



PODER CONSTITUYENTE Y CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO: EL  
PROBLEMA DE LAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES DE REEMPLAZO

CONSTITUENT POWER AND ABUSIVE CONSTITUTIONALISM: THE  
PROBLEM OF THE CONSTITUTIONAL CLAUSES REPLACEMENT

*José Miguel Rojas Bernal*

josemiguelrb@hotmail.com

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Recibido: 23 de noviembre de 2016

Aceptado: 11 de diciembre de 2015

SUMARIO

- El caso de Egipto y el retorno del problema del poder constituyente
- El poder constituyente como poder emancipador
- El constitucionalismo abusivo
- Las cláusulas constitucionales de reemplazo: ¿limitación al poder constituyente?
- A modo de conclusión

RESUMEN

Se suele afirmar que toda activación del poder constituyente, precedido de ciertos elementos y condiciones, es siempre una actividad libre de límites o condicionamientos, pues así lo exige el carácter democrático del pueblo soberano que es su titular. Sin embargo, recientes acontecimientos demuestran que el uso del constitucionalismo puede obedecer, en ciertos casos, a intereses o móviles “no constitucionales” o “antidemocráticos”, frente a los cuales la teoría clásica del poder constituyente suele admitir tibiamente el establecimiento de ciertos límites “internos” o “naturales”. Este artículo sostiene que una adecuada defensa del constitucionalismo como control al poder podría exigir la delimitación de otro tipo de “controles” que sean expresión de lo que el pueblo entiende, en un momento determinado, como un “ejercicio adecuado” del poder constituyente, así como la previsión de los agentes que estarían mejor situados para garantizarlos, sin que ello suponga desconocer su naturaleza “extrajurídica” y sí, más bien, la preservación de su esencia “democrática”. Así,

la previsión de “cláusulas constitucionales de reemplazo” que organicen los procedimientos para la sustitución constitucional o de “cláusulas de intangibilidad” que sustraigan determinados contenidos al poder de decisión del poder constituyente podrían ser opciones plausibles, aunque en tales casos tengamos que admitir que aquellas desempeñen una distinta función normativa dentro del sistema constitucional.

PALABRAS CLAVES

Poder constituyente, reforma constitucional, constitucionalismo abusivo, cláusulas de reemplazo, cláusulas de intangibilidad

ABSTRACT

It is often said that any activation of the constituent power, preceded by certain elements and conditions, is always a free activity limits or constraints, because it is so required by the democratic nature of the sovereign people that holds it. However, recent events show that the use of constitutionalism may be due, in some cases, a “non-constitutional” or “anti-democratic” interests or mobile, against which the classical theory of constituent power is usually warmly support the establishment of certain “internal” or “natural” limits. This article argues that an adequate defense of constitutionalism as a control to power might require the definition of other “controls” that are an expression of what people understand, at any given time, as a “exercised proper” constituent power, as well as the forecast of the agents who would be best placed to guarantee them, without involving ignore its “extra-legal” nature and yes, rather the preservation

of its “democratic” essence. Thus, the forecast of “constitutional clauses replacement” organizing procedures for constitutional substitution or “intangibility clauses” that remove certain content to decision-making power of the constituent power could be plausible options, though in such cases we have to admit that those rules play a different role within the constitutional system.

#### KEYWORDS

Constituent power, constitutional reform, constitutionalism abusive, clauses replacement, intangibility clauses

#### EL CASO DE EGIPTO Y EL RETORNO DEL PROBLEMA DEL PODER CONSTITUYENTE

Durante aproximadamente treinta años, el Estado de Egipto estuvo gobernado por el dictador Hosni Mubarak. Sin embargo, en el 2003, surgió el Movimiento Egipcio para el Cambio, conocido como Kifaya, que tuvo como objeto recuperar la democracia y otorgar mayores libertades a los ciudadanos. Así, en el 2011, una serie de manifestaciones alrededor de la Plaza de la Liberación (El Cairo) lograron derrocar al dictador con el apoyo de cientos de miles de manifestantes en protestas multitudinarias por todo el país.

Tras la caída de Mubarak, la junta militar que dirigió el proceso de transición hacia la democracia convocó a las primeras elecciones para una Asamblea Constituyente en noviembre de 2011, luego de lo cual estos representantes (de mayoría islamista) redactaron una nueva Constitución Política para Egipto. Asimismo, luego de las elecciones presidenciales, la junta militar entregó el poder a los civiles, representados por el nuevo presidente electo por el pueblo, el presidente Mohamed Morsi, candidato de los islamistas, lo que constituyó el primer gobierno democrático en la historia de este país. A su vez, la Constitución redactada por la Asamblea Constituyente fue aprobada por la población egipcia mediante un referéndum constitucional desarrollado en diciembre de 2012, obteniendo el 63,8 % de los votos.

Sin embargo, los partidos de oposición y ciertos movimientos seculares denunciaron

que esta nueva Constitución se basaba en principios de carácter islámico que no se condecían con la formación de una sociedad laica, prueba de lo cual era su artículo 2.º, que señalaba lo siguiente: “La ley sharia es la fuente principal de la legislación”. Asimismo, grupos opositores denunciaron la poca asistencia de la población al referéndum, pues de los 52 millones de egipcios convocados, solo concurrieron 17 millones de votantes, lo cual, a criterio de los opositores, mermaba la legitimidad de la nueva Constitución y no reflejaba el verdadero consenso en la población respecto a su contenido.

En vista de ello, varios ciudadanos interpusieron un recurso ante la Suprema Corte Constitucional de Egipto con el objeto de disolver la Asamblea Constituyente encargada de redactar la nueva Constitución, denunciando que esta había aprobado la Constitución con extrema prontitud (dieciséis horas) y porque dicha Constitución no representaba al pueblo egipcio en su conjunto (sino solo a la facción islámica). Sin embargo, la Corte confirmó la validez de la Asamblea Constituyente al considerar que esta “quedó disuelta tras la aprobación de la Constitución mediante el referéndum”.

