

EL PODER CONSTITUYENTE

Patrocinio L. Correa Noriega

SUMARIO:

49. Concepto, caracteres, naturaleza del Poder Constituyente.- 50. Acto, proceso y producto constituyente.- 51. Titularidad de origen y de ejercicio del Poder Constituyente.- 52.- Formas del Poder Constituyente.- 53. Poder Constituyente y poderes constituidos.- 54. Límites del Poder Constituyente.- 55. Cambio y Reforma de la Constitución.- 56. Poder Constituyente y Soberanía.

49. CONCEPTO, CARACTERES Y NATURALEZA DEL PODER CONSTITUYENTE:

49.1. Concepto de Poder Constituyente:

Ninguna manifestación de la cultura puede prescindir de un creador. La sola presencia de la Constitución Política, configuradora del Estado y del Derecho, nos hace presumir la existencia de una fuerza capaz de haberla estructurado. A esa maravillosa potencia generadora de la Carta Fundamental, la denominamos Poder Constituyente.

Se trata pues de esa capacidad extraordinaria que tiene el pueblo, para darse una Constitución y, con ella, instaurar el Estado, las leyes, las autoridades y el gobierno que convenga a sus intereses.

Hablamos de capacidad extraordinaria, en directa alusión a la carencia de limitaciones de la sociedad preestatal, para decidir, por sí sola, y sin ingerencia extraña, el destino presente y futuro de sus habitantes, de sus recursos y de sus potencialidades de desarrollo.

49.2. Caracteres del Poder Constituyente.

El Poder Constituyente tiene los siguientes caracteres: Es originario, permanente, uno e indivisible, eficaz, intransferible, inalienable e imprescriptible.

a. Es originario, porque se fundamenta directamente en la voluntad popular. No deriva de ninguna norma constitucional, legal ni reglamentaria, y es, en cambio, el formador de todo el sistema normativo del ordenamiento jurídico del Estado.

- b. Es permanente**, porque no se agota con la puesta en vigencia de la Constitución Política. A partir de ese momento cesan las actividades de los encargados de ejercer el Poder Constituyente, pero este poder no desaparece, sino retorna al pueblo, donde permanece en estado latente, a la espera de que nuevas circunstancias sociopolíticas le obliguen a activarse nuevamente.
- c. Es uno e indivisible**, porque una es la voluntad del pueblo, una la decisión de designar representantes y una la Constitución que éstos deberán producir. Ciertamente es que un organismo colegiado ejerce el Poder Constituyente, pero esa pluralidad de individuos, está reunida con un solo fin, y por muy diversas que sean las posiciones de cada uno de ellos, finalmente tendrán que llegar a consensos o a tomar acuerdos por mayorías. No olvidemos que ellos integran una unidad orgánica; si se dividieran, desnaturalizarían su función y perderían las facultades para las que fueron elegidos.
- d. Es eficaz**, porque las normas que produce tienen la virtud de ser obligatorias, incluso compulsivamente con el apoyo de la fuerza pública, tanto para los gobernantes como para los gobernados. Cada uno de ellos ve en la Constitución, una efectiva garantía de orden y seguridad social.
- e. Es intransferible**, puesto que pertenece únicamente al pueblo, y nadie, sin su expresa autorización, puede ejercerlo válidamente. Dejamos en claro que los legisladores constituyentes elegidos por el pueblo, solo son encargados temporales del ejercicio del Poder Constituyente. La circunstancia de haber sido ungidos con la representación no los convierte en titulares vitalicios de este poder creador. Terminada su función, vuelven a ser ciudadanos individuales, es decir personas naturales sin ninguna prerrogativa especial.
- f. Es inalienable**, toda vez que no es imposible enajenarlo. En efecto, el Poder Constituyente, por su propia naturaleza extramatrimonial, no puede ser objeto de transferencia temporal o perpetua. En el mismo momento que se intentase darle otro dueño, se anularía la independencia, la autodeterminación, y con ello desaparecería el mismo Estado y, con él, también se esfumaría el Derecho.
- g. Es imprescriptible**, ya que no se extingue a causa de su inactividad en el transcurso del tiempo. El Poder Constituyente, puede permanecer sin ser ejercido por décadas y hasta por siglos, pero allí está a la espera de que las necesidades del pueblo, determinen su activación.

