

lección 2: EL PODER CONSTITUYENTE

1. La elaboración de la constitución y el concepto de poder constituyente

El poder constituyente es aquel que puede elaborar o modificar la Constitución. El concepto del poder constituyente debe conectarse con otras **ideas fuerza** liberales, como las del pacto social, la soberanía popular o nacional, la democracia representativa y la de la necesidad de limitar jurídicamente el poder político.

2. Los orígenes de las doctrinas sobre el poder constituyente

Coincidencias entre la doctrina constitucional clásica norteamericana y la francesa:

- El concepto jurídico de poder constituyente es imagen del concepto político de la soberanía popular. La forma en que el pueblo opera como PC será concebida de diversa manera en Norteamérica y en el pensamiento revolucionario francés.
- La naturaleza del PC es la propia de un poder soberano. El PC será total y absoluto. Es el único poder absoluto que concibe el pensamiento democrático liberal, mientras los poderes constituidos tienen establecidos sus funciones y procedimientos para desempeñarlos en la Constitución, el PC previo a ésta, no tiene ni puede tener previamente definido el cauce para su ejercicio

2.1. En Norteamérica

Aportaciones del constitucionalismo americano

- La conexión entre el principio político democrático de la soberanía popular con la noción de PC. Es decir, titularidad del poder constituyente corresponde al pueblo soberano, único que puede ejercerlo.
- Que los restantes poderes, en cuanto constituidos por la Constitución, han de desenvolverse en el marco de ésta, que los limita.

El principio de la supremacía de la Constitución es el que obliga a concebir a ésta como Lex Superior no modificable por la ley ordinaria, fenómeno éste que se constatará con la expresión: *rigidez de la norma constitucional*.

2.2 En Francia y en la tradición europea

Montesquieu expone y perfila mejor la teoría limitadora del poder.

Hay numerosos puntos básicos comunes: las ideas de Rousseau sobre el contrato social y sus tesis, de que siendo el pueblo soberano sólo debe obedecerse a sí mismo; y la concepción norteamericana del PC influyeron en la Revolución francesa.

Doctrina de Sieyès: corresponde a la Nación soberana la titularidad de PC que ha de ser ejercido por representantes extraordinarios (los ordinarios son poderes constituidos) La idea de representación es una aportación original francesa.

3.- Concepción actual del poder constituyente

Del Poder constituyente algunos aspectos básicos:

- Presencia de un poder unitario y previo a la aplicación de la doctrina de la división de poderes.
- Por ser el PC fruto de la idea de soberanía del pueblo y previo a cualquier otro poder constituido, es un poder originario y autónomo de cualquier poder constituido.
- El legislador ordinario está sometido a la obra del PC- Constitución- y no puede contravenirla.
- Sus actuaciones son esencialmente creadoras e intermitentes.

La teoría del PC es el basamento de la teoría de la Constitución, pues es su primera piedra, colocada sobre el principio de legitimación de todo sistema democrático, de la soberanía del pueblo.

La vinculación del concepto de PC con la noción de la soberanía del pueblo, le dota de pleno sentido en el marco del Estado democrático, único marco en el que goza de razón de ser la idea de Constitución.

1.º.- El poder constituyente originario.-

Es preciso constatar que cierto número significativo de constituciones en la Historia no tienen ninguna conexión con el ordenamiento jurídico que las precede. En estos casos, el PC nos puede dar más noticia y explicación de los hechos que el Derecho. El acto de fuerza no va precedido de una manifestación ordenada de la voluntad popular, es la fuerza pura de todo asidero de legitimación jurídica la que derroca un régimen político y abre una etapa constituyente.

Poder constituyente originario.- Constitución fruto de una Revolución, golpe militar.

1.- La doctrina del PC ha de aceptar partir de una paradoja: el acto de elaboración de la Constitución puede ser un acto abiertamente antijurídico.

