

II.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SOBRE EL CONCEPTO DE PODER CONSTITUYENTE

JOSU DE MIGUEL BÁRCENA

SOBRE EL CONCEPTO DE PODER CONSTITUYENTE

JOSU DE MIGUEL BÁRCENA¹

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Cantabria

1. La presente tribuna trae causa de la reciente traducción al español del libro de Egon Zweig, titulado *La teoría del poder constituyente*². El libro, publicado en 1909, en el contexto de la renovación del Derecho público austriaco y europeo que estaban llevando a cabo nombres como Hans Kelsen, Walter Jellinek o Adolf Merkel, suministra desde la perspectiva de la historia de las ideas un detallado informe sobre la aparición, desarrollo y consolidación de la noción tradicional de poder constituyente. Para ello, el autor realiza un viaje fascinante, laberíntico y complejísimo desde la Grecia clásica a los últimos coletazos de la Revolución francesa.

2. El trabajo de Zweig permanece anclado, como acabo de señalar, en la metodología de la historia de las ideas. La historia de las ideas separa los conceptos de los grupos sociales y los define de manera fija en el tiempo y en el espacio, lo que conduce a aplicaciones retrospectivas que pueden producir anacronismos. No obstante, la aproximación de Zweig es tan abrumadora que aporta información muy valiosa para aplicar el giro conceptual propuesto en su momento por Koselleck³: los conceptos pueden ser contextualizados desde una perspectiva sincrónica o diacrónica, lo que permite incorporar a las palabras estratos y experiencias ideológicas y culturales con gran capacidad para promover las transformaciones sociales y políticas.

Se distingue así entre término y concepto porque este último propone una regla semántica de compensación: una experiencia que mira al pasado y una expectativa que se proyecta al futuro. El poder constituyente es un concepto perteneciente a la modernidad filosófica que puede ser definido de la siguiente manera: manifestación efectiva de hechos normativos originarios y autónomos que, al margen o en contra de lo previsto

¹ Profesor Titular de Derecho Constitucional. Edificio de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales. Universidad de Cantabria. Avda. de los Castros, 56. 39005 Santander. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6933-9972> Email: demigueljm@unican.es

² Zweig, E. (2023). *La teoría del poder constituyente*. Madrid: Tecnos. Traducción realizada por Katrin Lemberg, Patricio Montero-Martín y Leonardo Álvarez.

³ Koselleck, R. (1993). *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*. Paidós: Barcelona.

por eventuales normas jurídicas vigentes, producen una nueva Constitución cuya aceptación y observancia generalizada provoca la interrupción en la continuidad de un orden jurídico preexistente y el consiguiente surgimiento de uno nuevo⁴. Esta definición permite situarlo, en principio, más en la vertiente de la expectativa y de la movilización política que de la experiencia histórica. Matizaremos esta cuestión al final de la tribuna.

3. La etimología del poder constituyente no deja de ser curiosa. Desde el punto de vista de la cultura jurídica continental, cabe atribuir la paternidad del término al abate Sieyès, en su famoso libro *¿Qué es el tercer estado?* dado a conocer en enero de 1789. Sin embargo, parece que es mencionado por primera vez como neologismo en un panfleto anónimo titulado *An Essay on the Constitution of England* publicado en 1765 en Londres y probablemente escrito por Allan Ramsay. Zweig hace mucho hincapié en cómo la construcción teórico — práctica que antecede al neologismo tiene lugar en la lucha descarnada entre la Corona y el Parlamento en la Inglaterra del siglo XVII. La situación británica es muy particular, pues hay autores que vinculan la modernidad a la existencia de un poder constituyente permanente⁵. La experiencia inglesa demuestra lo contrario: es posible una modernidad sin poder constituyente radical y una formulación histórica que en realidad interroga la fortaleza de nuestros conceptos e ideas. De este modo, el fracaso del Estado absoluto en el Reino Unido, termina por residenciar la soberanía en el Parlamento y el equilibrio de poderes que genera esta institución hace innecesario el recurso a un poder superior cuya función esencial sea limitar jurídicamente a los propios representantes. Doblegar al principio monárquico y reconstruir el Estado será posible sin necesidad de echar mano de una categoría política y científica común en el constitucionalismo que va surgiendo y perfeccionándose en el mundo europeo y americano.

