

CAPÍTULO II

Notas sobre el poder constituyente irregular

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, o por haber actuado en contravención, respecto de reglas jurídicas que lo condicionan. En la primera hipótesis, es “irregular” en el sentido 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

* Este trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Publicado inicialmente en *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2009, pp. 151 y ss.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

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 (i) un poder “fundacional”, cuando crea el Estado, o (ii) “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 éstos de cum-

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

² Nos remitimos a nuestro libro *Teoría de la Constitución*, reimp., Buenos Aires, Astrea, 2004, pp. 276 y ss., para un tratamiento más extenso del tema.

³ Spota, Alberto A., *Lo jurídico, lo político, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, pp. 112 y 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 Boffi Boggero, Luis María, “La llamada responsabilidad internacional por acto propio, o subjetiva”, en *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Bogotá, 1978, p. 11.

Notas sobre el poder constituyente irregular

plirlas o de desobedecerlas. Rigen, paralelamente, normas del derecho internacional de los derechos humanos —v. gr., 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 autolimite, 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 resuelto, no por infringir al derecho externo o al preexistente a dicho poder constituyente, sino por lesionar al 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 que “la injusticia extrema no es derecho”,⁵ las reglas constitucionales notoriamente injustas importan también un ejercicio irregular del poder constituyente, aunque fuere 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, y *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.

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

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

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, y que disciplinan la enmienda—, y otras 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 *limites 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, sino indirectamente de la voluntad del poder preconstituyente

⁶ Las cláusulas pétreas “implícitas” se derivan algunas veces de la redacción del texto constitucional, cuando éste enfatiza cierta declaración —*v. gr.*, el art. 18 de la Constitución argentina, al indicar que “quedan abolidas *para siempre* la pena de muerte por causas políticas” [la cursiva es nuestra]—. En otros casos derivan de la propia voluntad de los operadores de la constitución. *V. gr.*, 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 Sagüés, Néstor Pedro, “La recepción de la doctrina de las cláusulas constitucionales pétreas por la Corte Suprema de Justicia”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2007-II-1244.

Notas sobre el poder constituyente irregular

- (cuando éste 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 a otros,⁷ y
- b) en cuanto los *límites de procedimiento*, es normal, primero, que una Constitución determine *quién* puede reformarla —i. e., que establezca el órgano del cambio—, y *cómo* hacerlo —el trámite—.

Dentro de esos condicionamientos de procedimiento, los textos constitucionales mencionan algunas veces (i) variables de *tiempo* —determinación de un término para instalarse, y del lapso de duración del proceso de reforma); (ii) de *lugar* —sede del órgano de la reforma—, y (iii) de *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; otro, asimismo más exigente, para la sustitución total de la Constitución. Pero otras no disponen 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 toques de tiempo, lugar o trámite, o en cambio, si ello 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

⁷ A título de muestra: el art. 7° de la ley argentina 24.309, de convocatoria a la reforma constitucional de 1994, puntualizó que “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 aún el presupuesto y las remuneraciones de los convencionales constituyentes. La ley 24.309, con relación a la reforma constitucional de

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

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 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 —*v. gr.*, 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 siéndolo, 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

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

Notas sobre el poder constituyente irregular

modo las que hemos mencionado *supra*, 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 de Viena sobre el derecho de los tratados (art. 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, o la jurisprudencia de la misma Corte Interamericana.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. Remitimos al lector a la Parte IV de este libro, y

⁹ En el caso “Soria” (*Fallos*, 256:258), 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 donde una convención constituyente, registraba la sanción de un nuevo artículo constitucional. La Corte reputó el asunto no justiciable.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Almonacid Arellano”, en *Revista de Derecho*, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, núm. 2007-2, 2007, pp. 217 y ss. Para un tratamiento más detallado, con mención de los casos posteriores resueltos por la Corte Interamericana, nos remitimos a Sagüés Néstor Pedro, “El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”, en *La Ley*, 2009-B-761. Con anterioridad al caso “Almonacid Arellano”, la Corte Interamericana había practicado, por ella misma, ese control de convencionalidad. Ahora demanda que también lo hagan los jueces domésticos, incluso de oficio.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

- 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: (i) en ciertos casos, por aplicación de la doctrina de las *political questions*, al entenderse como “cuestión no justiciable” el tema. La no judiciabilidad del producto del poder constituyente puede ser visualizada por algunos como total, pero en otros casos es parcial —v. gr., 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 (ii) 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 (iii) en algunos supuestos, es el mismo texto constitucional el que impide el control

¹¹ Tales son, por ejemplo, y con distintas manifestaciones, las Constituciones de 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 que “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 Díaz Ricci, Sergio, *Teoría de la reforma constitucional*, Buenos Aires, Ediar y otros, 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 Sagüés, Néstor Pedro, *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del poder judicial*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 290.

¹³ Véase sobre el tema Ferreyra, Raúl Gustavo, *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 a lo decidido por él como derecho válido —v. gr., su oposición al derecho internacional, su carácter inexcusablemente injusto, etc.—, no queda al operador del sistema jurídico otra alternativa que excluirlo como derecho aplicable.

