



Néstor Pedro Sagüés (Argentina)*

Notas sobre el poder constituyente irregular**

RESUMEN

La expresión *poder constituyente irregular* se puede emplear en dos sentidos. El primero refiere al poder constituyente originario, tradicionalmente no sometido a reglas jurídicas (poder *arregular*), pero que hoy se entiende regulado por el derecho internacional público y por principios de justicia (*regla de Radbruch*: la injusticia extrema no es derecho). La segunda versión alude al poder constituyente derivado, pero ejercido infringiendo la constitución anterior o las normas subconstitucionales que también lo disciplinan, a más de las prescripciones del derecho internacional y de la justicia. Es preocupante constatar que en Latinoamérica el poder constituyente irregular ha sido y es ejercido reiteradamente violando las prescripciones de la constitución anterior y demás normas de procedimiento, amparado a menudo con referendos posteriores que intentan convalidar, casi siempre con éxito político, los defectos jurídicos que invalidan su desempeño.

Palabras clave: poder constituyente originario y derivado, control de constitucionalidad, proceso constitucional, América Latina.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Ausdruck *irreguläre verfassungsgebende Gewalt* hat eine doppelte Bedeutung. Zum einen bezieht er sich auf den ursprünglichen, traditionell keinerlei juristischen Bestimmungen unterliegenden Verfassungsgeber (*ungeregelte Gewalt*), der jedoch heute als dem Völkerrecht und bestimmten Prinzipien von Gerechtigkeit untergeordnet betrachtet wird (*Radbruchsche Formel*: extreme Ungerechtigkeit ist kein Recht). In seiner zweiten Bedeutung bezieht er sich auf die daraus abgeleitete verfassungsgebende Gewalt, deren Ausübung mit der Missachtung der bestehenden Verfassung oder ihr nachgeordneter, sie eingrenzenden Grundsätzen des Völkerrechts und von Gerechtigkeit verbunden ist. Es ist beunruhigend zu beobachten, dass im Rahmen der Ausübung von *irregulärer verfassungsgebender Gewalt* in Lateinamerika wiederholt Bestimmungen von bestehenden Verfassungen und andere Verfahrensvorschriften verletzt worden sind und weiter verletzt werden, was häufig durch nachfolgende Volksabstimmungen abgesichert werden soll,

* Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Académico nacional. Ex magistrado judicial. <npsagues@gmail.com>

** El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

mit deren Hilfe der – in der Regel politisch erfolgreiche – Versuch unternommen wird, die die Ausübung dieser Gewalt nichtig machenden juristischen Mängel für rechtens zu erklären.

Schlagwörter: Ursprüngliche und abgeleitete verfassungsgebende Gewalt, Kontrolle der Verfassungsmässigkeit, Verfassungsprozess, Lateinamerika.

ABSTRACT

The term *irregular constituent power* may be used in two senses. The first one refers to the original constituent power, traditionally not subject to legal rules (*non-regulated power*), at present understood to be regulated by public international law and by the principles of justice (*Radbruch rule*: extreme injustice is not law). The second one refers to derivative constituent power, exercised by violating the previous constitution or the sub-constitutional rules which also regulate power, in addition to international law prescriptions and justice. It is a concern to confirm that in Latin America, the irregular constituent power has been exercised repeatedly in violation of the provisions of the previous constitutions and remaining rules of procedure, often covering with later referendums the legal flaws that invalidate the effect of this process, in an attempt to confirm the validity of the new Charter, this being done in most cases in a politically successful way.

Keywords: original and derivative constituent power, control of constitutionality, constitutional process, Latin America.

1. Introducción. El concepto de poder constituyente irregular. Dos situaciones distintas

El concepto de *poder constituyente irregular* alude al ejercicio de tal competencia estatal sin hallarse sujeto a reglas jurídicas que lo condicionan, o por haber actuado en contravención a ellas. En la primera hipótesis, es *irregular* en el sentido de que *no está obligado por reglas*. En la segunda, porque *ha violado reglas*. Puede aparecer en dos modalidades muy diferentes: a) el caso del poder constituyente originario; b) el caso del poder constituyente derivado.

