

Cristian Ernesto Quiroz Castro

Universidad Internacional del Ecuador

E-mail: crierqui@hotmail.com

\* Autor para correspondencia

## EL PODER CONSTITUYENTE

### THE CONSTITUENT POWER

#### ► RESUMEN

El presente artículo de ensayo tiene como propósito reflexionar y analizar el poder constituyente, que no es otra cosa que, la potestad o facultad de elaborar o reformar la Constitución de un Estado, para ello, utilizaremos principalmente los métodos analítico, hermenéutico e histórico. Al finalizar el presente trabajo investigativo, el lector podrá tener una visión clara respecto de los mecanismos que el Derecho Constitucional y sus doctrinarios han desarrollado para la elaboración o reforma de una Carta Política, esto es, el poder constituyente originario y derivado.

**Palabras claves:** Carta Política, Constitución, Derecho Constitucional, Jerarquía, Rigidez.

#### ► ABSTRACT

The purpose of this essay article is to reflect and analyze the constituent power, which is nothing other than the power or power to elaborate or reform the Constitution of a State, for this, we will mainly use analytical, hermeneutic and historical methods. At the end of this investigative work, the reader can have a clear vision regarding the mechanisms that Constitutional Law and its doctrins have developed for the elaboration or reform of a Political Charter, that is, the originating and derived constituent power.

**Keywords:** Political Charter, Constitution, Constitutional Law, Hierarchy, Rigidity.

Cristian Ernesto Quiroz Castro, Docente Titular Principal de la Universidad Internacional del Ecuador, extensión Loja

RECIBIDO: Enero 26, 2017 | APROBADO: Febrero 28, 2017

## INTRODUCCIÓN

Los Estados democráticos pertenecientes a la familia del sistema romano-germánico, organizan la sociedad a través de Constituciones, entendiéndose por texto constitucional a aquella norma jurídica jerárquicamente superior a todas, que debe contener una división de poderes, así como asegurar y garantizar la disponibilidad de mecanismos idóneos para el ejercicio real y efectivo de los derechos fundamentales.

Por otra parte, vale la pena preguntarse ¿Quién puede elaborar o modificar la Constitución?. La respuesta es: el poder constituyente, que no es otra cosa que, la facultad de crear o reformar una Constitución.

(...) se debe tener en cuenta un punto esencial: la elaboración, derogación o modificación de normas constitucionales o bien está a cargo de órganos especiales ora se realiza por medio de procedimientos especiales; pues, al ser el Texto Fundamental un cuerpo normativo “diferente del resto de normas que integran el orden jurídico”, su elaboración o reforma es, o debe ser, dificultada. (Oyarte, 2014, p73).

Es decir, el poder constituyente en lo que concierne a la construcción o reforma de los textos constitucionales, tiene dos caminos: el primero es el denominado poder constituyente originario (Pérez, 2010). El segundo, el poder constituyente derivado (Carbonell, 2011).

## METODOLOGÍA

Para el desarrollo de este artículo científico utilizaremos el método analítico, que nos permitirá examinar en qué consiste el poder constituyente, sus cualidades o particularidades, la rigidez de las Constituciones, para obtener una mejor comprensión de tan importante mecanismo constitucional. El método hermenéutico, nos ayudará a interpretar las definiciones y paradigmas elaborados por juristas nacionales e internacionales, brindando diversas corrientes o líneas de pensamiento que se han creado alrededor del Derecho Constitucional. Finalmente, el método histórico, servirá para comparar los mecanismos, herramientas y principios que fueron utilizados a partir de la Revolución Francesa hasta la actualidad, para evidenciar el desarrollo de la ciencia y técnica jurídica en lo que respecta a materia constitucional.

## DESARROLLO

La teoría del poder constituyente tiene como fuente el proceso revolucionario francés (Álvarez y Tur, 2014). En donde la figura de Emmanuel-Joseph Sieyès jugó un papel preponderante al afirmar “Una Constitución supone ante todo un poder constituyente” (Pérez, 2010, p.84). Es decir, la Constitución no se hubiera podido expandir y afianzar por todo el mundo, sin la partida y afirmación originada a finales del siglo XVIII del poder constituyente. El poder constituyente, tradicionalmente, no ha tenido una legitimidad democrática desde el punto de vista de su integración; normalmente y desde luego con notables excepciones, las constituciones históricas han sido otorgadas por el caudillo, el rey, el soberano, la oligarquía de turno, etcétera. Es a partir del siglo XX cuando los poderes encargados de redactar nuevas constituciones se comienzan a integrar democráticamente. Sólo entonces se materializa la posibilidad del pueblo de ser soberano: otorgándose por sí y ante sí un nuevo texto constitucional. (Carbonell, 2014, p.14).