Luego de semanas de protestas, el 3 de julio de 2013, las Fuerzas Armadas lideradas por el general Al Sisi, intervinieron y derrocaron al presidente Morsi, y nombraron al presidente de la Corte Constitucional, Adly Mansour, como la cabeza del Gobierno interino, suspendiendo la nueva Constitución. Este presidente interino emitió una “Declaración Constitucional”, que sirvió como Constitución “temporal”, hasta la aprobación por referéndum del próximo texto constitucional. Ante ello, una gran cantidad de manifestantes islamistas se volvieron a volcar a las calles para apoyar al presidente derrocado Mohamed Morsi. La nueva Constitución de Egipto, creada por un “comité técnico” encargado a tal efecto, fue aprobada en enero de 2014, con una participación del 38 % y un respaldo del 98 %. En mayo de 2014, bajo esta nueva Constitución, fue elegido presidente Al Sisi, con el 97 % de los votos favorables y una participación del 47 %; y, asimismo, se realizaron las elecciones parlamentarias en diciembre de 2014.

La pregunta que surge de este relato bien podría ser la siguiente: el “poder constituyente” que dio origen a la nueva Constitución de Egipto de

2012 ¿fue un poder constituyente “genuino”? Planteada en otros términos, ¿debe siempre entenderse el poder constituyente como un poder “ilimitado” en todos los escenarios?

#### EL PODER CONSTITUYENTE COMO PODER EMANCIPADOR

Una de las principales lecciones de la teoría clásica del poder constituyente es aquella que, desde Sieyés y Schmitt, distingue nítidamente el poder soberano del pueblo para darse una Constitución (poder constituyente) del poder derivado de los órganos estatales creados por dicha Constitución (poderes constituidos). A partir de ese contraste, se suele afirmar categóricamente que mientras el poder constituyente del pueblo es siempre originario, único e incondicionado, en tanto su existencia no obedece al mundo de lo jurídico; los poderes constituidos, en cambio, son poderes que nacen y se desarrollan en un orden jurídico-constitucional preestablecido y, por ello, se hallan inevitablemente condicionados por esa juridicidad.

El carácter “ilimitado” del poder constituyente constituye, así, una preocupación central de esta teoría clásica y allí están para demostrarlo las citas de Sieyés (1950), quien afirma que “[l]a voluntad nacional [...] no tiene necesidad más que de su realidad para ser siempre legal, porque es el origen de toda legalidad. No solamente la nación no está sometida a una constitución, sino que no puede estarlo, no debe estarlo, lo que equivale a decir que no lo está” (p. 150); o la de Carl Schmitt (2011), cuando a su vez señalaba que “el poder constituyente no está vinculado a formas jurídicas y procedimientos; cuando actúa dentro de esta propiedad inalienable, está ‘siempre en estado de naturaleza’”(p. 128).

La importancia de reconocer plenos poderes al poder constituyente, sin embargo, no obedece solo a una explicación lógico-deductiva (es decir, como el “poder creador” que es, por oposición a los “poderes creados”). Antes bien, en esta caracterización subyace una justificación absolutamente trascendental que surge de la conexión inherente que es posible establecer entre el poder constituyente y el concepto de “soberanía popular”, es decir, a partir de una teoría democrática del poder en el Estado constitucional.

En efecto, a diferencia de posiciones tradicionales que solían concebir a la Constitución en clave positivista (la “norma hipotética fundamental” querida por Kelsen, desprovista de cualquier elemento valorativo <sup>1</sup>), el constitucionalismo de nuestros días apunta a relieves esa “decisión política previa” a la propia Constitución, de la cual recibe su legitimidad al igual que el resto del ordenamiento jurídico. Esta es la perspectiva del *constitucionalismo democrático*, según la cual “la Constitución solo puede estar legitimada por un poder previo, de carácter político, producto de la soberanía del pueblo” (Martínez, 2014, p. 85). Sin embargo, para que dicha teoría sea plausible, ella está obligada a admitir una premisa teórica no exenta de complicaciones, y es la premisa de que “la potencialidad de la soberanía popular es absoluta porque, de lo contrario, se estaría negando el fundamento democrático de la sociedad constituida” (Martínez, 2014, p. 73). Ciertamente: ninguna legitimación podría desprenderse de una “soberanía” que dependiera de un límite externo a ella, lo que sería ya una contradicción en sus propios términos.

Sin embargo, para la teoría democrática, el poder constituyente “ilimitado” no se identifica, sin más, con la posibilidad de un poder tiránico o totalitario, pues la inexistencia de límites “externos” a su accionar no excluye la concurrencia de ciertas “condiciones naturalmente limitadas” que derivan del contexto en que dicho poder se desenvuelve, vale decir, “caracteres ontológicos sin los cuales sería irreconocible, y que incluyen la existencia de *límites* —en el sentido de *condiciones*— provenientes de su naturaleza” (Martínez, 2014, p. 98). Esas condiciones o límites intrínsecos, nos dice la teoría democrática, serían cuando menos las siguientes tres: a) un poder constituyente no puede configurarse como uno permanentemente activo; b) el poder constituyente es siempre un poder evolutivamente emancipador, lo que implica que no existe fuerza conservadora

1. Se trata este del enfoque “normativista” del poder constituyente, presente en la obra de Kelsen, para quien, como la Constitución solo puede “presuponerse”, el “poder constituyente” es un concepto político “redundante”; en oposición al enfoque “decisionista”, característico de Schmitt, para quien en la base de toda Constitución existe una decisión de la voluntad soberana del pueblo. Para una reconstrucción de estos enfoques, véase a Loughlin, M. (15 de junio de 2013). The concept of constituent power. *Critical Analysis of Law Workshop*. Recuperado de: <[http://www.law.utoronto.ca/utfl\\_file/count/users/mdubber/CAL/12-13/Loughlin-Paper-Constituent%20Power.pdf](http://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/users/mdubber/CAL/12-13/Loughlin-Paper-Constituent%20Power.pdf)>.

capaz de desnaturalizarlo; y c) el poder constituyente no puede delegar la reforma de la Constitución en la voluntad del poder constituido (Martínez, 2014).

