dispositivo de garantía del derecho de la Constitución y de los principios de constitucionalidad de supremacía, valor normativo y eficacia normativa de éste, con referencia a un sistema normativo, y en tal medida al asegurar su integridad.

<sup>3</sup> Zúñiga Urbina, Francisco, “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, 2006, pp. 415-434. En contra Nogueira Alcalá, Humberto, “Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile”, *Revista Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, 2006, pp. 435-455. También en nuestro medio una síntesis del debate en Henríquez Viñas, Miriam, “El control de constitucionalidad de la reforma constitucional de la reforma constitucional en el ordenamiento constitucional chileno”, *Anuario de Derecho Público*, 2011, pp. 461-477. Un tratamiento contemporáneo, comparatista y sólido en Ferreyra, Raúl Gustavo, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judicabilidad de la enmienda*, Buenos Aires, Ediar, 2007, pp. 486-493, 552-560. Sobre el problema de la autorreferencia es obligado citar a Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 2001.

<sup>4</sup> Bachoff, Otto, *Normas constitucionales inconstitucionales*, trad. de L. Álvarez A., Lima, Palestra, 2008.

<sup>5</sup> Henríquez Viñas, Miriam, *Las fuentes formales del derecho*, Santiago, Legalpublishing, 2009, pp. 35-37, y Cordero, Eduardo y Aldunate, Eduardo, *Estudios sobre el sistema de fuentes en el derecho chileno*, Santiago, Legalpublishing-Thomson Reuters, 2013, pp. 35-57.

dad está asegurando un encadenamiento de validez de la producción de normas. En ese circuito en Chile la reforma constitucional solo tiene resguardos de forma en su producción (límites formales).

Por otra parte, el control de legalidad de la Contraloría General de la República está circunscrito al eventual decreto que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República, y en relación con la reforma constitucional misma contenida en una ley promulgatoria corresponde la anotación de la ley, que en rigor no es un control jurídico.<sup>6</sup> El control de juridicidad vía toma de razón del decreto que fije el texto refundido, coordinado y sistematizado (DFL), se verifica en el marco de la habilitación constitucional dada al presidente de la República para su dictación, lo mismo que el alcance que posea una eventual representación por inconstitucional del decreto por el contralor general de la República (incisos 2o. y 3o. del artículo 98 de la Constitución).

A título ejemplar este control se produjo en un tiempo de profunda crisis político-institucional, con texto y contexto diverso al actual, en relación con el decreto promulgatorio parcial de la reforma constitucional del 15 de mayo de 1973 en materia de “áreas de la economía”, la Contraloría General de la República mediante oficio del 2 de julio de 1973 representó y devolvió al presidente de la República tal decretal haciendo presente su “ilegitimidad”; a lo que se agrega la sentencia que declara la incompetencia en relación con el conflicto constitucional, decidida en voto dividido por el Tribunal Constitucional de la época frente al requerimiento del jefe de Estado (STC rol núm. 15 de 30 de mayo de 1973).

Sin embargo, el ejercicio del poder constituyente originario a través de procedimientos democráticos tales como la asamblea constituyente, congreso constituyente y el referéndum constituyente, escapa a la “competencia de la competencia”, se somete a una “legalidad”, “legalidad constitucional” o juridicidad *in fieri*, contando incluso en ocasiones con eslabones con el orden constitucional que fenece o sus poderes constituidos, pero al estar

<sup>6</sup> La “Constitución” de 1980 es aprobado por la Junta de Gobierno en ejercicio de la potestad constituyente a través del DL núm. 3.464, de 1980, sometida a ratificación pseudoplebiscitaria y promulgada por decreto núm. 1.150, del 21 de octubre de 1980, de Interior, y la Constitución de 1980/2005 tiene su texto refundido, coordinado y sistematizado en el Decreto núm. 100, del 17 de septiembre de 2005, de Segpres, que el organismo contralor calificó de DFL en la toma de razón de la decretal dictada en habilitación del artículo 2o. de la Ley núm. 20.050 promulgatoria de la reforma constitucional. Sobre este punto es ilustrativo trabajo de Carmona, Carlos, “Los textos refundidos, coordinados y sistematizados”, en Zúñiga Urbina, Francisco (coord.), *Reforma constitucional*, Santiago, Lexis Nexis, 2005, pp. 771-810.

fuerza de las reglas de competencia de la Constitución, su ejercicio solo se somete a los controles sociales y políticos imperantes, y no a los controles de juridicidad. En concordancia parcial con nuestro planteamiento, Nogueira Alcalá señala: “La actuación del poder constituyente originario no tiene parámetros jurídicos a través de los cuales pueda ser controlado...”. El poder constituyente es un “poder político extralegal”, actúa antes de la legalidad que pretende fundar y es el origen de la “Constitución normativa”.<sup>7</sup> Luego, más allá del análisis del ordenamiento jurídico y su modo de producción normativa o de recepción normativa, del derecho anterior, la legalidad-constitucionalidad del ejercicio del poder constituyente originario (órganos e investidura, competencias, procedimientos y actos o decisiones estatales) se construye en el proceso mismo, y lo propio ocurre con sus controles.