2. El poder constituyente originario irregular

En verdad, en una primera aproximación, hablar de un poder constituyente irregular originario parece una tautología. El poder constituyente originario, en efecto, se presenta —arrogante e impetuoso— como no sometido a normas jurídicas. En palabras de Einsenmann:

[...] ninguna regla limita su poder; ninguna obligación jurídica, positiva ni negativa, pesa sobre él; puede incluir o no en la constitución toda regla que le plazca. Porque es jurídicamente todopoderoso, él funda un orden radicalmente

nuevo en su principio; porque crea las primeras reglas, su ausencia de toda regla de derecho, es decir, de derecho positivo anterior, dispone de un poder jurídicamente absoluto.¹

Prima facie, se comporta, pues, *legibus solutus*. Desde el punto de vista cronológico, es 1) un poder *fundacional*, cuando crea el Estado, o 2) *posfundacional*, si inaugura una nueva *era* o *ciclo constitucional*, cuando se ejercita en un Estado ya existente, pero despegándose del orden constitucional previo.² Lo más frecuente es que asuma tal carácter por su propia decisión. Tiende, de tal modo, a configurarse como un poder revolucionario.

Así entrevistado, el poder constituyente *originario* parece resultar, natural e intrínsecamente, *irregular* (o, si se prefiere, *arregular*). Pero su irregularidad no importaría un defecto jurídico, sino una nota distintiva de su condición jurídico-política. Algunos lo divisan, en síntesis, como poder esencialmente político, más que jurídico.³

Cabe preguntarse, sin embargo, si en nuestros días es posible hablar, en sentido preciso, de un poder constituyente estatal *originario*, realmente no sometido a normas.

Ello es así, en primer término, porque para el derecho internacional contemporáneo los estados locales no pueden alegar sus reglas de derecho interno para eximirse de sus compromisos internacionales.⁴ Hay, paralelamente, reglas de derecho internacional público coactivas y obligatorias para los estados (*jus cogens*), de origen convencional o consuetudinario, más allá incluso de la voluntad de estos de cumplirlas o de desobedecerlas. Rigen, paralelamente, normas del derecho internacional de los derechos humanos (por ejemplo, la condena a los delitos de lesa humanidad) que se imponen compulsivamente a los estados nacionales.

En ese contexto, donde el eventual comportamiento constituyente del Estado contra tal aparato normativo internacionalista genera responsabilidades internacionales, un poder constituyente nacional, aun *originario*, no es *legibus solutus*, ya sea que se trate de uno *fundacional* o de otro que inaugure un nuevo ciclo o era constitucional dentro de un Estado ya creado.

Al mismo tiempo, es posible que el poder constituyente *originario* se autolimita, dictándose, mientras ejerce su cometido, reglas internas de procedimiento, y quizá también de contenido, concernientes a la adopción de sus decisiones constituyentes. En tales supuestos, la violación a esas normas puede provocar la invalidez de lo

¹ Charles Einsenmann: *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, cit. por Segundo V. Linares Quintana: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, 2.ª. ed., Buenos Aires: Plus Ultra, 1977, t. 3, pp. 215-217.

² Nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés: *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires: Astrea, 2001, pp. 276 ss., para un tratamiento más extenso del tema.

³ Alberto A. Spota: *Lo jurídico, lo político, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires: Plus Ultra, 1975, pp. 112 ss.

⁴ La tesis fue enfáticamente sostenida por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional (1932) en el caso de los súbditos polacos en Dantzig. Véase Luis María Boffi Boggero: "La llamada responsabilidad internacional por acto propio, o subjetiva", en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Bogotá, 1978, p. 11.

resuelto, no por infringir el derecho externo o el preexistente a dicho poder constituyente, sino por lesionar el derecho que él mismo dictó.

Resta agregar que, desde una perspectiva axiológica, el poder constituyente originario está igualmente sometido, como cualquier poder humano, al derecho natural, de aceptarse la presencia de este último. En todo caso, si se admite al menos la postura de Gustav Radbruch, en el sentido de que “la injusticia extrema no es derecho”,⁵ las reglas constitucionales notoriamente injustas importan también un ejercicio irregular del poder constituyente, aunque este sea originario.

En definitiva, pues, un poder constituyente originario puede ser entendido como *irregular*, en una doble acepción: a) la primera, según una visión histórica ya superada, por no encontrarse bajo normas; b) la segunda, porque no es actualmente *legibus solutus* y puede padecer, claro está que en menor medida que el poder constituyente derivado, de defectos jurídicos de irregularidad (de forma y contenido). En particular, si colisiona con el derecho internacional, con sus propias reglas de autorregulación o con principios supranormativos.

3. El poder constituyente derivado irregular

El poder constituyente *derivado*, o poder constituyente *constituido*, o *reformador*, está sometido, a más de las reglas y principios propios del poder constituyente originario (que, según vimos, son las del derecho internacional, las que él mismo se dicte y ciertos principios y valores), a otras reglas jurídicas preexistentes. Ellas son a veces de rango constitucional (los artículos y cláusulas de la constitución anterior, que va a reformarse en todo o en parte, los cuales disciplinan la enmienda) y otras veces de categoría subconstitucional (por ejemplo, las dictadas por el poder preconstituyente que convoca a la reforma). En algunos países, las reglas condicionantes del poder constituyente derivado son de contenido, o de procedimiento, o de ambos temas.