Notas sobre el poder constituyente irregular

judicial de la Constitución y de los actos promulgados por la asamblea constituyente (art. 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 que sea su origen, pero “sólo por vicios de procedimiento en su formación” (art. 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) uno 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 Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. por Eduardo García Máynez, 3ª. ed., México, UNAM, 1969, pp. 187 y ss.; Aftalión, Enrique;

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

- c) otra ruta es la convalidación de la reforma mediante el derecho consuetudinario constitucional. Si los operadores de la Constitución hacen funcionar habitualmente a 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, a 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, *v. gr.*, de órgano y de trámite. En cambio, este mé-

García Olano, Fernando y Vilanova, José, *Introducción al derecho*, 5ª ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1956, t. II, pp. 487 y 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 Vanossi, Jorge R., *Teoría constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1975, t. I, pp. 228 y ss.

¹⁶ La reforma constitucional argentina de 1957 fue convocada por un gobierno *de facto*, y no por el Congreso, según lo dispone el art. 30 de la Constitución. Además, hubo graves proscriciones políticas en la elección de los convencionales constituyentes. No obstante, el principal artículo aprobado la reforma (art. 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.

¹⁷ La fuerza convalidatoria del referéndum se basa en la doctrina del legitimismo democrático. Si el poder constituyente radica en el pueblo y éste 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, Sergio, *op. cit.*, pp. 722, 734-735.

Notas sobre el poder constituyente irregular

todo 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 referéndums convalidatorios de una nueva Constitución irregularmente elaborada, a consultas populares habilitantes de dicha reforma, y por ende, previas a la misma, estén o no previstas tales consultas en la Constitución como un paso propio del proceso constituyente. Tal ha sido el reciente caso de Ecuador. En tales hipótesis, habría dos instancias populares de saneamiento del poder constituyente irregular: una, antes de ejercitarlo, y la otra, como culminación del mismo.

Interesa apuntar que el llamado a una consulta popular en pro de la realización de una reforma constitucional, se ha verificado no hace mucho en la República Dominicana, a pesar de no figurar explícitamente en la Constitución a enmendarse.¹⁸ En el caso bajo examen, esa consulta no significa necesariamente que el proceso constituyente posterior padezca de irregularidad, y

- 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, a la reforma decidida irregularmente por el poder constituyente.¹⁹

¹⁸ Véase Prats, Eduardo Jorge, “La reforma constitucional en República Dominicana: un proceso en marcha”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, Lima, núm. 15, 2007, p. 60. El autor justifica la consulta de mención, a pesar de no figurar 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 monopolice 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 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, Sergio, *op. cit.*, pp. 724 y 764.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

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 (art. 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 de 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 24.309 de reforma constitucional.²¹ A su turno, el 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 (24.330), 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 24.309.²²

²⁰ *Ibidem*, p. 723.

²¹ Hubo defectos constitucionales de tramitación de la ley 24.309, e incluso los textos aprobados en las dos cámaras del Congreso no coinciden entre sí. Véase Sagüés, Néstor Pedro, *Introducción*, en *Constitución de la Nación Argentina*, 10ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 21.

²² Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso “Fayt”, en *Fallos*, 322:1616. La sentencia despertó una intensa polémica en varios sectores de la doctrina. Véase Hernández, Antonio M., “El caso Fayt y sus implicancias constitucionales”, en

Notas sobre el poder constituyente irregular

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 2007. No obstante, la aprobación “en grande” —con la mera lectura del índice del nuevo texto—, el 24 de noviembre de 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 debía ser sometida a referéndum aprobatorio, trámite profundamente discutido en tal país, pero que culminó exitosamente para el gobierno, que logró a la postre —el 25 de enero de 2009—, la aprobación por tal vía de la Constitución, aunque su texto no coincidió totalmente con el aprobado por la convención constituyente.

Ecuador inició a partir de 2007 una gesta reformista que parte 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 ésta 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 éste, por su propia naturaleza, es soberano, indelegable e indivisible (decreto 2 del 16/1/07).

Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional, CEPC, Madrid, núm. 5, 2001, pp. 453 y 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 por la validez de lo actuado. Eso, fuera de las críticas de fondo que merecía la norma sancionada por la Asamblea Constituyente.

²³ Véase Aguiar de Luque, Luis y Reviriego Picón, Fernando, “Implicaciones constitucionales del giro político en algunos países iberoamericanos (2005-2007)”, en *Cuadernos de Derecho Público*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, núm. 27, enero-abril 2006, pp. 232 y ss.

²⁴ Aguiar de Luque, Luis y Reviriego Picón, Fernando, *op. cit.*, pp. 237 y ss.

LA CONSTITUCIÓN ACOSADA

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 (art. 23 del “Estatuto electoral” mencionado), y aprobado por tal medio el 28 de septiembre de 2008.

En definitiva, cabe constatar que el ejercicio del poder constituyente irregular, por diferentes vías de confirmación, ha sido en la experiencia jurídica latinoamericana habitualmente exitoso. 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 recurso a referéndums 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 rousseauniana y plebiscitaria de masas, donde se rinda culto idolátrico a la *volonté general*, cualquiera que 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 prescribe la Constitución.

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