Y así, la teoría del poder constituyente democrático llega a sostener, como una verdad incontrovertible, que cuando una sociedad decide activar un proceso constituyente, lo hace siempre “para cambiar los fundamentos de su convivencia en común con la expectativa de vivir mejor (más derechos, mejor calidad de vida, avance emancipador)” (Martínez, 2014, p. 99), lo que basta para desvanecer el temor (siempre latente) al poder absoluto. En otras palabras, la dialéctica constituyente no se podría entender sino como un “proceso permanentemente guiado por las mejoras en las condiciones de vida de la población” (Martínez, 2014, p. 119).

Latendencia a “idealizar” el poder constituyente como un poder genuinamente emancipador y progresista, sin embargo, no es privativa del *constitucionalismo democrático* y prueba de ello es que tal tendencia se aprecia también en la otra orilla, esto es, en la que toma partido por el *constitucionalismo como un límite a la democracia*. Ese es el caso, por ejemplo, de la tesis del pre-compromiso, mediante la cual el constitucionalismo responde a la objeción contramayoritaria a la primacía de la Constitución señalando que dicha primacía se encuentra justificada porque es el pueblo el que, en las condiciones ideales de un proceso constituyente (en “momentos constituyentes” de “reflexión colectiva más seria”, en los términos de Ackerman) decide incapacitarse (por medio de la Constitución) para tomar decisiones que más adelante podría verse tentado a adoptar, en momentos más agitados y menos lúcidos (“momentos de política ordinaria”) (Ackerman, 2015).

Sin embargo, como ha señalado Juan Carlos Bayón, esta última justificación “dualista” del constitucionalismo como un límite a la democracia no resulta convincente, pues presupone que los “momentos constituyentes” son siempre, y por definición, de mayor calidad que los momentos de legislación ordinaria, lo que dista de ser realmente así, pues la calidad deliberativa de cualquier decisión democrática es enteramente contingente <sup>2</sup>.

2. Sobre esta y otras réplicas al dualismo constitucional de Ackerman, véase a Bayón, J. (2000). Derechos, democracia y

Pero, sin duda, una de las objeciones más importantes al carácter ilimitado del poder constituyente, y con ello a su pretendida “naturaleza intrínsecamente emancipadora”, es la que proviene de sucesos recientes en los que el constitucionalismo ha sido utilizado perversamente para lograr objetivos antidemocráticos y, por ello, manifiestamente regresivos. A ello nos referimos en el siguiente apartado.

## EL CONSTITUCIONALISMO ABUSIVO

Toda activación del poder constituyente, como regla general, suele estar asociada al contexto de un *movimiento revolucionario*, que puede manifestarse de muchas maneras, sea mediante levantamientos populares (pacíficos o violentos) hasta demandas ciudadanas para iniciar negociaciones con miras a lograr una transferencia formal del poder (como en los últimos acontecimientos de la Primavera Árabe). Pero, en cualquier caso, el proceso de elaboración de una nueva Constitución (*constitution-making*) puede obedecer a una de dos finalidades: o bien *institucionalizar* una revolución política ya producida (lo que podríamos denominar como la versión clásica de la “revolución hacia el constitucionalismo”), o bien usar dicho proceso para *producir* una transformación radical en una comunidad política (“constitucionalismo para la revolución”) (Gardbaum, 2015).

En esta última versión, sin embargo, nada impide que el ejercicio del poder constituyente pueda ser objeto de un uso perverso o fraudulento, dando lugar a un escenario de *constitucionalismo abusivo*. Según la definición de David Landau (2015), tal situación se presenta cuando el cambio constitucional es utilizado por los gobernantes de turno para socavar la democracia, haciendo más difícil su desvinculación del poder y acallando instituciones (como los tribunales u órganos electorales) diseñadas para controlar el ejercicio del poder. Así pues, para lograr su cometido, los titulares del poder, en lugar de asestar un golpe de Estado (un método tradicional en franco declive), “se apoyan en oleadas transitorias de popularidad para

Constitución. *Discusiones*, (1), p. 78. Recuperado de: <<http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/derechos-democracia-y-constitucion/>>.

impulsar los cambios que impactan el orden democrático” (Landau, 2015, p. 63).

Algunos estudios de caso planteados por el propio Landau en apoyo a su tesis pueden ayudarnos a entender este problema.

Un primer ejemplo a considerar es el de Colombia y, específicamente, la coyuntura suscitada cuando el presidente Álvaro Uribe, luego de una primera reforma constitucional exitosa que le permitió un segundo mandato presidencial, impulsó una nueva reforma que le permitía un tercer mandato consecutivo, proyecto que fue acogido por el Congreso a través de una ley de convocatoria a referéndum. Si bien la Corte Constitucional colombiana invalidó dicha ley por considerar que la reforma propuesta constituía una “sustitución de la Constitución” al debilitar las instituciones democráticas, lo cierto es que “[s]i se hubiese dejado en manos del pueblo, muy seguramente el referéndum habría sido aprobado, dado que Uribe continuaba disfrutando de una aprobación por encima del 60 %” (Landau, 2015, p. 39).