4. De la etimología hay que pasar a la diferenciación conceptual. Efectivamente, es bastante habitual confundir o asociar al poder constituyente con otros conceptos que pueden integrar el fenómeno en determinadas ocasiones o que simplemente aparecen como recursos estilísticos sin fundamentación histórica. Para empezar, podría confundirse a aquél con el derecho de resistencia, incluido en el art. 20.4 de la Ley Fundamental de Bonn y que también se consideró incorporar a la Constitución italiana y la Constitución francesa de la IV República después de la II Guerra Mundial. Como ya explicó Francisco Rubio Llorente, el derecho de resistencia pertenece a otro mundo constitucional —como por ejemplo, el *habeas corpus* o el derecho de petición—, presentándose como un resto de la *Ancient Constitution* que otorgaría a los súbditos una acción jurídica natural para rebelarse contra el tirano como consecuencia de la ruptura de las obligaciones políticas del monarca por el ejercicio injusto del poder.

⁴ Baquerizo Minuche, J. (2021). *El concepto de “poder constituyente”. Un estudio de teoría analítica del derecho*. Marcial Pons: Madrid.

⁵ Negri, A. (2015). *El poder constituyente*. Traficante de sueños: Madrid.

Ejemplo de ello habrían sido tanto la obra de Locke, a caballo entre dos universos políticos, y la Revolución inglesa de 1689, que en realidad puede presentarse como un regreso a la Constitución histórica.

Más importante para el concepto de poder constituyente es su asociación teórica con la revolución. Debe precisarse aquí que en las últimas décadas se aprecia un retorno del Derecho constitucional a la idea de revolución, si bien su utilización parece abordarse desde un punto de vista amplio, como es el caso del reciente y polémico libro de Bruce Ackerman⁶. En la misma órbita puede situarse *Sobre la revolución* de Hannah Arendt, publicado en 1963 para disputarle al marxismo el concepto en un ambiente cultural de renovación liberal. Pero si se habla con propiedad de revolución debe apuntarse a un movimiento político moderno que, estando en posesión de una determinada visión del mundo de factura secular, trata de cambiarlo con violencia a partir de determinados datos de la realidad y una concepción del tiempo que mira siempre hacia el futuro. Revolución, por lo tanto, no es necesariamente utopía, y cuando se pone en relación con el Derecho, haría referencia «al abatimiento del ordenamiento jurídico existente y la instauración de un nuevo ordenamiento, efectuados en modo ilegítimo y desde el interior o exterior del sistema institucional que se pretende superar»⁷.

Esta definición conecta al poder constituyente con la revolución, porque el doble movimiento de abatimiento y reconstrucción —*pars destruens* y *pars construens*— ha permitido a Eloy García⁸ identificar dos modalidades de poder constituyente con una gran capacidad descriptiva. De este modo, cuando el poder constituyente destruye no solo el ordenamiento jurídico anterior, sino su presupuesto moral, y acto seguido, en un acto creador del tiempo y de la ciudad política, instaura una nueva Constitución, estaremos ante un poder constituyente ontológico. Este sería el caso norteamericano, si se observa su funcionalidad desde la Declaración de Independencia de 1776 hasta la elaboración de la Constitución en 1787, o de la Revolución francesa, cuando la Constitución de 1791 culmina en un mismo acto la liquidación del Antiguo Régimen (preámbulo) y la instauración de un nuevo modelo de sociedad levantada sobre la libertad (articulado). En otras ocasiones, el poder constituyente actuará de una forma fenomenológica, donde el dato fundamental será el cambio constitucional sobre los mismos presupuestos políticos y morales que el pasado que se pretende superar.

⁶ Ackerman, B. (2019). *Revolutionary Constitutions. Charismatic Leadership and the Rule of Law*. Harvard University Press: Harvard.