Lo anterior, hace muy difícil abordar desde la teoría de la Constitución y su arsenal de conceptos, taxonomías y esquemas (e ideologías subyacentes), períodos transicionales, revolucionarios o simplemente de cambio; ámbitos que usualmente son abordados por la ciencia política. La contraposición facticidad-normatividad nos recuerda las miserias del método jurídico-formal. Tales miserias son o pueden ser para los juristas una fuente de permanentes insatisfacciones, pero es un cable a tierra, que nos pone a salvo del sincretismo metodológico, del sociologismo y del enciclopedismo, y nos sitúa en la realidad (positividad). El conocimiento científico normal de la ciencia del derecho posee una perspectiva modesta acerca del tipo de conocimiento producido, el que permite comprender, acumular, ordenar y someter a crítica el objeto disciplinario: el derecho positivo. En la política y los procesos políticos, la ciencia política y la sociología tienen la palabra, e invitan a la colaboración disciplinaria.

Esta última conclusión acerca de la relación facticidad-normatividad, centrará nuestra reflexión a continuación de este trabajo. No abordaremos el proceloso tema de una teoría jurídica de las revoluciones, el repetido debate acerca de si es hecho o fenómeno jurídico, el de un supuesto “derecho a la revolución” o el archirrepetido tema de los gobiernos de facto relevantes para la continuidad del Estado, reconocimiento y responsabilidad estatal.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Nogueira A., Humberto, *op. cit.*, pp. 547. En el mismo sentido Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2011, pp. 95 y 96.

<sup>8</sup> André-Vincent, Philippe Ignace, *Les Révolutions et le Droit*, París, PUF, 1974. Una obra clásica de Burdeau, Georges, *Traité de Science Politique*, t. III “Le Statut du Pouvoir dans l’Etat”, París, LGDJ, 1950, pp. 522-595. También Herrfahrdt, Heinrich, *Revolución y ciencia del derecho. Investigación acerca del alcance jurídico de los procesos revolucionarios y su sig-*

### III. DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSITORIO. EL *MISSING LINK* ENTRE NORMATIVIDAD Y FACTICIDAD

A riesgo de repetir, con afanes simplemente sistemáticos descriptivos, la operación constituyente comprende tanto desatar como cortar el nudo gordiano de las reglas acerca de la “competencia de la competencia”, y no se cierra a la sola opción de una reforma total de la Constitución; está abierta, agotada o fracasada, ya fuere la fórmula de reforma constitucional, a recurrir al poder constituyente originario expresado proceduralmente en un medio o mecanismo democrático (asamblea constituyente, referéndum constituyente y/o congreso constituyente). En efecto, la operación constituyente comprende el fin y los medios, el fin: una nueva Constitución, y los medios: una reforma constitucional total, que englobe las pendientes reformas de primera generación y las reformas de segunda generación, lo que es posible, ya que el capítulo XV de la Constitución vigente admite la reforma parcial y total, sin límites materiales, temporales o competenciales, o bien una nueva carta obtenida mediante el recurso al poder constituyente originario democrático.

La operación constituyente permite hacer frente al problema constituyente, sometido a un permanente bloqueo derivado de la rigidez o hiperrigidez de la Constitución vigente. Paradójicamente tal bloqueo, efectivizado a través de quórum reforzados ordinario (3/5 de diputados y senadores en ejercicio) y extraordinario (2/3 de diputados y senadores en ejercicio si la reforma recayere en los capítulos I, III, VIII, XI, XII y XV), fue el “alto precio” a pagar para hacer posible la necesaria primera reforma constitucional (1989) del ciclo reformista y que facilitó iniciar institucionalmente la transición. Un elocuente y muy reciente ejemplo del bloqueo, es la suerte corrida por la inédita iniciativa reformista surgida en el Senado durante el año 2011 de una Comisión Bicameral (aprobada el 4 de enero de 2012 por la cámara alta y sin respuesta en la cámara baja), iniciativa ideada en la senda de desatar el nudo gordiano, iniciativa que ya fracasó o en el mejor de los casos se encuentra en el congelador.

Tal bloqueo se proyecta a las leyes de “super-mayorías” (leyes interpretativas, leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado) que, fundadas en un principio de competencia o distribución de materias de dominio legal, introducen una anómala superlegalidad de espuria naturaleza

*nificación práctica para la teoría del derecho*, trad. de A. Polo, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1932.

y funcional a la proyección del régimen autoritario y a la protección de las minorías en razón de una herencia autoritaria en lo político y neoliberal en lo económico. Huelga agregar que buena parte de esa legislación de “supermayorías” fue dictada bajo el régimen autoritario, es decir decretos leyes que adoptan el nomen iuris de leyes. Otro elocuente ejemplo del precio a pagar en esta lógica del bloqueo, por reformas a la Constitución como la de 2005 promulgada por la Ley N° 20.050, es el quórum reforzado que obtuvo la legislación orgánico constitucional electoral soportante de la fórmula “binominal” empírica imperante para elecciones políticas parlamentarias (Disposición Transitoria 13).