Conforme a esta teoría, el Estado es soberano; y, dicha soberanía radica en el poder del pueblo, por lo que, el único y exclusivo titular del poder constituyente es el soberano, o lo que es lo mismo, el poder constituyente reside en el pueblo, que lo ejerce a través de sus representantes (Asamblea Constituyente), cuyo producto o resultado es la Constitución.

Es decir, hoy en día, en la elaboración o reforma constitucional la participación ciudadana juega un rol preponderante, pues, “(...) los ciudadanos pueden intervenir en casi todos los procedimientos de creación y renovación normativa” (Carbonell, 2011, p.278).

Ahora bien, la Constitución es la norma jurídica suprema, es decir, no admite la existencia de otra norma jurídica superior, es por ello, que la propia Constitución establece los trámites y procedimientos necesarios para su elaboración, derogación o reforma (Oyarte, 2014). Por lo tanto, tales mecanismos o procedimientos no pueden ser bajo ningún concepto, los mismos que se utilizan para las reformas legislativas ordinarias, esto obedece al principio de supremacía constitucional.

“Una norma jurídica es válida y eficaz, si proviene de otra norma jurídica de superior jerarquía, emanada de la autoridad estatal” (Echeverri, 1990, p. 254). Por ello se afirma que, la Constitución en cuanto resultado del poder constituyente tiene que estar obligatoriamente

sobre los poderes constituidos. Se llama “constituido” a todo poder “legal”, es decir, conferido y regulado por normas positivas vigentes. (...) Se llama por el contrario “constituyente” al poder de instaurar una “primera” Constitución. Llamo “primera Constitución” a toda Constitución que no encuentre su fundamento de legitimidad en una Constitución precedente. (Guastini, 2013, p. 34).

Por otra parte, vale la pena referirnos a la teoría de “rigidez de la Constitución”, entendiéndose por rigidez constitucional, los sistemas o procedimientos que se han establecido para contribuir a la estabilidad de los textos constitucionales, esto significa, que mientras más difícil y complejo sea el procedimiento para la modificación o reforma de la Ley Suprema (grados de rigidez), más rígida es esa Constitución. Por el contrario, se consideran flexibles a aquellas Constituciones que pueden ser modificadas observando el mismo procedimiento que se sigue para la aprobación o modificación de leyes.

Ahora bien, el poder constituyente originario tiene la característica de poseer amplia libertad en la elaboración o modificación de los textos constitucionales, sin embargo, ese poder debe tener como límite el propio marco constitucional, pues, una cosa es una reforma y otra totalmente diferente es la construcción de una nueva Constitución. “(...) en ningún caso puede la reforma constitucional ser llevada hasta modificar los principios supremos de la Constitución existente. Tales principios son límites (lógicos) infranqueables para la reforma constitucional” (Guastini, 2013, p. 36). Esto significa, que existen límites para la modificación de la Constitución. En este sentido, la doctrina ha elaborado la siguiente clasificación: límites heterónomos y autónomos; explícitos e implícitos; y, absolutos y relativos.

Los límites heterónomos se encuentran contenidos en normas jurídicas diferentes a la propia Constitución, principalmente los encontramos en Instrumentos Internacionales. Por ejemplo, nuestro país suscribió y ratificó el Pacto de San José de Costa Rica, dicho instrumento internacional prohíbe la pena de muerte, por lo tanto, el Ecuador no puede introducir la pena de muerte en el texto constitucional o legal. Los límites autónomos, en cambio, si se encuentran dentro de la misma normativa constitucional, por ejemplo, “en el caso ecuatoriano, el texto constitucional prevé mecanismos de enmienda, reforma parcial y nueva Constitución mediante Asamblea Constituyente” (Córdova, 2016, p. 295).

