

MIGUEL AYUSO
(Editor)

EL PROBLEMA DEL PODER CONSTITUYENTE

Constitución, soberanía
y representación en la época
de las transiciones

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN	13
CONSTITUCIÓN Y PODER CONSTITUYENTE , por <i>Danilo Castellano</i>	15
1. PREMISA.....	15
2. LOS MUCHOS SIGNIFICADOS DE «CONSTITUCIÓN».....	17
3. PROBLEMAS Y APORÍAS DEL «PODER CONSTITUYENTE».....	27
4. BREVES CONCLUSIONES	33
LEY NATURAL, CONTRATO SOCIAL Y PODER CONSTITUYENTE EN EL PENSAMIENTO ANGLOSAJÓN Y FRANCÉS , por <i>Juan Fernando Segovia</i>	35
1. PRESENTACIÓN: DEL PODER CONSTITUYENTE COMO PROBLEMA.....	35
2. EL CONTRACTUALISMO Y LOS ORÍGENES DEL CONSTITUCIONALISMO	37
3. PANORAMA DE LAS IDEOLOGÍAS DE LAS REVOLUCIONES INGLESAS DEL SIGLO XVII. THOMAS HOBBS.....	45
4. LOCKE Y EL CONSTITUCIONALISMO	52
5. LA ELABORACIÓN DE LA IDEOLOGÍA DEL PODER CONSTITUYENTE EN FRANCIA	60
A. MONTESQUIEU y el positivismo jurídico-político	61
B. ROUSSEAU y el contractualismo constitucionalista.....	64
6. SIEYÈS Y LA IDEOLOGÍA DEL PODER CONSTITUYENTE...	68
A. Del estado de naturaleza a la Constitución.....	69
B. Teoría de la ley	71

	Pág.
C. Poder constituyente, soberanía nacional y representación	72
7. CONSTITUCIONALISMO: DE LA LEY NATURAL A LA LEY DE LA RAZÓN	75
8. CONCLUSIONES	78
 SÍNTOMAS CONTEMPORÁNEOS DEL CONSTITUCIONALISMO COMO MITOLOGÍA DE LA MODERNIDAD POLÍTICA, por <i>Julio Alvear Téllez</i>	
	85
1. INTRODUCCIÓN	85
2. LA CAÍDA DEL CONSTITUCIONALISMO «FUERTE»	86
3. EL IMPERIO DEL CONSTITUCIONALISMO «DÉBIL»: EL AVANCE DE LA DESORGANIZACIÓN CONSTITUCIONAL ...	90
A. El fenómeno de la «desconstitucionalización»	91
B. El «desmontaje» de la Constitución	91
C. La «desvalorización» de la Constitución	92
D. El «falseamiento» de la Constitución.....	93
E. El problema de la Constitución como sistema	99
F. La reforma a la Constitución: vehículo del malestar constitucional.	99
4. EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	100
5. CONSTITUCIONALISMO DÉBIL Y COMPROMISO HISTÓRICO. LA VETA ANTI-CRISTIANA	109
A. La Constitución española de 1978	110
B. La Constitución chilena de 1980.....	120
C. Las Constituciones hispanoamericanas	133
6. CONCLUSIÓN	135
 ¿HAY UN PODER CONSTITUYENTE?, por <i>Miguel Ayuso</i>	
	137
1. LAS FUENTES DEL DERECHO	137
2. LA CONSTITUCIÓN Y SU SIGNO	139
3. EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN	140
4. LAS FUENTES DE LA CONSTITUCIÓN	142
5. LOS ORÍGENES INTELLECTUALES DEL PODER CONSTITUYENTE.....	144
6. EL PODER CONSTITUYENTE EN LAS REDES DE LA SOBERANÍA.....	146
7. EL SUJETO DE LA SOBERANÍA Y LA REPRESENTACIÓN	148
8. EL PODER DE REFORMA CONSTITUCIONAL Y SUS LÍMITES.	150
9. EL PROBLEMA DEL PODER CONSTITUYENTE	153
ÍNDICE ONOMÁSTICO	155

PRESENTACIÓN

El presente volumen tiene su causa en unas jornadas internacionales celebradas en la Universidad Católica de Colombia (Santafé de Bogotá) en febrero de 2011, con la colaboración de la Unión Internacional de Juristas Católicos (Roma), el Grupo Sectorial en Ciencias Políticas de la Federación Internacional de Universidades Católicas (París) y el Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II (Madrid). Participaron en las mismas un destacado grupo de juristas colombianos y cuatro invitados internacionales (de Argentina, Chile, Italia y España). Se han reunido aquí precisamente estas cuatro ponencias, centradas en «el problema del poder constituyente», que es la rúbrica bajo la que se celebró el congreso. A la que se ha añadido un subtítulo expresivo de su contenido, excesivo del ceñido título. Es de resaltar también que éste se incluyó entre las actividades del proyecto PRIN («proyecto de relevante interés nacional») 2008 del Ministerio italiano de la Instrucción, de la Universidad y de la Investigación, aprobado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Udine, que lleva por título «La representación como problema de la experiencia político-jurídica del gobierno y de la gobernanza».