De esta manera, la operación constituyente se niega a ser prisionera del bloqueo y del chantaje constitucional posibilitado por los quórum reforzados que le entregan la llave de la reforma a una minoría que posea un tercio más uno (o dos quintas más uno, según el caso en razón de los capítulos de la Carta) de los votos de diputados o senadores en ejercicio, según las previsiones del capítulo XV de la Constitución, que la hace hiper rígida, bloqueo de quienes defienden la Constitución como un parapeto o seguro contramayoritario de un modelo de organización política, social y económica con signos ideológicos autoritarios en lo político y neoliberales en lo económico.<sup>9</sup>

Este bloqueo no nace de una Constitución hiper-rígida surgida del pacto o de un procedimiento democrático para ser una garantía cautelar de la estabilidad normativa iusfundamental, sino es herencia de la Constitución de 1980 autoritaria en lo político, neoliberal en lo económico y otorgada, en suma un decreto ley iusfundamental (DL N° 3464, de 1980), que solo posee de Constitución el *nomen iuris*; para así prolongar en el tiempo la decisión constituyente de un régimen que refundó el capitalismo sobre nuevas bases. En esta perspectiva ya la primera reforma constitucional de 1989 promulgada mediante la Ley núm. 18.825, necesaria para abrir la transición, tuvo un altísimo “precio”, vino a consolidar los cerrojos al hacer más extendidos y exigentes el quórum extraordinario de reforma, aunque simplificando el *iter* al eliminar el doble Congreso, y vino a perfeccionar los quórum de leyes de supermayorías.

Lo anteriormente expuesto obliga a abrirse a un proceso constituyente, que hemos dicho en otro lugar, se desencadena desatando o cortando el

<sup>9</sup> Bryce, James, *Constituciones rígidas y constituciones flexibles*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988. Una perspectiva crítica de la tradicional de Bryce en los trabajos de Pace, Alessandro y Varela, Joaquín, *La rigidez de las constituciones escritas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995. En cuanto al origen otorgado y autoritario de la Constitución: Cumplido, Francisco y Nogueira, Humberto, *Teoría de la Constitución*, Santiago, FCE, 1986.

nudo gordiano de la Constitución; contenido en el capítulo XV de reforma de la Constitución; el proceso constituyente se acopla así a las reglas denominadas “competencia de la competencia” o en su defecto las reemplaza; porque ciertamente “... fuera de la Constitución no subsiste sino el hecho” (Carré de Malberg); pero su conversión en juridicidad es resultante de un proceso. El dualismo norma-hecho es basal en el entendimiento de la Constitución y el orden político, ya que como bien observa de Otto: “Lo único que la Constitución establece es un orden jurídico, un conjunto de normas que regulan el orden político real. Pero no establece un orden político, sino que éste en su forma concreta, es establecido por un conjunto de factores más amplio que la Constitución”.<sup>10</sup>

El poder constituyente originario del pueblo o cuerpo electoral en un sistema político democrático, fuente y medida de legitimidad de sus instituciones (principio democrático), se vehiculiza en la adopción de decisiones fruto de una potestad-función constituyentes que plasman en una Constitución formal, y tal instrumento de gobierno encuentra en la asamblea constituyente, referéndum constituyente y/o congreso constituyente, una panoplia de técnicas o mecanismos insertos en procedimientos democráticos o “populares” que incluso admiten ser usados en cuanto técnicas combinadamente.

La superioridad de la Constitución formal, no solo es fruto de una concepción sistemática del derecho y sus fuentes (Kelsen, Merkl) incardinada en el principio de jerarquía normativa, sino que también de la “magnitud política” de un poder constituyente (*pouvoir constituant*) que empalma con la fuerza y la legitimación (Böckenförde).<sup>11</sup> Las técnicas o mecanismos reseñados están insertas en procedimientos democráticos de ejercicio del poder constituyente coadyuvantes de su fuerza y legitimación; configurándose como técnicas estándares de génesis de una nueva Constitución democrática.

<sup>10</sup> Zúñiga Urbina, Francisco, “Constitución del Bicentenario (Chile). Reforma constitucional y operación constituyente”, *Revista de Derecho Político*, núm. 66, 2006, pp. 397-474; Otto y Pardo, Ignacio de, “Qué son la Constitución y el proceso constituyente”, *Obras completas*, Madrid, Universidad de Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 402; Carre de Malberg, Raymond, *Teoría general del Estado*, trad. de J. Lion Depetre, México, FCE, 1948, p. 1175.

<sup>11</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, 7a. ed., México, Porrúa, 1993, pp. 232-235; Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de L. Legaz y Lacambra, 15a. ed., México, Editora Nacional, 1979, pp. 325-332; Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. y prólogo de Rafael Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.

Tales procedimientos democráticos plantean como problema la medida en que el recurso al poder constituyente originario, es pura facticidad o es “juridicidad”, o lo que es lo mismo la discontinuidad-continuidad de órdenes constitucionales que se suceden temporalmente en el ámbito estatal. Nos enfrentamos a un complejo y paradójico “missing link” entre normatividad y facticidad, y también al más contradictorio intento de encontrar límites supra y/o prepositivos al poder constituyentes, obra no solo de delirantes partidarios de las doctrinas tradicionales del derecho natural sino también de los contemporáneos neoconstitucionalistas.

Tal continuidad-discontinuidad tiene una dimensión histórica. Relacionado con lo expuesto, Biscaretti Di Ruffia se refiere a los procedimientos de formación de las constituciones y su conexión con el “anterior ordenamiento constitucional”, distinguiendo entre procedimientos “jurídicos” y de “hecho”.