2.- Una segunda paradoja: Este es por esencia un poder creador de un orden, si parte de una ruptura plena con el sistema anterior, es un poder huérfano, ausente de organización propia y aun de reglas de funcionamiento.

Los cimientos del PC originario no se pueden construir sobre el orden jurídico positivo. Así-, frente a una situación de tiranía, la rebelión se basará en el Derecho natural del que derivan los derechos fundamentales de las personas que están siendo vulnerados, pero no en el ordenamiento jurídico dictado por el tirano. En estos supuestos el PC carece de raíces jurídicas y se ejerce invocando el llamado derecho a la revolución.

Ello era explicable en los siglos XVIII y XIX, pero hoy en día en las democracias auténticas, los fenómenos revolucionarios deben contemplarse como fenómenos abiertamente antijurídicos y no legítimos desde nuestra cultura cívica. En un Estado de Derecho democrático no cabe el derecho a la rebelión. Las constituciones normativas contemporáneas son altamente consensuadas. El sistema político puede ser sometido a debate y a revisión por los cauces que para su reforma prevé la ley suprema. En estas condiciones es obvio que **carece de toda legitimidad jurídica e, incluso, moral, la llamada a la revolución más o menos violenta para modificar el orden constitucional.**

Dos fenómenos son comunes al primer período de toda insurrección violenta: una progresiva concentración del poder en un puñado de dirigentes del movimiento y una continua radicalización del hecho revolucionario.

Ambos fenómenos tienen claras consecuencias: el desplazamiento de los moderados. El desbordamiento de los moderados constituye el preludio del período del terror. El torrente revolucionario se muestra más capaz de destruir que de construir y encierra, el peligro de desencadenar una escalada del proceso acción-reacción que tienda al infinito. El empleo de la fuerza engendra un nuevo empleo de la fuerza para destruir la solución impuesta de esa manera. Desde la óptica del Derecho público de nuestro tiempo, el

derecho de rebeli3n revoluci3n violenta s3lo es concebible en sistemas tir3nicos y en general en aquellos que conllevan grave opresi3n de los s3bditos.

Desde la l3gica del Estado de Derecho, dotado de una aut3ntica Constituci3n normativa, no puede confiar al derecho de resistencia la soluci3n de los problemas que generen los abusos en que puedan incurrir los titulares del poder pol3tico.

En los modernos Estados de Derecho, como el que nos proporciona a los espa3oles la Constituci3n de 1978, **los excesos de los poderes constituidos est3n en unos casos evitados** y, en otros, **previstos** como una posibilidad real, frente a la que se instauran los **mecanismos de sanci3n y reposici3n**, bien del pleno disfrute por las personas y grupos de los derechos y libertades de que fuesen titulares y se les hubieran violado, bien de la plena vigencia del orden constitucional y de sus valores, con cuanto ello comporta.

Consiguientemente, el PC originario hay que entenderlo como propio de naciones que salen de una dictadura o que se emancipan al t3rmino de un per3odo colonial.

2.º. El poder constituyente derivativo

La doctrina mayoritaria admite desde antiguo el que junto al PC ordinario existe otro, derivativo, previsto y articulado en una Constituci3n vigente, que debe actuar conforme al procedimiento al efecto previsto en la propia Constituci3n.

¿Debe ser considerado como aut3ntico PC derivativo o, estamos ante un simple poder constituido dotado de funciones de mayor trascendencia?

- Desde un 3ngulo: el PC derivativo es un poder constituido por el PC originario, de forma que la soberan3a popular se autolimita por el pueblo mismo. No es paradoja sino consecuencia de que el PC originario, a3n siendo manifestaci3n de la soberan3a popular, necesariamente busca limitar a los poderes pol3ticos que funda y organiza.
- Desde otro: el PC derivativo, a diferencia de los poderes constituidos no est3 limitado por la Constituci3n, pues encuentra su raz3n de ser precisamente en poder reformarla y a3n sustituirla por otra, y en este sentido no cabe duda de que se trata de un aut3ntico poder constituyente.