Hay constituciones que no contemplaron su reforma, como la española de 1876 o el Estatuto albertino de Cerdeña (1848). En la práctica, ello ha provocado la enmienda de la constitución mediante la legislación ordinaria, o por golpes de estado. Otras han prohibido la enmienda durante cierto tiempo (la argentina de 1853, por diez años).

- a. En materia de *límites de contenido* de una reforma constitucional, hay textos constitucionales que incluyen “cláusulas pétreas”, esto es, irreformables. El caso cuantitativamente más llamativo es el artículo 290 de la Constitución de Portugal de 1976, con un impresionante listado de temas —más de veinte— infranqueables por una reforma. Otros países, por construcción doctrinaria, jurisprudencial o derecho consuetudinario, han elaborado un catálogo de cláusulas pétreas *implícitas*, asunto obviamente discutible.⁶ Algunas veces, la prohibición de considerar puntos de reforma no deriva de la constitución,

⁵ Sobre la *fórmula de Radbruch*, aceptada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, véase Rodolfo Luis Vigo: *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires: La Ley, 2006, pp. 84 ss.

sino indirectamente de la voluntad del poder preconstituyente (cuando este existe), en el sentido de que, al convocar al órgano (constituyente) de reforma, le permite abordar solamente ciertos temas, o, más claramente, le impide reformar otros.⁷

- b. En cuanto los *límites de procedimiento*, es normal, primero, que una constitución determine *quién* puede reformarla (esto es, que establezca el órgano del cambio), y *cómo* hacerlo (el trámite).

Dentro de esos condicionamientos de procedimiento, los textos constitucionales mencionan algunas veces: 1) variables de *tiempo* (determinación de un término para instalarse y de la duración del proceso de reforma); 2) de *lugar* (sede del órgano de la reforma), y de 3) *adopción de las decisiones*.

Cuando el ente que consuma la reforma es el mismo Poder Legislativo ordinario, el proceso de sanción de la enmienda es más complejo y agravado que el que corresponde a la sanción de una ley común. A su vez, algunas constituciones establecen dos trámites: uno para cambios parciales de la ley suprema y otro, asimismo más exigente, para la sustitución total de la constitución. Pero otras no establecen esa diferenciación.

Fuera de las prescripciones constitucionales, se discute, para los supuestos de existencia de poder preconstituyente (el que dispone la convocatoria a la reforma, diferente del que la realiza), si está autorizado para fijar tales topes de tiempo, lugar o trámite, o si ello, en cambio, es una competencia propia del órgano constituyente de la reforma, como facultad inherente o implícita suya. En otras palabras, hay que averiguar si el poder preconstituyente de *declarar* la necesidad de una reforma y de *convocar* al órgano de la reforma incluye o no el poder de *regular* la gestión de este último órgano.

La respuesta a esta duda puede estar en el mismo texto constitucional. Si así no fuera, habrá que recurrir al derecho consuetudinario constitucional, que a menudo brinda soluciones prácticas al interrogante.⁸ De no haberlas aquí tampoco, la duda debe inclinarse a favor del poder constituyente y no del preconstituyente. Es atractiva aquí la doctrina de las facultades inherentes e implícitas del poder constituyente

⁶ Las cláusulas pétreas “implícitas” se derivan algunas veces de la redacción del texto constitucional, cuando este enfatiza cierta declaración (por ejemplo, el artículo 18 de la Constitución argentina, al indicar que “quedan abolidas *para siempre* la pena de muerte por causas políticas” (la bastardilla es nuestra). En otros casos derivan de la propia voluntad de los operadores de la constitución; verbigracia, cuando la Corte Suprema, como intérprete final de la constitución, puntualiza que determinado precepto constitucional es irreformable (generalmente lo hace si se trata de una cláusula reputada sociológicamente como muy importante). Véase sobre el tema Néstor Pedro Sagüés: “La recepción de la doctrina de las cláusulas constitucionales pétreas por la Corte Suprema de Justicia”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2007-II-1244.

⁷ A título de muestra: el artículo 7.º de la ley argentina 24309, de convocatoria a la reforma constitucional de 1994, puntualizó: “La convención constituyente no podrá introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la primera parte de la Constitución nacional”.