49.3. Naturaleza del Poder Constituyente:

Cuando tratamos de averiguar cual es la naturaleza del Poder Constituyente,

tenemos que preguntarnos, si éste se halla ubicado dentro de la esfera normativa, o si, por el contrario, debemos buscarlo en el campo extra normativo.

Si decimos que el poder creador de la Constitución se localiza en el área normativa, estaremos afirmando que éste tiene una indiscutible naturaleza jurídica y, por lo tanto, debe ser estudiado por la Ciencias del Derecho. Si, en cambio, sostenemos que el Poder Constituyente está situado en un espacio extra normativo, tendremos que admitir que éste es un fenómeno socio político y, claro está, deberá ser objeto de estudio de las ciencias sociales y políticas.

Hoy en día la gran mayoría de estudiosos han llegado a la conclusión de que el Poder Constituyente tiene una existencia anterior y superior al ordenamiento jurídico estatal. Es por lo tanto un fenómeno extra jurídico, de naturaleza fundamentalmente política. Entra en los predios del Derecho Constitucional, por el carácter dual de nuestra disciplina. No nos olvidemos que ésta tiene dos facetas, la una jurídico normativa y la otra político factual. Es así que al Derecho Constitucional llega a interesarse por el Poder Constituyente.

50. ACTO, PROCESO Y PRODUCTO CONSTITUYENTE.

50.1. Acto Constituyente:

Todo acto es una manifestación de voluntad que crea, modifica o extingue derechos y obligaciones. El acto constituyente es la más trascendente expresión de la voluntad de los miembros de una sociedad preestatal, quienes deciden, a partir de ese momento, articularse en una unidad política y jurídica.

Antes del acto constituyente, había solamente hombres aislados, multitudes espontáneas, hordas salvajes unidas por despiadadas jefaturas, reinos sojuzgados por la omnipotente voluntad de reyes tiranos, imperios sometidos por la fuerza de las armas, en fin, sociedades gobernadas por la arbitrariedad, la injusticia, la desigualdad y el despotismo.

Después del acto constituyente, empezó el cambio. Los hombres interconectaron sus intereses particulares, los agrupamientos humanos organizaron los servicios comunes, la igualdad, la libertad, el bienestar general y la justicia se convirtieron en valores anhelados por la colectividad.

Dentro de un ambiente de autodeterminación e independencia, el orden dejó de depender la voluntad del más fuerte. Se dividió el poder político. Los gobernantes en general, empezaron a ser elegidos y controlados por los ciudadanos, teniendo como referentes fiscalizadores la Constitución y las leyes.

50.2. Proceso constituyente.

Con este epígrafe aludimos al conjunto de etapas o pasos secuenciados, a través de los que se ejerce el poder constituyente. Comienza por la convocatoria a elecciones para designar a los representantes del pueblo, quienes tendrán el encargo de redactar el proyecto de Constitución Política.

Estos representantes, se reúnen y forman el cuerpo legislativo extraordinario, llamado asamblea constituyente, Este cuerpo constituyente se da su propio reglamento y empieza sus trabajos legislativos. Luego de organizarse para cumplir esta magna función, se dedican a elaborar el proyecto de Constitución que el pueblo les ha encargado.

Terminado este trabajo, el proyecto es sometido a consulta popular. Si la mayoría de los ciudadanos lo aprueba en referéndum, entonces puede decirse que ya nació la Constitución. Lo demás es simple trámite administrativo. La máxima autoridad existente en la sociedad preconstitucional, la promulga y manda publicarla, luego entra en vigencia.

50.3. Producto constituyente.

Con este nombre estamos refiriéndonos a la Constitución Política del Estado, es decir al conjunto de normas supremas que, en adelante, regirán el comportamiento de la unidad política que surgió en el mismo momento en que se produjo el acto constituyente.