En consecuencia, el poder constituyente derivativo est3 alejado de la teor3a de la revoluci3n, pues no puede tener otro titular que el que prev3 la Ley de leyes que lo establece, a trav3s de los 3rganos y procedimientos establecidos por 3sta al efecto. Hay autores que afirman si hay un poder constituyente del que el pueblo es titular, 3ste puede actuar al margen de lo dispuesto en la Constituci3n, reform3ndola tambi3n al margen del procedimiento de reforma que la Constituci3n prevea, si una situaci3n de profunda crisis condujera a la alteraci3n del ordenamiento constitucional por v3as democr3ticas pero anticonstitucionales nadie negar3a la validez de la nueva Constituci3n. En la 3poca constitucional actual es muy discutibles, pues permiten legitimar la actuaci3n por v3as revolucionaria, impacientes pol3ticos partidarios de tomar el atajo inconstitucional. Este criterio era m3is l3gico en momentos en que el PC derivativo estaba recogido en los textos constitucionales con infinidad de cortapisas, como:

a) En el primer constitucionalismo: Se desconoci3 el poder constituyente derivativo, que se disimulaba mal el af3n por perpetuar la constituci3n revolucionaria que se acababa de establecer. El caso de la Constituci3n americana de 1787, que prev3 cuatro mecanismos diferentes de reforma, de los cuales s3lo uno es transitable para introducir su adaptaci3n a las circunstancias cambiantes. La Constituci3n Francesa de 1791, re3ne cautelas inimaginables frente a la potencial reforma, conf3a el PC derivativo a un 3rgano especial irreunible le cercenaba ampliamente sus poderes de revisi3n constitucional. En Espa3a, a la Pepa no era posible retocar una sola coma.

b) Período de la Monarquía constitucional: sistema político de transición (Europa XIX y comienzos XX), en que la soberanía estaba compartida por las Cortes y el Rey, el PC derivativo fue entendido como compartido por ambas instituciones históricas, pero sin lograr plasmar la cuestión en una fórmula doctrinal clara.

En España esta etapa política, las tres constituciones que presiden el período, las de 1837, 1845 y 1876 no prevén la existencia de un PC derivativo. La concepción de la soberanía por los doctrinarios, como compartida por las Cortes y por la Corona, dejaba en la práctica en manos del entendimiento entre ambas instituciones el poder de reforma de la constitución.

c) Constitucionalismo contemporáneo: Se ha generalizado la previsión por el PC originario de que el Texto constitucional defina el PC derivativo, que será el legislador ordinario y no un órgano especial. El Parlamento ha de comportarse de manera diferente cuando actúa como PC a como actúa a diario como mero poder constituido. Es la idea básica sobre la que se construye el Título X CE y que recoge nuestro Tribunal Constitucional “lo que las Cortes pueden hacer es colocarse en el mismo plano del PC realizando actos propios de éste, salvo en el caso en que la propia Constitución les atribuya alguna función constituyente.

La distinción entre PC y poderes constituidos no operan tan sólo en el momento de establecerse la Constitución; **la voluntad del PC fundamenta permanentemente el orden jurídico y estatal y suponen un límite a la potestad del legislador.**

El poder constituyente constituido- el Parlamento- se distingue del legislativo constituido, especialmente, por la técnica más rigida que ha de aplicar a su cometido.

¿Estando previsto un PC derivativo, puede el PC originario actuar al margen de la Constitución, reformándola? Ni desde los principios de la legitimidad democrática, ni desde los de orden técnico jurídico cabe una respuesta afirmativa.

Hoy la legitimidad democrática del pueblo no se confronta con otras fuentes de legitimidad porque la única comúnmente asumida en las sociedades democráticas de nuestro tiempo es precisamente la que cuenta con el consentimiento de la población.