⁸ En la práctica, por ejemplo, en el derecho constitucional argentino el Congreso, actuando como poder preconstituyente, ha indicado habitualmente el lugar y tiempo de las sesiones, y aun el presupuesto y las remuneraciones de los convencionales constituyentes. La ley 24309, con relación a la reforma constitucional de 1994, indicó también el sistema de votación (en la asamblea constituyente) de determinadas reformas proyectadas. La duda en torno a la validez de tal limitación se

reformador o derivado: a él le tocará autodisciplinarse en los puntos no tratados por la constitución ni resueltos por la costumbre constitucional, mediante la sanción del reglamento respectivo.

De todos modos, el poder constituyente derivado no es un poder constituyente *soberano*, es decir, exento, libre o inmune. En un Estado de derecho, está bajo la constitución. Es un poder *de jure*. Que tenga —en su caso— origen popular no le da una categorización especial, ajena al derecho. Si se rebela contra el andamiaje normativo constitucional, y el subconstitucional dictado como consecuencia del primero, ingresa a la condición de poder constituyente derivado irregular.

En resumen, este subtipo de poder constituyente irregular es el que ha transgredido las reglas constitucionales o subconstitucionales en vigor, en materia de contenido de la reforma (verbigracia, si sanciona normas contrarias al derecho internacional, a principios suprapositivos, a reglas constitucionales pétreas) o de procedimiento (cuando quien realiza la reforma no es el órgano habilitado constitucionalmente para ello, o lo es y ha violado reglas constitucionales o subconstitucionales en materia de trámite, lugar, tiempo y reglamento).

Un caso de interés puede presentarse si un poder constituyente derivado se autotransforma en originario, asumiendo claramente tal carácter mediante una decisión de ruptura jurídica con el orden normativo preexistente. Si lo hace, pasa a ser un poder *de facto*, con todas las consecuencias, jurídicas y políticas, propias de tal condición. Intentará inaugurar un nuevo ciclo o era constitucional, independiente del precedente.

4. Consecuencias del poder constituyente irregular

Inicialmente cabe destacar que el poder constituyente originario tiene menos limitaciones jurídicas que el derivado, aunque de cualquier modo las que hemos mencionado en la sección 1 no dejan de ser significativas también.

La infracción a los condicionamientos jurídicos por el poder constituyente —originario o derivado— irregular, siempre que se trate de defectos graves,⁹ ocasiona la invalidez jurídica de los preceptos afectados por el vicio de contenido o de procedimiento. No obstante, deben formularse varias aclaraciones.

- a. Si un poder constituyente irregular sanciona reglas opuestas al derecho internacional, ellas, como principio, no pueden invocarse para incumplir las obligaciones internacionales del Estado. Así se desprende de la Convención

resolvió cuando la convención aceptó por mayoría el régimen de votación establecido por la ley del Congreso.

⁹ En el caso *Soria*, la Corte Suprema argentina indicó que en principio lo resuelto por una convención constituyente no es justiciable, salvo que hubiera una infracción a los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de una norma. En el caso, se discutía la falta de aprobación de un acta en una convención constituyente que registraba la sanción de un nuevo artículo constitucional. La Corte reputó el asunto no justiciable. Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Fallos*, Buenos Aires: 1963, t. 256, p. 556.

- de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 27). Igualmente, esa violación acarreará responsabilidad internacional para el Estado infractor.
- b. En el ámbito latinoamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde el caso *Almonacid Arellano*, destaca que tanto ella como los tribunales nacionales deben practicar un “análisis de convencionalidad”, a fin de determinar si las reglas jurídicas locales son o no compatibles con las del Pacto de San José de Costa Rica.¹⁰ Por ello, en dicho sistema, una reforma constitucional infractora de la Convención Americana de Derechos Humanos no es válida, y así debe ser reputada por los jueces domésticos, a más de la Corte Interamericana.
- c. La declaración de invalidez de una norma elaborada por el poder constituyente irregular pocas veces está admitida explícitamente por la misma constitución.¹¹ En cambio, a menudo está bloqueada por distintas razones. Ese bloqueo se concreta así: 1) en ciertos casos, por aplicación de la doctrina de las *political questions*, al entenderse como “cuestión no justiciable” el tema. La no judicialidad del producto del poder constituyente puede ser visualizada por algunos como total, pero en otros casos es parcial (por ejemplo, si se admite el control de constitucionalidad de la reforma en asuntos de procedimiento, *matters of procedure*, pero no en temas de contenido, *matters of substance*);¹² 2) ocasionalmente, se ha sostenido también que un poder constituido, como el judicial o un tribunal constitucional, carece de la estatura jurídica para evaluar la constitucionalidad de lo resuelto por un poder constituyente;¹³ 3) en algunos supuestos, es el mismo texto constitucional el que

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Caso *Almonacid Arellano*”, en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Uruguay*, Montevideo, n.º 2007-2, pp. 217 ss.