Como todo, la Constitución es el producto de un largo y complejo proceso en el que se compatibilizan los intereses económicos, las posiciones políticas, las concepciones sociales, religiosas, culturales, etc.

51. TITULARES ORIGINARIOS Y DE EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE:

¿De dónde viene esa suprema energía?. ¿Dónde se deposita?. ¿Quién la detenta?. ¿Cómo se manifiesta?. ¿Cuáles son sus efectos?. No hay respuestas unánimes para estas interrogantes.

En la actualidad nadie duda, que el Poder Constituyente viene del pueblo y radica en él. Quienes lo ejercen, actúan a título de representación temporal y específica. Ellos deben solo y únicamente redactar el proyecto de Constitución y nada más.

Sin embargo no siempre se pensó así. Los partidarios de las corrientes teológicas por ejemplo, afirmaban que el Poder Constituyente proviene de Dios, autor y consumidor de todas las cosas y, desde luego, también de este poder soberano. El célebre pensador francés Joseph Bénigne Bosuet (1627 – 1704) llegó a decir que ni las hojas de los árboles se mueven, sin la permisión de la Divina ‘Providencia; el Poder Constituyente, según esta corriente teológica, no puede tener otro origen que las inconmensurables potestades celestiales.

Los defensores de los regímenes monárquico absolutos, sostuvieron que el Poder Constituyente, se halla en la volunta del Rey, como persona, y/o en la Corona, como institución. El filósofo inglés Thomas Hobbes (1588 - 1679) decía que para salir del Estado de Naturaleza, los hombres se desprenden de sus libertades y capacidades de decisión individuales, y los confían al Príncipe, de una vez y para siempre. A partir de este momento, el citado Príncipe actúa en representación de todos los integrantes de la comunidad que le cedió la suma de sus poderes personales.

Los mentores de gobiernos aristocráticos, atribuyen a la Nobleza la calidad de depositaria del Poder Constituyente. Recordemos al sabio griego Platón (428 – 347 a. C.), quien estaba plenamente convencido que los filósofos eran los llamados a gobernar, teoría que fue acogida en Roma, para justificar el régimen de los patricios.

Los revolucionarios franceses, de finales del siglo XVIII, Emmanuel Joseph Sieyès (1748 - 1836) entre ellos, enfatizó que el Poder Constituyente se encuentra en la nación. Consecuentemente habría que ir a ella para consultarla, antes de tomar decisiones fundamentales que comprometan el futuro de sus habitantes. Sieyès perfecciona las ideas de su compatriota Jean-Yacques Rousseau (1724 – 1778) sobre la representación democrática, afirmando categóricamente que el Parlamento representa a la nación.

Quienes aspiramos a un gobierno democrático, creemos que el Poder Constituyente radica en el pueblo, o sea en el conjunto de ciudadanos del Estado. La Carta peruana de 1993, en su Art. 46, recoge esta postura, cuando señala que el poder político procede del pueblo y se ejerce conforme a la Constitución y las leyes.

De lo hasta aquí dicho se deduce, en forma transparente, que el titular originario del Poder Constituyente es el pueblo, o sea el conjunto de ciudadanos electores.

El titular de ejercicio de este mismo poder es el órgano al que se le encomienda redactar el proyecto de la Constitución Política. Esta entidad

puede tener diferentes nombres, tales como: Asamblea Constituyente, Convención Constituyente, Cortes Constituyentes, Congreso Constituyente, etc. Sea cual fuere su denominación, se trata del órgano que a título de representación, es el titular de ejercicio del Poder Constituyente.

52. FORMAS DEL PODER CONSTITUYENTE.

El Poder Constituyente. es uno solo. A fin de estudiarlo con mayor facilidad, se ha convenido en distinguir dos formas, a través de las cuales se manifiesta esta fuerza creadora del ordenamiento constitucional. Ellas son:

- El Poder Constituyente Originario.
- El Poder Constituyente Derivado.