⁷ Cotta, S. (1953). Per un concetto giuridico di rivoluzione. En VV.AA. *Scritti di Sociologia e Politica in onore di Luigi Sturzo. Vol. I*. Zanichelli Editore: Bologna, pág. 480.

⁸ García López, E. (2011). El poder constituyente evolutivo en la crisis de la modernidad política. En Yepes-Arcila, H. y Suelst-Cock, V. (eds.). *La Constitución 20 años después: visiones desde la teoría y la práctica constitucional*. Pontificia Universidad Javeriana: Bogotá., págs. 357-417.

Aquí la Constitución no sería fruto de la revolución, sino de agotamientos sistémicos o transiciones democráticas de nueva facturación⁹.

5. La conexión entre poder constituyente y revolución, más allá de coincidencias espaciales y temporales, debe relativizarse, por lo tanto, en atención a los desarrollos históricos y a la propia factura ideológica que debe atribuirse al constitucionalismo. Porque entonces los soviets o el General Franco habrían actuado como poderes constituyentes en 1917 y 1936, respectivamente. Por el contrario, el poder constituyente tiene que estar vinculado a determinados fundamentos ideológicos: su *telos* está en la autonomía individual del capitalismo y en la ética ilustrada que dan el salto al espacio público. El poder constituyente es el centro de gravedad intelectual que proporciona una funcionalidad a la nueva cultura política —liberal y democrática— que trata de jerarquizar lo existente tratando de planificar la realidad: posibilita, como concepto puente, transiciones entre viejos y nuevos sistemas jurídicos, asegura el autogobierno del sujeto colectivo y hace posible la estabilidad del orden social anclando el cambio en cimientos jurídicos sólidos.

El problema del autogobierno es que, asentado en cada uno de los miembros de la comunidad, no puede hacer efectiva la autodeterminación mediante la unanimidad. La teoría de la representación tiene aquí gran utilidad porque da cuerpo a un nuevo actor político —la nación, el pueblo— y articula un eficaz reparto de funciones en la formación y aplicación de la voluntad del Estado. Esta formulación, de origen privatista, genera una distinción entre gobernantes y gobernados, chocando con el paradigma de seres humanos que eligen su propio destino. Pues bien, la tensión interna se intenta superar con el poder constituyente, que cumple con la tarea esencial de producir un texto jurídico, la Constitución, llamado a limitar a los gobernantes. Estos ya no actuarán arbitrariamente separándose de su condición representativa, sino que lo harán en el marco que les posibilita la Constitución y dentro de los hitos que esta fija. Así puede afirmarse que el poder constituyente se convierte en el presupuesto de la Constitución y del propio constitucionalismo entendido como ideología¹⁰.

6. La praxis del poder constituyente ha sido muy desigual en términos históricos, precisamente porque se vale de la misma técnica que los poderes constituidos para cumplir sus fines más inmediatos: la representación. Los teóricos iniciales del poder constituyente —particularmente los padres fundadores de Estados Unidos y Sieyès— intuían que un gobierno soberano impediría ordenar jurídicamente el poder por el carácter fugaz e inmediato de aquél¹¹. Por eso, el momento creativo y revolucionario de la Constitución o daba paso a la autolimitación del Estado, al modo alemán, o

⁹ Preuss, U. K. (1992). Constitutional Power making for the New Polity: some deliberations on the relations between constituent power and the constitution, *Cardozo Law Review*, n.º 14, págs. 639-660.

¹⁰ Pace, A. (1997). La instauración de una nueva Constitución, *Revista de estudios políticos*, n.º 97, págs. 9-44.

¹¹ Tajadura, J. (2023). *Sieyès y la lengua de la Constitución*. Athenaica: Sevilla.

daba paso a mecanismos de defensa jurídica y política de la Norma Fundamental, como era el caso de la jurisdicción y la reforma constitucional. En Estados Unidos, el control de los representantes no solo corrió a cargo del Tribunal Supremo, sino de los propios Estados que tuvieron —al menos hasta la Guerra Civil— una presencia vigilante para el recto cumplimiento del pacto constituyente con el objetivo de que los órganos federales no se convirtieran en órganos soberanos. Claude Klein¹² ha señalado que en la consolidación de la realidad jurídica norteamericana han pesado más las prácticas de constitucionalización (*constitution – making*) que una teoría del poder constituyente arquetípica.