Un segundo caso, que involucra esta vez un supuesto de reemplazo constitucional, lo ofrece el proceso constituyente de Venezuela de 1999. Luego de llegar al poder rodeado de una gran popularidad, el presidente Hugo Chávez impulsó el reemplazo de la Constitución vigente por una nueva, invocando para ello al “pueblo” como titular del “poder constituyente originario”. Convocada la elección para la Asamblea Constituyente, Chávez logró el 90 % de los escaños, luego de diseñar “reglas electorales inmensamente favorables” (Landau, 2015, p. 45). Con la Asamblea bajo su control, el presidente logró cerrar las instituciones que aún estaban controladas por los partidos de oposición (el Congreso, la Corte Suprema, etc.), mientras que la nueva Constitución le permitió mantenerse en el poder por doce años más (y luego, de forma indefinida, tras una ulterior reforma en el 2009). De esta suerte, el proceso de elaboración de la Constitución de 1999 “dio a Chávez una herramienta jurídica para limpiar la superficie y eliminar las figuras de la oposición del poder, sustituyéndolas por instituciones que él pudiese controlar” (Landau, 2015, p. 47).

Finalmente, otro caso que demuestra cómo un proceso constituyente no está a salvo de presiones de personajes y movimientos

poderosos es el caso de Ecuador: luego de ganar las elecciones con el 52 % de los votos, el presidente Correa presionó al Congreso para que convoque a un referéndum con la pregunta de si debía instalarse una Asamblea Constituyente, a la cual añadió si debía disolverse el propio Congreso. De ese proceso resultó una Constitución con un Ejecutivo con amplios poderes, lo cual “le dio a Correa la oportunidad de atar de manos a todas las diversas instituciones (incluyendo el Congreso y la Corte Constitucional) que habían ejercido una función de control sobre su poder” (Landau, 2015, pp. 48-49).

Pero, como señala Landau (2012), el escenario podría agravarse en aquellos sistemas políticos con democracias frágiles o débilmente institucionalizadas en los que la elaboración de la Constitución se ejecuta en situaciones adversas y de profunda deslegitimación de las instituciones; en cuyo caso, señala el autor, la preocupación central del proceso constituyente debiera ser el control de los ejercicios unilaterales del poder por parte de grupos o personajes poderosos, en vez de lograr un proceso constituyente altamente deliberativo: “los momentos de elaboración de la Constitución no deben ser idealizados; ellos a menudo son eventos traumáticos. En estas situaciones, el desafío central del proceso de elaboración de la Constitución no es lograr una forma superior de legislar, sino más bien limitar los ejercicios unilaterales del poder” (Landau, 2012, p. 923.).

En suma, siendo el *constitucionalismo abusivo* una amenaza factible al sistema democrático de cualquier país, parece razonable avanzar en la delimitación de los mecanismos que serían adecuados y creíbles para evitar o contrarrestar este fenómeno de un modo efectivo.

Sin embargo, como el propio Landau reconoce, si las respuestas brindadas por el Derecho Constitucional comparado y el Derecho Internacional han revelado ser manifiestamente insuficientes para lograr este cometido a plenitud, los problemas se acentúan sobremanera cuando lo que se trata de afrontar es el fenómeno de la “sustitución constitucional abusiva”, vale decir, el ejercicio abusivo de la activación del poder constituyente con el fin de socavar un sistema democrático. De hecho, poner controles a un poder que, en esencia, se define como “ilimitado”, no solo

podría suponer un contrasentido, sino, además, elevar exponencialmente la objeción contramayoritaria al constitucionalismo como límite a la democracia.

De cualquier forma, el modelo de Landau (2015) sugiere que una salida posible podría consistir en la previsión de “cláusulas de reemplazo” en los propios textos constitucionales, de modo que sea la propia Constitución la que se encargue de “regular” cuando menos dos aspectos trascendentales del proceso de elaboración de una nueva Constitución, a saber: a) las condiciones para que pueda sustituirse la Constitución existente; y b) el proceso para crear una nueva Constitución<sup>3</sup>. Sin embargo, la inevitable deficiencia de una cláusula constitucional de este tipo será siempre su potencial “inobservancia” por el poder constituyente: la extralegalidad de este último debería ser causa suficiente para actuar sin consideración por el texto que se quiere reemplazar. Por ello, Landau hace bien al precisar que una cláusula de reemplazo, antes bien que efectos jurídico-normativos, “pueden tener efectos sociológicos o psicológicos en las expectativas de los ciudadanos y, por tanto, pueden alterar las prácticas de una manera útil para reducir las probabilidades de que se presente una ruptura destructiva” (Landau, 2015, p. 127). Y es que, como explica el autor, “los actores políticos que buscan crear regímenes híbridos probablemente serán cautelosos para que no se les acuse de desobedecer textos constitucionales claros” (Landau, 2015, p. 130.). De esta manera, podría decirse que el éxito de una “cláusula

3. Así, por ejemplo, el autor propone: a) respecto a las “condiciones para activar el proceso constituyente”, que los requisitos para iniciar dicho proceso deberían ser más altos (por ejemplo, 10 % de los votantes registrados para convocar al referéndum, tal vez 75 % para tener éxito; y la mediación de una elección de autoridades entre ambas votaciones); y b) respecto a las “reglas mismas del proceso constituyente”, que la Constitución establezca las normas electorales que se utilizarán para elegir la Asamblea Constituyente. Un ejemplo de una cláusula constitucional de reemplazo es el artículo 411.º de la vigente Constitución de Bolivia de 2009, el cual prescribe que la reforma total de la Constitución solo procederá “a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo”; pero, al mismo tiempo, precisa que la convocatoria al referendo se realizará no solo “por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional”, sino también “por la Presidenta o Presidente del Estado”, lo que a juicio de Landau resulta inconveniente, pues la iniciativa presidencial puede ser objeto de manipulación popular por un presidente poderoso (Landau, 2015); con mayor razón si la propia norma constitucional agrega que “[l]a Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes”.

constitucional de reemplazo” dependerá en buena cuenta de su claridad expositiva, pues a reglas más claras y comprensibles, mayor claridad se apreciará en la transgresión de un cambio constitucional abusivo (incluyendo el juicio que pueda realizar una Corte o Tribunal Constitucional) y, por lo tanto, mayores reparos tendrán que sortear sus autores.