52.1. El Poder Constituyente Originario:

El poder constituyente originario tiene como función, crear la Constitución Política. Se activa cuando es necesario darse una primera Constitución, o cuando la que está vigente ha devenido en obsoleta y se requiere cambiarla. En el primer caso, se estará frente al poder constituyente fundacional; en el segundo, frente al poder constituyente transformador.

El primer Congreso Constituyente del Perú se instaló en 1822. Elaboró la Constitución peruano de 1823. Este Congreso tuvo potestades constituyentes originarias fundacionales. Los demás congresos, asambleas y convenciones constituyentes que se han sucedido, también han ejercido facultades constituyentes originarias, pero solamente transformadores. A ellos les debemos nuestras 11 constituciones políticas restantes. Son también organismos constituyentes originarios fundacionales:

- La Convención Constituyente de los EE. UU. de Norteamérica de 1787.
- La Asamblea Constituyente francesa de 1789.
- Las Cortes Constituyentes españoles de 1810.

52.2. Poder Constituyente Derivado:

Llamado también poder de reforma, el poder constituyente derivado tiene la misión de modificar parcialmente la Constitución Política, en tanto lo exijan las circunstancias sociales, económicas, políticas y culturales, que se han

suscitado, con posterioridad a la puesta en vigencia del texto constitucional vigente.

En la doctrina se discute sobre la existencia o inexistencia del poder constituyente derivado. Un sector de la doctrina lo niega, puesto que al estar encargado su ejercicio a un congreso ordinario, no sería poder constituyente sino constituido, más aún, si ese ejercicio está limitado a un procedimiento fijado por la propia Constitución, que le señala rigurosamente sus alcances.

De otro lado están los que sostienen que el poder constituyente derivado si existe y es real, puesto que ningún poder constituido puede modificar la Constitución Política del Estado. Esa labor solo la puede desempeñar el poder constituyente. El hecho que se encargue su ejercicio a un congreso ordinario, no quiere decir que deje de ser constituyente la fuerza modificatoria de la Constitución. Lo es por dos razones fundamentales:

- La primera, porque el propio legislador constituyente delegó este poder supremo en el congreso común.
- La segunda, porque este congreso común, al modificar la Constitución, está trabajando con materia constitucional, y quien trabaja con materia constitucional ejerce funciones constituyentes, en forma real y efectiva. De lo contrario su labor carecería de validez. Dicho en resumen, la reforma constitucional que efectúa el congreso ordinario sería nula, si éste no tuviera potestades constituyentes.

53. PODER CONSTITUYENTE Y PODERES CONSTITUIDOS:

Como lo tenemos expuesto en las líneas precedentes, entre poder constituyente y poderes constituidos, hay una relación de causa a efecto. El poder constituyente es una fuerza creadora del Estado y del Derecho. Los poderes constituidos, son también fuerzas, pero creadas por el poder constituyente y su misión es implementar la estructura del Estado, teniendo como base el diseño contenido en la Constitución Política.

Dicho de otro modo, los poderes constituidos son instituciones creadas por el poder constituyente. Concretamente hablando, al poder constituyente lo hallamos materializado en su producto, la Constitución Política; a los poderes constituidos, en las leyes comunes y en los organismos estatales ordinarios.

Los poderes constituidos tienen dos características fundamentales:

- Es un conjunto de instituciones gubernamentales, a través de las cuales se va a expresar orgánica y formalmente el poder político del Estado, en un periodo de continuidad y permanencia, posterior

a su establecimiento por el poder constituyente.

- La subordinación jurídico normativa de los poderes constituidos respecto del poder constituyente. Éste, modela el Estado y todas las instituciones políticas existentes, con expreso señalamiento de sus competencias, a través de las normas contenidas en la Constitución Política, producto de una Asamblea Constituyente. Aquellos, ajustan su accionar a las normas legales ordinarias dictadas por un órgano legislativo común.