En Europa, la presencia del principio monárquico y la confusión entre asambleas constituyentes y legislativas, frenarán el ímpetu del principio democrático y las ansias revolucionarias. La España decimonónica, como nos recuerda Azpitarte¹³, es un buen ejemplo de cómo la categoría de poder constituyente se convirtió en un alegato ideológico para sostener las asonadas militares que periódicamente provocaban un vuelco gubernamental o constitucional siguiendo la estela de los pronunciamientos o golpes de Estado. En la lógica de los espadones, que irrumpen para quebrar los equilibrios de poder o dar salida al pluralismo que no podía integrar la Constitución, hay ya un germen de modulación del propio poder constituyente porque solo puede presentarse en su mitad ontológica: la de intentar cancelar la continuidad del ordenamiento constitucional anterior, sin capacidad para articular jurídicamente el futuro debido a la complejidad de la incipiente sociedad industrial. Véase el caso del pronunciamiento y posterior régimen dictatorial de Primo de Rivera.

Esta complejidad alcanza una gran intensidad con la crisis que provocó a comienzos del siglo XX la incorporación de las masas al proceso democrático. La guerra, la violencia y los impulsos revolucionarios vuelven a situar la discusión primordial en torno a la soberanía, como expresión de un poder capaz de establecer unas reglas que permitan no solo impedir la presencia de varios poderes concurrentes, sino resolver los numerosos conflictos que se presentan. Es así como la Teoría del Estado desplaza durante el periodo de entreguerras a la Teoría del poder constituyente como principal factor de pacificación: la función esencial del Estado es evitar la guerra civil. No extraña que uno de los principales juristas de la época, Hans Kelsen, hiciera una Teoría del Estado y no de la Constitución y que considerara el poder constituyente como un elemento ajeno al mundo del Derecho porque se despliega en la esfera presupuesta de la norma fundante. Su principal contrincante, Carl Schmitt, diluyó el poder constituyente en su dimensión irracional y existencial: soberano no es quien ostenta el monopolio legítimo de la violencia (Max Weber), sino quien tiene el monopolio de la decisión en el momento excepcional que produce el caos político.

¹² Klein, C. (1996). *Théorie et pratique du pouvoir constituant*. Presses Universitaires de France: París.

¹³ Azpitarte Sánchez, M. (2016). Sobre la utilidad contemporánea del concepto de poder constituyente. En García Herrera, M.Á., Asensi Sabater, J. y Balaguer Callejón, F. (dirs.). *Constitucionalismo crítico: liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant lo Blanch: Valencia, págs. 833-855.

7. La destrucción provocada por la II Guerra Mundial demostró la incapacidad de la Teoría del Estado y de la soberanía para conseguir pacificar la sociedad pluriclase. Es por ello que se retorna a la Teoría del poder constituyente pero replanteando sus características y funcionalidad: la experiencia de la libertad liberal ya no era posible porque se parte de comunidades humanas demolidas por los totalitarismos. Por lo tanto, desaparece la convicción moderna de que se pueda provocar una nueva realidad política que exprese una conciencia histórica de progreso: nace un constitucionalismo aversivo que no solo mira al futuro, sino que hace memoria de los destrozos provocados por la política desatada. El poder constituyente tendrá como principal misión, entonces, reconducir la unidad para garantizar la normatividad de la Constitución en un contexto de temor¹⁴. Esa normatividad depende, es bien sabido, no de la validez, pues no existe una norma superior que le dé soporte, sino de la propia eficacia que sea capaz de generar autónomamente. Para conseguir este objetivo, se transforman las dos características fundamentales que se le presuponen a todo poder constituyente y que ya hemos aludido en su definición.