La distinción antes anotada entre procedimientos “jurídicos” y de “hecho” es esencialmente lábil y paradójica. Lábil porque en la génesis de una nueva Constitución, más aún si es producto de un poder constituyente originario, habrá “primigeniedad” o facticidad y su innegable fuerza normativa tiene magnitudes diversas según cada realidad histórica. Tal labilidad puede ser fruto de la imposición cuando la Constitución tiene un origen externo, como ocurre con las potencias ocupantes después de una guerra (Vergottini): como son los casos de la Constitución imperial de Japón o de la Ley Fundamental de Bonn. Paradójica es también la distinción entre procedimientos “jurídicos” y de “hecho”, pues en muchas situaciones históricas de cambio constitucional pacífico o transicional se establece un eslabón o vínculo entre el orden constitucional que fenece y el que nace, como en la Italia de posguerra se sostiene en tono burlón es un “decreto real”, o un conjunto de decreto leyes que marcan el paso de una terminal monarquía del Estatuto Albertino a una república imbuida de los ideales del antifascismo, en Francia de postguerra es la Ley de 2 de noviembre de 1945 que abre paso a la IV república; en España la última Ley Fundamental (Octava) del régimen franquista (Lucas Verdú), en Portugal de la revolución de los claveles (1974-1976) los acuerdos entre el Movimiento de las Fuerzas Armadas y los partidos que cristalizan en actos constitucionales provisionales. Todos los casos singularizados son ejemplos de lo que se denomina un “procedimiento constituyente provisional” (Vergottini), un “periodo provisional” (Otto) o un “derecho constitucional transitorio” (Satrústegui).<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Linares Quintana, Segundo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1988; Lowenstein, Karl, *Teoría de la*

Otra fuente de ejemplos del más reciente derecho constitucional comparado, algo desconocida en nuestro medio, fueron los cambios constitucionales acaecidos en Europa Oriental y en la ex Unión Soviética (Biscaretti di Ruffia, Vergottini, Oehling, entre otros), después de la caída del Muro de Berlín en 1989, y las peculiares características transicionales de esos países, así como el influjo del parlamentarismo racionalizado germano en dichos procesos constituyentes a la hora de implantar nuevos regímenes políticos.

Pero tal conexión de órdenes constitucionales que se suceden en el tiempo, vía un “derecho constitucional transitorio” no es necesaria, y pende del proceso político real; y subyace a ella la exigencia política, ideológica y cultural de dar apariencia de “juridicidad” o “legitimidad” al cambio constitucional, exigencia de la que se hace eco la dogmática constitucional y los juristas “expertos”.

El “derecho constitucional transitorio” sirve de nexo entre dos órdenes constitucionales que se suceden temporalmente, uno fenece y otro nace, permitiendo así cubrir con un manto de “legitimidad” o “juridicidad” al nexo con el pasado, a la evidente, notoria y necesaria facticidad del recurso al poder constituyente originario. El derecho constitucional transitorio opera como un verdadero asilo o refugio de los defensores de la “juridicidad” en la medida que descansa en un nexo real o ficticio de órdenes constitucionales, en un proceso constituyente de cambio.

Posee el derecho constitucional transitorio una seductora apariencia de “realidad” o “seguridad jurídica” al conectar la sucesión de órdenes constitucionales en el tiempo, en que el nexo con el pasado brinda ese manto de “legitimidad” o “juridicidad”, tan caro al estamento letrado (juristas, jueces, abogados), a las élites y a los “políticos”.

El “derecho constitucional transitorio” mantiene a los juristas en el cielo de las ficciones, cuyo superlativo ejemplar es el ejercicio argumentativo de encontrar la fuente o pauta de “juridicidad” en el contexto interamericano, que consagraría un “derecho a la democracia” y estipulaciones o cláusulas que fijan un parámetro democrático continental al ejercicio del poder constituyente democrático, como podrían ser los artículos 1o., 2o. y 6o. de la Carta Democrática Interamericana de OEA que ponen en el centro de la democracia y el Estado de Derecho la participación del pueblo soberano. Por ello

*Constitución*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1982, pp. 160 y 161; Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, FCE, 1979, en especial pp. 310-318; Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Espasa Calpe, 1981, pp. 144-157; Lucas Verdú, Pablo, *La Octava Ley Fundamental. Crítica Jurídico-Política de la Reforma de Suárez*, Madrid, Tecnos, 1976; Satrustegui, Miguel, *El derecho constitucional transitorio*, Flacso, 1984, pp. 33.

sostenemos que se produce una verdadera paradoja al enfrentarnos a la facticidad. Otra expresión, por vía ejemplar, de ese cielo de las ficciones es admitir que una nueva Constitución solo puede emerger de una asamblea constituyente, cuando una reforma constitucional la establezca para así no subvertir el “orden institucional”.<sup>13</sup>

La seductora apariencia del derecho constitucional transitorio, no podrá ocultar en muchas casos la ocurrencia de una revolución, concepto amplio e incoloro añadimos, que “... abarca también el golpe de Estado, es toda modificación no legítima de la constitución —es decir no efectuada conforme a las disposiciones constitucionales— o su reemplazo por otra” (Kelsen). En la situación revolucionaria, es el principio de efectividad (hechos) el determinante, así si se impone una nueva Constitución se inaugura un nuevo sistema de reglas acerca de la producción del derecho, montada sobre una Grundnorm. Pero, si en cambio, se fracasa en la imposición de una Nueva Constitución los autores del fracaso se hacen reos de traición u otro delito concerniente a la defensa penal del Estado y de su Constitución. Así, verbi gratia el mal denominado golpe de Estado de 11 de septiembre de 1973 (revolución en los términos amplios e incoloros de Kelsen), de haber fracasado habría hecho reos de “sedición” al tenor del artículo 4o. de la Constitución de 1925, a los “conjurados”, en cambio el éxito de la revolución los convierte en autoproclamados “salvadores de la patria” y a la “sedición” una “gesta heroica” denominada “nueva independencia nacional”, cuando no aderezada de “nueva cruzada por los valores del Occidente cristiano”.