La segunda característica conlleva una diferenciación más. El poder constituyente puede reformar la Constitución, y con ello, modificar sustancialmente la composición y competencias de los poderes constituidos, pudiendo si fuera el caso, hasta eliminar alguno de ellos. En cambio la reforma constitucional llevada a cabo por los poderes constituidos, debe hacerse dentro del marco normativo de la Constitución, sin variar absolutamente nada el procedimiento preestablecido, y por lo tanto, sin afectar en lo más mínimo la voluntad rectora del poder constituyente.

Podemos decir sin temor a equivocarnos que el poder constituyente es una energía creadora del Estado y del Derecho. La voluntad del Poder Constituyente se materializa en la Constitución Política. Los encargados de ejecutar la voluntad del poder constituyente son los poderes constituidos.

En 1653 los ingleses con su Instrument of Government, buscaban **crear** (poder constituyente) una **Suprema Norma** (Constitución Política) que estuviera fuera del alcance modificadorio tanto de la **Corona** como del **Parlamento** (poderes constituidos). Por ello muchos estudiosos opinan que el Instrument Of Government es la primera Constitución Política del mundo. Claro que es discutible esta afirmación, pero en ella aparece ya nítida la diferenciación entre normas constitucionales y normas legales ordinarias, así como entre poder constituyente, Constitución y poderes constituidos.

54. LÍMITES DEL PODER CONSTITUYENTE:

El poder constituyente se ubica más allá de la esfera jurídica. Su existencia es anterior y superior al Estado y al Derecho, de los que es su creador y diseñador. ¿Cuáles son sus límites?. Esa es la inquietud que trataremos de dilucidar a continuación.

54.1. Límites del Poder Constituyente Originario:

a. Límites Formales:

Las actividades del poder constituyente no pueden estar gobernadas por

órganos o procedimientos de naturaleza jurídica.

Éstos nacerán recién al final del proceso constituyente, precisamente como producto de esas labores creadoras.

Dicho en otras palabras, el poder constituyente originario, no tiene límites formales ni restricciones legales.

Del mismo modo que no existe ley común que se ubique por encima de la Constitución Política, no hay poder alguna que posea más jerarquía que el poder constituyente originario. Si se admitiera lo contrario, desaparecería el constitucionalismo, la constitucionalidad y el sistema democrático no tendría sustento.

b. Límites materiales:

El poder constituyente originario tiene límites materiales, que será conveniente conocer, para lograr un mejor dominio de este tema. Estos límites pueden ser agrupados en:

- Fácticos.
- Ideológicos.
- Axiológicos.

Se conoce como **límites fácticos** al conjunto de factores sociales, políticos, económicos, religiosos, etc. que forman el entorno real de los sujetos que ejercen el poder constituyente originario. Son ejemplos de este tipo, entre otros, la estructura económica de la sociedad, el nivel de desarrollo de las fuerzas productivas, la interacción de las clases sociales, la presión de los grupos de poder, la influencia de los medios masivos de comunicación, las expectativas de los líderes, etc. Estos factores crean las necesidades sociales y estas necesidades exigen determinada forma de instituciones político-jurídicas apropiadas para su satisfacción. El texto constitucional deberá contener tales instituciones y no otras, si en verdad quiere ser la carta fundamental del país. De lo contrario, será, como lo dijera hace muchos años, el jurista alemán Fernando Lassalle, un simple conjunto de papeles mojados en tinta.

De otro lado, son **límites ideológicos**, los conceptos, teorías, opiniones y creencias que integran determinada concepción filosófica acerca de la naturaleza, la sociedad y el pensamiento. Ésta sirve para orientar el accionar de las personas, las colectividades y las instituciones. Por ejemplo, todos o, cuando menos, la mayor parte de los habitantes de un país, aspira alcanzar el progreso social gradualmente, sobre la base de su esforzado trabajo futurista. Todos sabemos que la sociedad avanza de lo simple a lo complejo, de lo inferior a lo superior. Por eso mismo sería absurdo

aprobar una Constitución que reinstaure el imperio de los incas, o reimplante el colonialismo español. El pueblo no lo permitiría.