¹¹ Tales son, por ejemplo, y con distintas manifestaciones, las constituciones de Bolivia, Moldavia, Chile o Colombia (esta última, en cuestiones procedimentales). La constitución de la provincia de Catamarca (1988), en Argentina, incluye una regla drástica, al decir: “Cualquier enmienda o reforma constitucional realizada en violación de una o más de las disposiciones precedentes, serán absolutamente nulas y así podrá ser declarado por la Corte de Justicia, aun de oficio”. Véase Sergio Díaz Ricci: *Teoría de la reforma constitucional*, Buenos Aires: Ediar, 2005, pp. 719 y 764.

¹² La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables carece de precisión conceptual. Ha sido una herramienta maleable según las circunstancias, una “categoría práctica y oportunista” (Gordon Post), mutable, empírica y ajena a principios racionales (Castro Nunes). De hecho, la evaluación de constitucionalidad o validez de una reforma constitucional puede o no ser incluida en ese catálogo, según la discrecional voluntad de los operadores concretos del control de constitucionalidad. Nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés: *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Buenos Aires: Lexis-Nexis, 2005, p. 290.

¹³ Véase sobre el tema Raúl Gustavo Ferreyra: *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, Buenos Aires: Ediar, 2007, p. 565. Advertimos, no obstante, que el poder constituyente derivado es un poder constituido (como lo constatará Luis Sánchez Agesta, quien lo rotula precisamente como “poder constituyente constituido”) y, por ende, no es anómalo que otro poder constituido, como el judicial o un tribunal constitucional extrapoder, pueda revisarlo. En cuanto el poder constituyente originario, de presentarse algún defecto que invalidara lo decidido por él como derecho válido (verbigracia, su oposición al derecho internacional, su carácter inexcusablemente injusto, etcétera), no queda al operador del sistema jurídico otra alternativa que excluirlo como derecho aplicable.

impide el control judicial de la constitución y de los actos promulgados por la asamblea constituyente (artículo 59 transitorio, Constitución de Colombia de 1991).¹⁴ La misma Constitución confiere a la Corte Constitucional competencia para decidir —en el futuro— sobre las demandas de inconstitucionalidad contra actos reformativos de la citada Constitución, cualquiera sea su origen, pero “solo por vicios de procedimiento en su formación” (artículo 241.1), con lo que el bloqueo resulta parcial.

5. Purga del poder constituyente irregular

Los vicios de contenido y de procedimiento del poder constituyente irregular pueden quedar anestesiados por distintas vías.

- a. Una de ellas es la negativa de los órganos de control de constitucionalidad a declarar la invalidez de la reforma, generalmente por autorrestricción, mediante —según vimos— la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables. En otras naciones, la limitación del acceso a la judicialidad de la reforma constitucional se opera por cuestiones de legitimación procesal para promover esa revisión. El número de los sujetos habilitados para iniciar el trámite puede, eventualmente, ser muy reducido.
- b. Otro conducto es la convalidación *expresa* de la reforma inconstitucional, a pesar de los defectos que la perjudican. Ello puede ocurrir si la magistratura constitucional considera que el vicio del caso no es importante, o simplemente juzga que no hubo defecto en lo decidido (aunque lo hubiera). Se aplica así la *norma de habilitación* imaginada por Hans Kelsen: la norma inconstitucional vale como constitucional hasta que sea declarada inconstitucional, y lo resuelto por el órgano máximo de la jurisdicción constitucional es constitucional, por más que sea inconstitucional.¹⁵

¹⁴ Una disposición de este tipo tendría cierta razón de ser (pero no de modo absoluto, como vimos) si la asamblea actuó como poder constituyente originario, pero nunca si operó como poder constituyente derivado. Por razones de lógica jurídica, el autor de un acto eventualmente nulo no debería estar habilitado para impedir su declaración de nulidad, que él provocó.

¹⁵ Véase Hans Kelsen: *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. por Eduardo García Máynez, México: UNAM, 3.^a ed., 1969, pp. 187 ss.; Enrique Aftalión, Fernando García Olano y José Vilanova: *Introducción al derecho*, 5.^a ed., Buenos Aires: El Ateneo, 1956, t. II, pp. 487 ss. Sobre la norma de habilitación, sus proyecciones y modalidades, en particular sobre el tema que nos ocupa de revisión jurisdiccional de la constitucionalidad de una reforma constitucional, véase Jorge R. Vanossi: *Teoría constitucional*, Buenos Aires: Depalma, 1975, t. I, pp. 228 ss.