Pero así como la claridad de una cláusula de reemplazo puede ser su mayor ventaja, otros podrían ver en ella su principal defecto, si tenemos en cuenta que unas cláusulas extremadamente detalladas “pueden resultar inflexibles o poco adecuadas para responder a la naturaleza cambiante de las amenazas a la democracia” (Landau & Dixon, 2015, p. 17). Además, el intento de condicionar al futuro poder constituyente desde la Constitución que precisamente se pretende cambiar está expuesto a una poderosa objeción contramayoritaria, la cual podría ser bien aprovechada por sus detractores para legitimar su discurso. Por ello, como señalan Landau y Dixon (2015), el éxito de una restricción al reemplazo constitucional abusivo siempre será más probable cuando el tribunal llamado a imponer tal restricción goza de mayor legitimidad e independencia y allí donde la oposición al gobierno de turno es más fuerte y organizada.

Por ello, otro camino a explorar podría pasar por asignar a las Cortes o Tribunales Constitucionales la tarea de combatir la “sustitución constitucional abusiva” por medio de la “certificación judicial” de si un específico proceso constituyente es denotativo o no de un “genuino” o “verdadero” poder constituyente. En esa dirección, se ha señalado que, por ejemplo, “un grupo que controla un proceso constituyente para acomodar las reglas al fin de favorecerse a sí mismo, no puede llamarse a sí mismo un poder constituyente”, en la medida en que “si las partes de una población son excluidas sistemáticamente o se excluyen ellas mismas en protesta, la Constitución resultante no puede ser considerada legítima”<sup>4</sup> (Scheppele, 2015, p. 2). Sin embargo, como se podrá intuir, la apuesta por una salida judicial al problema del constitucionalismo abusivo no

4. Así pues, concluye esta autora, si bien la elaboración de una constitución no puede verse limitada por las constituciones anteriores, en cambio sí “puede verse limitada por la exigencia de que una voluntad general y no simplemente la voluntad de un subconjunto o fracción de la comunidad política suscriba los elementos fundamentales de la nueva constitución” (Scheppele, 2015, p. 9).

está exenta de graves dificultades, desde las que objetan la legitimidad de un poder constituido tratando de limitar a un poder por definición absoluto, hasta las que discuten la seriedad de una propuesta que “pone a esos tribunales en posiciones muy difíciles”, esto es, tribunales “tratando de imponer límites con poca o ninguna base textual, durante periodos de alta tensión política, y cuando las instituciones vigentes suelen estar deslegitimadas” (Landau & Dixon, 2015, p. 14).

Finalmente, una última salida al problema de la sustitución constitucional abusiva podría pasar por imponer, en la propia Constitución de forma *ex ante* o por los tribunales de forma *ex post*, límites sustantivos al ejercicio futuro del poder constituyente, vale decir, estableciendo expresamente determinadas reglas o principios fundamentales como inmunes a cualquier tipo de sustitución (al igual como sucede con los “límites implícitos” a la reforma constitucional), como una forma de proteger aquellas cláusulas constitucionales cuya sustitución suele ser el objetivo preferido de los gobernantes que aspiran a instaurar un régimen constitucional abusivo (típicamente el periodo del mandato presidencial). Nuevamente, es seguro que la principal objeción a este tipo de límites radique en la negación que supone al poder constituyente de su capacidad para cambiar el orden constitucional en su integridad. Sin embargo, como Landau y Dixon (2015) han explicado con acierto, otra forma de legitimidad sí es posible. Por ejemplo, si un tribunal, como en su día la Corte Constitucional de Sudáfrica, al momento de garantizar esta clase de límites se apoyara en “normas constitucionales transnacionales” para definir los derechos y libertades “universalmente aceptados” por las democracias constitucionales, ello puede influir en la percepción pública de la aplicación de esos límites y redituara en una mayor legitimidad de la decisión adoptada por el tribunal<sup>5</sup>.

5. El ejemplo invocado por los autores se refiere a las dos sentencias emitidas por la Corte Constitucional de Sudáfrica en 1996, que llevaron adelante un control sustantivo o material del proceso constituyente celebrado en ese país. En efecto, mientras en su primera decisión [*Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 1996 (4) SA 744 (CC)] la Corte estableció que el proyecto de Constitución aprobado por la Asamblea Constituyente no podía ser “certificada” como “válida en su totalidad”, pues no respetaba los “principios constitucionales” de la Constitución interina pactada por los partidos como base para la transición democrática; en su segunda decisión [*Certification of the Amended Text of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 1997 (2) SA 97 (CC)], y luego de que la Asamblea atendiera esta preocupación, la Corte confirmó la validez del nuevo texto constitucional que había sido democráticamente aprobado.