Lo que ocurre es simple, en un plano de legalidad, la diferenciación entre gobernantes y una banda criminal en un Estado, va a depender de una revolución, de la sustitución de órdenes y su norma hipotética fundamental, de un “cambio de juicio de validez”, en que el principio de validez y de legitimidad de un sistema jurídico depende del principio de eficacia, puesto que el cumplimiento u obligatoriedad de las normas de un sistema, se da en un proceso de reconocimiento de su normatividad, y no necesaria o directamente de la pura fuerza.

Luego, de la paradoja de enfrentarnos a la facticidad, la doctrina constitucional contemporánea nos propone la distinción entre procedimientos “jurídicos” y de “hecho”; procedimientos que conectan o desconectan un orden constitucional con otro orden en el ámbito de un mismo Estado. Solo nos resta afirmar, para no pecar de excesivo escepticismo o criticismo con la doctrina, que tal paradoja que tensiona facticidad-juridicidad va a depender del proceso político real inserto en la historia de cada país.

<sup>13</sup> Consultar un breve trabajo de Quintana, Augusto, “Una Constitución para el siglo XXI”, *Sociedad*, noviembre de 2012, pp. 552-555.

Sin embargo, postular la necesaria conexión entre órdenes constitucionales, que suceden en el tiempo, para salvar su juridicidad, es un verdadero sofisma en la medida que cada ordenamiento jurídico estatal tiene una *Grundnorm* o basamento de validez hipotética que arranca de la primigeniedad o facticidad. La *Grundnorm* confiere fundamento y un soporte epistemológico al encadenamiento de validez del ordenamiento jurídico que tiene su base en la Constitución jurídico-positiva, sea formal o material. La norma hipotética fundamental, en la medida que es una “norma” presupuesta (lógico trascendental) estatuye que debemos comportarnos de acuerdo con la Constitución, que ha sido efectivamente generada o impuesta y que es eficaz en términos generales.

Por ello sostenemos que la conexión entre órdenes constitucionales, para revestir de “juridicidad” al ejercicio del poder constituyente originario, es simplemente un recurso a las ficciones “para hacer creer” (Ross), “como si” (Pérez Serrano) o el tributo que se rinde desde el “cielo de los conceptos jurídicos” (Ihering);<sup>14</sup> recurso utilísimo a las ficciones en la ciencia jurídica, que no alcanza a ocultar la desvinculación con la realidad o simplemente con la historia. A la propensión a las ficciones, podríamos advertir con Bentham: “De ninguna manera la sombra de la muralla es una muralla, una ficción no prueba nada, de algo que es falso sólo se puede pasar a algo que también es falso”.

En este cuadro la conexión de la Constitución jurídico-positiva en su expresión formal con el principio democrático es el desafío del Estado democrático y su régimen político, y por cierto es el camino de una operación constituyente abierta al poder constituyente derivado o al poder constituyente originario democrático. Este es también el desafío de una teoría de la Constitución asentada en las coordenadas de un normativismo crítico.

Una cuestión implicada en la sucesión temporal de ordenamientos jurídicos, es la de la continuidad de parte del viejo ordenamiento, cuando se produce interrupción en la continuidad, como la “revolución”, en la que no se da una completa solución de continuidad. Bobbio señala en este punto:

<sup>14</sup> Ihering, Rodolfo, *Jurisprudencia en broma y en serio*, trad. de Román Riaza, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933; Friedrich, Carl J., 1946, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática (en Europa y América)*, trad. de V. Herrero, México, FCE, pp. 134-156; Bentham, Jeremy, *Teoría de las ficciones*, trad. de H. Goicoechea, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 168; Kelsen et al., *Ficciones jurídicas*, México, Fontamara, 2006; Pérez Serrano, Nicolás, “Las ficciones en el derecho constitucional”, *Escritos de derecho político*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1984, pp. 317-372.

Es un hecho que, generalmente, parte del viejo ordenamiento traspasa al nuevo, y a veces no se modifican sino principios fundamentales referentes a la Constitución del Estado. ¿Cómo explicar este traspaso?. La mejor forma de hacerlo es recurriendo a la figura, ya bastante explicada de la recepción. En el nuevo ordenamiento tiene lugar una verdadera y propia recepción de buena parte del viejo; y se entienden generalmente como receptadas todas aquellas normas que no son explícita o implícitamente abrogadas. El nuevo ordenamiento no se resquebraja por el hecho de estar constituido en parte por normas del viejo ordenamiento: las normas comunes al viejo y al nuevo ordenamiento pertenecen sólo materialmente al primero, pues formalmente son todas normas del nuevo ordenamiento en el sentido que éstas son válidas no ya con base en la norma fundamental del ordenamiento anterior, sino con base en la norma fundamental del nuevo ordenamiento. En este sentido hablamos de recepción, y no pura y simplemente de permanencia de lo viejo en lo nuevo. La recepción es un acto jurídico con el cual un ordenamiento acoge y hace suyas normas de otro ordenamiento, de donde estas normas permanecen materialmente iguales, pero dejan de serlo en cuanto a la forma.<sup>15</sup>

#### IV. CONTROL DE JURIDICIDAD POSIBLE

Lo anteriormente expuesto viene a significar en términos simples y muy sumariamente que el poder constituyente originario carece de controles de juridicidad propios de poderes constituidos del Estado sometidos a un sistema jurídico. Esta afirmación puede resultar una obviedad a la luz de la doctrina de la soberanía y del principio democrático, así por lo demás lo entiende la doctrina clásica de Sígyés en su exposición ante el Comité de Constitución de la Asamblea Nacional del 20 de julio de 1789: “El poder constituyente todo lo puede... no se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución... Por ello, para ejercer su función, ha de verse libre de toda forma y todo control, salvo los que él mismo le pudiera adoptar”.