Finalmente, son **límites axiológicos**, el conjunto de acciones, reacciones, conductas y actitudes éticas, consideradas como valiosas para la sociedad. Se les conoce como valores y están orientados al logro de fines y objetivos concretamente determinados. Sus opuestos son los antivalores, que por su contenido contrario a los nobles fines sociales que se anhela, son repugnados por la comunidad. Nadie aprobaría por ejemplo, una Constitución que legalizara el aborto, el tráfico de sangre, la trata de blancas, el comercio ilícito de estupefacientes, etc.

51.2. Límites del Poder Constituyente derivado:

A diferencia del poder constituyente originario, el derivado si tiene límites formales. En efecto, su competencia alcanza sólo y únicamente a la reforma constitucional, y esta reforma se halla prevista en el mismo texto de la Constitución que ha de ser reformada, para cuyo efecto se tendrá que seguir rigurosamente el procedimiento establecido por la misma Constitución, bajo sanción de nulidad.

Un ejemplo de estos límites es el Art. 206 de la Constitución peruana de 1993, que establece que el órgano competente para reformarla es el Congreso ordinario, mediante el procedimiento igualmente establecido por este mismo artículo.

Puede decirse en resumen que el poder constituyente derivado tiene como límites formales, los dispositivos establecidos por la misma Constitución, a los que habrá que añadir todos los límites materiales que afectan al poder constituyente originario.

55. CAMBIO Y REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN:

Aparentemente el cambio y la reforma constitucional aluden a un mismo problema. Realmente no es así. La reforma es la modificación parcial de la Constitución; el cambio, la sustitución de un viejo texto constitucional por otro nuevo.

La reforma está prevista por la propia Constitución; el cambio, no. Toda Constitución tiene vocación de perpetuidad y aspira a perdurar indefinidamente, por eso mismo, generalmente no dice nada sobre la forma en que debe ser sustituida.

El cambio de la Constitución lo lleva adelante el poder constituyente originario, a través de una asamblea, congreso, convención o corte

constituyente; la reforma constitucional, lo realiza el congreso constituido, siguiendo el procedimiento establecido por la propia Constitución.

El cambio se realiza mediante procedimientos extra constitucionales, pues como lo repetimos, todo texto constitucional pretende regir perpetuamente la vida del Estado de allí que se abstenga de prever su reemplazo por otro texto fundamental.

Puede el poder constituyente originario reformar la Constitución? Naturalmente que sí. Y, es más, puede reformarle mediante acuerdos aprobados por mayoría simple, pues ya lo dijimos, no tiene límites legales o formales para la realización de sus actividades legislativas extraordinarias.

Los límites establecidos por la Constitución no le alcanzan. Puede, incluso, reformar esos mismos límites constitucionales sin ninguna dificultad.

Si un congreso constituyente, luego de elaborar la Carta Política siguiera legislando, no podríamos tener estabilidad constitucional. Habría constante peligro del abuso del poder de reforma.

La absoluta mayoría de constitucionalistas del mundo, recomiendan disolver el órgano constituyente, una vez el los sujetos que lo integran, hayan terminado de redactar el texto constitucional. La necesidad de tener una constitucionalidad estable así lo requiere.

56. PODER CONSTITUYENTE Y SOBERANÍA:

La soberanía es el poder supremo del Estado, en virtud del cual esta formación social, jurídica y política, no se somete ni reconoce otro poder superior a su propia capacidad de ser y actuar por si mismo y en forma autónoma.

La soberanía se expresa en dos facetas. La primera, está dada por la autodeterminación, es decir por la capacidad que tiene el Estado para adoptar la organización, las leyes y las autoridades que le convengan.

La segunda faceta corresponde al aspecto externo del Estado. Se expresa a través de la independencia con que actúa para autodeterminarse, sin pedir consentimiento a ninguna potencia extraña.

Lo repetimos una vez más, la soberanía pertenece al Estado. El poder constituyente es anterior al Estado, por lo tanto no ejerce soberanía alguna,

puesto que antes del nacimiento del Estado, aún no hay soberanía. El poder constituyente ejerce el mandato directo del pueblo, que se halla por encima de la soberanía estatal.