8. Por un lado, su originalidad, que hace referencia a la capacidad que tiene un sujeto político para imponerse a otros sujetos en disputa en el momento de elaborarse la Constitución. Pues bien, los procesos constituyentes de Francia, Italia y Alemania después de 1945 muestran cómo el pueblo y la nación se mantienen como centros de imputación, pero sin embargo serán los partidos y su consenso —la sociedad estaba en ruinas como consecuencia de la violencia y los devastadores efectos de la guerra— los que empujen hacia un Estado social y democrático de Derecho con estructuras más inclusivas y plurales. Recuérdese que Mortati, en *La Costituente*¹⁵, recurre a la tesis de los cuerpos intermedios (partidos) y a la noción medieval de *stabilimentum* para construir una Teoría de la Constitución material donde las formas de gobierno y de Estado se entrelazan con el objetivo de estabilizar jurídicamente la política. El poder constituyente, teniendo en cuenta el pasado reciente del autoritarismo y los desastres bélicos de la era de los extremos, diseña una arquitectura constitucional donde destacan dos características fundamentales: la atribución al Estado de una misión programática a partir de una serie de principios objetivos y el establecimiento de mecanismos de defensa del modelo de sociedad democrática. Ya no se hablará tanto de un poder constituyente originario, como cuanto de un poder constituyente primario que resulta exitoso porque es capaz de acordar unas reglas neutrales a partir de las cuales la Constitución se abre al tiempo y hace posible las distintas manifestaciones de la integración mediante la alternancia.

¹⁴ Shklar, J. (2021). *Gobierno de la ley y liberalismo del miedo*. Página indómita: Barcelona.

¹⁵ Mortati, C. (1972). *La Costituente. La teoria, la storia, il problema italiano*. En *Raccolta di scritti*. Giuffrè: Milán.

Por otro lado, la autonomía, que alude a la capacidad del poder constituyente para innovar el ordenamiento jurídico, también se ve reconsiderada. Las constituciones ya no se harán sobre vacíos de poder, sino sobre estructuras de transición donde los procedimientos adquieren una importancia central en la consecución de la legitimidad. De nuevo, los poderes constituyentes de Francia, Italia y Alemania antes aludidos demostrarán que no se renuncia a las tradiciones jurídicas del pasado —iusnaturalismo e institucionalismo— con el objetivo de otorgar un estatuto moral al ciudadano y de buscar soluciones a problemas divisivos como la disyuntiva entre monarquía o república o la relación entre el Estado y el mercado. La aprobación de las constituciones llevará de forma inmediata a la apertura de un proceso de integración europea que impondrá además una reflexión sobre la economía para enfrentarse a los excesos imperialistas de entreguerras y garantizar la convivencia en el continente reduciendo los excesos de estatalidad. Así las cosas, la idea de Constitución de integración revela que, como advirtió Zweig con gran sagacidad, el poder constituyente es en realidad un concepto que sirve desde Sieyès para disociar el principio democrático de la soberanía, noción unilateral que tiene sentido en una Teoría del Estado monárquica pero no democrática¹⁶.

9. El tiempo de la posmodernidad exige, volviendo a lo contemporáneo, nuevas reflexiones sobre el tema aquí tratado. La creciente homogeneización capitalista, que aboca a una cierta despolitización tras el derrumbe de las utopías y la redimensión de la libertad, que fragmenta al sujeto en una miríada de grupos identitarios, conducen a un replanteamiento del poder constituyente, que ahora se asocia a la función (Luhmann), a la comunicación (Habermas) o al momento constitucional entendido como procedimiento (Ackerman). El régimen temporal del presentismo alumbró un nuevo poder constituyente, de carácter evolutivo, en el que los factores de transformación se compaginan con el propósito de conservar los logros de una sociedad que busca en la democracia y en la Constitución un diseño que aporte seguridad. La Transición española abrió el camino a formas constituyentes que aspiraban a garantizar y no necesariamente a promover las conquistas sociales y económicas, desechándose rupturas y apostándose por mecanismos que permitieran conciliar el *rule of law* con la democracia y los intereses de un sujeto político cada vez más diverso. Deudoras de este contexto evolutivo son la reunificación Alemania, las exigencias impuestas por el Tribunal Supremo canadiense a la secesión de Quebec o la consolidación de un constitucionalismo *multilevel* en el marco de la integración europea.