El profesor Danilo CASTELLANO, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Udine, y su catedrático de Filosofía del Derecho y de la Política, introduce la cuestión, a través de la conexión entre Constitución y poder constituyente, que le lleva a problematizar ambas nociones, consideradas separadamente, pero sobre todo en su interrelación. El corte es teórico más que dogmático, lo que no quita para que presente adecuadamente los aspectos técnicos que luego va a cernir filosóficamente.

Juan Fernando SEGOVIA, por su parte, investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), de la Argentina, y profesor de la Universidad de Mendoza, aborda históricamente el origen de las doctrinas sobre el poder constituyente, tanto en sus fuentes inglesas (y particularmente John LOCKE) como francesas (en especial el abate SIEYÈS). Sin embargo, el erudito estudio excede de la historiografía (de la historia de las ideas), a la que se dedica principalmente, para internarse también por los predios de la filosofía jurídica y política y del Derecho constitucional, que también ha cultivado y —como evidencia este texto— sigue haciéndolo.

El profesor Julio ALVEAR, de la Universidad del Desarrollo, de Santiago de Chile, excede con mucho el tema central del congreso y se las ve con el entero asunto del constitucionalismo en su evolución contemporánea. Ese Derecho constitucional hodierno, que cuestiona en su praxis las firmes premisas de otro tiempo, evidencia unas limitaciones que conciernen también al terreno de los principios, entre los que se halla el del poder constituyente ligado a la soberanía. También, por lo mismo, el constitucionalista chileno se ve obligado a combinar los amplios conocimientos científicos que atesora con los precedentes de las disciplinas filosóficas.

Finalmente, el curador del volumen, profesor de la Universidad de Comillas, y director científico de las jornadas santafereñas, extrae algunas conclusiones de corte igualmente problemático (hasta el punto de que la expresión «problema» recorre todas y cada una de las páginas).

Como ocurre en toda suerte de trabajos colectivos, también éste se resiente de algunas reiteraciones y ciertos vanos. Con todo, y dada la coherencia de los enfoques y la convergencia de las conclusiones, nos ha parecido conveniente darlos a las prensas.

M. A.

CONSTITUCIÓN Y PODER CONSTITUYENTE

Danilo CASTELLANO
Universidad de Udine

1. PREMISA

No es posible tratar en pocas líneas (o en el espacio de pocos minutos) la cuestión «Constitución y poder constituyente». Se trata, como es sabido, de un tema complejo y articulado; ampliamente discutido y, ello no obstante, todavía «abierto». «Abierto» no en el sentido de la siempre necesaria «apertura» a las cuestiones impuestas por la condición humana (el hombre, en efecto, no posee la verdad al modo divino, ya que la conquista por grados, fatigosamente y sólo cuando está dispuesto a considerar todos los aspectos de la cuestión, todas las «vías» propuestas y a veces recorridas en el intento de alcanzar la verdad, todas las objeciones alzadas), sino en el sentido de que sobre todo los juristas parecen haber renunciado a indagar la cuestión. Éstos, en efecto, prefieren generalmente optar por una asunción: prefieren, sobre todo en el presente, considerar como «Constitución» la llamada «ley fundamental» y como «poder constituyente» el poder [sólo aparentemente cualificado por el adjetivo («constituyente»)] de «hacer», *rectius* de «crear» (esto es, de «hacer de la nada») la Constitución. Generalmente, por ello, los juristas prefieren reconocer que en el ordenamiento jurídico estatal existen normas que se distinguen de otras normas y que las primeras son necesarias para la misma existencia del cuerpo social, que se ha constituido en su virtud y que en virtud de ellas provee a las exigencias propias

fundamentales ¹. La Constitución, en suma, sería para el Estado lo que son los estatutos para cualquier asociación. La Constitución, en otras palabras, no sería otra cosa que la codificación de las normas definidas fundamentales, necesarias para que la asociación/institución pueda existir y funcionar según «principios» convencionalmente asumidos y compartidos, útiles para alcanzar las finalidades enunciadas, explícita o implícitamente, en la propia Constitución.