El poder constituyente es soberano, prejurídico, es ejercido sobre *tabula rasa*. Nos recuerda Linares Quintana argumentando, pero sin ser coherente, en línea con Schmitt y Recaséns Siches:

El poder constituyente originario es ilimitado, en cuanto el pueblo, al constituirse originariamente en Estado y darse las bases de su ordenamiento jurídico, no se encuentra condicionado por limitación alguna de orden positivo, por lo

<sup>15</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, trad. E. Rozo A., Madrid, Debate, 1991, pp. 264 y 265.

que posee una amplia y discrecional potestad para elegir el régimen político que estime más adecuado y para reglar la organización y el funcionamiento del gobierno, así como las relaciones entre éste y los habitantes.

Observa Schmitt que el poder constituyente no es constituido en una Constitución, tiene con la Constitución vigente un nexo de poder fundador, es un poder “unitario e indivisible”, es la base de todos los poderes.<sup>16</sup> En cuanto a su ejercicio, se orienta en una tradición puritana de participación de la comunidad (pacto de gracia que deviene en pacto político o covenants) en que la soberanía no puede ser objeto de representación o delegación, o en una tradición democrático representativa, y allí emergen los institutos o mecanismos del referéndum constituyente y de la asamblea constituyente o congreso constituyente. El fruto del ejercicio del poder constituyente es la Constitución, que invisibiliza a la soberanía popular; instaurando una regla básica de competencia de clausura al permitir la reforma constitucional.

En cambio, el poder constituyente derivado es constituido (órganos, competencia, procedimiento y actos o decisiones estatales) por la Constitución; los límites y controles (sociales, políticos y en especial jurídicos) están fijados en el ordenamiento jurídico y operan como dispositivos de defensa de éste. La Constitución como subsistema normativo tiende a la estabilidad normativa y permanencia temporal, para lo cual los principios de constitucionalidad (supremacía, valor normativo y eficacia normativa) afirman su propia sustantividad y supraordenación en los sistemas normativos, y la rigidez constitucional le confieren protección y posibilidad de adaptación a la cambiante realidad; al igual que un sistema de garantías procesales (la jurisdicción constitucional) le aseguran su imperio. La técnica de la reforma total emerge junto a la reforma parcial, como una necesaria válvula de escape frente al agotamiento de un orden constitucional, y por ende, no merece crítica teórica, pero “su valor práctico puede ser pequeño” (Loewenstein); advirtiéndose que en situaciones críticas o rupturistas puede producirse una “transformación radical”.<sup>17</sup>

La observación crítica que es menester hacer a la técnica de la reforma constitucional, total y parcial prevista en el capítulo XV de la Constitución vigente, es su déficit democrático, ya que la hipótesis de plebiscito o referéndum del inciso cuarto del artículo 128 en la que el pueblo se pronuncia

<sup>16</sup> Linares Quintana, S., *op. cit.*, t. III, p. 215; Schmitt, Carl, *La dictadura*, trad. de José Díaz García, Madrid, Alianza, 1985, pp. 182-189; *id.*, *Teoría de la Constitución*, presentación y trad. de F. Ayala, Madrid, Alianza, 1982, pp. 94 y 95.

<sup>17</sup> Loewenstein, K., *op. cit.*, p. 185.

acerca del desacuerdo de los órganos del constituyente derivado (veto total o parcial del presidente de la República rechazado por la cámaras y con insistencia de los tercios de sus miembros en ejercicio en el texto aprobado por éstas), es una hipótesis de laboratorio. Así este déficit democrático, no guarda relación con el Congreso Nacional como estructura orgánica democrática representativa, sino con la prácticamente nula participación popular. La exclusión del sujeto de la soberanía popular del poder constituyente derivado, impide que la técnica de la reforma constitucional contribuya a la educación y a la integración políticas (Loewenstein); alejando así la formación de un “sentimiento constitucional” (Loewenstein) o de un “patriotismo constitucional” (Habermas).

Luego, el déficit democrático popular de la técnica o procedimiento de reforma constitucional, sí es proyección del régimen autoritario como un amarre o camisa de fuerza impeditiva del sujeto pueblo como árbitro efectivo de las diferencias de los poderes constituidos de la reforma, y que la primera enmienda de 1989 promulgada mediante Ley núm. 18.825 no vino sino a consolidar, en la medida que paradójicamente la potestad “constituyente” residenciada en la Junta de Gobierno de la época sí requería aprobación plebiscitaria (Disposición Transitoria Decimoctava letra A de la Constitución de 1980 o DL núm. 3.464). Solo resta en este punto afirmar con Loewenstein: “Una nación vivirá tan sólo democráticamente cuando le esté permitido comportarse democráticamente”.