Dixon y Landau (2015) han profundizado su propuesta de vinculación del cambio constitucional a las “normas constitucionales transnacionales” (vinculación que, *mutatis mutandi*, podríamos extender al ejercicio del poder constituyente), sosteniendo que este compromiso implicaría el deber de los tribunales de consultar el derecho constitucional transnacional tanto para establecer *qué valores* son lo suficientemente importantes como para ser protegidos, así como para determinar si el cambio constitucional involucrado representa una *amenaza sustancial* a esos valores. Y es que si bien estas cuestiones deberían resolverse en primera instancia a la luz de lo que resulte “fundamental” en el contexto nacional de cada país, tal perspectiva podría obligar a los jueces a *sobreincluir* valores y principios que no necesariamente son fundamentales para un sistema democrático. En ese sentido, el compromiso con el Derecho Constitucional transnacional podría ayudar a contrarrestar este peligro de *sobreinclusión*, vinculando los juicios sobre la naturaleza fundamental de ciertas instituciones a la existencia de un cierto grado de consenso en un alto número de países democráticos<sup>6</sup> (Dixon & Landau, 2015), lo que permitiría evitar los sesgos o prejuicios subjetivos.

#### LAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES DE REEMPLAZO: ¿LIMITACIÓN AL PODER CONSTITUYENTE?

Si entendemos adecuadamente estas propuestas que nos ofrece la teoría constitucional para hacer frente al “constitucionalismo abusivo”, comprenderemos que estas parten de una decidida defensa del constitucionalismo como un límite al poder, y, en este caso particular, frente a un “poder constituyente” que necesariamente deja de ser entendido como absoluto o ilimitado: en efecto, una cláusula de reemplazo prevista en la Constitución que diseñe el procedimiento para su propia sustitución u otra que se autoproclame indisponible a un futuro poder constituyente no

6. Sin embargo, los autores reconocen también que tal perspectiva podría traer el peligro de la infra-valoración (vale decir, aquellos valores o principios que son fundamentales, a pesar de que son distintivos de un particular ordenamiento constitucional; por ello, en tales casos, refieren que el compromiso transnacional actuará como una “segunda mirada”, pues obligará a los jueces constitucionales a ofrecer razones de peso para argumentar el carácter fundamental de un valor o institución, a pesar de que este no sea visto como tal en otros países (Dixon y Landau, 2015).

revelan sino la convicción de que todo poder político, aún el que da origen a un nuevo texto constitucional, debe estar sometido a ciertos parámetros de juridicidad que lo pongan a salvo de un uso arbitrario o excesivo.

Sin embargo, aun admitiendo la plausibilidad de este objetivo y del sustento subyacente, nada de ello enerva que el escenario de una Constitución fijando parámetros para su propia sustitución parece desconocer el conocido axioma según el cual “el poder constituyente de un día no puede condicionar al poder constituyente del mañana” (De Vega, 1995, p. 72). En efecto, con independencia de los problemas de “eficacia” que las cláusulas de reemplazo o de intangibilidad puedan exhibir en los momentos en que están llamadas a ser “aplicadas”, la expresión de un poder constituyente que decide “autolimitarse” en sus futuras manifestaciones equivale a atar a la “mano muerta del pasado” un poder que, por antonomasia, puede (y debería) “querer” instaurar un nuevo orden constitucional siempre “desde cero”. Organizar la transformación de la Constitución a partir de ella misma, en definitiva, sería favorecer una postura extremadamente conservadora que entraría en abierta contradicción con el talante emancipador y progresista del que nos habla la teoría democrática del poder constituyente.

Aun así, consideramos que esta objeción podría ser superada en parte si llegamos a comprender que aquellas cláusulas constitucionales no solo cumplen una (pretendida) *función negativa* de “limitar” la actividad constituyente a través de parámetros prestablecidos, sino fundamentalmente una *función positiva* de expresar lo que un pueblo, en un tiempo y espacio determinados, considera como el “ejercicio apropiado” del poder constituyente del cual es titular indiscutible y permanente. Y es que, como ha señalado acertadamente Bayón (2010, p. 456), “no hay nada de paradójico en la idea de que una de las cuestiones –y ciertamente, no la menos importante– acerca de las cuales una comunidad política podría ejercer su autogobierno es precisamente la redefinición de los términos en que se autogobierna”. La justificación, por tanto, no viene por el lado de aceptar que una de las “ilimitadas” decisiones que podría adoptar el poder constituyente sea reconocerse “limitado”,

sino por enfatizar la naturaleza genuinamente *democrática y soberana* de esa decisión fundamental relativa a su propia definición como poder constituyente y los marcos para su actuación.

Así comprendidas, las cláusulas constitucionales de reemplazo o de intangibilidad serían denotativas de la sintonía que, en un momento determinado, existe entre lo que el pueblo siente o define como una actuación “genuina” del poder constituyente y lo que a tal efecto figura en el texto constitucional como cauce jurídico de esa definición. En otras palabras, y siguiendo a De Vega (1995), “[e]l poder constituyente, entendido en estos términos, no sería más que el instrumento a través del cual la Constitución real [obtiene] su traducción jurídica legal” (p. 75), de suerte que, mientras no se produzca un desacuerdo entre la Constitución formal y la material (vale decir, un cambio en los “términos” bajo los cuales el pueblo decide autogobernarse), aquellas cláusulas serán legítimas por representar (seguir representando) la decisión fundamental vigente del pueblo sobre sus posibilidades y límites de actuación como titular del poder constituyente.