El paradigma evolutivo y posmoderno implica una cierta metamorfosis porque, a diferencia de lo ocurrido tras la II Guerra Mundial, el poder constituyente ya no puede ser el único molde sobre el que se ahorme la normatividad: la Constitución, en gran medida, no se hace pensando en un programa de futuro, sino que se adquiere porque la realidad y su autorregulación se van imponiendo al propio Derecho. De

¹⁶ Rubinelli, L. (2020). *Constituent Power*. Cambridge University Press: Cambridge.

nuevo, el modelo español de 1978 mostrará que la Constitución es un proceso inacabado del que surgen dobles normatividades porque lo político va por detrás de lo social: una fuerte asociada a los órganos que conectan la democracia con el Estado, otra débil que trata adaptar el propio Estado a las transformaciones internas y externas (Estado autonómico, fenómeno europeo y derechos fundamentales). Frente al modelo clásico mostrado en el libro de Zweig, el poder constituyente evolutivo aparece como un espacio cada vez más reducido para la experimentación institucional, donde pesa sobremedida el «patrimonio constitucional» acumulado¹⁷. De este modo, las cláusulas de intangibilidad han funcionado como diques de identidad constitucional que se levantan como espigones fenomenológicos frente a las posibles dinámicas de ruptura que pueda generar el curso de la historia. Donde no existe una identidad constitucional explícita, son las exigencias del Derecho supranacional o de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales las que imponen límites a la potencia creadora del poder constituyente (también constituido).

10. Al momento de completar este breve texto, la ciudadanía de Chile ha rechazado mediante plebiscito, el segundo proyecto de Constitución elaborado por la Comisión Experta y el Consejo Constitucional. En septiembre de 2022 también refutó el proyecto acordado por la Convención Constitucional. Aunque tanto el origen del proceso en su conjunto, como los resultados negativos de los referéndums, obedecen a variables y razones muy diversas, lo ocurrido en el país iberoamericano demuestra en cierto modo que la tipología de poder constituyente evolutivo trataría de consolidarse frente a prácticas ontológicas y transformadoras como las ocurridas primero en Venezuela y después en Ecuador y Bolivia. Desde este punto de vista, resulta palpable que la sociedad chilena ha rechazado la ruptura con respecto a su propia tradición constitucional, así como la incapacidad de los partidos y movimientos sociales para generar un consenso político que dé solidez a la nueva Constitución. No debe olvidarse, en tal sentido, que el proceso constituyente comenzado a finales de 2019 se inició desde la propia legalidad constitucional y que en todo momento tuvo que respetar exigentes límites materiales en lo referido a la forma de Gobierno, el Derecho internacional y el Estado de Derecho consolidado. Resuenan, de nuevo, unos presupuestos evolutivos que, a la postre, han operado como contramodelo de un compromiso político imposible por circunstancias que aún están por desvelarse.

En *Derecho natural y dignidad humana* (1961), Ernst Bloch recordaba la divisa moral y emocional del racionalismo ilustrado: «Nada suena tan embriagador como la apelación a comenzar desde un principio». El poder constituyente sigue teniendo un indudable prestigio intelectual porque emerge como la solución para romper con la continuidad espacial y temporal que parecen haber impuesto la globalización y el capitalismo financiero. En esta tribuna hemos tratado de mostrar que en el marco de la posmodernidad ya no es posible dibujar un poder constituyente arquetípico que

¹⁷ Pizzorusso, A. (2002). *Il patrimonio costituzionale europeo*. Il Mulino: Bologna.

como un demiurgo pueda levantar una ciudad política de nueva factura. La sociedad de las singularidades, la densidad del Derecho realizado fuera de los muros del Estado y el peso de los intereses y derechos consolidados, hacen hoy más conveniente abrirse a un paradigma meliorista que, en cierto modo, sitúa al poder constituyente en un plano conceptual que mira más a la experiencia y al presente que a la expectativa y al futuro (Koselleck). En el fondo ello es consecuencia no solo del cambio de relación de la Constitución con el tiempo, sino de la incapacidad creciente del Derecho como disciplina eficaz para dirigir una realidad cada vez más compleja e inasible.