Por tanto, no se plantea ninguna cuestión que atienda al fundamento, a la naturaleza de los derechos (a veces definidos fundamentales), a la legitimidad de las normas constitucionales. La Constitución sería un «hecho» (KELSEN diría una *hipótesis fundamental*, pero que no es tal) que hay que interpretar y aplicar, no discutir o considerar críticamente. Si puede haber cuestiones, conciernen sólo a problemas internos al «sistema», nunca a problemas puestos por el «sistema». Así, por ejemplo, se discute si todas las normas insertas en el texto constitucional son «materialmente constitucionales» o si los «principios» codificados en la ley fundamental constituyen un «estorbo» para alcanzar las finalidades perseguidas en el momento de la aprobación del texto constitucional. Se discute sobre lo que distingue una Constitución formal de una material. KELSEN —como es sabido— ha sostenido a este propósito una tesis muy reductora de la Constitución material: las normas materialmente constitucionales serían sólo las que incumben el procedimiento legislativo. Otros juristas (MORTATI o BERTI, por ejemplo) consideran, en cambio, que deba atribuirse a «material» un significado «sustancial» y no de simple garantía procedimental. Por todo ello, «materialmente constitucional» es lo que «rige» el ordenamiento jurídico (MORTATI ²) o el orden de los principios racionales, fruto de un continuo proceso de adhesión, actuación y adaptación (BERTI ³). Nunca, sin embargo, se indaga sobre lo que es «realmente» (donde lo real no es sinónimo de «efectivo» sino de «ontológico») una Constitución.

¹ Ésta es, como es bien sabido, la tesis de los normativistas. Cfr., por ejemplo, M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di Diritto costituzionale*, parte I, *Nozioni generali sul Diritto e sullo Stato*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 131 y ss.

² Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1976 (IX), en particular pp. 31 y ss.; ID., *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940; ID., voz «Costituzione (dottrine generali)», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 139 y ss., en particular para la cuestión de la Constitución formal y material, pp. 169 y ss.

³ G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, pp. 82 y ss. BERTI permanece, sin embargo, «prisionero» del sistema, sin alcanzar la consideración del fundamento del mismo sistema.

2. LOS MUCHOS SIGNIFICADOS DE «CONSTITUCIÓN»

Esta renuncia ha llevado a un saber iuspublicístico «teórico» y no «teorético». En otras palabras, se ha individuado *a posteriori* el significado de «Constitución». Se limita a «construir» el sentido con el que un ordenamiento entiende la Constitución. Se contenta, por eso, con un saber sociológico-jurídico en vez de plantearse la cuestión en términos más radicales, esto es, filosófico-jurídicos.

Esto viene dictado también por el intento de huir de la ideología. Queriendo, sin embargo, evitar el problema político-ideológico (que no es el problema filosófico de la política) se concluye por aplicar (más o menos conscientemente) una ideología, la ideología de turno (o de moda). Los juristas se hacen, así, «enzimas» del poder que se va afirmando cada vez⁴. En otras palabras, renuncian a ser «juristas», al haber identificado su función con el solo comentario/justificación de la norma, considerada —a su vez— fundamento del Derecho.

Eso ha conducido a las muchas y a veces opuestas definiciones de Constitución.

a) La más genérica y actualmente la más difundida es la de la Constitución como *ley fundamental*. Una norma entre otras normas aunque se afirme como superior a todas las demás normas. Ni siquiera el positivista Kelsen descendió a una tal definición. En efecto, consideraba que la Constitución no se debía considerar *tout court* en su significado jurídico-positivo, sino más bien en el lógico-jurídico. De acuerdo con este significado la Constitución es la norma fundamental o, más precisamente, la *hipótesis fundamental* a partir de la que se delinea el orden jurídico constituido por el sistema, es decir, por el ordenamiento.

Aparte de la dificultad que representa esta definición para una teoría «pura» del Derecho, debe destacarse que deja abierto el problema de la *hipótesis fundamental*, de su legitimación precisamente en cuanto hipótesis que permitiría partir de cualquier asunción, considerada —a su vez— condición suficiente para la legitimación de cualquier ordenamiento (también, por ejemplo, del ordenamiento nazi).

⁴ Un filósofo italiano ha observado que incluso algunos que se dan el nombre de filósofos «se consideran [...] exégetas de la verdad del Estado» (M. GENTILE, *Il filosofo di fronte allo Stato moderno*, Napoli, Scalabrini editore, 1964, p. 6). El jurista, sin embargo, cae más fácilmente en esta trampa/tentación.