Sin embargo, la nueva Constitución fruto de un poder constituyente originario fija las bases de su propia “legalidad” o “constitucionalidad”, con o sin derecho constitucional transitorio, o lo que es lo mismo con o sin contener a los juristas situados en el cielo de los conceptos, sea el cielo de las puras formas o el cielo de la sustantividad naturalista. En el orden interno el poder constituyente es soberano, no pesa sobre él obligación alguna, puede fundar un orden radicalmente nuevo (Eisenmann). Incluso más límites impuestos por un poder constituyente al ejercicio futuro de poderes constituyentes, en rigor no limitan ni pueden limitar de manera definitiva e intangible el mismo poder, ya que no puede existir una regla de derecho jurídicamente inmutable o irreversible, sí puede existir el aseguramiento de su estabilidad, y las limitaciones de naturaleza axiológica son metajurídicas y su suerte final dependerá de la realidad.<sup>18</sup>

Por otra parte, los controles sociales y políticos del poder constituyente originario tendrán la extensión e inserción temporal que el proceso consti-

<sup>18</sup> Eisenmann, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, París, Económica, 1898, pp. 9-11.

tuyente permita y se adecuarán a la realidad del proceso político o de las transiciones.<sup>19</sup> La crisis de legitimidad de los poderes constituidos, le confieren a la opinión pública, a los medios de comunicación social, a las nuevas redes de la carretera de la información y a los movimientos sociales, una episódica relevancia como dispositivos de control social del poder.

## V. ALGUNAS CONCLUSIONES

Para concluir, solo resta volver a los temas abordados sumariamente en este trabajo para diferenciar el alcance de los controles en el ejercicio de la potestad constituyente, y lo que es más complejo aún establecer si el derecho constitucional de transición puede efectivamente, uniendo pasado y futuro, arbitrar mecanismos de control.

En busca de lo obvio, la afirmación acerca de la “inconstitucionalidad” de un proceso constituyente enderezado a una nueva Constitución, por la vía de procedimientos ajenos a la reforma constitucional (como la asamblea constituyente, congreso constituyente y/o referéndum constituyente), es una afirmación que no se sostiene desde el análisis de derecho positivo de los sistemas jurídicos, pues las bases de tal proceso están en la facticidad, en la política. Asimismo, sostener que tal proceso constituyente y tales procedimientos situados en el poder constituyente configurarían un “fraude constitucional” es un error conceptual garrafal al menos empleando el término en su acepción teórico-metodológica disciplinaria consolidada hace más de medio siglo (Burdeau). El “fraude a la Constitución” es toda manipulación de normas constitucionales para producir su reforma o modificación sin sujeción de verdad a los procedimientos establecidos. El concepto fue empleado por G. Liet-Veaux al estudiar la transición o “revoluciones” de Alemania (república de Weimar y su Constitución de 1919), Italia (monarquía del Estatuto Albertino de 1848) y Francia (III República y sus leyes constitucionales), de repúblicas o monarquías parlamentarias a regímenes totalitarios, en que utilizándose la legalidad y la Constitución se instauran nuevos regímenes políticos; mediante el mecanismo de leyes o decisiones de excepción, como el archiconocido artículo 48 de la Constitución de Weimar. El elemento común del “fraude a la Constitución” es la destrucción

<sup>19</sup> La clasificación de controles del poder político estatal: sociales, políticos y jurídicos, entendidos como garantías de positividad y validez del derecho, se extraen de Jellinek, George, *Teoría general del Estado*, trad. de F. de los Ríos, Buenos Aires, Albatros, 1970, pp. 591-596.

de la democracia utilizando su legalidad constitucional con “... respeto a las formas para atacar el fondo...” (Liet-Veaux).<sup>20</sup>

En el campo de lo no tan obvio, del estamento letrado y de las élites en gran medida se escribe o escucha, a veces *sotto voce*, que el recurso al poder constituyente originario importaría un “quiebre institucional”, haciendo *tábula rasa* de la relación compleja y dialéctica entre normatividad y facticidad. A quienes preocupa o temen un “quiebre institucional”, les puede cautivar el recurso a las ficciones tan propio del estamento letrado. Ubicuo a las ficciones es la presencia de un derecho constitucional transitorio, la búsqueda de un eslabón entre el orden constitucional que fenece con el orden constitucional que alumbra. En dicha búsqueda se puede incurrir incluso en el peligro de construir figuras gaseosas que asemejan a los “resquicios” constitucionales; que terminan llevando agua al molino de los “guardianes” togados o no togados de un orden constitucional condenado a fenercer.

Por ello sostenemos que sí, en cambio, vale la pena hacerse cargo de esta verdadera paradoja: los juristas expertos habitantes del cielo de los conceptos, como antes decíamos, buscarán una conexión o eslabón entre el orden constitucional que fenece y el orden constitucional que alumbra; eslabón que le dé una apariencia de legitimidad-legalidad al cambio constitucional, como puede ocurrir con la apelación al artículo 5o. de la Constitución vigente o a la conversión de una elección administrativa de concejales en una asamblea del pueblo, para así fundar un referéndum constituyente o una asamblea constituyente. Tal búsqueda del eslabón o conexión tiene un tufillo a “resquicios constitucionales” al devenir en incapaz de entender que subyace al poder constituyente originario una ruptura del fundamento de validez del sistema de normas, ruptura que podríamos denominar con Kelsen con un término amplio e incoloro de “revolución” o con Sánchez Viamonte con un término sugerente: “primigeniedad”, que no es más que facticidad, que en el proceso constituyente construye *in fieri* una legitimidad y una legalidad. Para explicar esa ruptura de fundamento de validez podemos recurrir a la norma fundamental, que establece la obligación de obedecer al poder originario, que es en palabras de Bobbio “... el conjun-