Límites explícitos o cláusulas de intangibilidad, al igual que los límites autónomos, aparecen planteados en el

texto constitucional y son de dos tipos: temporales o materiales. Los límites explícitos temporales prohíben la reforma del texto constitucional durante un período de tiempo determinado (10, 20 años), o también, entre una y otra reforma debe transcurrir un lapso de tiempo (10, 20 años). Corresponde a esta limitación las denominadas prohibiciones circunstanciales, que no es otra cosa que, impedir modificaciones constitucionales en ciertas circunstancias, verbigracia, cuando suceda un Golpe de Estado, gobierno de facto, Estado de excepción, etc. Los límites explícitos materiales consisten en la prohibición de modificar los textos constitucionales en una determinada materia o asunto concreto, independientemente del tiempo transcurrido, por ejemplo, la forma de Gobierno o el tipo de Estado.

Límites implícitos son aquellos que se pueden deducir indirectamente de la propia Constitución, es decir, los grandes principios inspiradores del texto constitucional “(...) bien como correlato de las singulares cualificaciones que se producen en determinados preceptos de la Constitución” (De Vega, 2008, p. 242). Como por ejemplo, en el Estado ecuatoriano, es su obligación cumplir y hacer cumplir los derechos y garantías contenidos en la Constitución y otros instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, sería ilógico e inoficioso pensar en derogar o reformar el texto constitucional en sentido contrario.

Sobre las diferentes formas de modificación a la Constitución, Schmitt (como se citó en Álvarez y Tur, 2014) enseña la siguiente clasificación:

“1.- Destrucción de la Constitución, que se produce cuando se da la supresión de la Constitución existente, acompañada de la supresión del poder constituyente en que aquella se fundamentaba. 2.- Supresión de la Constitución, que supone la desaparición del texto constitucional, pero conservando el poder constituyente que fue su origen. Equivale también la llamada reforma total. 3.- Reforma de la Constitución, que se identifica con la reforma parcial, pues de lo contrario estaríamos en el supuesto anterior. 4.- Quebrantamiento de la Constitución, que implica la violación de la norma fundamental, ya que produce una modificación de la misma sin atenerse a los mecanismos de reforma previstos. Sería lo que Schmitt denominó como “acto apócrifo de soberanía”. 5.- Suspensión de la Constitución, que se produce cuando una o varias disposiciones constitucionales son declaradas, provisionalmente, fuera de vigor. La cuestión afecta principalmente a los derechos fundamentales”.

## DISCUSIÓN

Los límites implícitos al poder constituyente originario plantean dos problemas: el primero, tiene que ver con la posibilidad o imposibilidad de modificar el procedimiento de reforma constitucional; el segundo, se refiere a la modificación o elaboración total de una nueva Constitución. Respecto del primer inconveniente, esto es, la posibilidad o imposibilidad de modificar el procedimiento de reforma constitucional, autores como Riccardo Guastini han señalado que, si la reforma constitucional está permitida, entonces también está permitido reformar los preceptos constitucionales que limitan dicha reforma (Guastini, 2013).

Por su parte, Alf Ross sostiene que, una norma jurídica que modifique el procedimiento constitucional no es factible su aplicación a su propia reforma pues:

(...) implica autorreferencia genuina y parcial, que tiene que ser excluida como algo lógicamente absurdo, y (...) Porque implica la suposición de una inferencia en la cual la conclusión es contraria a una de las premisas, lo que también es algo lógicamente absurdo. (Cabo, 2003, p.29).

A nuestro entender, si es posible modificar el procedimiento de modificación del texto constitucional, siempre y cuando no se trate de una simple reforma constitucional, sino todo lo contrario, de la supresión de la Constitución y su sustitución por otra nueva, no obstante, suprimir o sustituir una Constitución implica en todos los casos, el respeto irrestricto a los principios esenciales sobre los que se funda la misma Ley Fundamental, es decir, la nueva Constitución debe significar una continuidad de la anterior.

En relación al segundo problema, es decir, la posibilidad de crear una nueva Constitución o, como lo llamó el citado Schmitt la destrucción o supresión de la Constitución. Esta cuestión ha sido una de las más debatidas, las teorías doctrinales van desde la inexistencia de límites materiales implícitos (poder constituyente ilimitado), hasta la proclamación de principios o derechos fundamentales infranqueables (poder constituyente-constituido), como por ejemplo la vida, la libertad, Estado democrático, etc.

En relación al poder constituyente ilimitado podemos citar:

El poder constituyente originario actúa libre de toda condición, requisito o regla que provenga de una manifestación de voluntad colectiva precedente a su actual

propósito organizativo, y libre también de toda forma o procedimiento que se le imponga realizarlo. (Silva, 1984, p.1667).