¹⁶ La reforma constitucional argentina de 1957 fue convocada por un gobierno de facto, y no por el Congreso, según lo dispone el artículo 30 de la Constitución. Además, hubo graves proscripciones políticas en la elección de los convencionales constituyentes. No obstante, el principal artículo aprobado en la reforma (artículo 14 *bis*) continúa en vigor, principalmente debido a que sus cláusulas (relativas a los derechos de los trabajadores y otras pautas del constitucionalismo social) fueron reputadas por la comunidad como intrínsecamente aceptables y justas.

- c. Otra ruta es la convalidación de la reforma mediante el derecho consuetudinario constitucional. Si los operadores de la constitución hacen funcionar habitualmente la norma inválida, ello generará a la postre costumbre constitucional aprobatoria del derecho irregularmente aprobado. A menudo, esa consolidación vía costumbre se refuerza cuando el precepto irregular bajo examen brinda una solución justa a la cuestión que trata.¹⁶ La legitimidad de contenido hace olvidar, así, la ilegitimidad de trámite.
- d. Ha sido frecuente, en la experiencia jurídica latinoamericana, utilizar al referéndum constitucional como acto santificador del poder constituyente irregular. Conforme a este artificio, la reforma constitucional (o la nueva constitución) elaborada irregularmente es sin embargo ratificada y convalidada por el cuerpo electoral.

El recurso a la democracia plebiscitaria y electoralista no es jurídicamente concluyente, porque si algo es insalvablemente inválido el electorado no puede mágicamente redimirlo (también lo decidido por el pueblo, en contra del derecho, en un régimen de *rule of law* es anulable); pero desde el ángulo político resulta un argumento muy fuerte, casi incontenible,¹⁷ en particular para disimular y superar (siempre desde una perspectiva política) defectos del procedimiento constitucional reformista, verbigracia, de órgano y de trámite. En cambio, este método no parece definitivo para sanear recetas constitucionales intrínsecamente injustas, que siempre claman por su abandono, o lesivas del derecho internacional de los derechos humanos, cuestionables incluso ante la jurisdicción supranacional.

Una variable redentora del proceso constituyente ha sido convocar, además de referendos convalidatorios de una nueva constitución irregularmente elaborada, a consultas populares habilitantes de dicha reforma, y por ende previas a ella, estén o no previstas tales consultas en la constitución como un paso propio del proceso constituyente. Ese ha sido el reciente caso de Ecuador. En tales hipótesis, habría dos instancias populares de saneamiento del poder constituyente irregular: una, antes de ejercerlo, y la otra, como su culminación.

Interesa apuntar que el llamado a una consulta popular en pro de la realización de una reforma constitucional se ha verificado recientemente en la República

¹⁷ La fuerza convalidatoria del referéndum se basa en la doctrina del legitimismo democrático. Si el poder constituyente radica en el pueblo y este se expide aprobando la constitución, el debate sobre la validez del nuevo texto constitucional terminaría sin más. Con mención de la opinión de Pedro de Vega y Constantino Mortati, véase Díaz Ricci: o. cit., pp. 722, 734-735.

¹⁸ Véase Eduardo Jorge Prats: "La reforma constitucional en República Dominicana: un proceso en marcha", en *Revista Peruana de Derecho Público*, n.º 15, Lima, 2007, p. 60. El autor justifica la consulta de mención a pesar de que no figura en el texto constitucional vigente. Expone al respecto que el presidente tiene derecho de iniciativa en el proceso de reforma, y que nada le impediría convocar al pueblo para conocer su opinión al respecto, evitando así que una asamblea constituyente monopolizara el trámite de la enmienda.

¹⁹ Se ha observado, con razón, que con frecuencia la ejecución de una sentencia declarativa de la invalidez de una reforma constitucional, cuando así se pronuncia, depende de instancias

Dominicana, a pesar de no figurar explícitamente en la Constitución por enmendarse.¹⁸ En el caso bajo examen, esa consulta no significa necesariamente que el proceso constituyente posterior padezca de irregularidad.

- e. En ciertos casos, hay acuse de inconstitucionalidad de una reforma constitucional y pronunciamiento admisorio de tal planteo por el órgano de control, pero la resolución respectiva no es cumplida. Tal crisis de eficacia o de acatamiento termina por hacer funcionar, de todos modos, la reforma decidida irregularmente por el poder constituyente.¹⁹

6. El poder constituyente irregular en el escenario latinoamericano

Es un dato preocupante de la realidad subcontinental la frecuente aparición del poder constituyente irregular.