En similar perspectiva, recientemente la teoría del constitucionalismo democrático ha puesto énfasis en la necesidad de que la propia Constitución deje abierta la posibilidad (a través de su reconocimiento expreso) a la actuación futura del poder constituyente, bajo el entendido de que “un régimen constitucional debe incorporar mecanismos (adicionales al procedimiento de enmienda ordinario) designados para que los ciudadanos propongan, deliberen y decidan acerca de cambios constitucionales fundamentales” (Colón-Ríos, 2013, p. 114). A juicio de este sector de la doctrina, “un orden constitucional que se deshace del poder constituyente es inconsistente con la noción de la legitimidad democrática” (Colón-Ríos, 2013, p. 152), toda vez que un verdadero compromiso con el ideal de una Constitución democrática implica admitir que “el poder constituyente no desaparece luego de la adopción de una constitución [...] su ejercicio futuro permanece como una posibilidad siempre presente” (Colón-Ríos, 2013, p. 97). Sin embargo, según este planteamiento, dicha “válvula de escape” al cambio constitucional debería caracterizarse por “permitir el grado

más alto de participación posible”, pero “sin verse sometida a límites sustantivos originados en el orden constitucional vigente” (Colón-Ríos, 2013, p. 73). Según el profesor Colón-Ríos (2013), el mecanismo ideal para lograr ese objetivo sería la previsión constitucional de una “Asamblea constituyente convocada por los propios ciudadanos vía referendo”, la cual “no tendría límites competenciales y podría proponer cualquier modificación del régimen constitucional, no importa cuán fundamental” (p. 163).

Sin embargo, consideramos que una cláusula de reemplazo cuyo contenido se limite a cuestiones de procedimiento para el cambio constitucional es tan igual de legítima que una que establezca ciertos contenidos como intangibles o inmunes a la actividad constituyente del futuro, si atendemos, nuevamente, a la raíz democrática de la decisión que sustenta ambas cláusulas constitucionales. Ciertamente, es probable que un límite sustantivo a la sustitución constitucional esté más propenso a la relatividad histórica que un límite procedimental (por ejemplo, cuando lo que se sustrae al poder constituyente es una materia altamente controvertida) y, en ese sentido, más proclive a generar un divorcio entre la Constitución formal y la material, pero nada de ello parece negar su condición de manifestación genuina del poder constituyente democrático.

Ahora bien, el hecho de que podamos encontrar una justificación teórica para las “cláusulas de reemplazo” o de “intangibilidad” acorde con la teoría del poder constituyente democrático no nos exime de responder a la afirmación más bien pragmática de que, en gran medida, tales cláusulas “no tienen ningún efecto cuando se enfrentan al carácter fáctico del poder constituyente democrático”, y desde ese punto de vista, “el poder constituyente democrático no puede limitar el futuro desde el presente” (Martínez, 2014, p. 104). Y es que, como también se ha dicho con acierto, si bien la Constitución puede proporcionar mecanismos para su propio reemplazo, y los “representantes” del poder constituyente pueden utilizar efectivamente esos mecanismos, lo cierto es que “en la medida en que ellos son (o se ven como) representantes del poder constituyente, pueden creer que no están legalmente limitados por los mecanismos vigentes” (Tushnet, 2013, pp. 1988-1989).

A nuestro juicio, consideramos que la teoría del poder constituyente democrático debería fijarse menos en la dimensión jurídico-normativa de las cláusulas constitucionales de reemplazo o de intangibilidad y apuntar más a sus efectos “simbólicos”, no por ello menos relevantes. Pero ¿qué entender por tales efectos en una cláusula constitucional? Recientemente la doctrina ha puesto de manifiesto que por “legislación simbólica” podemos entender aquella cuya referencia manifiesta a la realidad es normativo-jurídica, pero que sirve “a finalidades políticas de carácter no específicamente normativo-jurídico” (Neves, 2015, p. 56). A partir de esta premisa, un texto legal carente de eficacia normativa no puede ser entendido como carente de relevancia social, pues la legislación simbólica no solo se delinea en un sentido negativo (falta de eficacia normativa y vigencia social), sino también en un sentido positivo: “ella produce efectos relevantes para el sistema político, de naturaleza no específicamente jurídica”, vale decir, se caracteriza no “por no ejercitar influencia sobre la conducta humana, sino por la forma cómo la ejercita y por el modelo de comportamiento que influencia”<sup>7</sup> (Neves, 2015, p. 79).

*En un sentido descriptivo, sociológico, la eficacia simbólica, más que una especie de virus que contamina el derecho, es una estrategia funcional dentro de las relaciones entre el derecho y la sociedad, una estrategia que proporciona equilibrio y paz social entre el ideal comunitario y las necesidades de dominación política y económica. (García, 2014, pp. 249-250)*

Pues bien, en el mismo sentido, Marcelo Neves (2015) plantea que, en determinados casos, podría hablarse también de una

7. Así, por ejemplo, señala el autor que, cuando la legislación simbólica está destinada a confirmar determinados valores sociales, esta despliega tres efectos socialmente relevantes: “En primer lugar, se trata de actos que sirven para convencer a las personas y a los grupos de la consistencia del comportamiento y norma valorados positivamente, confortándolas y tranquilizándolas en el sentido de que los respectivos sentimientos e intereses están incorporados en el derecho y están garantizados por él. En segundo lugar, conduce a las principales instituciones de la sociedad a servirle de sustento, aunque falten al respectivo texto legal la fuerza normativo-jurídica y la eficacia que le serían específicas [...] Finalmente, distingue, con relevancia institucional, ‘cuáles son las culturas que tienen legitimación y dominación pública’ (dignas de respeto público) de las que son consideradas ‘desviantes’ (degradadas públicamente), siendo, por tanto, generadora de profundos conflictos entre los respectivos grupos” (Neves, 2015, pp. 79-80).

“constitucionalización simbólica”, allí cuando el sistema constitucional “transmite un modelo cuya realización solo sería posible bajo condiciones sociales totalmente diversas”, en cuyo caso “el modelo constitucional actúa como un *ideal* que [...] deberá ser realizado, desarrollándose, por tanto, la fórmula retórica de la buena intención del legislador constituyente y de los gobernantes en general” (p. 127).