(...) este poder no se somete formalmente a las normas contenidas en la Constitución que se reforma, menos aún la que se cambia o reemplaza, situación en la cual no habría ningún punto de conexión entre la Carta Política anterior y la nueva. Por esto no debe someterse, el poder constituyente originario, a los trámites que la misma Constitución contiene para que se lleve a cabo su propia reforma. Esto se da pues el poder constituyente, al ser anterior a la Constitución (ya que es precisamente el órgano que la crea), no puede estar sujeto a ella ni al ordenamiento legal que de ella se desprende. (Borja, 1991, p.319).

Frente a esta posición doctrinaria, existe la teoría (concordamos con ella) que si bien es cierto, el poder constituyente puede suprimir la Constitución por una nueva, también es cierto que ese poder tiene sus limitaciones (implícitas o explícitas), que tienen relación con la naturaleza del ser humano, con la dignidad de la persona, con el derecho natural o la justicia.

Sobre este aspecto citamos:

La ilimitación del poder constituyente originario es únicamente positiva, sin que puedan violarse los límites impuestos por el Derecho Natural, derivados de la naturaleza del hombre y que ningún procedimiento, mayoría ni unanimidad podría contrariar sin apartarse del proyecto creador y de sus fines trascendentales. (Gaete, 1980, p. 37-38).

Toda Constitución, por el contrario, debe estar comprometida con algunos valores "mínimos" que debe proteger de manera inexorable, sin que sea admisible en el texto constitucional una "indiferencia valorativa o ideológica". De otra forma la Constitución no pasa de ser un recipiente vacío que puede llenarse con cualquier contenido, pudiendo tanto establecer una dictadura como una democracia. Esto, aunque empíricamente no sea en absoluto comprobable, es inaceptable si se parte de un concepto de Constitución que solamente acepta una ideología: la liberal- democrática, comprometida con el respeto por la dignidad humana y con los derechos fundamentales. (De Vega, 2008, p.291).

## CONCLUSIONES

Se denomina poder constituido a todo poder legal, es decir, aquel contenido en las normas positivas vigentes, derivadas de la Constitución. Por otro lado, se llama poder constituyente, al poder derivado de la soberanía del pueblo a través de un órgano colegiado o especial, cuyo fin es el de reformar, derogar o suprimir los textos constitucionales.

Hoy en día, la mayoría de los Estados democráticos poseen Constituciones rígidas que dificultan su modificación, pues, como se ha dicho, la misma Constitución posee límites implícitos o explícitos que obstaculizan su reforma en unos casos y, en otros, la instauración de una nueva Constitución.

Tratándose de una reforma completa o supresión de la Constitución, el poder constituyente originario no puede apartarse del todo de la “vieja Constitución”, pues, como se ha dicho, este poder se encuentra sometido a los ideales y principios en que se funda el Estado y la sociedad, derivados del Derecho Natural y de la dignidad de la persona humana.

El procedimiento para modificación de la norma suprema se puede realizar, siempre y cuando no se trate de una simple reforma, es decir, procede cuando se realice una reforma total de la Constitución.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez E. y Tur R. (2014). *Derecho constitucional*. (4). Madrid, España: Tecnos.
- Borja, R. (1991). *Derecho político y derecho constitucional*. (2). México, México: Fondo de cultura económica.
- Cabo, C. (2003). *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*. Madrid, España: Trotta.
- Carbonell, M. (2011). *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito, Ecuador: Cevallos editora jurídica.
- Carbonell, M. (2014). *Elementos de derecho constitucional*. México, México: Editorial Fontamara.
- Córdova, P. (2016). *Derecho procesal constitucional*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- De Vega, P. (1999). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid, España: Tecnos.
- Echeverri, A. (1990). *Teoría constitucional y ciencia política*. (4). Bogotá, Colombia: Temis.
- Guastini, R. (2013). *Estudios de teoría constitucional*. (4).

México Distrito Federal, México: Editorial Fontamara.

Oyarte, R. (2014). *Derecho constitucional ecuatoriano y comparado*. Quito, Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones.

Pérez, J. (2010). *Curso de derecho constitucional*. (11). Madrid, España: Marcial Pons.

Silva, A. (1984). *Derecho político*. (4). Santiago, Chile: Editorial jurídica de Chile.