Para mencionar algunos ejemplos: la Constitución de Colombia de 1991, según se ha observado, no cumplimentó el trámite reformista programado por la anterior Constitución de 1886.²⁰ No obstante, la nueva carta ha subsistido, por haber resultado exitosa la prohibición que incluye sobre el control de su constitucionalidad (artículo transitorio 59), asunto al que hemos hecho ya referencia, y además por el mérito intrínseco que ella posee, sobre el que media, en términos generales, consenso.

A su turno, la Constitución del Perú de 1993 se elaboró por un órgano distinto al programado por el texto reemplazado de 1979, y su referéndum aprobatorio fue sumamente cuestionado en lo que hace a su cómputo y limpieza electoral. Muy objetada después en su contenido, la permanencia de la Constitución se explica —entre otras razones— por no existir consenso político acerca de cómo reemplazarla (por el texto constitucional anterior o por otra constitución).

La reforma constitucional argentina de 1994 tuvo serios defectos en la etapa preconstituyente, o de adopción de la ley 24309 de reforma constitucional.²¹ A su turno, el

políticas más que jurídicas. Un ejemplo de la frustración por omisión de cumplimiento ha sido el caso *Cerrezuela*, decidido por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Rioja, en Argentina. Véase Díaz Ricci: o. cit., pp. 724 y 764.

²⁰ *Ibidem*, p. 723.

²¹ Hubo defectos constitucionales de tramitación de la ley 24309, e incluso los textos aprobados en las dos cámaras del Congreso no coinciden entre sí. Véase Néstor Pedro Sagüés: “Introducción”, en Constitución de la Nación Argentina, 10.ª ed., Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 21.

²² Sobre el caso *Fayt*, véase Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Fallos*, Buenos Aires, 1999, t. 322, p. 1616. La sentencia despertó una intensa polémica en varios sectores de la doctrina. Véase Antonio M. Hernández: “El caso Fayt y sus implicancias constitucionales”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 5, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 453 ss. Por nuestra parte hemos considerado que el desborde de competencias en que habría incurrido la convención era un tema por cierto opinable, y que en caso de duda debía concluirse la validez de lo actuado. Eso, fuera de las críticas de fondo que merecía la norma sancionada por la asamblea constituyente.

²³ Véase Luis Aguiar de Luque y Fernando Reviriego Picón: “Implicaciones constitucionales del giro político en algunos países iberoamericanos (2005-2007)”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 27, Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública, 2007, pp. 232 ss.

texto aprobado por la convención constituyente (no hubo referéndum) olvidó incluir un artículo que se había sancionado, cosa que se enmendó —curiosamente— con una ley ordinaria del Congreso de la Nación (24330) varios meses posterior a la conclusión de aquella asamblea, y que además corrigió una serie de errores de redacción del texto aprobado por la convención. Como dato de interés, la Corte Suprema de Justicia declaró más tarde inconstitucional un artículo aprobado por la citada reforma, por entender que la convención se había excedido del temario previsto por la ley de convocatoria 24309.²²

La reforma constitucional venezolana de 1999, por su parte, fue realizada mediante una convención no prevista por el texto removido de 1961. Terminó siendo aprobada por referéndum.

En Bolivia, una reforma aprobada en el 2004 permitió la convocatoria, por ley especial, a una convención constituyente, a tenor del nuevo artículo 232.²³ La asamblea funcionó en el 2007. No obstante, la aprobación “en grande” (con la mera lectura del índice del nuevo texto), el 24 de noviembre del 2007, en la sede de un colegio militar en Sucre, y la posterior aprobación en detalle, pero en una sede universitaria de Oruro, el 9 de diciembre, en un marco de alta conflictividad, ausencias y dificultades para sesionar, no evidencian un proceso constituyente impecable. Por lo demás, la nueva carta debe ser sometida a referéndum aprobatorio, trámite que en la actualidad (octubre de 2008) es profundamente discutido en tal país.

Ecuador inició a partir del 2007 una gesta reformista que partió de una consulta popular convocada por el presidente de la Nación, en orden a preguntar a la ciudadanía si estaba de acuerdo con la instalación de una asamblea constituyente con plenos poderes, a fin de dictar una nueva constitución, de conformidad con un estatuto electoral que se adjuntaba. Fuera de las objeciones planteadas hacia la consulta en sí, que se fundó en el artículo 171, inciso 6, de la Constitución,²⁴ lo cierto es que esta no disponía su reforma mediante una asamblea constituyente. Para viabilizarla, el Poder Ejecutivo invocó que el pueblo era el titular único del poder constituyente y que este, por su propia naturaleza, es soberano, indelegable e indivisible (decreto 2 del 16.1.2007). Con tal argumentación, aparentemente, y previo referéndum preliminar aprobatorio de la consulta, el pueblo podía abrir una vía de reforma no contemplada por la Constitución, como efectivamente se hizo. El nuevo texto, ya concluido, también fue sometido a referéndum (artículo 23 del Estatuto electoral mencionado) y aprobado por tal medio el 28 de septiembre del 2008.