El problema de la falta de “eficacia” de las “cláusulas de reemplazo” o de “intangibilidad”, ciertamente, no revelan un problema de “constitucionalización simbólica”, que parece estar referida más al sistema constitucional en su conjunto que a la ineffectividad de una o más disposiciones constitucionales. Sin embargo, este discurso nos permite apreciar que una cláusula constitucional (predeciblemente) ineficaz no equivale sin más a una cláusula socialmente irrelevante. Por el contrario, y como ya se ha visto, ellas podrían servir al objetivo de autodefinir al poder constituyente y sentar las bases de su ejercicio “adecuado” en una circunstancia histórica determinada.

#### A MODO DE CONCLUSIÓN

Una de las evidencias que los ejemplos de “constitucionalismo abusivo” aquí reseñados revelan es que, al igual como sucede con los poderes constituidos, el poder constituyente puede llegar a convertirse en un vehículo muy útil y dócil para lograr objetivos antidemocráticos, principalmente en sociedades en las cuales no existe una institucionalización suficiente para repeler tales propósitos. Sin embargo, frente a ese hecho inobjetable, la tarea de teorizar una doctrina sobre los “límites” que podría ser razonable “imponer” a dicho poder es muy compleja, no solo por las contradicciones que debe sortear una teoría de tales características, sino también por la predecible ineficacia a la que siempre estarán expuestos los resultados de esa teorización.

En cualquier caso, consideramos que la construcción de una doctrina sobre los

“límites” al poder constituyente podría estar justificada en un contexto como el nuestro, en donde el hiperpresidencialismo regional suele facilitar al Poder Ejecutivo conseguir las mayorías necesarias para avanzar hacia un escenario de constitucionalismo abusivo.

De hecho, algunos autores como Roberto Gargarella (2014) han señalado que uno de los rasgos presentes en el constitucionalismo latinoamericano de nuestro tiempo es el que las Constituciones “han mantenido una matriz distintivamente presidencialista y de poder concentrado”, aunque al mismo tiempo, “preserva[n], como marca propia, un notable y robusto compromiso con los derechos individuales y colectivos”, dando lugar a la existencia de ‘Constituciones internamente contradictorias’” (p. 284) <sup>8</sup>.

Teniendo en cuenta esa experiencia acumulada, no parece irrazonable que una tesis sobre la “limitación” al poder constituyente aparezca como una vía a considerar para proteger la forma en que la Constitución define al poder constituyente democrático, y distinga sus expresiones genuinas de aquellas otras más bien indebidas o disfrazadas que ponen en riesgo los sistemas democráticos con fragilidad institucional.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ackerman, B. (2015). *We the people*, Vol. I. Madrid: Traficantes de sueños.
- Bayón, J. (2010). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En M. Carbonell & L. García Jaramillo. (Eds.), *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bayón, J. (2000). Derechos, democracia y Constitución. *Discusiones*, (1). Recuperado de: <<http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/derechos-democracia-y-constitucion/>>.
- Colón-Ríos, J. (2013). *La constitución de la democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- De Vega, P. (1995). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 3ª reimpresión. Madrid: Tecnos.

8. Como refiere el autor, recientes investigaciones en la región han arrojado que entre 1978 y 2008 se dictaron 15 constituciones, y en dicho lapso, “diez países modificaron las reglas de la reelección presidencial, que en total fueron modificadas 16 veces (en 9 ocasiones para flexibilizar las cláusulas de la reelección, en 7 para restringirlas) (Gargarella, 2014, p. 283).

- Dixon, R. & Landau, D. (2015) Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment. *International Journal of Constitutional Law*, 13 (3). Recuperado de: <<http://ssrn.com/abstract=2624838>>.
- García, M. (2014). *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*, 2ª edición. Bogotá: IEPRI / Debate / Universidad Nacional de Colombia.
- Gardbaum, S. (2015). *Revolutionary Constitutionalism*. University of California, Los Angeles (UCLA) School of Law Research Paper N.º 15-26. Recuperado de: <<http://ssrn.com/abstract=2651667>>.
- Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz.
- Landau, D. (2012). *Constitution-Making Gone Wrong*. Alabama Law Review 923 (2013); FSU College of Law, Public Law Research Paper N.º 587, 64. Recuperado de: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2011440>>.
- Landau, D. (2015). *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Landau, David & Dixon, R. (2015). *Constraining Constitutional Change*. Wake Forest Law Review, FSU College of Law, Public Law Research Paper N.º 758. Recuperado de: <<http://ssrn.com/abstract=2624842>>.
- Landau, D. (2013). Abusive Constitutionalism. *University of California, Davis (U.C.Davis) School of Law - Law Review*, 47(1), 189-200. Recuperado de: <[http://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/Articles/47-1\\_Landau.pdf](http://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/Articles/47-1_Landau.pdf)>. [versión en español en: Landau, D. (2015). Constitucionalismo abusivo. En D. Landau, *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado* (pp. 15-159). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Martínez, R. (Ed). (2014). *Teoría y práctica del poder constituyente*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Neves, M. (2015). *La constitucionalización simbólica* (traductor Cavani, R.). Lima: Palestra.
- Scheppele, K. (2015). Unconstitutional Constituent Power. En Rogers Smith & Richard Beeman (eds.), *Constitution Making*. Recuperado de: <[https://www.sas.upenn.edu/dcc/sites/www.sas.upenn.edu.dcc/files/uploads/Scheppele\\_unconstitutional%20constituent%20power.pdf](https://www.sas.upenn.edu/dcc/sites/www.sas.upenn.edu.dcc/files/uploads/Scheppele_unconstitutional%20constituent%20power.pdf)>.
- Schmitt, C. (2011). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial.
- Sieyès, E. (1950). *¿Qué es el Estado Llano?*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Tushnet, M. (2013). Constitution-Making: an introduction. *Texas Law Review*, 91, pp. 1983-2013. Recuperado de: <<http://www.texasrev.com/wp-content/uploads/Tushnet.pdf>>.