<sup>20</sup> Burdeau, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. de R. Falcón Tello, Madrid, Editora Nacional, 1981, pp. 82-87; Burdeau, *Traité de Science Politique...*, cit., pp. 264-267. Consultar a Liet-Veaux, George, “La fraude á la Constitution”, *Revue de Droit Public et de Science politique en France et l'Etranger*, t. 58, año XLVIII, 1942, pp. 116-150, traducida al español por Sergio Díaz Ricci bajo el título “El ‘fraude a la Constitución’. Ensayo de un análisis jurídico de las recientes revoluciones políticas: Italia, Alemania, Francia”, *Revista Peruana de Derecho Público, Administrativo y Constitucional*, 10, enero-junio de 2005, pp. 11-43.

to de fuerzas políticas que en un determinado momento histórico toman ventaja e instauran un nuevo ordenamiento jurídico”.<sup>21</sup> Luego, el principio democrático hace la diferencia en esta debatida cuestión, al introducir en el soporte de la Constitución jurídico positiva la soberanía popular, y no ya la fuerza desnuda o violencia. En esta conexión radical adquiere pleno sentido el empleo de la distinción clásica entre legitimidad de origen y legitimidad de ejercicio del poder político.

Una paradoja a título puramente episódica, pero ilustrativa por concernir a un régimen ampliamente denostado en nuestro medio por juristas “expertos”, élites y medios de comunicación social, se da en el establecimiento de la V República vía una Constituyente partera de la Constitución de la república bolivariana de Venezuela de 1999; precedida de la investidura de 1998 del extinto presidente Hugo Chávez Frías, que anunciando un nuevo orden constitucional practica su juramento agregando en la fórmula sacramental “... sobre esta moribunda Constitución impulsaré las transformaciones democráticas...”; buscando así un eslabón de conexión entre órdenes constitucionales que se suceden, lo que no termina de ocultar la realidad “revolucionaria” del nuevo orden.

Puestos a comparar el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado, Pedro de Vega resume:

El poder constituyente, como poder soberano, previo y total, podrá en todo momento, claro es, modificar, transformar y destruir, incluso, el ordenamiento constitucional. Pero será en el ejercicio de sus atribuciones soberanas, operando como res facti, non juris... A la inversa, el poder de reforma, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado, lo que quiere decir que la actividad de revisión no puede ser entendida nunca como una actividad soberana y libre. Se concretaría de esta forma la distancia y la separación que media entre la acción legal y la revolución.<sup>22</sup>

En este punto es muy relevante destacar que el proceso constituyente no se desenvuelve en la nada, posee de suyo una conexión institucional. Así a pesar de la facticidad o tosca materia de la política, el proceso constituyente es desenvuelto usualmente por poderes constituidos, los que utilizarán sus potesta-

<sup>21</sup> Usamos un término amplio e inclusivo como el de Kelsen y no asociado a procesos histórico-políticos de cambio más o menos radical como el usado por Burdeau, que supone además un cambio en la “idea de derecho” o el empleado en la historia por Crane Brinton. Consultar de Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, cit., p. 184.

<sup>22</sup> Vega, Pedro de, *op. cit.*, pp. 65

des y actos estatales (la ley y las decretales) para hacer posible el ejercicio de la potestad constituyente, y salvaguardar el carácter de procedimientos democráticos que poseen el referéndum constituyente, la asamblea constituyente y el congreso constituyente. Tal usual injerencia de poderes constituidos le confiere al proceso constituyente una componente de “institucionalidad”, lo que es mentís al vacío o la nada.

En este horizonte cercano emerge con fuerza la necesidad de identificar una operación constituyente, en medio del proceso constituyente, abierta a las opciones del poder constituyente derivado y del poder constituyente originario, es decir, institucional y claramente identificable con un procedimiento democrático genético de una nueva Constitución. En este cuadro la reforma total de la vieja Constitución en cumplimiento de la forma prevista en el capítulo XV de la Constitución vigente es el camino del poder constituyente derivado, o en su defecto la convocatoria a referéndum acerca de la necesidad de una nueva Constitución y de la elección de una asamblea constituyente, a tal efecto es el camino del poder constituyente originario democrático. Así ambos caminos son democráticos, uno democrático representativo y otro democrático participativo o mixto, y ambos caminos son institucionales, ya que responden a procesos políticos ejecutados por decisiones o actos estatales provenientes de poderes constituidos, uno con una legalidad o juridicidad preexistente y el otro con una legalidad o juridicidad *in fieri*.

Los controles jurídicos en el proceso constituyente estarán ligados entonces, en la medida que fueren de recibo, a la legalidad o juridicidad pre establecida para el poder constituyente originario o la legalidad *in fieri* para el poder constituyente originario, y con su propia “institucionalidad” dichos controles recaerán en los actos estatales que correspondan sea que asuman la forma de leyes promulgatorias de la reforma constitucional o de leyes ordinarias y decretos. Los controles jurídicos operan en sistemas normativos, con base en una Constitución material-formal, que fije las reglas de producción de normas en cada sistema. Por ello, la “inconstitucionalidad” o “serio quebranto institucional” del recurso al poder constituyente originario democrático y a los mecanismos de asamblea constituyente y/o referéndum constituyente, es un mero recurso retórico, que a la luz de la teoría constitucional y de la teoría del derecho en general no es de recibo.