En definitiva, cabe constatar que el ejercicio del poder constituyente irregular, por diferentes vías de confirmación, ha sido habitualmente exitoso en la experiencia jurídica latinoamericana. Tal es un dato muy significativo emergente de la dimensión fáctica o existencial del derecho constitucional, que desde luego no puede ignorarse, y que parece querer configurar hasta una especie de derecho consuetudinario constitucional.

Pero esa frecuente dosis de aprobación del poder constituyente irregular (directa o por inacción de los órganos de control de constitucionalidad) debe provocar un serio llamado de atención. Al asumirse el problema, tiene que quedar bien en claro que el

²⁴ *Ibidem*, pp. 237 ss.

recurso a referendos convalidatorios de reformas constitucionales irregulares no es una solución axiológicamente aceptable en un Estado de derecho.

Al respecto, debe subrayarse que no resulta legítimo transgredir los procedimientos jurídicos de reforma, con el pretexto político de que la aprobación popular del nuevo documento purga cualquier defecto de trámite y justifica cualquier contenido en lo sancionado. Eso podrá ser convincente —quizá— en el marco de una democracia rousseauiana y plebiscitaria de masas, donde se rinda culto idolátrico a la *volonté général*, cualquiera sea la forma en que se exprese, pero no es propio de una democracia perfeccionada por el derecho, es decir, por el imperio de la ley.

La remisión al *pueblo soberano*, en efecto, para justificar cualquier decisión tomada en su nombre es engañosa. En el Estado constitucional, recuerda Martín Kriele,²⁵ nadie es, en sentido preciso, *soberano*, porque todos deben ejercer sus competencias en el marco que prescriba la Constitución.

²⁵ Martín Kriele: *Introducción a la teoría del Estado*, trad. por Eugenio Bulygin, Buenos Aires: Depalma, 1980, pp. 149 ss.

Bibliografía

- AFTALIÓN, Enrique, Fernando GARCIA OLANO y José VILANOVA: *Introducción al derecho*, Buenos Aires: El Ateneo, 5.^a ed., 1956.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis, y Fernando REVIRIEGO PICÓN: “Implicaciones constitucionales del giro político en algunos países latinoamericanos (2005-2007)”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 27, Madrid: Instituto Nacional de la Administración pública, 2007.
- BOFFI BOGGERO, Luis María: “La llamada responsabilidad por acto propio, o subjetiva”, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 1978.
- DÍAZ RICCI, Sergio: *Teoría de la reforma constitucional*, Buenos Aires: Ediar, 2005.
- EISENMANN, Charles: *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, cit. por Segundo V. LINARES QUINTANA: *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. 3, Buenos Aires: Plus Ultra, 2.^a ed., 1977.
- FERREYRA, Raúl Gustavo: *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, Buenos Aires: Ediar, 2007.
- HERNÁNDEZ, Antonio María: “El caso Fayt y sus implicancias constitucionales”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 5, Madrid, 2001.
- KELSEN, Hans: *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. por Eduardo García Maynez, México: UNAM, 3.^a ed., 1969.
- KRIELE, Martín: *Introducción a la teoría del Estado*, trad. de Eugenio Bulygin, Buenos Aires: Depalma, 1980.
- PRATS, Eduardo Jorge: “La reforma constitucional en la República Dominicana: un proceso en marcha”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 15, Lima, 2007.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro: *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.
- “Introducción”, en *Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires: Astrea, 10.^a ed., 2004.
- “La recepción de la doctrina de las cláusulas constitucionales pétreas por la Corte Suprema de Justicia”, en *Jurisprudencia Argentina*, t. II, Buenos Aires, 2007.
- *Teoría de la constitución*, Buenos Aires: Astrea, 2001.
- SPOTA, Alberto A.: *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires: Plus Ultra, 1975.
- VANOSI, Jorge R.: *Teoría constitucional*, t. I, Buenos Aires: Depalma, 1975.
- VIGO, Rodolfo Luis: *La injusticia extrema no es derecho* (de Radbruch a Alexy). Buenos Aires: La Ley, 2006.